

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

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE SEGURO VINCULADOS À
AQUISIÇÃO DE BENS DURÁVEIS.

MARIANA DA ROCHA DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO
2016 / 2º SEMESTRE

MARIANA DA ROCHA DOS SANTOS

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE SEGURO VINCULADOS À
AQUISIÇÃO DE BENS DURÁVEIS.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins.

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

A proteção do consumidor nos contratos de seguro vinculados à aquisição de bens duráveis. Santos, Mariana da Rocha dos, 1992. / Mariana da Rocha dos Santos – 2016. 123f.;

Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, 2016.

1. Aspectos materiais e formais do direito do consumidor. 2. O instituto do contrato à luz do direito do consumidor e considerações a respeito do contrato de seguro. 3. Fases contratuais e respectivos comentários pela óptica dos contratos de seguro. I. Guilherme Magalhães Martins. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade Nacional de Direito. III. A proteção do consumidor nos contratos de seguro vinculados à aquisição de bens duráveis.

CDD 3395

MARIANA DA ROCHA DOS SANTOS

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE SEGURO VINCULADOS À
AQUISIÇÃO DE BENS DURÁVEIS.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2016 / 2º Semestre

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia ao meu pai, Roberval Gonçalves dos Santos, e meu avô, José Reis dos Santos (em memória) que, direta ou indiretamente, ensinaram-me a valorizar o conhecimento e a portar-me com ética e honestidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois a ele tudo devo. Mais do que amigo, Pai e Conselheiro – é minha Esperança! – Agradeço aos meus pais, Roberval e Elizabeth, pelo incentivo contínuo, pelas noites não dormidas tão somente para me fazer companhia; aos meus irmãos em Cristo que me fortaleceram em oração e com palavras de ânimo; ao meu amigo e namorado, Carlos Augusto, que em suas ligações e visitas proporcionou-me inúmeros sorrisos mesmo em dias difíceis.

Agradeço com muito carinho ao meu orientador, Guilherme Martins, pela paciência, pela confiança, em quem encontrei, além de profissional excelente, uma pessoa de bom coração, merecedor de meu apreço.

RESUMO

Esta monografia destina-se a obtenção de grau em direito pela Faculdade Nacional de Direito-UFRJ. Em voga a proteção do consumidor na contratação de garantia vinculada a bem que tenha adquirido. Em específico, aborda-se a questão da conexão entre os contratos de compra e venda e a contratação de seguro, pretendendo indicar razões fáticas e jurídicas para a responsabilização do comerciante no que tange a prestação de garantia, de maneira independente de ser conhecido e encontrado o segurador. Também é trazida a discussão a questão da normatização da venda de seguro por pessoa diversa do profissional especializado (corretor de seguros), conduta vedada por lei, porém, autorizada por normatização da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados).

Palavras-chaves: direito do consumidor; contrato de seguro; garantia; abusividade.

ABSTRACT

This thesis aims to analyse the legal protection provided to consumers when acquiring warranty covered durable goods. More specifically, it investigates the connection between a sales agreement and the corresponding warranty to demonstrate the factual and legal reasons why the seller must be bound by the warranty regardless of whether or not the warrantor is known to the consumer. Another issue discussed is the possibility is a warrantor being not being an insurance agent, since this practise is prohibited by law, but allowed by SUSEP's (Superintendência de Seguros Privados - in English, Superintendency of Private Insurances) regulations.

Key words: Consumer Law; warranty; guaranty; unconscionability.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO.....	9
Capítulo 1 - Aspectos materiais e formais do direito do consumidor.....	12
1.1 - Aspectos materiais do direito do consumidor:.....	12
1.1.1 - O direito do consumidor e as ordenações de consumo.....	12
1.1.2 - O princípio da vulnerabilidade.....	15
1.1.3 - O princípio da boa-fé.....	24
1.1.4 - O princípio da transparência.....	27
1.1.5 - O princípio da função social e a preservação dos direitos fundamentais.....	29
1.1.6 – Do princípio da solidariedade.....	33
1.1.7 - Do princípio da Intervenção do Estado.....	36
2.2 – Considerações acerca dos contratos de seguro.....	55
2.2.1- Conceito de contrato de seguro.....	55
2.2.1.1 - Características e classificações jurídicas.....	55
2.2.1.2 - Elementos típicos do contrato de seguro.....	56
2.2.2 - Direitos e deveres das partes:.....	57
2.2.3 - Função econômica e base técnica:.....	59
2.2.3.1 - Risco, incerteza e função econômico-social do seguro.....	60
2.2.3.2 - Bases técnica dos contratos de seguro.....	61
2.2.4 - Razões para contratação de seguro.....	64
2.3 Vinculação dos contratos de seguro à aquisição de bens duráveis.....	67
2.3.1 Considerações acerca dos contratos de aquisição (compra e venda).....	67
2.3.2 Conceito de bem durável.....	68
2.3.3 - O momento da contratação do seguro vinculado à aquisição de bens duráveis.....	68
3.1.1 - A publicidade e sua eficácia vinculante.....	74
3.1.2 - A eficácia do direito subjetivo do consumidor a prestação de informação qualificada.....	75
3.1.3 - Os efeitos do descumprimento da oferta pelo fornecedor.....	77
3.2.1 A proteção do consumidor contra práticas abusiva.....	79
3.2.1.1 - Caracterização e critérios das práticas abusivas.....	80
3.2.1.2 - Critérios para configuração de práticas abusivas.....	82
3.2.2 - Natureza jurídica das práticas abusivas.....	83
3.2.3 - previsão legal de práticas abusivas.....	86
3.2.4 - Principais espécies de cláusula abusiva.....	89
3.2.5 - Avaliação quanto à eficácia ao combate de práticas abusivas.....	90
3.2.6 - A interpretação dos contratos de consumo.....	91
3.2.6.1- A interpretação dos contratos no gênero relação de consumo.....	91
3.2.6.2 - A especial restritividade da interpretação dos contratos de seguros quanto aos riscos assegurados.....	92
3.3 – Da contratação do seguro: a garantia.....	94
3.4 – As práticas abusivas que permeiam a aquisição e gozo da garantia.....	98
3.4.1 – A proteção do consumidor contra abusos relacionados aos seguros (garantia contratual).....	99
TJ-DF - RECURSO INOMINADO : RI 07076467820158070016.....	100
Data de publicação: 25/11/2015.....	101

<u>3.5 – Análise das condições de fornecedores e consumidores ao que concerne a garantia.....</u>	<u>101</u>
<u>3.5.1 – A favorável situação do fornecedor (segurador).....</u>	<u>102</u>
<u>TJ-RS - Recurso Cível 71005396700 RS (TJ-RS).....</u>	<u>102</u>
<u>3.5.2 – O extremo conforto da condição do comerciante na venda de garantias. .</u>	<u>102</u>
<u>TJ-RS - Recurso Cível 71005289699 RS (TJ-RS).....</u>	<u>104</u>
<u>3.5.4 – Ponderações acerca da mora, do inadimplemento, do adimplemento substancial, da suspensão da garantia, da suspensão do contrato.....</u>	<u>106</u>
<u>Após o longo caminho percorrido neste trabalho almejando a boa compreensão do tema e a busca por soluções, conclui-se que, enquanto a sociedade, de maneira maciça e organizada, não aclamar pela observância dos direitos do consumidor, esses serão continuamente violados, até mesmo regredindo as garantias do consumidor, tal como se observa das circulares 480 e 497 do SUSEP.</u>	<u>118</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>118</u>

DIREITO DO CONSUMIDOR: CONTRATOS DE SEGURO VINCULADOS À AQUISIÇÃO DE BENS DURÁVEIS.

INTRODUÇÃO

Este estudo versa sobre a contratação de seguros (garantias) vinculados à aquisição de bens duráveis sob a perspectiva do direito do consumidor e tem por finalidade a indicação de pontos deficitários que, a partir de sua análise, espera-se apontar caminhos para a melhor tutela dos direitos consumeristas. Estará em pauta a celebração de seguros na condição de contratos conexos a compra de produtos não consumíveis.

De maneira clara e objetiva, será objeto de estudo a aquisição de seguro realizado em lojas (físicas ou virtuais) em que a venda do seguro não é realizada por profissional especializado (corretor de seguros). Pretende-se assim analisar em que medida a contratação securitária por intermédio exclusivo de fornecedor comerciante (e seus prepostos) agride a norma jurídica e, mormente, o bem tutelado, isto é, o equilíbrio das relações de mercado.

A presente monografia será estruturada em três capítulos, os quais, gradativamente, permitirão a compreensão do tema e observação de nuances, algumas consagradas, outras ainda pouco conhecidas que, quando somadas, permitirão o desenvolvimento de raciocínio pautado pelos valores constitucionais e os especialmente adotados pelo código de defesa do consumidor.

No capítulo inicial atentar-se-á aos aspectos materiais e formais que molduram o microsistema consumeristas – sem que com isto seja trabalhado de maneira isolada, ao contrário, restará clara ao fim do trabalho a instrumentalidade do código de defesa do consumidor para a unificação do ordenamento, em especial no que concerne as leis de direito privado com a constituição enquanto norma maior – em seus aspectos materiais e formais. Inicialmente serão apresentados diversos princípios (vulnerabilidade; boa-fé; transparência; função social; intervenção do Estado e efetividade) enquanto valores norteadores do direito do consumidor que, dentre outras lições, expõe as razões para sua existência.

Concluído o momento dedicado as bases axiológicas, passar-se-á, ainda no primeiro capítulo, a apresentação dos aspectos formais da disciplina; trazendo as definições jurídicas de consumidor, fornecedores produtos e serviços – que constituem os elementos legalmente constituídos na condição de sujeitos da relação apreciada e seus objetos.

Passando ao segundo capítulo, já familiarizados com o largo campo do direito consumeristas, far-se-á uma redução do universo até então estudado; será objeto de estudo o instituto do contrato sob a óptica do direito do consumidor, fazendo algumas considerações à espécie dos seguros. A visão de uma nova teoria contratual adaptada aos ditames constitucionais – incorporados pelo código de defesa de 1990e pelo código civil de 2002, como se vê, ambos posteriores a nova ordem jurídica inaugurada pela constituição da república de 1988. Das transformações trazidas pelos diplomas legais recém mencionados (CRFB, CDC e CC) teremos breve dissertação quanto a mitigação da autonomia da vontade; a formação dos cotratos de massa e sua culminação na ampla gama de contratos de adesão; a requisição fático-social de especial proteção do consumidor dada a sua fragilidade; a adoção da interpretação mais favorável e a abertura do sistema de tutela do consumidor a leis e outras fontes do direito, externas ao CDC, quando mais benéficas (diálogo das fontes).

Ato contínuo, caminhar-se-á para a exaltação da proteção da confiança nos contratos de consumo enquanto necessidade reflexa da vulnerabilidade e da observância da boa-fé. Em processo de aprofundamento e restrição do estudo, dará seguimento conceituando, caracterizando e classificando a modalidade contratual do seguro; também se fará constar e conhecer as principais peculiaridades da espécie de seguro em sua forma genérica, trata-se de apontamentos quanto as pessoas do segurador e segurado, os requisitos legais para que possam figurar neste relação, os elementos formais e inerentes ao seguro, isto é, da apólice ou bilhete, do risco, da indenização e do prêmio. Prosseguindo será feita breve exposição dos principais direitos e deveres de segurador e segurado.

Ainda no capítulo dois será oferecido conhecimento básico (das ciências econômicas) quanto à função econômica e a base técnica da organização ou contratação

de seguros. Nesta esteira será analisada a constituição do risco e da incerteza e de quais maneiras estas interferem e determinam a contratação, bem como, sua influência na constituição da função econômico-social do seguro. Chegando ao fim do segundo capítulo, encontra-se o elemento central desse trabalho: a vinculação dos contratos de seguro à aquisição de bens duráveis. Assim, termina-se o segundo capítulo com breve consideração ao contrato de compra e venda (o qual sustentamos a conexão com a contratação de garantia), identificando o que é bem durável e seu desdobramento quase que consequente de interessar-se pela oferta de garantia.

Fechando o capítulo colocamos nosso parecer indicativo da responsabilidade do comerciante quanto ao seguro vendido a seu cliente, demonstrando como sua participação é crucial para a efetuação da contratação de garantia e, apontamos o proveito econômico em favor do comerciante, que a nosso ver, afasta qualquer escusa ou alegação de não ser parte no negócio jurídico (contrato de seguro), posto que todo negócio bilateral é constituído por bônus (ganho patrimonial) e ônus (responsabilidade objetiva em proveito do consumidor).

No terceiro e último capítulo há a aplicação prática de todas as considerações dos capítulos anteriores com base na realidade de mercado, especialmente, durante as fases pré-contratual e de execução. No que tange a fase anterior a efetivação do vínculo é de maior relevância a prestação de informação qualificada, não bastando que não seja falsa ou enganosa, mas, vedando que seus termos permitam o engano do consumidor leigo.

Neste diapasão, valemo-nos a eficácia deste direito subjetivo resguardado pela lei, doutrina e Poder Judiciário. Assim, também são impostas sanções ao fornecedor que descumpra com a oferta por ele publicada. Uma vez firmada a avença resta garantir que durante sua execução serão preservados os direitos das partes, em especial o do consumidor que, por sua vulnerabilidade, é comumente lesado pelas práticas de mercado. A este pé, cabe a proteção do consumidor contra práticas abusivas, o que impõe a sua caracterização. Em uso das normas positivas de proteção apresenta-se pequeno roll (não exaustivo) de práticas que, dada a sua recorrência, preocupou-se o legislador em abordá-las; quanto a estas faremos sintética avaliação quanto a sua eficácia a atender aos fins que se destina. Em continuidade ao estudo das prerrogativas

consumeristas, é oferecida sintética ponderação quanto aos fatos e vícios do produto, demonstrando a possibilidade de ocorrência de tais danos nos contratos de seguro.

Capítulo 1 - Aspectos materiais e formais do direito do consumidor

1.1 - Aspectos materiais do direito do consumidor:

1.1.1 - O direito do consumidor e as ordenações de consumo

Para a boa compreensão de qualquer fato, seja ele social ou jurídico, é necessário conhecer o contexto em que se verifica. Na análise do direito do consumidor temos em seu próprio nome um primeiro indicativo de seu contexto histórico-social. Esta parcela do ordenamento pátrio volta-se para as relações de consumo. O consumidor, isto é, a pessoa comum, que não possui o conhecimento de um *expert* em relação aos produtos e serviços que contrata, fora de sua atuação profissional, economicamente mais fraco que aquele com quem contrata (fornecedor)

Sendo certo que todo fato ocorre em algum lugar (físico ou fictício) propício é buscar o local em que se dão as relações consumeristas. Não se trata de dizer seu endereço físico, pois árduo e pouco proveitoso seria se aprofundar neste entendimento de lugar, a este tempo cabe avistar o campo social a ensejar a interferência da esfera jurídica. Se o lugar natural onde ocorrem os contratos de consumo estão visíveis por toda a cidade (lojas, bancos, bares e restaurantes etc.) o espaço jurídico não está tão claro.

Interessa a uma parcela dos sujeitos participantes das relações de consumo que estas não sejam detectadas a fim de afastar significativos direitos atribuídos ao consumidor - a pessoa comum, que não possui o conhecimento de um *expert* em relação aos produtos e serviços que contrata; fora de sua atuação profissional; economicamente mais fraco que aquele com quem contrata (fornecedor - quem deseja a manutenção do *status quo*) que será amplamente abordado ao longo da dissertação.

O mau comportamento do fornecedor é, infelizmente, a praxe do mercado de consumo. Diferente do conceito clássico e liberal de mercado, o qual nós, leigos, costumamos aplicar a toda e qualquer ocasião em que a expressão “mercado” seja citada

pela economia, o mercado de consumo não é regido pela lei da oferta da procura, ao menos em seu sentido estático.

A antiga interpretação de mercado como “*espaços da vida econômica regidos pela lei da oferta e da procura, com um mecanismo de operação previsível e regular*”¹ pouco tem em comum com a atual prática capitalista de mercado. Idéias como escassez, distribuição dos recursos, auto-regulamentação e harmonia de mercado estão na contramão do mercado de consumo.

As ciências econômicas são claras em destacar o rompimento da idéia liberal de autoregulamentação, àquela afirma a respeito da economia de mercado contemporâneo:

*“é inacessível para a maioria e só é operada por meio de mecanismos intrincados e de acesso controlado. Nela, a lei da oferta e da procura é constantemente bloqueada e os estrangimentos provocados pela concorrência não se impõem, pois a própria concorrência inexistente ou é contornada, cooptada ou conquistada”*².

O Estado no seu dever essencial de tutelar os direitos dos indivíduos, ora reunidos em coletividade, não ficou inerte. A nova interpretação do direito civil, trazida pela constituição de 1988, alavanca a proteção do indivíduo dada a sua condição (comum a todos) de pessoa humana. Ao atrelar a validade contratual – esfera que por longos anos foi entendida como alheia ao agir do Estado – aos preceitos éticos da boa-fé e da função social.

O intervencionismo estatal demonstrou-se crucial a proteção dos vulneráveis, trata-se da figurada (já conhecida) do consumidor, personagem central no direito ao qual dá título (direito do consumidor). O estudo deste importante sujeito contratual far-se-á em breve. Enquanto isto, voltada esteja às atenções para o valioso apontamento de Miragem:

“O direito do consumidor também tem claro caráter promocional na perspectiva econômica. Justifica-se não apenas sob o fundamento ético de proteção da pessoa humana na sociedade de consumo, mas também, sob o critério da economicidade que orienta o conteúdo da intervenção legislativa do Estado na regulação do mercado. Significa dizer: ao impor deveres jurídicos aos fornecedores visa o estabelecimento de um *standard* de conduta que não diz respeito apenas as relações individuais entre consumidores, mas como padrão de qualidade e eficácia do mercado como um todo, gerando efeitos positivos não apenas aos interesses

¹ CECILIO, M. B. Fernand Braudel no mundo contemporâneo e a acumulação acelerada de riquezas: economia de mercado e capitalismo como opostos?. 2012. 162 pág. Dissertação de mestrado – UFRJ, Rio de Janeiro. p. 15.

² Idem

individuais dos consumidores, mas também, ao próprio incremento das relações econômicas. É fator que contribui, pois, com o próprio desenvolvimento econômico”³.

Após a leitura do texto transcrito nota-se, inicialmente uma nova personagem contratual - o fornecedor – que a, grosso modo, pode ser identificado como a parte com que o consumidor contrata, ou seja, fabricantes, prestadores de serviços e comerciantes⁴. Todavia, outra vez fica postergada a análise mais detida daquele sujeito obrigacional. Serão apresentados (consumidores e fornecedores) ao longo deste primeiro capítulo, no momento em que se tratará dos aspectos formais do direito do consumidor.

Das palavras de Bruno Miragem ainda se infere a colisão dos interesses econômicos com os interesses sociais, que prestigiam a pessoa em sua plenitude, segundo assentamento constitucional verificado no art. 1, III, da Constituição da República.

A lição doutrinária não apresenta novidade. Quase toda a vida social se realiza a partir de relações econômicas. Não significa que não existam interesses, valores e sentimentos de cunho extrapatrimonial, merecedores de todo prestígio, no cotidiano do homem moderno. No entanto, até mesmo as relações mais simples e despreziosas esbarram com o mercado de consumo. É o próprio capitalismo engendrado nos pensamentos e ações. Muitas das vezes, sequer se percebe a própria participação na manutenção do sistema.

Longe de filiar-se a posições político-ideológicas não se faz qualquer juízo de valor quanto ao sistema econômico, sua abordagem se dá naquilo que afeta a esfera jurídica a que se propõe estudar. Fato é que, todos os dias bilhões de pessoas têm sua qualidade de vida definida por sua condição econômica; a antiga divisão entre ricos e pobres.

A dicotomia sócio-econômica (ricos vs. pobres) não é objeto do presente trabalho, o binômio trazido é o fornecedor vs. consumidor. Ao passo que ricos e pobres,

³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 89.

⁴ A responsabilidade do comerciante, segundo o CDC, é reduzida se comparada ao fornecedor de produtos ou o prestador de serviços. No entanto, um dos elementos norteadores desta monografia é demonstrar a necessária imposição de maior responsabilidade aos comerciantes dada o uso de lacuna legal para o cometimento de práticas lesivas ao consumidor e contrárias aos ditames da boa-fé.

jovens ou velhos, nacionais e estrangeiros etc. encontram-se igualmente na condição de consumidor – pessoa comum, vulnerável a propagandas enganosas, publicidade e práticas abusivas - que, nos poucos casos em que consegue vislumbrar a violação de seus direitos fundamentais, não possui instrumentos que façam frente ao poderio das grandes empresas.

Todo cidadão será, em algum momento, o elo mais fraco de algum negócio jurídico, como também haverá casos em que se faça prevalecer sobre outro. No entanto, poucas ocasiões podem ser comparadas a impotência do consumidor dado o gigantesco desequilíbrio de forças. Haverá oportunidades em que a liberdade de contratação do consumidor será fictícia.

Diversas modalidades de serviço e/ou produtos são dominadas por monopólios ou, oligopólios unidos de modo a inviabilizar a entrada de novas empresas. Outras vezes será o valor atribuído ao bem ou serviço que ditará as possibilidades reais de celebração. Tantas outras imparidades que se chega ao extremo: oferta de serviços e produtos que não atendem ao fim a que se destinam; cobranças indevidas; constrangimentos profundos que atingem a dignidade da pessoa; que trazem risco a saúde e a vida. Muitos outros abusos poderiam ser listados, contudo, não se faz necessário, há este tempo, por certo já lhe vieram à mente situações reais de violência consumerista.

1.1.2 - O princípio da vulnerabilidade

Originalmente, o direito civil era compreendido como braço do direito que operava nas relações individuais, tendo por sustentáculo a preservação do patrimônio. O histórico direito a propriedade que há milênios gera dissensões, desigualdades e, em último grau, ameaça a própria existência humana. No entanto, a tradição civilista tinha por característica a intervenção mínima⁵. Acreditava-se na igualdade e equilíbrio natural das partes contratantes.

⁵ “A teoria econômica que se tornou o paradigma do Estado liberal pregava que as leis do mercado bastariam para propiciar o desenvolvimento da atividade econômica, tornou-se a base do liberalismo econômico. No entanto, é possível constatar que desde o surgimento da teoria liberal econômica, a intervenção estatal na economia foi maior do que normalmente se propôs, de forma que a atividade econômica não teria como prosperar se não fosse o arcabouço jurídico que foi propiciado pelo Estado, uma vez que “[a] simples instituição do modelo do mercado já exigiria uma estrutura legal coercitiva mínima, a fim de assegurar propriedade, a vida e o cumprimento dos contratos. ””. BARBIERI, J.A.;RIBEIRO, D.M.. A intervenção do Estado na economia e o comprometimento com desenvolvimento humano através da promoção de políticas sociais. São Paulo: 2012

A discreta atuação do Estado e do direito era consequência do pensamento liberal que só foi abandonado após o período das grandes guerras⁶. Deste então, a sociedade buscou a formação de um ambiente mais justo e legítimo, não no aspecto formal, e sim material, valorizando a satisfação de necessidades básicas (*welfare state*)⁷. Idéias como o jusnaturalismo⁸ tomam conta do cenário político-jurídico. Todavia, a crise do Estado de bem estar social trouxe nova reviravolta pela qual se estabelecia o neo-liberalismo⁹.

Durante as idas e vindas da história a valorização da liberdade dos indivíduos sempre deteve algum prestígio. E foi em nome da liberdade do particular nas relações interpessoais que o direito constituiu o instituto da autonomia da vontade. Um axioma proclamado por sistemas jurídicos de diversos países.

⁶ Idem.

⁷ O Welfare State surgiu nos países europeus devido à expansão do capitalismo após a Revolução Industrial e o Movimento de um Estado Nacional objetivando a democracia. Algumas teorias pregam que seu início efetivo dá-se exatamente com a superação dos absolutismos e a emergência das democracias de massa. O Welfare State é uma transformação do próprio Estado a partir das suas estruturas, funções e legitimidade. Ele é uma solução para a necessidade de serviços de segurança sócio-econômica. Com o início da industrialização surgiu a divisão social do trabalho, o que gerou um crescimento individual em relação à sociedade. Assim, os serviços sociais surgiram para amenizar as dificuldades individuais, visando garantir a sobrevivência das sociedades. O Welfare State surgiu por três razões básicas: garantia de renda mínima às famílias, dar segurança às famílias nas “contingências sociais: (doença/velhice) e assegurar a todos os cidadãos qualidade nos serviços sociais. Alguns autores enfatizam que as políticas sociais estão relacionadas com a acumulação e legitimação exercidas pelo Estado capitalista. Outros autores apontam que o Welfare State é o fruto das lutas de classes, ou, mais amplamente, é uma articulação das políticas redistribuição, sendo esta uma reprodução de uma ordem social. Outras idéias pregam um posicionamento durkemiano, vendo o Welfare State como uma resposta as crescentes demandas por segurança socio-econômica da sociedade industrial, devido ao aumento da divisão do trabalho, à expansão dos mercados e da perda das funções de segurança das famílias na comunidade. Uma última teoria descreve que a origem do Welfare State é encontrada no conflito de classes e no crescimento da classe trabalhadora, sendo este o resultado da organização e ação das massas”. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Welfare State. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/welfare.doc>> Acesso em 02.11.2016.

⁸ NADER. P. Introdução ao Estudo do Direito, 37. Ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 371- 379.

⁹ “[...] o funcionamento básico de uma economia neoliberal é baseada no sistema de mercado, onde os produtores de bens e serviços procuram ajustar os seus custos de produção com base no preço de venda dos bens - definidos no mercado por meio do funcionamento da lei da oferta e da procura. A inovação do Neoliberalismo em relação ao Liberalismo reside no fato de que os Neoliberais consideram importante e fundamental a intervenção do Estado na economia, de forma a ampliar o bem estar social. Entretanto, de forma contrária aos socialistas - que entendem que o Estado deve assumir o papel de executor -, no Neoliberalismo o Estado fica com o papel de Regulador da Economia, atuando para melhorar o ambiente de mercado, combatendo os cartéis e trustes. [...] Esses órgãos de Estado não têm a função de produzir, mas de regular o mercado em seus respectivos setores. As Agências cuidam para que o ambiente de livre competição de mercado esteja presente para, assim, produzir bens e serviços de melhor qualidade a preços mais baixos para os consumidores”.
POLÍTICA E ECONOMIA. A ideologia neoliberal. 2011. Disponível em: <<http://www.politicaeconomia.com/pi/ideologia-neoliberal.html>> Acesso em 02.11.2016.

A autonomia da vontade era a total liberdade de contratação. Não existiam limites legais e principiológicos (como a função social do contrato e a boa-fé) como hoje se observa. Ainda que incontroversa fosse a onerosidade excessiva para uma das partes, não havia instrumentos para revisão, tampouco, anulação do contrato. Apenas a idéia embrionária de vício de vontade poderia socorrer ao contratante¹⁰.

O atual código civil (código civil de 2002) ainda guarda resquícios do antigo regime. O referido diploma legal inicia suas considerações pelo tema da capacidade e os direitos da personalidade¹¹. Entendia a doutrina e a jurisprudência que a capacidade civil é ausência de impedimentos para realização dos atos da vida civil. Um conceito bastante amplo que não tem em seu bojo limites expresso a respeito dos atos que possam ser realizados.

¹⁰ Em todo negócio jurídico o elemento essencial é a vontade que se manifesta livremente através de sua declaração produzindo nascimento, modificação ou extinção das relações jurídicas. Segundo Francisco Amaral, defeitos do negócio jurídico são as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração. A vontade deve corresponder ao desejo do agente. No entanto, podem surgir defeitos no processo de formação da vontade ou na sua declaração. Se a vontade não estiver de acordo com o desejo do agente, o negócio jurídico torna-se suscetível de ser anulado. Pode acontecer de o agente ter falsa noção dos elementos ou circunstâncias do negócio; de desconhecer a matéria ou o assunto; de agir dolosamente induzindo ao erro; de agir sem liberdade de vontade, porque ameaçado por outra pessoa, num estado coercitivo. A matéria defeitos do negócio jurídico tem acompanhado a história da origem e evolução da autonomia da vontade. No direito romano predominava o formalismo, isto é, a vontade era manifestada mediante atos juridicamente estabelecidos, visando mais a validade do ato e sua eficácia do que a vontade do agente. Com o passar do tempo o formalismo foi perdendo força e dando espaço ao consensualismo, ou seja, os contratos tinham forma mais livre e especial. No primeiro século a.C., no direito romano, surgiram as figuras do *exceptio doli*, a do *exceptio metus* e a do *restitutio in integrum*. O *exceptio doli* consistia na defesa do oponente ao demandante que havia praticado ato com dolo com o intuito de impedir o prosseguimento da demanda. O *exceptio metus* era a defesa do oponente em ação praticada pelo autor, cujo cumprimento de dever houvera nascido de ato praticado com medo. O *restitutio in integrum* representava a restituição integral de valores envolvida na relação jurídica. Era medida jurídica de cancelamento do negócio realizado com defeito, estabelecendo o “*status quo ante*”, como se tal ato não tivesse ocorrido. Com o advento do cristianismo e sua influência no comportamento das pessoas, e ainda o desenvolvimento do comércio medieval (do qual surgiram grandes feiras internacionais) os negócios passaram a exigir menor formalidade, passando a constituir-se simples acordos de vontades, sem a aplicação das formas rígidas do direito romano. Percebe-se, nesta fase, a ocorrência da plenitude do consensualismo, surgindo, em contrapartida negócios jurídicos eivados de vícios e defeitos, colocando em risco a segurança jurídica dos negócios”. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Welfare State. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/welfare.doc>> Acesso em 02.11.2016.

Atualmente, após a entrada em vigor da lei 13.164/2015¹² (estatuto da pessoa com deficiência ou, lei brasileira de inclusão), apenas é considerado absolutamente incapaz os menores de 16 anos, excluindo deste roll os portadores de deficiências e atrasos psicomotores, os enfermos mentais e os que por qualquer razão não possam expressar sua vontade. Dando nova redação aos arts 3º e 4º do código civil, as pessoas impossibilitadas de manifestar suas vontades detem o *status* de parcialmente capaz. Já

¹² “Inicialmente, destaque-se que a Lei nº 13.146/2016 teve por objetivo promover os direitos humanos das pessoas com deficiência, propiciando a integração e inclusão destas na sociedade. O referido diploma legislativo concretizou as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6949/2009, que visa garantir a todas as pessoas com deficiência o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais de forma plena e equitativa (Art. 4). Daí, inclusive, o art. 12 da aludida convenção mencionar que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”. Como consequência destes objetivos, foram revogados e alterados diversos dispositivos no Código de Civil de 2002, especialmente aqueles relacionados à teoria das incapacidades, à interdição e à curatela. Especificamente quanto ao regime das incapacidades, verifica-se que o art. 3º do Código Civil de 2002 atualmente apenas prevê a incapacidade absoluta do menor de 16 (dezesseis) anos. Isto é, para fins de incapacidade absoluta, o legislador apenas utiliza o critério cronológico; abole-se o critério biológico/psíquico/intelectual, o qual rotulava como absolutamente incapazes os indivíduos com alguma enfermidade mental. Portanto, frise-se, não mais subsiste no ordenamento jurídico a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental. De outra banda, o art. 4º do Código Civil também sofreu relevantes alterações. Revogaram-se os incisos II e III do aludido dispositivo, que dispunham a respeito da incapacidade relativa dos enfermos mentais. Logo, constata-se, a partir da atual disposição dos arts. 3º e 4º, ambos do Código Civil, que, a princípio, o indivíduo com deficiência ou enfermidade mental é plenamente capaz. Esta é a regra. Trata-se de uma materialização dos objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na legislação infraconstitucional brasileira. Isto é, se o objetivo da Convenção é a promoção do exercício pleno e equitativo de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência, nada mais razoável que esta seja plenamente capaz para o exercício dos mesmos, não dependendo de terceira pessoa para praticar atos jurídicos. Logo, não há mais uma correlação entre incapacidade jurídica e deficiência (seja ela física ou mental), como anteriormente estabelecia o Código Civil. O indivíduo com deficiência mental ou física, pelo simples fato de ser portador destas deficiências, não é incapaz; Desde que este possa expressar sua vontade, este é considerado plenamente capaz. Todavia, isto não significa que as alterações promovidas aniquilaram o instituto das incapacidades no caso de pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Como explicitado anteriormente, a regra é a capacidade. Entretanto, quando o indivíduo não puder exprimir a sua vontade de forma livre e consciente, deve ser reconhecida a sua incapacidade. Frise-se que a incapacidade, neste caso, não é declarada em razão da deficiência mental ou física da pessoa. Não há qualquer correlação entre tais elementos. A incapacidade, conforme preceitua o atual art. 4, inciso III, do Código Civil de 2002, fundamenta-se tão somente no aspecto volitivo, isto é, deve-se analisar se o indivíduo, em razão da situação que se encontra, não pode exprimir a sua vontade de forma consciente. Não se quer, com a conclusão acima, desprestigiar os objetivos preconizados pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da pessoa com deficiência. Em que pese as aludidas legislações terem por escopo a inclusão das pessoas com deficiência, não se pode olvidar que o objetivo maior de todas as legislações que tratam a respeito do tema da deficiência é garantir a dignidade e proteção do indivíduo. Caso este não possa expressar a sua vontade, encontrando-se em uma situação de vulnerabilidade, deve ser aplicado a ele a teoria das incapacidades que, aliás, tem caráter protetivo. (...) Neste mesmo sentido, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) reconhece que o indivíduo com deficiência, quando necessário, deverá ser submetido à curatela (Art. 84, §1º), revelando que o objetivo de inclusão deve ser trabalhado caso a caso, conforme as peculiaridades de cada indivíduo. Portanto, das disposições acima, conclui-se que não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a incapacidade absoluta dos enfermos/deficientes mentais, tendo em vista que esta, por muitas vezes, implicava no aniquilamento da pessoa e de todos os seus direitos, o que vai de encontro aos objetivos do Estatuto da pessoa com deficiência. (...) Destaque-se ainda, por fim, que uma vez decretada a interdição da pessoa com deficiência mental (frise-se, medida esta excepcional, baseada no aspecto

aos portadores de deficiências mentais foram excluídos de qualquer disposição especial acerca da capacidade.

O art. 12 da lei de inclusão tem levado a um primeiro entendimento de capacidade plena dos deficientes, independentemente do campo que se diferencie dos demais (não deficientes). No entanto, existe especial dificuldade na implementação desta mudança legislativa dada a sua origem internacional: a Convenção de Nova York, da qual o Brasil é signatário, e tem por objetivo a promoção da autonomia individual, liberdade e acessibilidade.

Levando-se em consideração a abordagem da nova lei quanto ao grupo dos portadores de deficiência física e mental, remete-se a clássica obra de MARQUES e MIRAGEM sobre *o novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, debruçando-se quanto o aspecto intrínseco da vulnerabilidade:

“Em outras palavras, foi a visualização do diferente, do outro, do estrangeiro levou os filósofos gregos a refletirem sobre as bases e fundamentos de suas decisões, de sua moral, de suas ‘diferenças’ e identidades, de suas regras e de seu direito. (...) Esta ideia do ‘outro como espelho’ nos é muito importante pois marca até hoje a nossa visão da ‘diferença’ a imagem refletida é sempre uma ‘verdade’ invertida, igual, mas diferente! Em outras palavras, o ‘outro’, o ‘diferente’ serve para olharmos, daí que se valoriza ao extremo a diferença. (...) A figura de linguagem do espelho traz também um segundo elemento importante para nossa análise neste capítulo [o novo direito privado e a proteção dos vulneráveis], que é a ‘localização’: enxergar o outro ou a si próprio, no espelho, é localizar as diferenças e identificar elementos de ‘igualdade’ e ‘desigualdade’ (*vulnus*’, feridas ou fragilidades) no espaço e no tempo. Aqui o novo ideia: do ‘outro como igual’. Esta visão do outro como igual significa os atuais esforços do direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade, pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais. Isto é, ao espelhar si próprio, ou

volutivo), deve o magistrado estabelecer os limites da curatela. É neste ponto que subsistem mais controvérsias doutrinárias. Os arts. 1767 e seguintes do Código Civil de 2002, alterados pela Lei nº 13.146/2015, bem como os arts. 747 e seguintes do NCPC, preveem que o magistrado deve fixar os limites da curatela. Isto quer dizer que não se admite, como anteriormente era feito, a ‘declaração de incapacidade para todos os atos da vida civil’ (...) O art. 85 da Lei nº 13.146/2015 preconiza que a curatela “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, dispondo, logo após, no parágrafo único, que esta medida ‘não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto’”. COSTA, A. M. G. M.; BRANDÃO, E. S. C. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Jul 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>> Acesso em: 27/11/2016. pdf.

ser comparado com as suas próprias chances e talentos, é possível passar a ver o 'outro' como necessariamente um 'igual', mesmo se identificadas e localizadas as diferenças. Estes parecem ser os dois estágios da visão dos vulneráveis ou da proteção do mais fraco no direito privado brasileiro"¹³.

Face à nova diretriz da Constituição e do Código Civil, a mitigação da supremacia da autonomia da vontade foi o primeiro passo para o reconhecimento da vulnerabilidade entre pactuantes e, posterior, criação de sistema diferenciado que atendesse as singularidades de uma nova forma de contratar (contratos de consumo).

Mudanças paulatinas foram ocorrendo e trazendo maior intervenção do Estado no direito civil. O antigo entendimento de que os contratos só diziam respeito aos contratantes foi perdendo força dados os seus inquestionáveis reflexos sociais.

Não mais se entende pela divisão de questões públicas e privadas na ciência do direito. Para o bom funcionamento do sistema, as normas precisam seguir em uma mesma direção (visão sistemática do direito). Questão de maior dificuldade é distinguir o momento em que determinada situação dirá respeito apenas a um ou alguns indivíduos, ou a toda a coletividade; quando deverá ser tutelado pelo direito. Diante do impasse, o direito brasileiro opta pela amplitude máxima de sua atuação.

Verificou-se nas relações civis, sensível desequilíbrio entre os sujeitos. Apenas uma constatação do que Marx e Engels esbravejavam em seu manifesto comunista cujo alicerce era o conflito de interesse entre detentores dos meios de produção e o proletariado, dentre outros conflitos e formas de dominação¹⁴. Aqueles que detinham o poder econômico impunham aos menos favorecidos as condições de suas relações.

Tais relações se davam por meio de contratos (ainda que verbais) e consolidavam desigualdades extremas. A parte fraca do acordo cedia às pressões do lado mais forte, diante da incerteza que lhes rondavam. Neste aspecto a escassez possui papel central, pois o risco de falta (seja o fim do estoque do produto, a inexistência de produto de qualidade similar, a ausência de outros fornecedores ou de interessados em adquirir o produto ou serviço oferecido por pequenos produtores etc.) pressiona a

¹³ MARQUES, C.L.; MIRAGEM, B. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos tribunais.2012. p. 108-109.

¹⁴ LOSURDO, Domenico. A luta de classes:uma história política e filosófica. Tradução de Silvia de Bernardinis. 1. ed. São Paulo: Boitempo. 2015.

contratação mesmo em condições abusivas (como, por exemplo, alta injustificada de preços, desvalorização do trabalho humano, racionamento artificial de produtos).

Na presença de alarmante desigualdade e insatisfação social o Estado foi, progressivamente, ampliando sua atuação no que até então se entendia como direito privado. Assim, é possível dizer que se saiu da neutralidade a orientação de conteúdo dos contratos¹⁵, entendendo por orientação os ditames da função social, da boa-fé e da valorização da pessoa humana e sua dignidade.

Visa-se, então, a proteção daqueles cujas condições sociais não permitem a justa contratação, maculada por uma vontade viciada que impossibilita a manifestação de sua vontade real. A tais pessoas a doutrina classifica como: “vulneráveis”. O termo possui sua conotação assentada na lingüística nacional: vulnerabilidade “é a qualidade ou estado de vulnerável que, por sua vez, significa o que pode ser vulnerado, magoado, prejudicado, ofendido; o que é frágil, que pode ser atacado ou ferido”¹⁶.

A vulnerabilidade não se verifica apenas nas relações de consumo, porém, nestas se mostram de maneira mais violenta. O adquirente de produtos e serviços no mercado de consumo está vulnerável em diversos aspectos. Nas palavras de Sergio Cavalieri:

“Reconhecendo-se a desigualdade existente, busca-se estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. Logo, o princípio da vulnerabilidade, expresso no art. 4º, I, do CDC, é também um princípio estruturante do seu sistema, na verdade o elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo. As normas do CDC estão sistematizadas a partir dessa idéia básica de proteção de um determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável”¹⁷.

Oportunidade em que se faz transcrição à norma mencionada.

“Art. 4º A política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios:

¹⁵ MARQUES. C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5. Ed. São Paulo: RT, 2006.

¹⁶ CAVALIERI FILHO. S. Programa de Direito do Consumidor, 4º ed. São Paulo: Atlas. 2014 p. 49.

¹⁷ CAVALIERI FILHO. S. Programa de Direito do Consumidor, 4º ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 48.

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. [...]”¹⁸.

Antes de concluir a explanação inicial concernente a vulnerabilidade, importa fazer pequeno adendo referente à distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência.

É comum encontrar em iniciais considerações a cerca da hipossuficiência econômica do consumidor como fundamento jurídico para o acesso a gratuidade de justiça. No entanto, a hipossuficiência econômica não é presumida, visto sua vinculação à condição econômica do consumidor. A hipossuficiência, em regra, está direcionada a questões processuais enquanto a vulnerabilidade possui maior afinidade com o direito material a ser discutido.

Antônio Herman Benjamim descreve sobre a distinção ora em voga. De acordo com o ilustre doutrinador:

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores... A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII”¹⁹.

Todavia, discorda-se de Benjamim no que tange a limitação do ônus da prova, na compreensão de que apenas os consumidores hipossuficientes fariam jus àquele direito. Corroborando para esta interpretação a inversão do ônus da prova na responsabilidade civil, a qual sempre se verifica uma vez que admitidos a dificuldade de produção de prova pela parte demandante. O ordenamento pátrio, no rumo do direito internacional, busca abolir as famigeradas “provas diabólicas”, encontradas nos processos inquisitoriais, porém, tendo sua aplicação estendida a outras hipóteses em que tamanha seja a dificuldade de produção da prova a ponto de tornar inacessível o direito subjetivo.

Tendo por conclusa a tarefa de dissertar quanto à vulnerabilidade em seu sentido largo, passa-se, então, aos comentários de suas espécies.

¹⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, 1990, art.4.

¹⁹ BENJAMIM. A. H. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 371.

A doutrina em alusão ao código de defesa do consumidor cataloga a vulnerabilidade por diversos aspectos, de maneira mais ou menos detalhada, o que implica naquela primeira hipótese em um maior número de classificações. No uso dos ensinamentos de Cavalieri:

“Nas relações de consumo, o sujeito que ostenta as supramencionadas qualidades é, inequivocamente, o consumidor já que, não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo (produção, distribuição, comercialização, e dele participando apenas em sua última etapa (consumo), pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral”²⁰.

Embora tenha mencionado em seu discurso o aspecto biológico, psíquico, moral e econômico, Sergio Cavalieri observa a vulnerabilidade nas modalidades fática; técnica e; jurídico (ou científica) ²¹. Também para Claudia Lima Marques “existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

[...] Na **vulnerabilidade técnica**, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem. Trata-se da exceção e não da regra, pois, como conclui de forma unânime a 2ª Seção do STJ, citando a doutrina finalista e a idéia de profissionalidade, em relação envolvendo pessoa jurídica, profissional no fornecimento de serviços médicos e de exames, e que compra no exterior (Panamá) equipamento de ponta para exames médicos: “A compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado à realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – não constitui relação de consumo. [...]

A vulnerabilidade fática é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo. Já a **vulnerabilidade jurídica ou científica** foi identificada e protegida pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente “experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”.

²⁰ CAVALIERI FILHO. S. Programa de Direito do Consumidor, 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.49.

²¹ Há diversas classificações quanto à vulnerabilidade do consumidor. Neste trabalho optou-se pela classificação usada por Sergio Cavalieri Filho. Todavia, a fim de que nada se perca, junta-se as vulnerabilidades previamente mencionadas a vulnerabilidade econômica e social (corresponde a modalidade fática pela classificação abordada); vulnerabilidade psíquica e biológica; legislativa (integra a vulnerabilidade jurídica); vulnerabilidade informacional (consequência da vulnerabilidade técnica) e; vulnerabilidade ambiental.

É a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. Considere-se, pois, a importância desta presunção de vulnerabilidade jurídica do agente consumidor “não profissional” como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face hoje da complexidade da relação contratual conexa e dos seus múltiplos vínculos cativos “por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde” e da redação clara deste contrato, especialmente o massificado e de adesão”²². (destaque nosso)

1.1.3 - O princípio da boa-fé

Oportuno se faz o exame do princípio da boa-fé vez que sinalizada está a vulnerabilidade do consumidor. Muito comentado, o princípio da boa-fé, cediço pela legislação pátria, doutrina e jurisprudência, aponta sua inquestionável relevância na nova organização social a qual pretende implementar a constituição vigente. O princípio em voga se espalhou por todos os segmentos do direito, e bom que assim tenha sido.

O princípio da boa-fé visa restaurar a confiança, o respeito e a honra. No exato sentido que as expressões “*ter palavra*” ou “*honrar a palavra*” habitualmente se coloca ao ser anunciada pelos mais vividos, comporta a idéia de lisura, sinceridade e lealdade.

Sabido que a Constituição da República de 1988 trouxe notáveis mudanças na organização jurídica, mormente, na maneira de entender o direito, preocupada em garantir a dignidade da pessoa e buscar o equilíbrio social, o instituto da boa-fé uniu-se a função social para recriar o pensamento jurídico. Desde então, articula-se sobre a constitucionalização do direito civil.

²² MARQUES. C. L.; BENJAMIM A. H. V.; MIRAGEM B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4º Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2013. p. 229-230.

O novo código civil em seu art. 422 doutrina sobre a boa-fé. *In verbis*: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Assim, aplicando o princípio da boa-fé a teoria dos contratos ensina Gonçalves:

“O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante e a formação do contrato. (...) A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. (...) A reformulação operada com base nos princípios da sociedade socialidade, eticidade, e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi grantia*: o estado de perigo, a lesão a onerosidade excessiva e a função social dos contratos como preceito da ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade”²³.

Insta dizer que o instituto da boa-fé possui duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. A primeira está vinculada ao liame psicológico, a vontade intrínseca do sujeito. A segunda possui verifica-se na concretização das ações, a boa-fé objetiva exige das partes um agir ético, leal e honesto. Segundo o recém mencionado mestre civilista:

“A boa-fé *subjetiva* esteve presente no Código de 1916, com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico. (...) Num primeiro plano, a boa-fé subjetiva implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante.

(...) Todavia, a boa-fé constitui inovação do Código Civil de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a *objetiva*, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comporta-se de boa-fé na suas relações recíprocas. Classifica-se, assim como regra de conduta”²⁴.

Vista a aplicação da boa-fé no direito civil como um todo, busca-se alcançar o seu desdobramento no direito do consumidor. Há pouco, por meio das sábias palavras de Carlos Roberto Gonçalves, instruído foi quanto aos aspectos subjetivos e objetivos da boa-fé. Pode-se indicar que maior relevância e rigor recaíram sobre a indústria

²³ GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais, vol. 3. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

²⁴ GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais, vol. 3. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 55.

(fornecedor) no dever de observância da boa-fé objetiva. Não são toleradas condutas antiética, injustas ou que se aproveitem da debilidade do contratante adquirente do produto ou serviço. Entretanto, os deveres decorrentes do dever de boa-fé também repercutem no flanco em que se encontra o consumidor.

De maneira quase que oposta, a boa-fé subjetiva pouco tem a dizer dada a dificuldade de sua comprovação. Lembrança se faz da antiga aplicação da responsabilidade civil que exigia provas de difícil inferência. Eis a motivação da adoção do caráter objetivo da boa-fé: facilitar a verificação e sanção de eventuais abusos, bem como uniformizar condutas, retirando, tanto quanto possível, a alegação de desconhecimento da conduta irregular como excusa legítima.

Na abordagem de Carlos Roberto Gonçalves:

“No código de defesa do consumidor, a boa-fé é tratada como princípio a ser seguido para a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo (art. 4º, III) e como critério para definição da abusividade das cláusulas (art. 51, IV: ‘São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...) estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade’).”.

Valendo-se de doutrina específica, isto é, do direito consumerista, encontra-se as prospecções de Cavalieri:

“Em outras palavras, os contratantes não são apenas obrigados a realizar a prestação principal, mas também, a usar os seus esforços para garantir o perfeito adimplemento do contrato. Quem quer os fins quer também os meios necessários à respectiva consecução. Destarte, o credor tem obrigação de se abster de todo e qualquer ato, mesmo lícito, que seja capaz de tornar a execução da obrigação do devedor mais onerosa. O direito do outro, a ser preservado no contrato, é agora preocupação da contraparte”²⁵.

Neste mesmo diapasão, Claudia Lima Marques:

“A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. A boa-fé objetiva e a função social do contrato são, na expressão de Waldírio Bulgarelli, ‘como salvaguarda das injunções do jogo do poder negocial’.

²⁵ CAVALIERI FILHO. S. programa de direito do consumidor, 4º ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 42-43.

(...) Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e realização dos interesses das partes.

A imposição, pela nova teoria contratual, do princípio da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações obteve, como primeiro resultado (...) a modificação no modo de visualizar esteticamente a relação contratual.

(...) Trata-se de um verdadeiro *processo* que se desenvolve no tempo (*in der Zeit verlaufenden Prozess*), um processo social, um processo jurídico, o contrato visualizado dinamicamente, irradiando uma série de efeitos jurídicos (*Rechtsfolgen*) durante a realização, antes mesmo dela e após”²⁶.

1.1.4 - O princípio da transparência

O princípio da transparência é uma das faces da boa-fé quando aplicada ao caso concreto de maneira similar ao entendimento de transparência pelo senso comum. Desenvolve-se a partir de informações precisas, que não omita os ônus da contratação, que deixe claro os direitos e deveres de ambas as partes. Tal como a boa-fé não se restringe ao direito do consumidor, sequer ao direito, a transparência é expressão de honestidade em qualquer relação humana.

Recorda-se de célebre frase enunciada por Louis Brandeis, ministro da suprema corte americana no início do século XX: “a luz do sol é o melhor desinfetante”. A proposição de Brandeis tornou-se um marco na luta pela justiça, sendo citada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto no julgamento do mensalão (caso de corrupção no Congresso Nacional, considerado, a época, o maior da história brasileira)²⁷. A jurisprudência consumerista também tem prestigiado o princípio da transparência que, dado seu conceito indeterminado, molda-se a diversidade da prática consumerista²⁸.

²⁶ MARQUES. C. L. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 215-218.

²⁷ CARVALHO. L. M. O dia em que o poeta falou grosso. Época. Ago 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/08/o-dia-em-que-o-poeta-falou-grosso.html>> consultado em 15/11/2016.

²⁸ Como referência oferecemos caso simples de inobservância do dever de transparência julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: Acórdão n. 815047, 20140110195716ACJ, Relator: Marco Antonio do Amaral, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito

No direito consumerista o axioma da transparência foi normatizado no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”. (destaque nosso)

Comentam Claudia L. Marques, Antonio Benjamin e Bruno Miragem sobre o artigo em tela:

“O CDC institui no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o *equilíbrio* do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem as normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Uma outra consequência da nova concepção social do contrato, que pretendemos frisar, é justamente a mudança do momento de proteção do direito. Não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mais, ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos efeitos do contrato da sociedade, por exemplo, no momento de sua execução, procurando assim harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual”

²⁹

Marques, em obra monográfica, complementa a lição:

Federal, Data de Julgamento: 05/08/2014, Publicado no DJE: 01/09/2014. julgados especiais. consumidor. transporte aéreo. passagem aérea de ida e volta. "no show". cancelamento automático do segundo trecho pela companhia. cláusula restritiva sem qualquer destaque no contrato de adesão. nulidade. ausência de informação clara e precisa. afronta ao princípio da transparência. falha na prestação do serviço. danos materiais comprovados. recurso conhecido e improvido. sentença mantida. 1. É direito do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, o acesso à informação clara e precisa, ou seja, com inequívoco destaque, sobre as restrições impostas pela companhia aérea para o caso de não apresentação para embarque no primeiro trecho ("no show"). 2. A ausência de qualquer destaque ou visibilidade, em contrato de adesão, sobre as cláusulas restritivas dos direitos do consumidor, configura afronta ao princípio da transparência (art. 4º, caput, do CDC). Portanto, na medida em que dificulta a ampla informação sobre as restrições a ele impostas, torna-se abusiva, e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula que prevê o cancelamento antecipado do trecho ainda não utilizado, com fundamento no artigo 51, inciso XV, do CDC. (...) A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do artigo 46 da Lei n.º 9.099/95. [grifo nosso]

²⁹ MARQUES, C. L.; BENJAMIM, A. H. V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

“O princípio da transparência (artigo 4º caput CDC) apresenta-se como princípio básico norteador dos contratos de consumo. Preconiza a forma como a informação deve ser prestada. ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes. A transparência impõe a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio”³⁰.

Na síntese de Silva e Santos³¹:

A “conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não se esconde, atrás do aparente, propósitos pouco louváveis. Essas condutas impróprias à boa-fé objetiva que, manifestas pelo fornecedor na publicidade veiculada, caracterizam a publicidade enganosa ou abusiva, descritas nos artigos 36 e 37 do CDC”.

1.1.5 - O princípio da função social e a preservação dos direitos fundamentais

Voltando a esfera constitucional (iniciada pela análise da boa-fé) e suas inovações sociais convém seu complemento pelo estudo da função social e a implicação desta na preservação dos direitos fundamentais. A partir de uma constituição de forte cunho social, afere-se, então, o vínculo entre o princípio da função social (e também da boa-fé) com a temática.

“O movimento socialista do final do século XIX traz ao cenário jurídico o princípio da solidariedade, exigindo o reconhecimento da fraternidade como dever jurídico. Neste contexto, o direito fundamental da propriedade deixa de ter caráter absoluto e passa a sofrer exigência de determinação a fins sociais. A função social da propriedade nasce da releitura deste direito fundamental por meio do princípio da solidariedade. Atrelado ao direito fundamental à propriedade privada surge o dever fundamental de observância à sua função social”³².

³⁰ MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.715.

³¹ BRAGA NETO citado por SILVA, M. C.; SANTOS, W. F. O Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. p. 132.

³² TEIXEIRA, G. D. F. A função social do contrato de seguro. 52 p. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Paraná. 2012. pdf

“Quando a Constituição Federal, em seus arts. 182 e 184³³, fez referências (pela primeira vez em um texto constitucional) à *função social da propriedade* importantes passos foram dados em direção à tão desejada socialização do Direito ou ao seu correlato mais importante: *a repersonalização do homem*”³⁴

Como não poderia deixar de ser, o princípio da função social não se restringe ao direito constitucional, primeiro pelo alto teor programático; segundo pela estreita relação entre a propriedade e a função social. Incontroverso o entendimento de que o ramo que, de maneira precípua, ocupa-se da regulamentação do direito patrimonial, no qual se inclui o direito a propriedade, é o direito civil.

Seguindo o raciocínio, depara-se com os contratos e atos unilaterais como expressão da disposição dos direitos civis. Portanto, fundamental que, do mesmo modo, seja analisada a função social do contrato.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

“O código civil de 2002 procurou afastar das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da *socialidade* por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional, como enfatiza Miguel Reale: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Nessa consonância, dispõe o art. 421 do Código Civil:
‘A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.

³³ *In verbis* os artigos 182 e 184 da Constituição de 1988, respectivamente: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”; “Art. 184. Compete a União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia indenização em títulos de dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”. BRASIL. Constituição, 1988.

³⁴BORGES, N. Contratos de seguro e sua função social: a revisão securitária no novo código civil. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p. 796.

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre contratantes³⁵

Sela TEPEDINO a melhor concepção de função social dentre as concepções pátria já suscitadas:

“(...) surgiram diversas correntes de pensamento acerca do conteúdo e alcance da função social do contrato, destacando-se três principais posições, no panorama do direito privado brasileiro, que buscaram delimitar o conteúdo e alcance do instituto.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”.

Como se vê, tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do Código Civil, vale dizer, o princípio constitucional da função social à luz da disciplina dos diversos institutos codificados, reduzindo-a a pouco mais do que nada, já que os demais institutos dispensariam a sua existência. Por outro lado, a segunda corrente de pensamento afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica. Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice.

³⁵ GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contrato e atos unilaterais, vol. 3. 13º ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 24-25.

Dito por outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento. Assim, o princípio da relatividade dos contratos seria lido e interpretado à luz do princípio da função social dos contratos: “A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte”.

Todavia, esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual. Em outras palavras, desvirtua a noção em exame a sua utilização instrumentalizada a interesses patrimoniais e individuais do contratante, por mais legítimos que estes possam parecer. A função social, em última análise, importa na “imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato”.

Deste modo, verifica-se que a questão da responsabilidade do terceiro cúmplice não pode encontrar fundamento no princípio da função social, vez que os interesses em questão restringem-se à esfera privada e patrimonial dos contratantes, não já aos interesses extracontratuais socialmente relevantes.

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. (...)

Como visto, o princípio da função social do contrato desempenha o papel de impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato. Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela

vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Com efeito, a função social associa-se ao fenômeno conhecido como funcionalização das estruturas jurídicas, processo que atinge todos os fatos jurídicos. Como leciona o Professor Pietro Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina. (...)

Nesta esteira, o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a relativização da relatividade, por meio da imposição de deveres aos contratantes, não devendo ser entendido como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais na hipótese de lesão contratual provocada por terceiro cúmplice – o que seria um contra-senso. (...)

É a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – segundo o qual, por exemplo, uma locação cujo objeto fosse lícito seria sempre legítima – dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto – a verificar qual a função econômico-individual que desempenha aquela locação no caso concreto.

Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supra individuais – repita-se ainda uma vez –, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada³⁶.

1.1.6 – Do princípio da solidariedade

A solidariedade como parte de mudança de parâmetros de interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se como importante vetor para a aplicação da norma segundo os ditames constitucionais. Sublinha-se que a solidariedade está descrita pela constituição vigente como um dos *objetivos fundamentais da República*³⁷.

³⁶ TEPEDINO, G. Notas sobre a função social dos contratos. 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>> Acesso em: 10/11/2016.

³⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“(…) a solidariedade social corresponde a um princípio estrutural presente em todas as constituições dos Estados Sociais formados a partir das crises resultantes das grandes guerras que pautaram a primeira metade do século XX, marcadas pelo reconhecimento constitucional de direitos sociais, especialmente aqueles relacionados à regulação do trabalho e à seguridade social. Todavia, esse princípio atualmente está presente em todos os modelos de Estado chamados Estados Democráticos de Direito”³⁸.

Para a conceituação do princípio vejamos:

“Comentando o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, José Francisco Cunha Ferraz Filho refere que a solidariedade ‘é o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas e povos. Há que notar que solidariedade não é coercitiva, pois, ao contrário, tem como pressuposto necessário a liberdade’. Saliencia ainda que ‘a cooperação na sociedade deve partir de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política’.

O Ministro Eros Grau, ao comentar o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, ensina que sociedade solidária é aquela que não inimiza os homens entre si:

‘Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações, e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, nesse sentido, consignado no artigo 3º, I, é titular – ou cotitular, ao menos paralelamente ao indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.’

Canotilho também ressalta a importância de o hermenêuta constitucional estar atento aos problemas de seu tempo, entre eles a solidariedade intergeracional, destacando:

‘Por último não deve esquecer-se que a constituição não é apenas um ‘texto jurídico’, mas também uma expressão do

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Constituição, 1988.

³⁸ SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/AnaCristina_Silva.html> Acesso em: 16 nov. 2016.

desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de constituição deve estar aberta aos temas do futuro, como o problema da responsabilidade e da solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego, o problema da ciência e da técnica e das suas refrações na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder político, o problema da droga e do seu potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica em uns casos e da explosão demográfica em outros³⁹”.

Em especial lição consumerista estão as palavras de MIRAGEM:

“Orienta-se pelo princípio da solidariedade a divisão de riscos estabelecidos pelo CDC. A regra de responsabilidade civil objetiva estendida a toda a cadeia de fornecimento (todos os fornecedores que participam do ciclo econômico do produto ou serviço no mercado) é resultado dos ditames de solidariedade social, uma vez que orienta a adoção de um critério sobre quem deve arcar com os riscos da atividade econômica no mercado de consumo, afastando a regra da culpa para a imputação da responsabilidade. A responsabilidade civil do fornecedor no CDC, deste modo, apresenta um novo critério de repartição dos riscos sociais, em vista justamente, dos reflexos da sua atividade econômica frente ao mercado. Este é o caso também da proteção pelo CDC não apenas do consumidor adquirente de produto ou serviço, senão do usuário, ou daqueles que simplesmente estavam expostos ou foram vítimas de eventos decorrentes do desempenho da atividade econômica do fornecedor.

(...) Trata-se de uma superação de regra romana, segundo a qual *res inter alios acta alius neque prodesse potest* (o negociado entre as partes não podem nem prejudicar nem beneficiar terceiros). Neste sentido, como refere o Antônio Junqueira de Azevedo, embora não sejam partes dos contratos, os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse, distinguindo daí as noções de *relatividade* e *oponibilidade* com relação aos contratos. (...)

Assim, por exemplo, a situação do contrato celebrado entre segurado e seguradora, na qual tendo existido inadimplência do primeiro, e ocorrido o sinistro, sendo provada a falta de meios do culpado para o pagamento, autorizou-se em caráter excepcional a ação direta da vítima contra a seguradora⁴⁰.

³⁹ Idem.

⁴⁰ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2016. p. 142-143.

Na jurisprudência nacional a observância do princípio da solidariedade pode ser verificada em celebre julgado que puniu uma grande cervejaria (Brahma) pela inobservância de conhecido contrato firmado entre sua concorrente (Nova Schin) e famoso cantor de pagode (Zeca Pagodinho) que por longa data estrelou a campanha publicitária da marca cervejeira. O garoto propaganda goza(va) de prestígio entre populares e tinha entre suas características o consumo habitual de cerveja. Nessas condições o garoto propaganda mostrava-se essencial e eficiente no *marketing* da empresa.

O contrato realizado entre o pagodeiro e sua nova contratante fazia menção à empresa concorrente e usava do histórico alcoólico de seu ex-representante para sustentar a superioridade da cerveja que ora recomendava, em detrimento da anterior⁴¹.

1.1.7 - Do princípio da Intervenção do Estado

Muito se falou acerca das disparidades sociais, de princípios interpretativos e valores éticos, no entanto, todo este arcabouço precisa de um veículo que os ponha em prática. A função do Estado em sua intervenção na vida privada é garantir o bem-estar das pessoas. Caro e essencial ao direito do consumidor o princípio da intervenção é bem mais antiga do que aquele ramo do direito.

Em comum, ao presente e ao passado, o objetivo da interferência, isto é, o princípio abordado preocupa-se em diminuir as disparidades, buscar o equilíbrio social e, para tal, realiza-se na tutela dos vulneráveis.

⁴¹ TJ-SP 3º CÂMARA DE DIREITO PRIVADO -Apelação nº 9072385-17.2005.8.26.0000 Apelantes/apeladas: Fischer América Comunicação Total Ltda. e All-E Esportes e Entretenimento Ltda. Apelados/apelantes: Nizam Mansur de Carvalho Guanaes Gomes e África São Paulo Publicidade Ltda. Ementa: Concorrência desleal. Arguição de cerceamento de defesa fundada em fatos novos. Admissão de novas alegações, sem comprovação da força maior, que sujeitaria a sentença à decretação de nulidade em razão da inatividade da parte que não exerce adequadamente seu ônus processual e posteriormente surpreende o juízo acrescentando novos fundamentos. Inadmissibilidade. Inteligência do artigo 517 do CPC. Ilegitimidade passiva ad causam de sócio que agia em nome da sociedade caracterizada. Deliberado aliciamento do protagonista da campanha publicitária criada pela coautora, colocando fim ao projeto idealizado. Ato de concorrência desleal configurado, passível de reparação civil, nos termos do artigo 209 da Lei nº 9.279/96. Lucros cessantes. Apuração segundo um dos critérios previstos no artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial, optando-se por aquele que se mostrar mais favorável ao prejudicado. Dano moral. Inegável aborrecimento decorrente da abrupta interrupção da campanha publicitária iniciada que não tem o condão de caracterizar o dano moral indenizável. Inexistência de prova da diminuição do prestígio ostentado pelas coautoras em razão da conduta ilícita da corrê. [grifo nosso]

Em breve síntese histórica:

“E, na esteira da implementação dos ideais liberais, deu-se início à releitura da noção de mercado em vigor até então, como forma de reconhecer os papéis desempenhados e assumidos por cada cidadão, individualmente, nas relações econômicas.

Assim, no final do século XVIII, a concepção de mercado significando o lugar onde são praticados negócios jurídicos passou a coexistir com a idéia de mercado como um projeto político. Isto é, ao lado da dimensão palpável de mercado até então conhecida, ressurgiu a sua compreensão como um plexo de relações jurídicas e fáticas, integrante da organização da sociedade.

Ao final do século XVIII, [o mercado] toma forma como projeto político e social e serve ao tipo de sociedade que os liberais desejavam instaurar. O mercado se desdobra: sem deixar de referir os lugares que designamos como mercado e feira, assume o caráter de idéia, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos. Mercado deixa então de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como princípio de organização social. Neste sentido, há autores como Rosanvallon, que o tomam como representação da sociedade civil.

Essa nova concepção de mercado partia do pressuposto de que todos os que nele interagem o faziam em iguais condições, como decorrência pura e simples do anseio à igualdade que acompanhou as mudanças políticas desse momento histórico da humanidade. Entretanto, sabemos que essas interações humanas nas relações econômicas não se desenvolvem – ao menos não integralmente – à luz da isonomia pregada e acreditada até então.

Com efeito, ao se deixar o mercado e seus agentes interagirem com total liberdade, atendendo apenas às leis naturais, será freqüente a subjugação do mais fraco pelo mais forte social e economicamente, fato este que, em pouco tempo, causará a eliminação de agentes econômicos e, por conseguinte, a fulminação desse novo ideal. Isso porque não haverá conjunto de atos, fatos e objetos a caracterizar um projeto de organização social. Haverá um ou poucos agentes a atuar no mercado, o qual, inevitavelmente, voltará a assumir a idéia de local físico onde são realizadas relações sociais de repercussão econômica.

“Dessa forma, com a finalidade de proteger a própria noção de mercado que havia sido concebida, tornava-se imperiosa a existência de um regulamento externo, elaborado por pessoa

alheia aos cidadãos que nele (no mercado) estavam inseridos”

⁴²

A constituição brasileira de 1988, mesmo diante do sistema capitalista, apregoa a defesa dos mais frágeis, impondo sua interferência como garantia da igualdade. Acompanhando a PITARELLI: Na atualidade “a disciplina da ordem econômica pelas Constituições – e, em especial, pela Constituição Brasileira de 1988 – representa avanço social inestimável, configurando-se em verdadeiro instrumento de proteção e desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais”⁴³.

Em consonância, MIRAGEM destaca a aplicação do instituto no direito do consumidor:

“O princípio da intervenção do Estado resulta do conhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A constituição brasileira, ao consagrar o direito do consumidor como direito fundamental, o faz impondo ao Estado do dever de defesa deste direito. Nesse sentido, impõe que por intermédio da lei, intervenha no sentido de proteção do interesse do consumidor. Assim, não se exige do Estado neutralidade ao arbitrar, via legislativa ou judicial, as relações entre consumidores e fornecedores. Ao contrário, o dever estatal de defesa do consumidor faz com que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, nesta condição, estabeleça aos consumidores uma série de direitos subjetivos e aos fornecedores os respectivos deveres de respeitar e realizar tais direitos. (...)”

No Plano interno da relação de consumo, um dos efeitos mais sensíveis da intervenção do Estado é a limitação da eficácia jurídica da declaração da vontade do consumidor, visando a sua própria proteção. Considerando a vulnerabilidade do consumidor, e as características atuais do mercado de consumo, há por intermédio do CDC uma limitação da eficácia jurídica da declaração de vontade do consumidor, com vista a evitar seu comprometimento com disposições contratuais que lhe sejam prejudiciais (cláusulas, abusivas, por exemplo), ou ainda que não lhe tenham sido suficientemente informadas (o artigo 46 do CDC, estabelece que os contratos de que não tenha sido dado conhecimento prévio, não obriga ao consumidor)”. ”

1.1.8 – Do princípio da efetividade

⁴² NUNES, L. G. Finalidades e limitações da intervenção do Estado na economia sob a ótica da Constituição da República de 1988. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 83-99, jan./jun. 2011.

⁴³ PINTARELLI, C. K. A intervenção do estado na atividade econômica: uma análise do caso moema. Revista da Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 43 a 70, jan./jun. 2012.

Correlato ao princípio da intervenção do Estado, o princípio da efetividade é causa daquele. Em especial a história brasileira, como sabido, é repleta de leis e objetivos que, em jargão jurídico, “*não pegaram*”. Pelas palavras de MIRAGEM:

“Na experiência brasileira uma das grandes preocupações quanto ao seu sistema jurídico é o da efetividade da aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico. O problema da efetividade alcança, entre nós, tanto a questão do mero respeito à lei, quanto ao alcance dos seus resultados concretos. São conhecidas as situações de desrespeito ou simples desconsideração da existência da lei, assim como vários expedientes possíveis para evitar que ela produza os resultados concretos concebidos quando da sua elaboração. (...)”

Independentemente da referência expressa à efetividade da defesa do consumidor, percebe-se pelas normas do CDC uma preocupação evidente com a efetividade da tutela legal. Neste sentido orientam-se, por exemplo, as normas relativas à estipulação da responsabilidade solidária dos fornecedores pelos danos causados ao consumidor, a ampla previsão de desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, além de hipóteses tradicionalmente admitidas, ‘*sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*’ (artigo 28, §5º).

(...) o princípio da efetividade incide também sobre os processos de tomada de decisão de todas as autoridades (judiciais ou administrativas), e a adoção de novos instrumentos visando à proteção *in concreto* dos direitos dos consumidores, revelam uma estratégia legislativa clara em benefício da efetividade da norma”⁴⁴.

Inobstante a curta extensão deste tópico, frisa-se sua magnitude. Não por coincidência voltou-se a citar Bruno Miragem, seu parecer vai de encontro ao objetivo do presente trabalho, qual seja: buscar a melhor tutela aos direitos do consumidor, apontando situações novas e tenta oferecer modesta contribuição para a solução dos problemas identificados. Adianta-se ao indicar a ampliação da responsabilidade do fornecedor, em especial o comerciante, de maneira solidária aos já admitidos pela doutrina e jurisprudência.

Tal como afirmada pelo autor supracitado, a abordagem da responsabilidade solidária, em defesa de todos os princípios anteriormente apresentados, faz-se

⁴⁴ MIRAGEM. B. Curso de direito do consumidor. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151-152.

indispensável para assegurar a efetividade dos direitos consumeristas em se tratando dos contratos de seguro vinculados à aquisição de bens duráveis.

1.2 - Aspectos formais e processuais do direito do consumidor

Estudada o aspecto material, que molda o direito do consumidor, cumpre dissertar a respeito dos aspectos formais e processuais da cadeira.

1.2.1 - Definição jurídica de consumidor

Como previsto anteriormente, chega-se, enfim, ao empenho de assimilar, de maneira um pouco mais profunda, quem é o consumidor do qual tantas vezes se fez menção.

O artigo 2º do código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/1990), oferece seu conceito. In verbis: “É toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A partir dos arquivos e registros referentes à aplicação concreta dos direitos do consumidor, nota-se que, com o decorrer do tempo, foi ampliado o conceito de consumidor, a fim de garantir proteção a todos quanto necessitarem, superando o apego aos vínculos diretamente contratuais marcados pela onerosidade.

Em um primeiro momento, apenas se compreendia como consumidor o celebrante do contrato, ou seja, entendia-se que apenas aquele que arcou com os custos da contratação teria legitimidade de reivindicar perante o fornecedor (contratado) sob o amparo do CDC. No entanto, a concepção do direito consumerista por viés personalíssimo deixava ao relento grande parcela dos que hoje se entende por consumidores. Pela concepção passada, o usuário que não fosse formalmente adquirente do produto ou serviço carecia da presença do comprador para reclamar eventual defeito do produto.

Suponha-se que, por exemplo, um jovem aniversariante tenha sido presenteado com um carro por sua aprovação no vestibular, se anterior a aplicação da corrente finalista, poderia a concessionária recusar-se a prestar a garantia quando procurada pelo jovem motorista sob o respaldo da ilegitimidade do reclamante.

Avançando ao incluir ao roll dos consumidores *standards*⁴⁵, aqueles a quem era prestado serviço ou usado o produto (por razão de fato e não de contrato), aplicava-se a teoria finalista para discernir os contratantes consumeristas dos meramente civis (fora de regime especial). Preservando aos (consumidores) que tinham a posse e, por vezes, até mesmo a propriedade dos direitos concernentes ao bem ou serviço discutido, mais eficaz se fez as normas consumeristas.

Destarte a ampliação dos contemplados pelo direito do consumidor, segundo os ditames da corrente finalística, na prática social esta ainda se mostrava insuficiente.

Em celebre julgado do Supremo Tribunal de Justiça (Resp. 541.867/BA) a ministra do STJ Nancy Andrichi posicionou-se de modo inovador ao opinar que:

“a aplicação do CDC municia o consumidor de mecanismos que conferem equilíbrio e transparência às relações de consumo, notadamente em face de sua situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor”.

Ao tomar por parâmetro o aspecto da vulnerabilidade ou hipossuficiência, modifica-se o alcance da categoria (consumidor) estendo-a até daqueles adquirentes de serviço ou produto, inicialmente, excluídos por contratarem para a realização de atividade profissional. Como elemento de decisão deve-se levar em conta a abrangência do conceito de consumidor estabelecido no código de defesa do consumidor para as relações que se dão em uma cadeia produtiva.

A ministra Nancy Andrichi explica que, num primeiro momento, o conceito de consumidor ficou restrito, alcançando apenas a pessoa física ou jurídica que adquire o

⁴⁵ A nomenclatura de *consumidor standar* é encontrada em: MIRAGEM. B. Curso de direito do consumidor. 6º edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 156-159.

produto no mercado a fim de consumi-lo, aquele que consome o bem ou o serviço sem destiná-lo à revenda ou ao insumo de atividade econômica.

Ocorre que, evoluindo sobre o tema, a jurisprudência do STJ flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final (, logo, tutelado, na aplicação da corrente finalista) quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. “*Sob esse estopim, os julgados do STJ passaram a agregar novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo e justo*”, afirma a ministra.

Assim, o consumidor que não figura-se no fim da cadeia de consumo (consumidor intermediário), ao adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadraria na definição constante no artigo 2º do código de defesa do consumidor.

Nancy, porém, propôs a aplicação excepcional das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Essa nova compreensão concretizou-se no julgamento do Resp n. 716.877, realizado pelo STJ em 2007 ao dar provimento ao recurso que versava sobre ação proposta por caminhoneiro que reclamava proteção pelo CDC em função de veículo adquirido que apresentou defeitos de fabricação. O caminhão seria utilizado para prestar serviços, destinando-se ao exercício profissional e sua reflexa manutenção dos meios de vivência coerentes com a dignidade da pessoa humana.

No julgado o relator, ministro Ari Pargendler, afirmou em seu voto não ser unívoca a noção de destinatário final: “A doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a compreensão da expressão ‘destinatário final’ para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade”.

O ilustre ministro aplicando sua interpretação ao caso em comento no (REsp. 716.877) ressaltou:

“Uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão

para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família, deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor”.

Sintetizando o conceito de consumidor pela doutrina de MARTINS:

“Vê-se, então, que o consumidor, para efeitos jurídicos, se caracteriza mais pela destinação que dá ao bem do que pelo seu próprio *status* social, ou pela qualidade ou valor do bem em si, cabendo-lhe, indistintamente, um interesse típico ou expectativa no sentido de receber produtos e serviços de boa qualidade, a preços justos e com informação adequada sobre os mesmos.

Aquela noção abrange, em princípio, somente os contratos firmados entre o consumidor não profissional e o fornecedor, não podendo, em regra, figurar na condição de consumidor um profissional, a menos que, no contrato em questão, seja verificada a vulnerabilidade deste”⁴⁶.

Por oportuno, sublinha-se que o direito do consumidor, ainda incorpora à sua lista de tutelados o consumidor equiparado. Na ocorrência de falhas na prestação e acidentes provocados por produtos e serviços em que a pessoa prejudicada não seja contratante (ou beneficiária de contrato transacionado por outro) ou quando da exposição à oferta; publicidade; práticas e cláusulas abusivas, cobrança indevida e preservação de seus dados e imagem (moral).

Base legal para a enumeração acima, estão os artigos 2º, parágrafo único; 17 e 29 do CDC. Dentre seus exemplos clássicos de consumidor por equiparação: os casos em que transeunte vítima de acidente de trânsito, aquele sem vínculo direto com a ofertante de transporte público, é atingido de maneira negativa pela prestação do serviço.

A este respeito retoma-se a dissertação de Guilherme Martins:

“A equiparação de certos agentes aos consumidores decorre, em face da lei 8.078/90, do disposto no art. 2º, parágrafo único, 17 e 29. Em face do art. 2º, parágrafo único, da lei N° 8.078/90, equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. O que tal dispositivo, tem em mira é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços ou mesmo o grupo, classe ou categoria deles.

Efeito idêntico decorre ainda do disposto no art. 17, pelo qual, em matéria de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (arts. 12 a 16), as respectivas vítimas se equiparam aos consumidores, proporcionando-se-lhes um amplo campo de

⁴⁶ MARTINS, G. M. Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 127-128.

proteção, considerada a dimensão dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais decorrentes dos acidentes de consumo. Esses terceiros, conhecidos no direito norte americano como *bystanders*, são pessoas que, ainda não tendo utilizado ou adquirido o produto ou serviço, são tuteladas em função do dever jurídico de fornecer produtos e serviços seguros.

Por fim, o art. 29 contempla todas as pessoas expostas às práticas abusivas, regra essa que abrange os profissionais, desde que verificada sua vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou técnica, a partir do desequilíbrio concreto entre os contratantes⁴⁷.

1.2.2 - Definição jurídica de fornecedor

Em continuidade a conceituação de consumidor, o Código de Defesa do Consumidor define no caput do seu artigo 3º a pessoa do fornecedor:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços⁴⁸”.

Esclarecem MARQUES; BENJAMIN e MIRAGEM:

“A definição do art. 3º é ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades*, tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis, as quais se aplica o CC/2002. (...)”

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: mencionando apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o §2º do art. 3º do CDC define serviço como ‘qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...’, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada^{49,50}.

⁴⁷ MARTINS, G. M. Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128-129.

⁴⁸ BRASIL. Código de defesa do consumidor, lei 8.078, 1990.

⁴⁹ MARQUES, C. L.; BENJAMIM, A. H. V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177.

⁵⁰ Não estamos de acordo com a interpretação de que a prestação de serviço não exija a profissionalidade da atividade. No entanto, nos parece que as condições registradas na citação de *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* já caracterizam aquela característica. Sendo certo que a melhor verificação da assertividade de qualquer classificação verifica-se no caso concreto. Por fim, esclarecemos que as minúcias na definição de fornecedor não são elemento angular deste trabalho, dado que os fornecedores a

1.2.3 - O objeto da relação jurídica de consumo

Toda relação jurídica é formada por sujeitos (partes), vínculo e objeto. Outrora se analisou os sujeitos da relação consumerista (consumidor e fornecedor), assim sendo, cabe neste ponto conhecer seu vínculo e objeto. Por vínculo se entende o meio pelo qual as partes estão conectadas, no direito do consumidor o contrato de consumo.

O objeto da relação jurídica consumerista é a prestação do serviço ou produto. De maneira genérica, em todo o direito civil, o objeto será a causa material da relação, a motivação para o estabelecimento do vínculo, de outro modo, o objeto é o bem (entendido em sentido amplo, podendo ser material ou imaterial, sendo ou não de cunho patrimonial), a coisa sobre a qual recai o direito do credor e a obrigação do devedor (*objeto mediato*). No tradicional contrato de compra e venda o objeto (*imediato*) é a entrega do bem (como se verá a seguir)⁵¹.

1.2.3.1 - Definição jurídica de serviço

Como recentemente dito, por meio de citação, o art. 3º, §2º, do CDC define serviço como: qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Torna-se a lembrar que as definições jurídicas oferecidas por esta ocasião visam tão somente a capacitar o leitor para o debate a ser trazido (a vinculação dos contratos de seguros à aquisição de bens duráveis). No entanto, para a finalidade a que se destina, importante colocar:

“(…) A mão de obra humana, cada vez mais, vai sendo substituída por máquinas, e assim, migrando para o setor de serviços. (...) Subsume-se ao amplo conceito legal de serviço na legislação consumerista (...) [que] essas atividades podem ser de natureza material, financeira ou intelectual (...). Neste ponto é de se afirmar que a característica marcante para a abrangente definição de serviços, para fins de proteção do consumidor, é a

que se faz referência são de classificação incontestes.

⁵¹ Sobre o tema vale conferir a lição de GONÇALVES – GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, vol. 2: teoria geral das obrigações. 9º ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 41-56.

de que os mesmos devem ser prestados mediante remuneração (...) de observância obrigatória [d]os requisitos da profissionalidade, da habitualidade e do recebimento de contra-prestação em dinheiro”⁵².

Ao nosso sentir, o serviço, tem entre suas características determinantes para sua classificação a ausência de um bem corpóreo (ainda que sejam utilizados instrumentos físicos para sua prestação), o que se contrata não é uma coisa e sim um dever de fazer (atividade).

1.2.3.2 - Definição de produto

O art. 3º, §1º, do código de defesa define produto como: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁵³.

Bruno Miragem comentando a definição brasileira analisa o conceito pátrio a outros do direito estrangeiro de diferentes países. Não se voltando a críticas ou descrições, o doutrinador exalta a amplitude do conceito, visto que permite a sua aplicação a um número maior de casos.

“Já com relação à abrangência do conceito de produto também para bens materiais e imateriais, a importância desta definição é ainda maior quando se observa o crescimento da importância econômica da informática e dos bens e serviços produzidos exclusivamente por este meio. No caso da Internet, e das relações estabelecidas exclusivamente por seu intermédio, não significa que os conceitos criados pela ciência jurídica, tradicionalmente afetos à realidade do mundo físico, não tenham de ser, muito deles, interpretados e adaptados ao fenômeno da informático”⁵⁴

Evitando as dissonâncias e atendo-se a espécie de produto que nos acompanhará ao longo do presente trabalho, impõe compreender a relação entre produto e bem (uma vez que abordaremos a aquisição de bens duráveis). Válida a colocação de BARCELLOS:

“As diversas qualificações que um produto pode assumir são bem mais amplas e flexíveis do que a terminologia tradicional do Código Civil, que utilizava a palavra "bens". Entende-se que

⁵² CAVALIERI FILHO, S. Programa de direito do consumidor. 4º ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 84.

⁵³ BRASIL, Código de defesa do consumidor. Lei 8.078. 1990. artigo 3º, parágrafo 1º.

⁵⁴ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor, 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais. 2016. p. 186-187.

a intenção do legislador foi englobar as diversas categorias de bens explicitadas pelo próprio conceito. Considera-se, a princípio, qualquer bem, como produto desde que resulte da atividade empresarial em série de transformação econômica. Quanto aos bens do setor primário, tal como são os de natureza agrícola, entende-se que serão incluídos sob a esfera do CDC desde que tenham sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico⁵⁵”

Capítulo 2 – O instituto do contrato à luz do direito do consumidor e considerações a respeito do contrato de seguro

2.1 -A Nova teoria contratual e o direito do consumidor

O direito tem, entre outras tarefas, o intuito de se manter atualizado diante das inovações da sociedade. Esta não é tarefa fácil, entretanto, boa é a avaliação de seu diálogo com a teoria contratual a partir da constituição federal de 88 e das leis que por ela norteiam-se.

No uso do ensino ministrado pelo Conpedi⁵⁶:

“o modelo atual da Teoria Contratual evoluiu conjuntamente com as necessidades da sociedade. Assim, nos séculos XVIII a XIX a fundamentação das contratações respaldou-se no princípio do pacta sunt servanda, ou seja, o contrato firmado fazia lei entre as partes, que ficavam obrigadas a cumprir o estabelecido no acordo de vontades, independentemente de vícios, desequilíbrios. Não obstante, referidos instrumentos eram utilizados de forma individualista, visando apenas os interesses dos contratantes, e não geravam efeitos a terceiros estranhos à relação contratual, salvo casos específicos e previstos pela legislação. Já as inovações imposta pela sociedade capitalista e industrializada do século XX trouxeram

⁵⁵ BARCELLOS, D. S. F. Proteção contratual do consumidor brasileiro. Programa de pós-graduação em Direito UFGS. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/barcell11.htm>>. Acesso em 16/11/2016.

⁵⁶ CONPEDI – sigla de *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*: “é a Sociedade Científica do Direito no Brasil, organizado através de uma associação civil com personalidade jurídica de direito privado e sem fins econômicos que incentiva e promove os estudos jurídicos e o desenvolvimento da pós-graduação em Direito no Brasil. Suas ações institucionais respondem ao desafio de projetar a pesquisa jurídica para o avanço social do Brasil. (...) Desde sua criação, em 17 de outubro de 1989, o CONPEDI realiza Encontros e Congressos nacionais que oferecem visibilidade à produção científica em Direito. Através dos eventos, já oportunizou a publicação de milhares de artigos jurídicos e apresentações de pôsteres produzidos por pesquisadores brasileiros acerca das mais diversas temáticas. A partir de 2014, em associação com Instituições Internacionais de Ensino, passou a internacionalizar a instituição e a projetar a produção desenvolvida nos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros para o Continente Americano e Europeu”. Informação extraída de: < <http://www.conpedi.org.br/quemsomos/>> Acesso em 17/11/2016.

emergentes e indispensáveis alterações ao que então se aplicava aos contratos, clamando que a promessa da igualdade política, deveria resguardar a almejada igualdade econômica, surgindo uma nova forma de contratar, mais complexa, apta a acompanhar as mudanças econômico-sociais que se impuseram. Com o intuito de se entender a evolução dessa Teoria, denominada de pós-moderna, a visão individualista é deixada de lado, dando origem a uma forma de contratar capaz de abranger a relação como um todo, pautada na função social do contrato e na boa-fé objetiva. Baseado na breve exposição feita acima, este estudo será fruto de intensa pesquisa, iniciando-se pela análise histórica, com o intuito de discorrer sobre o surgimento dos contratos e sua evolução; utilizar-se-á da metodologia dedutiva, por meio da qual será feita análise do instituto jurídico do contrato e da legislação ordinária pertinente, bem como será empregado o método comparativo, não se esquecendo, por fim, da dialética, com o intuito de se confrontar pensamentos de grandes nomes do Direito sobre o tema, possibilitando concluir que a socialização contratual por nós hoje aplicada, tem como maior expoente no direito brasileiro o Código de Defesa do Consumidor⁵⁷.

2.1.1- A autonomia privada e o direito do consumidor

Não pairam dúvidas quanto ao rompimento do direito do consumidor com a autonomia da vontade (ou autonomia privada), não que a tenha extinguido, todavia, mitigou-a. Embora o CDC não tenha sido o primeiro a sopesar a autonomia privada diante do desequilíbrio social (estendido ao campo jurídico), incontroversa seu papel protagonista.

Registra-se que o CDC ao restringir o alcance da autonomia da vontade, o faz em nome dos ditames constitucionais da equidade, da função social, da boa-fé e redução das disparidades. Nesta esteira, outra vez, faz-se referência ao seminário de *direito, globalização e relações de consumo*:

“Nesse novo paradigma contratual, a equidade e a Justiça vieram ocupar o centro da relação jurídica, em substituição a pura autonomia da vontade e ao individualismo, que, na conjectura da sociedade de consumo, tiveram o condão de fazer prevalecer o mais forte sobre o mais fraco, economicamente frágil, uma vez que o Projeto do Código Civil (PL 118/84)

⁵⁷ ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXV, 2016, Brasília. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI /UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/U8biUD7N1Sx77AeX.pdf>> Acesso em: 13/11/2016.

trouxe um novo balizador ao livre exercício da vontade: a ‘função social do contrato’ (MARQUES, C., 1999, p. 88), embora não tenha o legislador cuidado da conceituação do termo em análise, relegando esse papel a doutrina.

Observa-se com isso que a autonomia privada passa a ser interpretada e aplicada sob uma nova perspectiva jurídica, agora respaldada nos pilares da equidade, boa-fé contratual e segurança jurídica das relações contratuais, dessa forma, iniciou-se a socialização da teoria contratual, cujo principal escopo é o Código de Defesa do Consumidor, sem se olvidar da importante complementação proveniente do Código Civil.

Nesse novo momento, assiste-se à marcante função intervencionista Estatal, mudando consideravelmente os paradigmas, já que o princípio da boa-fé é exigido ao longo de toda a cadeia contratual, ou seja, tanto na formação, quanto na execução das obrigações.

Enaltece-se que, apesar de ser posterior ao Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, como já aludido, também é fruto da nova concepção contratual, pois tem suas raízes nos princípios norteadores da ordem constitucional de 1988. Nesse sentido, elucida o Enunciado n.º 167 da III Jornada de Direito Civil:

‘Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos’. (ASCENÇÃO, 2008, p.2)

Em contrapartida ao posicionamento jurídico exposto, Tepedino (2004, p. 19) defende que, o Código de Defesa do Consumidor não pode representar uma nova fase contratual, pois, se assim for entendido, estar-se-á dando ensejo a um sistema fragmentado e afastado do seu Texto Maior.

Conclui o doutrinador que, os princípios elencados no CDC devem ser utilizados de maneira irrestrita, já que consolidados no Sistema Jurídico Brasileiro, sendo tais princípios tradução da tábua axiológica do sistema constitucional e não de um microsistema fragmentado. Logo, a força deste código não se reduz às suas próprias normas, mas sim a ordem constitucional que o assegura e o fundamenta.

Finaliza sustentando que a reunificação do ordenamento, superando as repartições feitas no passado, bem como a dicotomia entre direito público e privado seria o que poderíamos denominar de nova teoria contratual compatível com o momento atual.

O pensamento supracitado representa uma nova postura metodológica, na qual se torna imprescindível realizar toda e

qualquer leitura do Direito Civil e do Direito Consumerista em uma perspectiva dialética com a Constituição Federal. No entanto, esse entendimento, apesar de parecer contrário a linha de pensamento que se aponta, na verdade, é mero enaltecimento da conjectura constitucional, uma vez que, a ideologia contida no CDC e no CC/2002 não se sobrepõem aos princípios basilares da CF/88.

Isso posto, as necessidades oriundas da pós-modernidade, apenas foram especificamente abrangidas e consolidadas pelo Código de Defesa do Consumidor que, efetivamente, tratou da vulnerabilidade de uma das partes contratantes, pelos motivos elencados por J. Oliveira Ascensão (2008, p. 24):

‘O Código Civil é sábio e suporta a estruturação dum Direito de cláusulas gerais. Infelizmente, nasceu velho e não foi objeto da revisão necessária. O Código do Consumidor adiantara-se muito mais, na transposição setorial do novo espírito ancorado na Constituição de 1988’.

Portanto, outra conclusão não se impõe a não ser a de que tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor possuem uma visão constitucionalizada em matéria contratual, uma vez que tanto num diploma como no outro, a despeito de inexistir consumidor na esfera civilista, existirá, principalmente nos contratos de adesão, vulnerabilidade de uma das partes, a qual será tutelada com embasamento na dignidade da pessoa humana e na função social do contrato. Com efeito, o enfoque do Código de Defesa do Consumidor é minimizar a exacerbada desproporção das obrigações, revigorando o equilíbrio real entre os contratantes, em favor da parte mais fraca da relação jurídica instaurada⁵⁸.

2.1.2 - Os contratos de massa e sua culminação em contratos de adesão

Em diferentes oportunidades, ao longo deste trabalho, falou-se das mudanças sociais, em especial as derivadas das diferentes fases do mercado econômico.

“Na atual conjectura econômica, a realização do bem comum é o alicerce da força obrigatória dos contratos em contraposição ao ultrapassado dever moral de manutenção da palavra dada. Assim, hodiernamente, estamos diante de contratos padronizados e impessoais, comumente chamados de adesão, nos quais se nota a nítida crise da autonomia privada e a imposição de cláusulas sem negociação, logo o dirigismo contratual por meio da atuação do Estado se faz presente, a fim

⁵⁸ ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXV, 2016, Brasília. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI /UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/U8biUD7N1Sx77AeX.pdf>> Acesso em: 13/11/2016.

de que seja assegurada a supremacia da ordem pública e o efetivo equilíbrio contratual”⁵⁹.

Claudia Lima Marques em obra direcionada ao novo regime das relações contratuais coloca:

“Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontade era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes - um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes irrelevante a própria manifestação da vontade, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos). (...)

No Brasil, mesmo após a Segunda Guerra, a tendência mundial de socialização do direito civil, especialmente do direito dos contratos, terá pouca repercussão legislativa, exceção feita às novas leis sobre inquilinato, seguros e promessas de compra e venda. A teoria pura de Kelsen, porém, fascinará muitos juristas brasileiros, mesmo que nessa teoria pura a “justiça” ou a “injustiça” do conteúdo de uma norma nenhuma importância tenha, bastando que a norma tenha sido efetivamente estabelecida de maneira legítima pela norma fundamental correspondente.

Sendo assim, fácil compreender porque, apesar dos vários projetos de códigos elaborados, as normas brasileiras sobre contratos continuaram as mesmas desde o início do século. Mas, também no Brasil, todo o individualismo e voluntarismo presentes nestas normas não mais se adaptavam à realidade do século XX, com a proliferação dos contratos de adesão, dos contratos cativos de longa duração, a concentração monopolizante de poder em mão das empresas e dos conglomerados industriais, a presença do Estado na economia obrigando os particulares em muitos casos a contratar, o novo valor dado aos bens imateriais, autorais e aos direitos fundamentais. Porém, no caso brasileiro, a crise da concepção

⁵⁹ ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXV, 2016, Brasília. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI /UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/U8biUD7N1Sx77AeX.pdf>> Acesso em: 13/11/2016.

clássica de contrato só terá uma solução na década de oitenta, mais especificamente com a edição da nova ordem constitucional e de seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: o Código de Defesa do Consumidor. O CDC se propõe a restringir e regular, através das normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual. (...)

Certo é que a decadência do voluntarismo no direito privado levou à relativização dos conceitos. O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”⁶⁰.

2.1.3 - A proteção contratual do consumidor:

Ciente de que a proteção do consumidor é o fim a qual se destina esta monografia, o domínio da proteção contratual não pode ser negligenciado. Deste modo, abordar-se-á as vertentes da aplicação da norma mais favorável e a proteção da confiança.

2.1.3.1 - A interpretação e aplicação da norma mais favorável: diálogo das fontes

“O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa, é a interpretação judicial do contrato em favor do consumidor. Inspirado no art. 1.370 do Código Civil italiano de 1942, o CDC, em seu art. 47⁶¹ é instituído como princípio geral a *interpretação pró-consumidor* das cláusulas contratuais. (...)

(...) discutiu-se se esta lei protetiva pode ser usada “contra” os interesses do consumidor, assim, por exemplo, aplicando o juízo o prazo mais exíguo de prescrição ou decadência, se é maior o da lei feral ou direito civil comum. Relembre-se aqui que o art. 7º do próprio CDC considera este Código um conjunto aberto de normas, incluindo aquelas outras normas “que assegurem direitos aos consumidores”, presentes em leis específicas, gerais ou em tratados ratificados pelo Brasil, como incluídas no CDC. O espírito da lei seria tutelar, aplicando o magistrado a norma mais favorável ao consumidor (*favor delibis*), no caso concreto por expressa autorização da lei especial tutelar, o CDC. Assim ensina o Min. Ari Pargendler: ‘... não se pode esquecer, essa legislação [o CDC] veio em benefício do consumidor e deve,

⁶⁰ MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 163-167.

⁶¹ “Art. 47 As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078. 1990.

sempre que possível, ser interpretada de forma a beneficiar-lhe. Não me parece lógico, nem jurídico que casos como o dos autos, que envolvem a própria integridade física e moral da pessoa, possam, sem norma expressa nesse sentido, revogar o Código Civil, muito mais elástico em relação aos prazos do que a nova legislação (...) violação ao art. 177 do Código Civil [art. 205, CC/2002]. Em relação ao art. 7º do Código do Consumidor, ausente o prequestionamento”⁶².

Ao nosso sentir, em clara interpretação teleológica, não apenas o CDC, como também a Constituição, impõem a aplicação da norma mais favorável, bem como sua interpretação. Por este parecer encontra-se vasta doutrina.

Em *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, MARQUES; BENJAMIM e MIRAGEM:

“O art. 7º do CDC é uma interface permeável do CDC com o sistema geral do direito civil. É uma cláusula aberta deste microsistema, que não deseja ser exaustivo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor 9art. 5e, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo das fontes legislativas, não somente através do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pelo art. 48 do ADCT. O chamado “direito do consumidor” tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as leis ordinárias, os tratados, os princípios gerais e os costumes. Em resumo, sempre que uma outra lei assegure algum “direito” (não um dever!) para o consumidor, esta lei pode se somar ao CDC, ser incorporado na tutela especial, ser recebida pelo microsistema do CDC e ter a mesma preferência no trato das relações de consumo que o CDC”⁶³.

Por Fabiana Pellegrino:

“Saliente-se que a jurisprudência brasileira é pródiga em determinar diálogos de coerência orientada pelo mandamento de proteção dos consumidores, e, por isso, o método do diálogo das fontes não deve ser usado para retirar direitos do consumidor, somente podendo ser usado a seu favor, sob pena de transformar-se em analogia in pejus.

E assim é porque, sendo esse diálogo em direito privado iluminado pela Constituição, o resultado somente pode ser a favor do valor constitucional de proteção dos consumidores,

⁶² MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 874-880.

⁶³ MARQUES, C. L.; BENJAMIM, A. H. V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 357.

conforme estabelecido no art. 5 XXXII, da Constituição Federal, inclusive como cláusula pétrea, pois, como dito, inversamente, a lógica da preponderância da lei menos favorável ao consumidor é monólogo da lei especial in pejus.

A propósito, esclarece Flávio Tartuce que a tendência mundial, seja nos países de modelo romano-germânico ou nos de tronco anglo-saxão, é no sentido de interpretar os contratos em desfavor da parte que detém o poder de impor o conteúdo contratual”⁶⁴.

2.1.3.2 - A proteção da confiança nos contratos de consumo:

A plena e eficaz proteção do consumidor no mercado de consumo não se dá apenas pela interpretação do judiciário e administração pública da norma de maneira mais favorável ao lado mais frágil da relação de consumo. É essencial que consumidor seja resguardado dentro da relação contratual, sem que para isso precise buscar socorro externo.

Assim, a proteção da confiança depositada pelo consumidor no fornecedor também merece tutela, pois, representa a imposição da boa-fé; um compromisso em atender as legítimas expectativas geradas no primeiro.

Em tela a colocação de MIRAGEM:

“Boa-fé objetiva e confiança são conceitos que se aproximam. A confiança é, em regra, a base de comportamentos sociais ou jurídicos individuais e, considerando-se a perspectiva da comunidade, há nestes comportamentos a crença de uma conduta correta por parte dos demais, ou à falta desta, a realização de conseqüências (sanções) na hipótese de violação. Daí porque a proteção da confiança abrange essencialmente as expectativas de cumprimento de determinados deveres de comportamento.

(...) A proteção da confiança nos contratos de consumo, neste sentido, leva em consideração tanto a proteção interna do contrato, quanto a regularidade das tratativas e dos termos acordados entre consumidores e fornecedores. Da mesma forma ocorre em relação ao dever geral de segurança e qualidade exigidos dos produtos e serviços que constituem o objeto destas relações jurídicas.”⁶⁵.

⁶⁴ PELLEGRINI, F. A. A. O. A tutela em face do superendividamento na perspectiva de uma hermenêutica contemporânea das relações de consumo. 271 p. Dissertação de tese (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. 2014. pdf.

⁶⁵ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 254.

O consumerista destaca a origem quase que contraditória da proteção da confiança, isto é, a desconfiança; o pressuposto de um agir egoístico e predatório.

“(…) Embora possa parecer paradoxal, em alguma medida isto [proteção da confiança] se dá em razão de uma crise de confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais, em comportamentos padrões, reclamando-se a necessidade de estabelecimento da garantia da aplicação e efetividade do direito, por intermédio da proteção da confiança individual e social”⁶⁶.

2.2 – Considerações acerca dos contratos de seguro

2.2.1- Conceito de contrato de seguro

Reproduzindo o conceito sugerido por GUIMARÃES:

“Todos os contratos se constituem de um acordo entre partes, de uma concordância de vontades. O Código Civil define o contrato de seguros como aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”⁶⁷.

2.2.1.1 - Características e classificações jurídicas

Maurício Issa, em obra dedicada à temática dos seguros⁶⁸, oferece características desta modalidade contratual a partir das quais se torna viável sua classificação quanto as nuances dos contratos em geral. São elas: Consensual, ou seja, surge de um acordo de vontades entre as partes; oneroso – pois implica em redução patrimonial; formal – obrigatoriamente deverá ser escrito; bilateral – ambas as partes possuem direitos e deveres; de adesão – previamente estabelecido, de modo que ao contratante apenas cabe aceitar ou não os termos do contrato, sem margens para tratativas; opõe-se aos contratos paritários, onde há equilíbrio de forças entre contratante e contratado; de execução continuada – se prolonga no tempo. Pontuamos ainda o entendimento de Antônio Márcio da Cunha Guimarães⁶⁹ para o qual os contratos de seguros não seriam meramente consensual, sendo, portanto, contrato real. Por fundamento está a

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ GUIMARÃES, A. M. C. Contrato de seguro contra seqüestro. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p. 611.

⁶⁸ ISSA, M. O seguro do comércio exterior. 2º ed. São Paulo: Aduaneiras, 1988. p. 48.

⁶⁹ GUIMARÃES, A. M. C. Contrato de seguro contra seqüestro. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p. 611.

particularidade de apenas obrigar o adimplemento da prestação depois do pagamento do prêmio, i.e., sua perfeição depende deste pagamento por parte do segurado, valendo como tradição do objeto devido (art. 12, Dec. Lei 73/1966).

Para melhor compreensão deste posicionamento, impõe-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“contratos reais são os que exigem, para se aperfeiçoar, além do consentimento, a entrega (*traditio*) da coisa que lhe serve de objeto, como os de depósito, comodato, o mútuo, por exemplo, e alguns poucos (penhor, anticrese, arras). Esses contratos não se formam sem a tradição da coisa. Antes pode existir promessa de contratar, mas não existe depósito, comodato ou mútuo. A efetiva entrega do objeto não é fase executória, porém requisito da própria constituição do ato”⁷⁰.

Efetivamente, os contratos de seguros têm suas características gerais fixadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e as condições de apólices fixadas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep).

2.2.1.2 - Elementos típicos do contrato de seguro

O contrato de seguro possui alguns elementos particulares, não encontrados em outras espécies de pactuação. Referimo-nos a apólice/bilhete; prêmio; indenização; seguradora e segurado⁷¹.

A apólice de seguro é o instrumento em que ficam especificados os deveres e direitos de ambos, basicamente é composta de cláusulas e condições gerais, especiais e particulares, além de coberturas especiais e anexos. A legislação especial (decreto-lei 78/66) menciona a possibilidade de substituição da apólice por bilhete, este seria utensílio simplificado, no entanto, mantendo a exigência da forma escrita.

O prêmio, nos contratos de seguro, corresponde ao valor que o segurado paga à seguradora pela garantia de seguro, a fim de transferir àquela o risco. Lembra-se que esse precisa ser cuidadosamente especificado nas condições contratuais, pois, o perigo não registrado não fica assegurado. Pagar o prêmio é a principal obrigação do segurado.

⁷⁰ GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 110.

⁷¹ SANTOS, R. G. Direito Civil III: contratos em espécie. 04.fev. 2016, 24 jun 2016. 61 p. Notas de Aula.

Já a indenização representa o valor que o segurado deve receber da seguradora na ocorrência de sinistro, isto é, a efetivação do risco. É a prestação, eventual, a ser adimplida pela empresa seguradora, sua finalidade é a compensação do dano sofrido pelo segurado.

Como, provavelmente, já se fez entender, a seguradora é a entidade que assume os riscos e, em troca, recebe o prêmio pago pelo segurado, quem se compromete a pagar eventual perda financeira durante o período de validade da apólice⁷². A legislação brasileira⁷³ exige que a seguradora seja empresa autorizada pelo Conselho Nacional de Seguro. Por trás da imposição legal encontra-se a importância social do seguro para a manutenção de atividades de risco e o giro econômico como um todo, a proposta é o melhor resguardo dos interesses individuais e coletivos potencialmente ameaçados se assegurados por pessoa físicas ou mesmo pessoas jurídicas que não esteja sobre a vigilância do Estado que, dentre outras funções, verifica a capacidade de pagamento da seguradora.

Junto à figura da seguradora está o segurado, ou seja, quem paga pelo prêmio à companhia, visando à garantia de interesse próprio e legítimo, referente à pessoa ou coisa. Na clássica divisão civilista, o segurado é a parte contratante, o credor se acometido o risco; para o direito consumerista é a pessoa do consumidor.

2.2.2 - Direitos e deveres das partes:

Por meio da definição que o contrato de seguro recebe, verifica-se sua condição:

“(…) oneroso e pressupõe um caráter especulativo, eis que não paira dúvidas que este traz vantagens a ambos os contratantes, frente a um sacrifício patrimonial de parte a parte: o segurado passa a desfrutar de garantia no caso de sinistro e o segurador recebe o prêmio. O fato da não ocorrência de sinistro, caso em que o segurador não teria que pagar a indenização, não descaracteriza a onerosidade, visto que, ainda sim, o segurado desfrutará da vantagem de gozar de proteção patrimonial”⁷⁴.

⁷² Quando silente o contrato, o prazo de vigência do seguro é de 01 (um) ano. No entanto, cabe estipulação em contrário, seja para ampliar ou reduzir o prazo. Vide guia de auxílio ao consumidor elaborado pelo Procon-MG e disponibilizado pela prefeitura de Belo Horizonte. <<http://www.pbh.gov.br/procon/seguros.htm>>. Acesso em 19/11/2016.

⁷³ Art. 757, parágrafo único do Código Civil: “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada. BRASIL. Código Civil, lei 10. 406, 2002.

E Celso Marcelo de Oliveira:

“é o seguro um contrato oneroso em virtude de que ambas as partes contratantes realizam o pacto com o intuito de receber alguma vantagem patrimonial: o segurado procura obter uma proteção patrimonial, acaso o risco previsto no contrato venha a concretizar-se, e o segurador uma vantagem patrimonial, com o recebimento do prêmio”⁷⁵.

No mesmo sentido, porém, em visão mais ampla, são os ensinamentos de Luiz Augusto Roux Azevedo. É o seu comentário quanto as obrigações do segurado:

“A principal obrigação imposta ao segurado é o pagamento do prêmio, mas o estatuto de seus deveres não se esgota aí, posto que a disciplina do contrato impõe uma série de obrigações secundárias.

(...) a natureza das obrigações secundárias a cargo do segurado não é objeto de unanimidade e, tal qual a questão da prestação de garantia que incumbe ao segurador, desperta importantes questões, em especial no que diz respeito às conseqüências do inadimplemento do dever ou do não atendimento do ônus por parte do segurado.

Do ponto de vista do direito brasileiro, e com base nas lições de Comparato (...) parece razoável estabelecer que, mais que um ônus imposto ao segurado, os deveres associados à formação e execução do contrato de seguro conformam-se como verdadeiras obrigações, feitas de forma a atender aos interesses do segurador. A discussão relaciona-se com o objeto deste trabalho [dissertação de mestrado cujo tema é a *comutatividade dos contratos de seguro*], pois, por mais que se associe o contrato de seguro à obrigação de o segurado pagar o prêmio para fazer jus à garantia (ou ao direito de receber a indenização caso o sinistro se verifique), as obrigações secundárias relacionam-se com a noção do equilíbrio subjetivo entre as vantagens e desvantagens atribuídas às partes e, pois, com a comutatividade do contrato.

(...) Vale dizer, ainda, que os deveres do segurado estão associados aos diversos momentos do contrato, tomando-se em conta tratar-se de um contrato de execução continuada.

No que diz respeito à formação encontra-se precipuamente o dever de o segurado declarar corretamente o risco. Quanto à execução, verifica-se a obrigação de o segurado pagar o prêmio (obrigação fundamental) e evitar o agravamento intencional do risco, abstendo-se de condutas que possam levar a este efeito, bem como manter o segurador informado a respeito de qualquer alteração em sua condição original. Finalmente, caso o sinistro ocorra, encontra-se o dever de imediatamente comunicá-lo ao

⁷⁴ BELLUCI, M. O. Da aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro e a quebra do equilíbrio econômico-financeiro. 2010. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 39.

⁷⁵ OLIVEIRA, C. M. Teoria Geral dos Contratos de Seguros. Campinas: Editora LZN, 2005, p. 32.

segurador, além de tomar as medidas possíveis para preveni-lo e mitigar os seus efeitos, bem como cooperar com a prestação de informações para a sua regulação”⁷⁶.

Ao que tange os deveres da assegurado, entende AZEVEDO:

“Além da prestação de garantia destacam-se a obrigação de o segurador pagar a indenização na hipótese de verificação do sinistro. O sinistro, por sua vez, dá ensejo à obrigação de o segurador pagar também pelas despesas de salvamento na forma da lei e de promover a correta e competente regulação do sinistro.

(...) O contrato de seguro é ainda reputado por muitos como um contrato aleatório em função da incerteza do pagamento da indenização, posto que dependente da ocorrência do risco. Entretanto, já se procurou demonstrar que a operação empresarial necessária ao contrato afasta a aleatoriedade. (...) A adequação dos pagamentos aos danos sofridos mostra-se de especial relevo para o caso dos seguros de danos.

(...) No caso dos contratos de danos diretos a tarefa de se apurar se mostra mais complexa, em especial tratando-se de perda parcial dos bens que são parte do interesse segurado.

(...) A disposição do art. 772 do Código Civil não encerrou as discussões acerca do limite das obrigações do segurador. Parte da doutrina defende a possibilidade de se pedir uma indenização suplementar, caso os juros de mora não sejam suficientes para cobrir os prejuízos causados pelo atraso, com suporte no parágrafo único do art. 404 (CC)⁷⁷.

2.2.3 - Função econômica e base técnica:

Os contratos não estão aparte da realidade, tampouco subsistindo em um universo jurídico autônomo e independente. Os contratos, mais que qualquer outro instituto jurídico, têm fundamento econômico que lhes confere a origem, a função e a relevância. Os contratos refletem a realidade social, uma realidade de interesses e situações econômicas, políticas e sociais, sendo verdadeiro instrumento para a manutenção do mercado, como há pouco afirmamos.

Ou, nas palavras de AZEVEDO:

⁷⁶ AZEVEDO, L. A. R. A comutatividade dos contratos de seguro. 2010. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 80-84.

⁷⁷ Idem.

“A substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica, na visão de Roppo. O contrato como instituto jurídico, de outro lado, não se confunde com a operação econômica da qual deriva, guardando uma autonomia própria, mas sempre voltado para a instrumentalização da função econômica que lhe é subjacente.

O contrato de seguro é exemplo claro desta relação. O aspecto jurídico do seguro é estreito, se comparado com a extensão da operação econômica (e técnica) que lhe dá suporte. Como diz Garrigues, o seguro, como toda instituição jurídica, tem um impulso econômico, que é o desejo de se prevenir contra um risco futuro que ameaça a nossa pessoa ou nossos bens. O seguro responde à preocupação conjunta à incerteza do futuro da vida humana permeado por riscos.

A função destes contratos é socializar riscos entre os segurados. Isto porque, de um lado a seguradora arrecada um prêmio, orçado mediante a análise da probabilidade de ocorrência de certo evento danoso. “Por outro lado, a seguradora se responsabiliza pelo pagamento de certa prestação em pecúnia, normalmente em caráter indenizatório, ao segurado, ou, se for o caso, a terceiros beneficiários, quando verificada situação de sinistro”.

Diante de tal cenário, criou-se o contrato de seguro, elemento basilar na configuração da sociedade privada contemporânea e basilar para a economia moderna, ao passo que possui a função de prevenir os efeitos negativos dos riscos que acometem pessoas e empresas.

2.2.3.1 - Risco, incerteza e função econômico-social do seguro

O conceito de seguro não pode ser dito sem que se leve em consideração as causas que motivam a sua realização, quero dizer, o medo da perda de algo que se estima. A este justo receio a doutrina costuma chamar de *risco*. Desta maneira, o risco é a incerteza referente preservação da pessoa ou coisa, uma vez que não se sabe pelo que ou de qual modo podem ser atingidas. O convívio com a insegurança não é estranho ao homem que antes mesmo da formação da sociedade já se via acuado pelos riscos de seu tempo.

Inobstante “o contrato de seguro é certamente um dos contratos mais importantes para a economia de um país, na medida em que tem a função de prevenir os efeitos negativos de riscos que normalmente acometem pessoas e empresas. A existência do seguro permite não somente a mitigação de danos para aqueles

que os sofrem, com a conseqüente redução da destruição de valores econômicos a elas associadas, mas também permite sua utilização como uma ferramenta para a redução de capital necessário para a realização de atividades econômicas.

(...) Fábio Konder Comparato aponta com precisão a relação entre o contrato de seguro e a operação em que está inserido. Comparato destaca que um contrato de seguro deve ser visto como uma “unidade de um conjunto homogêneo de contratos do mesmo tipo”, para permitir a ‘organização de uma mutualidade ou o agrupamento de um número mínimo de pessoas, submetidas aos mesmos riscos, cuja ocorrência e intensidade são suscetíveis de tratamento atuarial, ou previsão estatística, segundo a lei dos grandes números, o que permite a repartição proporcional das perdas globais, resultantes dos sinistros, entre todos os seus componentes’”⁷⁸.

2.2.3.2 - Bases técnica dos contratos de seguro

Em síntese, pode-se colocar que, tecnicamente, a engrenagem do modelo de seguro, tal como se conhece, tem por base a) a transferência do risco e b) sua cotização entre os associados que, em situações similares, estão expostos aos mesmos riscos com probabilidades de realização do evento (sinistro) se não iguais, ao menos próximas.

Sobre a transferência ou o deslocamento do risco, doutrina mais moderna entende por falaciosa ou imprecisa. Nesta linha de raciocínio o (já analisado) princípio da solidariedade demonstra que os riscos não deixam de pertencer ao detentor do interesse assegurado, o que ocorre é a realização da segunda inferência – a cotização das perdas. – Percendo a vida ou o bem protegido pelo seguro será o segurado titular do interesse que terá de conviver sem a coisa. O contrato de seguro não significa a substituição daquilo que se perdeu (seja em parte ou no todo). Ainda que existam contratos com estipulação de reposição é certo que existirão casos em que o elemento se mostrará insubstituível.

Destaca-se que a contraprestação devida em decorrência do sinistro é o pagamento de indenização, uma quantia que se destina a minimizar os efeitos do ocorrido. Conclui-se, então, que, melhor é o entendimento pelo qual a pactuação de seguro é meio de redução da extensão do dano. Outra não é a prática securitária que não o prévio desembolso de valores, pequenos se comparados ao custo integral daquilo que

⁷⁸ Idem.

se preserva, para que, ocorrendo evento em desfavor de alguns dos segurados, tais possam receber indenização que se equipare ao que se perdeu.

Em conceitos, o seguro é a organização da solidariedade e da mutualidade. Não se diz apenas em solidariedade posto que não se trata de ajuda a terceiro do qual não se espera retorno, mas, principalmente, em mutualidade. O mutualismo deriva da idéia de troca – troca-se uma pequena perda certa para fugir da álea de uma perda maior. – Opta-se pela contratação de seguro quando se vislumbra vantajoso o rateio das perdas sofridas por um grupo de associados, sabe-se, no entanto, que será necessária uma contrapartida: o pagamento do prêmio.

Não se afasta a idéia da solidariedade, pois, em análise mais detida, verifica-se que a inoocorrência de lesão não exonerará o segurado de prestar sua contribuição que servirá de auxílio àquele cujo destino não foi o mesmo. Por conseguinte, aproxima-se da solidariedade a compreensão do contrato de seguro na condição de aleatório. Todavia, aceitando que a motivação do seguro extrapola a exposição ao risco, sendo sua pretensão a constituição de garantia, o contrato de seguro será, indubitavelmente, mutualista.

Para que se tenha um melhor embasamento técnico apresentaremos citação e explanação mais longa e apurada, elaborada por AZEVEDO:

“O seguro consiste em um método de distribuição das perdas. O que poderia ser uma perda devastadora para um indivíduo é espalhada de maneira equitativa a todos os membros do grupo e esta é a base sobre a qual o seguro pode existir.

Na visão de Vaughan e Vaughan, do ponto de vista da sociedade o seguro reduz o risco como um todo, uma vez que a empresa de seguros não é somente uma somatória de riscos individuais, mas vai além, em virtude da capacidade que a empresa de seguros tem de fazer uma previsão das perdas que podem vir a ocorrer. Assim, quanto mais precisos os cálculos da companhia de seguros, menores as chances de perdas para os indivíduos, uma vez que em última instância os indivíduos correm o risco da solvência da seguradora e do sistema de seguros.

Para que tal aconteça, as empresas de seguro valem-se de postulados matemáticos e atuariais. O mais conhecido é a lei dos grandes números. Em uma definição simples seu enunciado resume-se no seguinte: *a frequência observada de certo evento aproxima-se com maior intensidade da probabilidade da*

população à medida que o número de tentativas aproxima-se do infinito. Naturalmente o tratamento estatístico sofisticar-se, com a introdução de outras variáveis, como a média, a variância e o desvio-padrão, que permitem maior acurácia no exame dos riscos.

A lei dos grandes números é importante à operação de seguros por duas razões: (i) porque uma amostra maior melhora a estimativa da probabilidade; e (ii) porque uma vez que a estimativa das probabilidades tenha sido feita, ela tem que ser aplicada a um número suficientemente grande de unidades expostas para permitir o “funcionamento” da probabilidade. Esta realidade é fundamental para o entendimento da essencialidade do caráter empresarial do contrato de seguro.

Os referidos autores anotam ainda que a operação do seguro é importante para a sociedade por ser um artifício para reduzir e diminuir riscos na economia por meio de substituição de perdas incertas por um custo determinado. Assim, propõem um conceito para o seguro, qual seja um *‘artifício econômico para reduzir e eliminar riscos por meio do processo de combinação de um número suficiente de exposições homogêneas em um grupo para tornar as perdas previsíveis para o grupo como um todo’*.

O seguro é importante do ponto de vista econômico na medida em que cria certeza sobre o ônus financeiro das perdas e porque espalha os efeitos das perdas ocorridas. Além disso, o seguro propicia uma otimização do emprego do capital, ao diminuir as reservas necessárias para fazer frente a acontecimentos imprevistos. Há quem diga, inclusive, que o seguro viabiliza diversas atividades econômicas modernas, diante do volume de risco que enfrentam.

Do ponto de vista estritamente financeiro (uma vez que não se pode levar ao campo jurídico a questão da transferência do risco), Shimpí adverte para o conceito – e a possibilidade – de transferência de riscos para um terceiro (...).

(...) alertam ainda para o fato de nem todo risco ser assegurável. Assim, os riscos que podem ser cobertos pelo seguro devem apresentar uma série de características: (i) deve haver um número suficientemente grande de unidades sujeitas a uma exposição homogênea para tornar as perdas razoavelmente previsíveis; (ii) a perda produzida pelo risco deve ser definida e mensurável; (iii) a perda precisa ser fortuita ou acidental; e (iv) a perda não pode ser catastrófica.

A característica identificada com o número (i) é função direta da lei dos grandes números. Não se ignora, todavia, a existência de seguros “exóticos”, em especial envolvendo celebridades do cinema, televisão e esportes. Os autores apontam que a divisão do risco entre diversos seguradores do mercado londrino (“Lloyd’s Underwriters”) e o preço dos prêmios praticados (que

superam em muito o que as probabilidades normalmente determinariam) tornam viáveis estas operações.

O item (ii) explicita que a perda deve ser difícil de ser forjada e capaz de uma medição financeira. Em (iii) tem-se o caráter contingencial do sinistro, que pode ou não ocorrer. O sinistro não pode estar sob controle do segurado. No item (iv) procura-se estabelecer que a probabilidade de um mesmo evento produzir perdas para um número muito grande de segurados ao mesmo tempo é muito remota. Uma guerra, por exemplo, seria um exemplo de um risco não assegurável em virtude da possibilidade de causar perdas a um número muito grande de segurados ao mesmo tempo⁷⁹.

2.2.4 - Razões para contratação de seguro

Vistas as considerações técnicas relacionadas à promoção do seguro, é preciso saber se são estas o real critério da celebração. Como será demonstrado, ainda que se confirmem os enunciados técnicos, a sua saída do campo teórico para o prático, releva que do ponto de vista matemático o seguro, em grande parte dos casos, mostrar-se-ia como incongruente. Nesse sentir, a contratação de seguros importaria em um gasto maior do que a probabilidade de ocorrência do dano.

Possível que a constatação do prejuízo conseqüente da desproporção entre o valor do prêmio e o risco a que está sujeito já tenha se verificado em nossa experiência. Em exemplo hipotético, porém de grande verossimilhança, o prêmio requerido por determinada seguradora para a garantia de veículo (especialmente se usado) pode superar o preço cheio do bem em poucos anos. Contudo, talvez mesmo diante do alto custo da operação se tenha optado pelo seguro. As justificativas são diversas, talvez não queira se expor ao risco sem a proteção da garantia, ou entenda por certo o agir do destino em seu desfavor, ou ainda não tenha condições de arcar com a compra de novo veículo se ocorrendo a perda do anterior etc.

As razões hipoteticamente listadas podem ser contrárias ao raciocínio matemático, porém, plausíveis se avaliados pela óptica psicológica. É a partir da influência da *psique* humana que algumas escolhas são feitas. Em se tratando de contratação de seguro o efeito do medo é crucial, neste ponto o poder da mídia e da disseminação de notícias, ainda que falsas, influenciará a decisão tomada. Não é a toa

⁷⁹ Idem.

que se fala na *indústria do medo*. Grande mercado se abre para satisfazer a necessidade de segurança da sociedade contemporânea.

Retomando os cálculos matemáticos, insta dizer que o justo cálculo da operação de seguro precisa levar em conta os *custos de oportunidade*. Esses custos estão salientados em estudos econômicos que adicionam os gastos que fogem do valor da indenização, são referentes as ações de levantamento de preço, despesas com a contratação de profissionais, pagamento de custas com documentação e tudo quanto for necessário para viabilizar a plena seguridade.

A este respeito, a ciência econômica lecionada por Coaser traz a *teoria da firma* que, em resumo, afirmar haver a redução de custos quando operados por empresa se comparados a atividade eventual de particulares. O maior custo de quem contrata profissionais para prazos curtos face à contratação continuada e empregatícia; a capacidade prévia de estipulação dos gastos que para a firma já são conhecidas implicam para a pessoa natural maior investimento de tempo e até mesmo de recursos, posto que podem não seguir o caminho mais eficiente, sintetizada pela expressão inglesa de *know-how*. Tal como se afere do já conhecido ensino de AZEVEDO:

“(...) o cálculo racional para verificar a validade da contratação do seguro passa pela probabilidade de chance de ocorrer um evento multiplicado pelo valor presente da perda contra o valor do prêmio pago em determinado período de tempo.

Em um exemplo hipotético, tem-se que a chance de um determinado evento atingir um bem avaliado em 100 unidades monetárias é de 2%, o que leva a um valor presente de 2 unidades monetárias. Ao longo de dez anos, o valor estimado desta perda é de 20 u.m. ($100 \times 0,02 \times 10$). Por hipótese, o prêmio pago por ano é de 3 unidades monetárias (uma vez que a operação do seguro deve pagar as chances de perda, mais os custos e a margem de lucro da empresa de seguros), o que leva a um valor presente de 30 unidades monetárias para cobrir uma perda de 20.

A avaliação racional certamente não recomendaria, numa primeira análise, a operação, posto que o ser humano, na definição acima proposta, não desperdiça seus recursos. Entretanto, não obstante as considerações acima, a humanidade busca a proteção através do seguro.

(...) A literatura econômica oferece a resposta baseada em dois fundamentos: a constatação da existência de custos de transação e a aversão do ser racional a riscos.

(...) Coube a R. H. Coase desenvolver a teoria de que há outros custos envolvidos nas mais pequenas situações e que estes custos são relevantes do ponto de vista econômico. Trata-se aqui dos custos de transação, identificados pelo economista a partir da análise das firmas, indústrias e mercados.

Basicamente procura-se entender por que as pessoas organizam-se sob a forma de firmas ao invés de conduzir relações isoladas que atendam da mesma forma a sua finalidade. Coase identificou e conceituou a existência de custos de transação como sendo o fator determinante para que a firma exista. Estes custos, no âmbito da firma, podem ser exemplificados pela necessidade de contratação de pessoas para realizar determinadas tarefas.

O empresário pode contratar pessoas para realizar estas tarefas toda vez que houver necessidade e incorrerá, então, em custos decorrentes da identificação das pessoas, definição de preço para a tarefa, contratação, treinamento, entre outros. Se para cada vez que ele tiver que realizar a tarefa houver a necessidade de promover todas estas atividades, será natural pressupor que custos serão incorridos. A firma promove a redução destes custos, chamados de custos de transação, na medida em que permite a organização e a repetição das tarefas de forma a evitá-los ou minimizá-los.

Os custos de transação estão na base da necessidade de se contratar seguros. Isso porque os efeitos das transações econômicas não se limitam as operações em si, mas porque há externalidades e as externalidades não de ser consideradas (...).

Além dos custos de transação, a literatura econômica identifica outro fator capital para a contratação do seguro: a natural aversão do ser humano aos riscos. Riscos existem em toda atividade humana, individual ou empresarial. Neste sentido, como considerado no item precedente, o seguro é uma técnica de consolidação de riscos para se lidar com as incertezas.

Finalmente, cumpre salientar que o seguro é importante forma de preservação de recursos para uma pessoa ou uma empresa. Se for verdade que o cálculo racional acima proposto implica uma “perda” de recursos diante do valor estimado dos prejuízos que podem vir a ser causados, não é menos verdade que o fato de o indivíduo ou a empresa poderem sofrer uma perda implica na necessidade, ao menos hipotética, da realização de poupança para enfrentar os reveses da vida”⁸⁰.

⁸⁰ Idem.

2.3 Vinculação dos contratos de seguro à aquisição de bens duráveis

Até este tempo, boa parte de tudo que se estudou não se afere como algo novo ou autoral, todavia, constitui exigência científica para fundamentação da pesquisa. Ao longo deste novo tópico, pretende-se trazer singela contribuição particular.

Em chances anteriores foi apresentado o objeto deste trabalho (*a proteção do consumidor nos contratos de seguro vinculados aquisição de bens duráveis*), todavia, apenas neste momento começaremos a esmiuçá-lo.

2.3.1 Considerações acerca dos contratos de aquisição (compra e venda)

A cada vez que se fez referência à aquisição de bem pelo consumidor estava-se a tratar da celebração de contrato de compra e venda. A doutrina define o contrato de compra e venda como: “*contrato bilateral pelo qual uma das partes (vendedor) se obriga a transferir o domínio de uma coisa à outra (comprador), mediante a contraprestação de certo preço em dinheiro*”⁸¹. Como se pode notar a definição doutrinária pouco difere da lição legal⁸².

É certo que o tempo já impõe algumas nuances da definição ofertada pela legislação e doutrina clássica. Uma delas é a forma de pagamento que não necessariamente será feito em dinheiro, em espécie. Os cartões e títulos de crédito⁸³ são prova das diferentes formas de adimplemento do comprador. Porém, tais inovações não nos parecem suficiente para desqualificar o conceito, assim, não nos deteremos a críticas relacionas a espécie contratual.

⁸¹ GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 13^o ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 213.

⁸² Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. BRASIL. Código Civil, lei 10.406. 2002.

⁸³ Conceito de título de crédito: “Título de crédito genericamente expressando, é um documento que tem como objetivo representar um crédito relativo a uma transação específica de mercado, facilitando desta forma a sua circulação entre diversos titulares distintos, substituindo num dado momento a moeda corrente ou dinheiro em espécie, além de garantir a segurança da transação. Considerando suas principais características e o que melhor expressa a doutrina, podemos conceituar título de crédito como um documento representativo do direito de crédito pecuniário que nele se contém e que pode ser executado por si mesmo, de forma literal e autônoma, independentemente de qualquer outro negócio jurídico subjacente ou subentendido, bastando que preencha os requisitos legais”. HORTA, F. L. P. Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz das cédulas de crédito bancário. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. pdf. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../PARCIAL_Francisco_Horta_Dissertacao.pdf> Acesso em 19/11/2016.

O contrato de compra e venda mostra-se relevante para o presente no que tange à aquisição do bem a ser garantido pelo contrato de seguro. Entende-se que a contratação do seguro não se realizaria fora do contexto da obtenção. O que se propõe é a interpretação do contrato de seguro como contrato conexo (ou coligado) ao de compra e venda.

2.3.2 Conceito de bem durável

Manifestada a função do contrato de compra e venda para esta monografia, cabe conhecer o seu objeto. Nos casos em que se está a estudar a aquisição restringi-se aos bens duráveis. Dentre as razões para sua escolha está o volumoso valor pago pela mercadoria; sua recorrência nas relações de consumo e; a expectativa de uso por tempo prolongado.

Pelo Código de Defesa do Consumidor o produto pode ser durável, que é aquele que não desaparece com o seu uso, por exemplo, uma geladeira. O CDC também estabelece que o produto possa ser não durável, que é aquele que desaparece com o seu uso pelo consumidor, por exemplo, alimentos em geral.

Em auxílio está a doutrina civilista que sustenta a paridade entre produto (no código do consumidor) e bem (no código civil). O bem de consumo durável é reconhecido como aquele que não se extingue com o uso, podendo ser utilizado diversas vezes antes que se perca sua utilidade. A durabilidade, no entanto, não propõe um bem eterno, posto que o próprio uso reiterado e o desgaste do tempo acarretam seu perecimento.

MARQUES; BENJAMIM e MIRAGEM trazem roll exemplificativo de produtos duráveis “*tais como eletrodomésticos, veículos, terrenos, imóveis e etc*”⁸⁴.

2.3.3 - O momento da contratação do seguro vinculado à aquisição de bens duráveis

Ao que se entende, o momento da contratação é o elemento essencial para a demonstração da responsabilidade do comerciante sobre a venda do contrato de seguro. A situação apresentada é, como anteriormente afirmado, a compra de um bem (durável)

⁸⁴ MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. Comentários aos código de defesa do consumidor. 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 702.

que, durante as tratativas com o preposto (vendedor) da empresa comercializadora propõe a contratação de seguro para proteção do objeto adquirido.

As categorias de seguro ofertadas são diversas e podem visar à garantia do bem dentro da relação entre consumidor e fornecedor, como também pode tratar de elementos externos como fatos da natureza e atos de terceiros. Deste modo, a proteção vai desde o reparo do produto ou sua troca à devolução da quantia paga (direito legalmente assegurado – vide o art. 26, II, do CDC, que obriga o fornecimento de garantia no prazo decadencial de 90 dias para bens duráveis).

Ao nosso sentir, o contrato de seguro tem a sua existência atrelada ao contrato de venda. Acredita-se que, não fosse a oferta do vendedor o consumidor não teria adquirido este novo produto, isto é, a garantia. Muitas vezes o consumidor sequer conhece aquele com quem contrato na realização do seguro. Neste sentido, invoca-se a disciplina de Claudia Lima Marques:

“Estes novos contratos complexos envolvendo fazeres na sociedade representam o novo desafio da teoria dos contratos. São serviços prestados por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, organizados internamente, sem que o consumidor, na maioria das vezes, fique consciente desta organização. Trata-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado ‘*poder da necessidade*’ e a ‘*sedução das novas necessidades*’) vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou tendo frustradas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada”⁸⁵.

Não se podem olvidar os muitos artifícios do mercado: preço baixo, descontos para clientes antigos, maior margem de crédito, crédito facilitado, maior prazo de pagamento, confiança na empresa e na qualidade de seus serviços e produtos, a formação de hábito consumerista, a empatia de prepostos, a localização estratégica de seus estabelecimentos (*shopping centers*, ou extremo oposto, lojas afastadas de suas

⁸⁵ MARQUES, C. L. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102-103.

concorrentes etc.) dentre tantas que ainda não nos deparamos ou que ainda serão elaboradas.

Retomando a citação de MARQUES:

“Essa fática submissão garante um ‘poder de imposição’ em grau mais elevado do que o conhecimento na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente ‘bilaterais’ do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica ‘aceitação’ do co-contratante mais vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo o fornecedor se libere do vínculo contratual sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc.)”⁸⁶.

Desta forma o fornecedor, a este ponto, especificamente o comerciante, encontra margem para isentar-se de responsabilidade sob a capa de licitude da estipulação contratual em desfavor do consumidor. Urge que a sociedade e o âmbito jurídico unam forças para o combate desta prática abusiva.

Nesta esteira o entendimento jurídico não pode ser outro senão a conexão de contratos (contratos coligados) de venda de produto e (venda de) seu seguro.

Contratos coligados são aqueles que guardam entre si uma forte relação de dependência a ponto de inferir que um não existiria sem o outro. Em algumas hipóteses (quando se entender existir um contrato principal) é possível que este resista à extinção do segundo (contrato acessório), porém o inverso não se afere. Não se tem contrato acessório sem a continuidade do principal.

TARTUCE em citação a Orlando Gomes:

“Os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante. Mas não se fundem. Conservam a individualidade própria, por isso se distinguindo dos *contratos mistos*”.

Que segue na consolidação do entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

“é possível que os figurantes fujam do figurino comum e enlacem diversas convenções singulares (ou simples) num vínculo de dependência, acessoriedade, subordinação ou

⁸⁶ Idem.

causalidade, reunindo-as ou coligando-as de modo tal que as vicissitudes de um possam influir sobre o outro”

Concluindo com seu parecer:

“Concebe-se, portanto, na linha da doutrina esposada, que os contratos coligados ou conexos são os negócios que estão interligados por um ponto ou nexos de convergência, seja ele direto ou indireto, material ou imaterial. Em muitas situações concretas, é possível identificar um negócio tido como principal e outro como acessório dentro da reunião ou grupos de contratos.

O fenômeno revela a realidade da *hipercomplexidade contratual*, o que gera a incidência imediata de diversas normas à conexão, caso do Código Civil de 2002 e do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em incessante *diálogo* de interação. Claras coligações são percebidas nos contratos eletrônicos e relativos às comunicações, nos contratos bancários, nos negócios de plano de saúde e nos contratos celebrados para a aquisição da casa própria; os últimos muito bem abordados no belo trabalho de Rodrigo Xavier Leonardo, que prefere o termo *redes contratuais*, propondo uma sutil diferenciação em relação à coligação contratual. Em todas as hipóteses citadas, as duas normas têm subsunção concomitante, sem prejuízo de outras leis que podem incidir, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Destaque-se, nesse contexto, a aplicação das regras da teoria geral do negócio jurídico e da teoria geral dos contratos à coligação, caso dos seus princípios informadores. Nessa linha, o Enunciado n. 421, da *V Jornada de Direito Civil* do Superior Tribunal de Justiça, prescreve que “Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113⁸⁷, considerada a sua conexão funcional”. Sendo assim, pela última norma, incidem às coligações os princípios da boa-fé e da função social, este pela expressão relativa aos usos do local da celebração do negócio”⁸⁸.

Na especificidade dos contratos de seguro a despeito de toda gama de argumentos que indicam a conexão dos contratos de aquisição de bem e contratação de garantia, há especial excusa do comerciante dada norma do art. 13 do CDC⁸⁹

⁸⁷ Art.112 Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem. Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. BRASIL. Código Civil, lei 10.406, 2002.

⁸⁸ TARTUCE, F. Contratos coligados e sua função social. *Carta forense*. Ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-coligados-e-sua-funcao-social/9100>>. Acesso em 20/11/2016.

⁸⁹ Art. 13 O comerciante é igualmente responsável nos termos do artigo anterior, quando: I- o fabricante, o construtor, o produtor, 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. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078, 1990.

desconsiderando a norma de solidariedade do art.7º, parágrafo único, do mesmo diploma⁹⁰.

A concepção favorável ao fornecedor (comerciante) mostra-se irrazoável. Não bastasse sua desconformidade principiológica, há inviabilidade fática. Se cediço que o comerciante responde pelo vício do produto quando decorrente de seu armazenamento ou outro fato atribuível ao lojista, por analogia, o produto garantia também está sobre a tutela do comerciante. Sendo produto imaterial há de se entender pela similaridade do produto ofertado. Não há motivos para que o mesmo contrato (contrato de adesão) garanta a um consumidor de maneira diferente da de outro.

Admitir que a fiscalização do produto o qual se propõe a vender é ônus sobremaneira pesado quiçá para o consumidor, vulnerável técnico e econômico por definição.

Malgrado larga fundamentação jurídica indicativa da vinculação dos contratos, e conseqüente responsabilidade do comerciante, o fato de reter parte substancial pago pelo consumidor (segundo artigo de Antônio Márcio da Cunha Guimarães⁹¹) que batem cinquenta por cento do valor pago deve implicar em obrigações mínimas.

Capítulo 3 – As fases contratuais e respectivos comentários pela óptica dos contratos de seguro

3.1 Fase pré-contratual

O CDC pouco aborda o tempo que antecede a contratação, ou seja, a fase pré-contratual é no código de defesa do consumidor bastante rasa. Verifica-se que o legislador pátrio versa, especialmente, sobre a oferta e a publicidade⁹². Em segundo

⁹⁰ Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

⁹¹ GUIMARÃES, A. M. C. Contrato de seguro contra seqüestro. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p. 603.

⁹² O artigo 6, IV e o artigo 30, ambos do CDC, tratam, respectivamente, da publicidade enganosa e abusiva e a vinculação da publicidade ou qualquer outra informação prestada referente a potencial contrato que venha a ser efetivado. *In verbis*: “Art. 6 São direitos básicos do consumidor: (...) IV- a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento do produto ou serviço”. Art.30 Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer

plano, também, encontra-se a proteção do consumidor a prestação de serviço ou entrega de produto que não tenha sido solicitado ou ser orçamento não tenha sido estabelecido de maneira prévia⁹³⁹⁴. Todavia, o valor da proteção na etapa pré-contratual se impõe quando se entende que a contratação não é um ato isolado, mais uma cadeia de atos e fatos jurídicos.

Em tela a lição de CAVALIERI FILHO:

“O contrato, desde o seu início até a sua extinção, desencadeia uma relação jurídica que pode ser comparada a um processo. Não um processo no sentido judicial; processo no sentido administrativo porque engloba necessariamente uma série de atos que se encadeiam num sentido lógico e caminham para um determinado fim. Nas palavras de Enzo Roppo, ‘O contrato é a veste jurídica de operações econômicas’.

Com efeito, por mais instantâneo que seja o contrato, como a simples compra de uma roupa num shopping Center, passa-se por uma sequência de atos, desde o momento interno de convicção da necessidade até o pagamento do preço e o recebimento da roupa.

De acordo com essa visão moderna do contrato como processo, identifica-se nele uma primeira fase que tem sido chamada de pré-contratual, em que as partes iniciam os contatos, fazem propostas e contrapropostas – enfim, as tradicionais tratativas destinadas a reflexões e ponderações. Embora nessa fase ainda não tenha ocorrido o encontro de vontades, essas tratativas podem gerar certa vinculação, mormente quando despertam confiança, legítima expectativa, em uma das partes, levando-a a fazer despesas com orçamentos, prospectos, estudos, projetos etc.

A proteção contratual do consumidor começa nessa fase pré-contratual, razão pela qual exigem-se das partes postura séria, leal, sincera – enfim, afinada com o princípio da boa-fé objetiva, pedra angular de todo o sistema contratual consumerista⁹⁵.

veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

⁹³ Dentre o rol de práticas abusivas listadas no art. 39 e seguintes do CDC, entendemos que, os incisos III e VI do art. 39 tangem ao momento pré-contratual. “Art. 39 é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) III- enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto ou serviço; (...) VI- executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

⁹⁴ Apenas a título de esclarecimento prévio, nosso apontamento a respeito do art. 48 do CDC que traz em seu bojo a expressão “pré-contratos” que não deve ser confundida e alocada na fase pré-contratual, visto que já foi celebrado um contrato, no entanto este destina-se, apenas, a garantia de que novo contrato será realizado nos termos do anterior.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, S. Programa de direito do consumidor. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.139.

3.1.1 - A publicidade e sua eficácia vinculante

A publicidade constitui ponto essencial a toda e qualquer discussão que vise a assistência do consumidor, não sem motivos o diploma especial destina tantos artigos ao seu tratamento. A publicidade constitui o primeiro momento de contato entre fornecedor (emissor) e consumidor (receptor) e tem por finalidade atrair o cliente a aquisição de produtos ou serviços.

Neste trabalho se defende que a publicidade não se limita as informações vinculadas em mídias de massa e que chegam ao conhecimento de grande número de pessoas. Para a efetiva proteção do consumidor, é imprescindível que toda guarida oferecida no trato da publicidade se estenda a toda informação do fornecedor e que tem por destinatário potencial contratante. Deste modo, seguimos o entendimento artigo, 30, caput, do CDC.

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

Do dispositivo transcrito infere-se o caráter vinculante da publicidade (ou oferta), tal como em análise de PASQUALOTTO.

“A eficácia vinculante da publicidade, decorrente do princípio da vinculação, estabelece como consequência prática que o fornecedor, ao realizá-la, coloca-se em estado de sujeição, submetido que se encontra os efeitos do exercício do direito formativo do consumidor de aceitar a oferta publicitária, e com isso, celebrar o contrato. Note-se que se exige que a informação veiculada seja suficientemente precisa, o que há de realizar por qualquer meio publicitário, desde os veículos de comunicação, painéis, panfletos, outdoors, e-mails, pop-ups de internet, e demais instrumentos de mídia utilizados contemporaneamente, ou que venham a ser concebidos no futuro. O fundamento desse regime é a teoria da confiança e a proteção das expectativas legítimas de consumo.

Entretanto nem sempre foi assim. Era pouca ou nenhuma eficácia jurídica reconhecida à publicidade no direito civil clássico. Em geral, a publicidade era tomada apenas em relação individual entre consumidor e fornecedor, sendo que a existência de prejuízo ao destinatário da publicidade. A conduta ordinária do fornecedor, mesmo que revele artifícios de convencimento do consumidor, era considerada como dolus

bônus, ou seja, intenção não necessariamente de má-fé, visando promover a celebração do negócio, neste sentido não haveria necessidade de desfazimento do negócio (via anulação pelo efeito dolo), quando eventual maliciado fornecedor não se revelasse tão grave a ponto de comprometer a própria razão de ser do contrato”⁹⁶.

3.1.2 - A eficácia do direito subjetivo do consumidor a prestação de informação qualificada

Decorre da publicidade (ou outra forma de informação disponibilizada pelo fornecedor) o direito subjetivo à prestação de informação qualificada. Neste sentido, qualificada é toda informação trazida de maneira a, não apenas permitir, mas, facilitar a compreensão do consumidor. Assim a qualificação da informação não se refere ao seu aspecto técnico, ao contrário, diz sobre a consciência do desconhecimento técnico do destinatário da oferta e do agir decoroso, coerente com o comportamento ético imposto pela boa-fé.

Na mesma toada o conteúdo de MIRAGEM:

“Dentre as grandes transformações operadas no sistema jurídico brasileiro pelo direito do consumidor, situa-se a positivação do direito à informação como espécie de direito subjetivo concreto, previsto por lei, e reconhecido em todas as espécies de relações de consumo, contratuais e não contratuais. O direito à informação, reconhecido como direito básico do consumidor, é concretizado por intermédio de diversas disposições específicas previstas ao longo da disciplina legal do Código.

Refere-se ao artigo 31 do CDC que a oferta ou apresentação de produtos ou serviços “devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores”. Os deveres de correção, clareza e completude das informações prestadas ao consumidor, decorrem da mesma forma, do princípio da boa fé objetiva. Seu descumprimento, por outra parte, implica o estabelecimento de sanções não apenas de natureza civil, mas também de natureza penal e administrativa.

Consistem de deveres que visam garantir a veracidade e a possibilidade de reconhecimento dos termos da oferta bem como da apresentação dos produtos e serviços (inclusive a rotulagem, embalagem, bem como qualquer outro modo de apresentação).

⁹⁶ PASQUALOTO, A. S. Efeitos da publicidade no código de defesa do consumidor. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p.70-73.

Eventual descumprimento do mesmo dá causa a uma oferta enganosa, ou pode expor o consumidor a riscos à saúde e segurança, e por isso deverá ser sancionado. Neste sentido, o descumprimento do dever pode dar causa tanto ao cumprimento específico da obrigação com a qual se compromete a oferta (quando esta for mais vantajosa para o consumidor), quanto à imposição das sanções específicas previstas no CDC (multa, etc.), será prejuízo da indenização por perdas e danos ao consumidor ou à coletividade prejudicada. Isto não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinação, via administrativa ou judicial, de providências no sentido de compelir o fornecedor que esteja violando os deveres estabelecidos no art. 31, a que os cumpra, sobre pena de outras sanções cabíveis (inclusive sujeitando-o a imposição da multa processual por descumprimento, astreintes).

Já no que diz respeito ao conteúdo da informação reclamada, prevista no art. 31, do CDC, grande discussão – inclusive jurisprudencial – houve no Brasil a cerca do modo como se devam prestar as informações relativas ao preço dos produtos ou serviços. Destaca-se com respeito a este tema a enorme polêmica existente sobre a possibilidade ou não da substituição das etiquetas de informação do preço, por códigos de barras, de modo a aperfeiçoar o sistema logístico dos supermercados. Sobre o tema, manifestou-se Antonio Herman Benjamin, para quem, em vista do direito à informação do consumidor, a colocação de etiquetas de código de barras só é admissível se manifestar a colocação de etiquetas de preço nos produtos. Entendemos, neste particular, que a garantia do direito à informação assegura, antes de tudo, a informação eficiente e objetiva, ou seja, a informação que seja reconhecível pelo consumidor sem demandar-lhe esforços irrazoáveis. Deste modo, ainda que não haja um modo específico do estabelecimento destes deveres, observa-se que a abrangência do direito à informação do consumidor justifica-se desde o seu aspecto finalístico, ou seja, que de modo realístico e em atenção a todas as condicionantes eventualmente presentes ao caso, cumpra adequadamente a sua finalidade de esclarecimento do consumidor na sua decisão de consumir e, a diante, na fruição do produto ou serviço adquirido.

Da mesma forma, o dever de informar com relação aos produtos introduzidos no mercado e realizado, em grande medida, por intermédio da sua embalagem ou apresentação, a qual deve cumprir todos os requisitos estabelecidos no art. 31, do CDC. Com relação a produtos que oferecem riscos ao consumidor, ou seja, perigosos, o art. 9º do CDC, refere a obrigatoriedade de destacar de modo ostensivo tais circunstâncias. Neste sentido, observa Claudia Lima Marques que as informações devem prevenir não apenas dos riscos atuais como, também, eventuais riscos de danos futuros, em face da utilização ou consumo do produto.

A dificuldade, certamente, estará em identificar, ao tempo da colocação do produto no mercado, os riscos eventualmente existentes, ou que virão a existir. Há de ser exigido do fornecedor o dever de informar sobre danos futuros que segundo o estado da técnica no momento da introdução do produto no mercado, sejam possíveis de identificar. Saliente-se que não se trata, nesta hipótese, de introduzir o requisito da culpa para responsabilizar o fornecedor pela violação do

dever de informar. Não se exige a demonstração de que o fornecedor tenha deixado por negligência ou imprudência, de promover a informação. Mas assim, de que havia condições e conhecimento técnico, ao tempo da colocação do produto no mercado, de conhecer-se sobre os danos causados no futuro pelo produto ou serviço, ou ainda dos riscos que, de modo razoável, poderiam se identificar, ainda que não especificados os danos, ao tempo da introdução do produto no mercado. Da mesma forma, aliás, exige-se em matéria de informação sobre serviços prestados no mercado de consumo. Em relação aos mesmos, a informação considerada adequada e aquela que de modo completo tem como resultado o esclarecimento do consumidor.

Por fim, considere-se a determinação para que as informações sejam prestadas em linguagem portuguesa. Este dever, certamente, não coíbe a utilização de expressão de língua estrangeira, sobre tudo no que diz respeito a expressões consagradas; toda via, não admite que tal utilização venha a determinar confusão ou equívoco do consumidor. Neste sentido, por exemplo, a dificuldade que ainda hoje existe no Brasil, em distinguir e compreender o exato significado das expressões Light e Dite associadas a determinados produtos, podendo inclusive seu uso indevido caracterizar publicidade enganosa. No caso, as expressões tomadas indevidamente em sentido comum, como sendo referente a alimentos de baixas calorias, quando na verdade isto não é correto. Pode ocorrer, com tudo, da expressão estrangeira já estar consagrada pelo uso, sendo perfeitamente perceptível seu significado. Nesta situação, não se vai exigir a sua tradução em língua portuguesa. Com tudo, com relação às demais expressões, rótulos e embalagens de produtos estrangeiros, quando comercializados no Brasil, há dever expresso do fornecedor de fazer constar no mesmo todas as informações essenciais do produto na língua portuguesa, o que pode ser feito por intermédio de novas embalagens ou adesivos sobre a embalagem original por exemplo⁹⁷.

3.1.3 - Os efeitos do descumprimento da oferta pelo fornecedor

Asseverar a vinculação da publicidade ou o direito do consumidor à informação qualificada pouco efeito se extrai, salvo a elaboração de formas coercitivas que imponham a observância do dever legal. Para tal fim está a norma do art. 35 do CDC que oferece ao consumidor alternativas face ao descumprimento do fornecedor em agir conforme informação por ele veiculada. São: o direito ao cumprimento forçoso da oferta, a prestação de serviço ou produto similar ou a extinção do contrato com a devolução de eventuais valores já despendidos.

⁹⁷ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 292-296.

Especial inteligência se vê no art. 35 do código de defesa do consumidor que, ao ampliar as possibilidades de reação ao descumprimento da publicidade realizada, não engessa o consumidor a uma única alternativa que, por certo, lhe seriam desfavoráveis em uma ou outra ocasião. Na doutrina do curso consumerista de Bruno Miragem:

“O regime da oferta no CDC pressupõe o atendimento, pelo fornecedor, do dever de oferecer informações corretas, claras, precisa, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia prazo de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores. Da mesma forma, como aspecto distintivo do regime da oferta no regime do direito comum, o CDC estabeleceu o efetivo vinculante reconhecimento a qualquer informação suficientemente precisa divulgada pelo fornecedor. A questão de que se apresenta, com tudo, é se estando vinculado aos termos de oferta, o fornecedor determina por não cumprir os exatos termos em que está e foi estabelecida. Nesta situação, o CDC refere em seu art. 35, que “O consumidor poderá, alternativamente e a sua livre escolha: I – Exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito a restituição da quantia eventualmente antecipada monetariamente atualizada, e as perdas e danos”. Estas alternativas poderão, quando objeto de demanda judicial pelo consumidor, serem reclamadas todas em conjunto, na forma de pedidos sucessivos a serem submetidos à apreciação judicial.

O estabelecimento destas conseqüências leva a discussão sobre a qual a espécie da responsabilidade do fornecedor em face do descumprimento, se pré-contratual ou autenticamente contratual. Conforme assinala Antônio Junqueira de Azevedo, havendo descumprimento da oferta no regime do CDC, “O próprio contrato é que se considera não cumprido. Não há sequer a possibilidade de descumprimento da oferta, afinal se houver aceitação, o contrato é reputado concluído”. Já Alberto Amaral Junior observa que o fornecedor “Tem uma obrigação pré-contratual, que consiste em manter a sua oferta, sobre pena de sofrer as conseqüências legais estabelecidas pelo art. 35”. Cláudia Lima Marques observa que “após a aceitação, a natureza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor e o consumidor (...) transforma-se em vinreza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor ao consumidor (...) transforma-se em vínculo contratual, se bem que suas características continuem as mesmas e apenas acrescente-se a possível exigência da prestação principal”.

Parece-nos que exatamente que este é o ponto que permite identificar a responsabilidade do fornecedor com fundamento no art. 35 do CDC, como espécie da responsabilidade propriamente contratual. Isto porque, havendo oferta nos termos

do art. 30, nasce para o consumidor o direito formativo de constituição do contrato, mediante aceitação. Estivesse a situação qualificada como espécie de responsabilidade pré-contratual, não estaria à princípio incluída dentre as pretensões reconhecidas ao consumidor, a de obter o cumprimento específico da obrigação, e muito menos o de requerer sua rescisão.

Todavia, a responsabilidade em razão do descumprimento poderá, segundo a doutrina de Antonio Herman Benjamin, estender-se não apenas com relação ao fornecedor que tenha promovido a oferta ou publicidade (o anunciante direto, fabricante, por exemplo), mas também aquele que venha a ter proveito desta (o anunciante indireto, o comerciante, por exemplo) isto, em vista do que dispõe o art. 7º do CDC, o qual expressamente refere que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas do consumo”⁹⁸.

O exame das alternativas reconhecidas ao consumidor na hipótese de descumprimento da oferta pelo fornecedor reforça esta conclusão.

3.2 – Fase de execução

Indubitável o destaque da fase de execução durante todo o proceder do contrato, as fases que a antecedem e sucedem tem àquele tempo por medida. As estipulações da fase pré-contratual empenham-se em assegurar o desenvolvimento equilibrado da execução; na etapa pós-contratual busca-se a preservação do negócio jurídico e o pleno atendimento a que se destinam, evitando que as atitudes posteriores venham a prejudicar a celebração. É neste contexto que se coloca a expressão *venire contra factum proprio*, isto é, um agir contraditório com a ação anteriormente praticada de modo a frustrar legítima expectativa do coocontratante.

3.2.1 A proteção do consumidor contra práticas abusiva

O direito consumeristas tem entre suas finalidades o combate de práticas abusivas, no entanto, insta saber o que são práticas abusivas. Remetendo-nos aos sinônimos da palavra *abuso* chegar-se a conceitos como: arbitrariedade, excesso, desrespeito entre outros significados de conotação negativa que, mais uma vez, traz a idéia de desequilíbrio.

⁹⁸ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300-301.

Não existe no ordenamento brasileiro, especialmente no CDC, qualquer listagem exaustiva das práticas abusivas. Tal como ocorre em outros ramos do direito, a opção por conceitos indeterminados –ainda que determináveis – visa o maior alcance da norma e um maior prazo de “validade” da lei, conferindo-lhe maior adaptabilidade.

No caso em tela (proteção dos direitos do consumidor) não se pode olvidar a grandeza do oponente, não se fazendo referência a um ou alguns fornecedores, mas, a todo o mercado, fundado na ideologia capitalista, exaltada pela oportunidade de ascensão e crescimento, porém, duramente criticada pela ausência de limites naturais nas disputas de poder.

“A opção pelo sistema capitalista impõe a necessidade de lucro e, para tal, passa-se a engendrar cada vez mais esforços para se manter a hegemonia. De posse dos meios de produção, e conseqüentemente de poder aquisitivo maior, “jogam” suas próprias regras, não deixando ao consumidor maiores opções. Lamentavelmente as práticas abusivas vêm a cada dia sendo utilizadas como forma de auferir lucro, de modo que os ditames éticos são deixados de lado, criando em seu lugar novas formas de conduzir o negócio, de maneira a objetivar a aferição de lucros, pondo em substancial desvantagem o consumidor. A prática abusiva está intrinsecamente ligada a um abuso econômico, de modo que o fornecedor, detentor dessa hegemonia econômica, se vale dessa condição para esconder abusos que afetam, não só o aspecto material, mas também o aspecto moral do indivíduo. Além disso, não tem o consumidor a mesma paridade de “armas” que o fornecedor, sendo, pois mais um fator que agrava e corrobora com o cometimento dessas práticas. Como poderá o consumidor provar que foi vítima de uma prática abusiva? De fato, sem a existência do CDC tornar-se-ia difícil. Após essa explanação, parte-se agora, a saber, como o Código de Defesa do Consumidor respalda o consumidor diante do cometimento de uma prática abusiva, mais precisamente naquelas práticas referidas anteriormente, qual seja o da multa por perda de comanda em bares e restaurantes”⁹⁹.

3.2.1.1 - Caracterização e critérios das práticas abusivas

⁹⁹ OLIVEIRA, A. A. G.; LUCENA, R. S. Direito e relações de consumo - a abusividade da cobrança de multa por perda de comanda: uma análise sob a ótica dos princípios específicos das relações de consumo. Seminário 2015 - Centro de Ciências Sociais Aplicadas - UFRN. Natal. 2015.

A marca da conduta abusiva é a prevalência da posição dominante. Este aspecto imperativo pode ser de tantas quantas forem as formas imaginadas pelo fornecedor em sua estratégia de mercado. Portanto, como anteriormente salientado, não há de se dizer de lista *numerus clausus* de práticas abusivas, esta apreciação deve ser feita diante do caso concreto. Todavia, há aquele agir reprovável que ocorre de maneira recorrente e, por isso, foi expressamente vedado pelo CDC. A este respeito faz-se nova citação a MIRAGEM:

“A previsão das práticas abusivas no direito, por intermédio do art. 39 do CDC, abrange série de condutas proibidas do fornecedor, consideradas abusivas em face da sua posição de poder em relação do consumidor. Aproxima-se, porém, sem identificar-se plenamente, com as práticas de concorrências desleal, ainda que algumas das condutas mencionadas na norma possam ter reflexos tanto na lesão à livre concorrência, quando do interesse do consumidor.

A técnica de não exaustão das hipóteses previstas na lei, de sua vez, deve-se ao reconhecimento da criatividade negocial, seja em aspecto positivo – para formatação de diferentes modelos de negócio – mas no caso específico, também em sentido negativo, da adoção de diferentes condutas suscetíveis de qualificação como práticas abusivas. A rigor, as várias hipóteses previstas na lei, conforme já afirmamos, “buscam preservar determinadas situações ou qualidades que representem vantagem ao consumidor, como no caso da possibilidade de reflexão para formação da vontade negocial, a garantia de formação do consenso, seu esclarecimento e informação, dentre outras espécies de cláusulas de proteção da efetiva liberdade contratual da parte vulnerável”.

A jurisprudência brasileira vai desenvolver os conceitos estabelecidos na norma, com maior ocorrência de algumas situações, como as hipóteses de venda casada, ou de envio não solicitado de produto ou serviço. Por outro lado, a proibição de determinadas práticas no curso da atividade negocial do fornecedor implicam na delimitação do espaço de exercício da liberdade negocial do fornecedor, assegurada no art. 170, caput, da constituição da República Federativa do Brasil, que coloca como base da ordem econômica os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tem seu fundamento no princípio da defesa do consumidor que conforme o exercício desta liberdade (art. 170, V).

A técnica legislativa pela qual optou o legislador foi a de estabelecer a proibição das condutas enunciadas nos incisos do art. 39, do CDC. Tornou-as, portanto, ilícitas, qualificando-as como espécie de práticas abusivas. Trata-se de clara delimitação da autonomia privada do fornecedor como agente econômico, traçando limites ao exercício da liberdade de iniciativa e a criatividade que caracteriza a atividade econômica em um sistema de economia de mercado.

A escolha, pelo legislador, da qualificação das práticas como abusivas, deste modo, foi de todo pertinente. No direito europeu, posterior a edição do CDC, a Diretiva 2005/29/CE, sistematizou as práticas comerciais desleais proibidas, alterando disposições havidas em série normas nas quais foram tipificadas práticas específicas, como nas relativas a publicidade comparativa (Diretiva 84/450/CEE), contratos à distância (diretiva 97/7/CE), ações inibitórias em proteção dos interesses dos consumidores (Diretiva 98/27/CE), e a relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (Diretiva 2002/65/CE).

(...) Em parte a proteção da liberdade do consumidor é preservada no direito brasileiro, pelo disposto no art. 39, IV, do CDC, ao definir como prática abusiva proibida ‘prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços’. A definição concreta de como se caracteriza este preavalecimento, contudo, merecerá interpretação em acordo com as circunstâncias do caso, e também pelas condições específicas do consumidor. Trata-se de norma utilizada de modo importante na proteção dos consumidores com vulnerabilidade agravada, porém, aí não esgota seu sentido e alcance. Neste sentido, observa-se a mesma orientação da Diretiva 2005/29/CE, a qual, conforme exata observação de Norbert Reich, não tratou de mencionar ‘consumidor vulnerável’, senão ‘consumidores cujas características o façam particularmente vulneráveis’ a práticas abusivas. A definição também não é fácil no direito europeu. Assim refere o mestre alemão, ‘o conceito consumidor vulnerável se considera lado a lado com o conceito consumidor informado’. O que é útil sobre tudo, para compor o sentido e a repercussão da definição de consumidor com vulnerabilidade agravada. Daí a conveniência, inclusive de melhor precisão das condições de preavalecimento a partir da identificação de condutas concretas do fornecedor, o que se revela tarefa da doutrina e da jurisprudência.

Há necessidade de marcos seguros para interpretação dos limites à liberdade negocial definidos na lei. Sua generalidade pode servir tanto para deixar de identificar e coibir condutas prejudiciais aos consumidores, quanto ao contrário, definir-se por este excesso de discriminação da autoridade judicial administrativa, um nível de intervenção e juízo sobre condutas dos agentes econômicos no sentido diverso do que a norma pretende oferecer”¹⁰⁰.

3.2.1.2 - Critérios para configuração de práticas abusivas

O presente tópico destina-se a compreensão dos critérios utilizados para a aferição de prática abusiva. Sendo o art. 39 do código de defesa do consumidor apenas catálogo

¹⁰⁰ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 309-310.

exemplificativo, necessário se faz a compreensão do bem jurídico a ser tutelado, e qual agir está sendo proibido pela lei. Voltamos, portanto, aos ditames principiológicos que fundamentam a disciplina consumerista (boa-fé, função social, cooperação etc.). Em Bruno Miragem, *curso de direito do consumidor*:

“A enunciação pela norma, de situações várias caracterizadas como espécies de prática abusiva, não impede que se identifiquem critérios comuns, que sinalizem quando o exercício da liberdade negocial do fornecedor desborda dos limites definidos pelas normas de proteção do consumidor. Três critérios principais devem ser considerados. Primeiro, a anormalidade ou excesso do exercício da liberdade negocial do fornecedor. Em seguida, a repercussão coletiva que caracteriza a prática abusiva, sem prejuízo de dar causa a efeitos concretos ao consumidor individualmente considerado. Por fim a deslealdade e violação da boa-fé que caracterizam a prática abusiva”¹⁰¹.

3.2.2 - Natureza jurídica das práticas abusivas

Sabido em todo o direito que muitos são os abusos praticados, de modo a encontrá-los nas diversas áreas da ciência jurídica. No entanto, dada a estreita relação entre o direito civil e o direito do consumidor – enquanto norma especial derivada do direito privado (direito civil) – importa fazer pequena distinção, dentre as quais se destaca a impreterível vulnerabilidade do beneficiário da norma consumerista que, coloca o agir excessivo em grau muito superior aos que se observa no direito civil regular. Para MIRAGEM:

“Deve-se observar, contudo, que as concepções de abuso do direito é ato abusivo no direito civil e no direito do consumidor, embora guardem semelhança, não se confundem. Possuem, por certo, uma identidade originária quanto aos seus fins primários, de proteção do equilíbrio dos interesses das partes de uma determinada relação jurídica, é a limitação de prerrogativas outorgadas pelo ordenamento jurídico em face de um interesse considerado mais relevante, seja ele a estabilidade das relações jurídicas, os interesses legítimos de uma das partes em relação a outra, ou os limites externos aos interesses individualmente considerados, como pode ocorrer - ainda que não exclusivamente – na violação dos limites impostos pelos bons costumes e dos bons fins sociais ou econômicos do direito. Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a dois critérios essenciais para a sua identificação e conseqüente controle dos atos abusivos: a) O estatus

¹⁰¹ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 311-312.

constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais; é a razão lógica deste reconhecimento como de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento:

b) A presunção jurídica da sua vulnerabilidade.

Ou seja, enquanto no direito civil comum pode ser eventualmente identificar hipótese de abuso do direito quando, a teor do recente art. 187, do CC, houver violação dos limites ali estipulados, ou mesmo antes da nova lei, por contrariedade à boa-fé, no direito do consumidor a noção está intrinsecamente vinculada à existência de uma ordem pública de proteção, o que no direito brasileiro assenta-se na previsão constitucional de defesa do consumidor.

Não é de mais recordar que o art. 1º do CDC refere trata-se o mesmo de uma lei de ordem pública e de interesse social. Sobre esta definição, já referimos, com fundamento na autorizada teoria sobre a natureza e eficácia dos direitos fundamentais de Robert Alexy de reconhecida influência em nosso direito, que ‘está característica da lei, intuitivo, tem seu fundamento na origem da norma, qual seja, o direito fundamental a uma ação positiva normativa do Estado’.

Esta ação normativa de sua vez, ainda que, naquilo que diga respeito a sua definição e estrutura tenha sido confiada à liberdade e conformação do legislador, como ensina Canotilho, ‘não significa que o legislador possa dispor deles, significa apenas a necessidade da lei para garantir o exercício dos direitos fundamentais. A conformação dos direitos fundamentais impõe-se, neste contexto, com tarefa de legislação’.

O direito fundamental de proteção do consumidor, deste modo, encontra no art. 4º do CDC, ao reconhecer dentre outros princípios da relação de consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a manifestação positiva das razões para sua proteção jurídica. Este princípio, como se vislumbra da norma, importa no reconhecimento de fato, que consagrada pela norma, importa na definição do âmbito de aplicação da proteção normativa e constitucional estabelecida em favor do consumidor.

Neste sentido, a *vulnerabilidade do consumidor*, reconhecida de modo implícito pela Constituição – que determina sua defesa/proteção – e expressamente pelo art. 4º, I, do CDC, é o *fundamento do reconhecimento da proteção das normas em questão ao consumidor* e, com isso, também do *abuso do direito no microsistema do direito to consumidor*. Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica a caracterização de conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor. Esta é uma presunção jurídica em favor do consumidor que fundamenta as normas de proteção. O abuso do direito no direito do consumidor, neste sentido, é antes o abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes (*Machtstellung einer Partei*), do fornecedor no mercado de consumo, cujo reconhecimento qualifica determinados modos de exercício da liberdade de contratar

como abusivos, sobretudo quando este exercício de algum modo se utiliza ou aproveita da vulnerabilidade do consumidor. (...) Deste vínculo lógico entre abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no CDC é que resulta o caráter abusivo de determinadas condutas do fornecedor e, da mesma forma, cláusulas abusivas que – observada a desigualdade fática entre os sujeitos contratuais – coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor¹⁰².

Atentando para o ensino de MIRAGEM observa-se que, implicitamente, aborda a teoria da *lesão enorme*. Resta configurada esta espécie de lesão quando o produto ou serviço adquirido não é o mesmo que lhe foi apresentado ou, sendo este, não condiz com a descrição recebida em informação propiciada pelo comerciante.

Nesta mesma direção entende VIANNA:

“lesão enorme pode ser definida como sendo a obtenção por uma parte, em detrimento da outra, de vantagem exagerada incompatível com a boa-fé ou a equidade, ou seja, o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes e deve ser combatida, em respeito aos consumidores brasileiros, no cumprimento da legislação consumerista e na aplicação dos princípios contratuais em que se baseia nosso direito.

(...) A teoria da lesão ganhou nova força com a chegada do código de defesa do consumidor que é a demonstração cabal da evolução do pensamento jurídico nacional e nele encontramos elementos que nos distanciam ainda mais do dogma da intangibilidade da vontade no campo contratual

Como um dos grandes princípios que embasam o CDC é o do equilíbrio entre as partes (não a igualdade), temos, para a manutenção desses equilíbrio, dispositivos que vedam a existência de cláusulas abusivas como, por exemplo, os art.s 6, V e 51, IV, que vedam a criação de obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

(...) A constituição federal também veda o aumento arbitrário do lucro por disposição expressa inserida no art. 173, §4º: ‘A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise á dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’.”¹⁰³.

¹⁰² MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 376-378.

¹⁰³ VIANNA, G. M. B. Da aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos bancários e a ADIn nº 2591. 2007. 66 p. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. p. 26-30.

3.2.3 - previsão legal de práticas abusivas

“Examinadas as características e critérios das práticas abusivas proibidas no direito brasileiro, passa-se à análise dos tipos legais definidos nos incisos do art. 39 do CDC, buscando realizar sua caracterização e eficácia jurídica”¹⁰⁴.

MIRAGEM, pormenorizando as principais formas de abusividade, doutrina a respeito do condicionamento do fornecimento de produto ou serviço, popularmente conhecido como venda casada:

“O artigo 39, I, do CDC, estabelece de modo claro, que é prática abusiva “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa a limites quantitativos”. Ou seja, existindo a decisão do consumidor pela aquisição de determinado produto ou serviço, esta não pode ser subordinada, por ato do fornecedor, à aquisição de outro produto ou serviço que, a princípio, não são de interesse do consumidor. Trata-se de evidente exercício abusivo do fornecedor, que além de violar as normas de direito do consumidor, também caracteriza ilícito na legislação do direito da concorrência (art. 36, XVIII, da Lei 12.529/2011), uma vez que pode servir para mascarar a eventual ineficiência deste segundo produto ou serviço que se procura impingir ao consumo.

A proibição na venda casada é uma das hipóteses mais claras de abuso nas práticas comerciais do fornecedor, uma vez que este pretende obter, mediante o condicionamento da vontade do consumidor que busca adquirir produto ou serviço efetivamente desejado, uma declaração da vontade irreal, de aquisição de um segundo produto ou serviço absolutamente dispensável”¹⁰⁵.

A seguir serão tecidas pequenas notas pertinentes a algumas modalidades consagradas de prática abusiva, sem dúvidas relevantes para o melhor entendimento do direito consumerista e a realidade de mercado. Contudo, não se pode prosseguir sem que antes fique marcado o interesse deste trabalho no que tange a venda-casada. Como sabido, debruça-se sobre a proteção do consumidor na contratação de seguros vinculados à aquisição de bens duráveis.

Imperioso que se conheça a profundidade da vinculação entre as duas espécies contratuais. Como se fez observar, a imposição de qualquer negócio jurídico para firmar contratação desejada é prática ilegal! Portanto, caso a contratação do seguro tenha sido

¹⁰⁴ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 315.

¹⁰⁵ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 315-316.

forçosa (seja sob a alegação de vantagens na compra do produto na inviabilidade de sua aquisição), será fundamento suficiente para a resilição do contrato.

Como visto no tópico “2.3.3 - *O momento da contratação do seguro vinculado à aquisição de bens duráveis*”, na apreciação de Claudia Lima Marques, o comportamento do consumidor de maneira quase que automática em estabelecer vínculo com fornecedor ou cadeia de fornecedores a que esteja habituado é um agravante da vulnerabilidade que mantém estreita relação com o consentimento (, a nosso ver, contaminado) que simula a licitude da prática censurada.

Prosseguindo com a instrução de MIRAGEM quanto à recusa de fornecimento impõe:

“O fornecedor que exerce atividade profissional no mercado de consumo tem o exercício desta atividade sempre vinculada a uma função social e econômica (Veja-se art. 187 do CC). Neste sentido, ao submeter-se às práticas do mercado de consumo, não pode recusar-se ao fornecimento de produtos ou serviços que realiza, em face de sua atuação profissional. Neste sentido, estabelece o art. 39, II, que configura a prática abusiva ‘recusar o atendimento as demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes’. Em outros termos, estabelece o CDC que havendo a possibilidade de fornecimento, esta não pode ser recusada sem justa causa, a qual o mesmo CDC expressamente previu como sendo a disponibilidade de estoque e os usos e costumes.

Note-se que o fornecedor não pode, ao seu dispor a enfrentar os riscos da atividade negocial no mercado de consumo, pretende selecionar os consumidores com quem vai tratar. Há uma obrigação inerente de atendimento a todos os consumidores que pretenderem contratar, nos termos da oferta realizada ou do que o exercício da atividade profissional do fornecedor permita presumir. Assim, é da natureza da atividade negocial que se realizem contratos altamente vantajosos e outros nem tanto, por parte do fornecedor. Não há, portanto, a possibilidade do fornecedor recusar a contratar na hipótese de se tratar de negócios menos atraentes se e quando, pela sua atividade, propõe-se a fornecer produtos e serviços a quem se interessar, observados – como menciona o próprio CDC – os usos e costumes comerciais. Assim ocorrerá prática abusiva, por exemplo, quando o fornecedor se recusar a fornecer em razão da contratação do serviço lhe ser desinteressante porque de pequeno valor, da mesma forma quando a recusa motivar-se por discriminação ilícita de determinado consumidor ¹⁰⁶.

¹⁰⁶ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 318-319.

Outra prática comum (e abusiva), por diversas vezes denunciada pela imprensa, é o envio de produto ou oferecimento de serviço não solicitado. Esta matéria também foi debatida por Bruno Miragem. Vejamos sua lição:

“O art. 39, III, qualifica como cláusula abusiva “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”. As hipóteses de envio ou fornecimento não solicitado de produto ou serviço têm seu caráter abusivo infirmado pela ausência de consentimento ou de vontade expressa do consumidor em adquiri-los. Ou seja, há também aqui o propósito de constranger o consumidor a realizar a contratação buscando, sob o argumento da facilitação do negócio, caracterizá-la em sua visão como fato consumado. A tais situações, o CDC estabelece uma sanção específica, no art. 39, parágrafo único, o qual refere: ‘Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se as amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento’. Ou seja, equipara-se o produto ou o serviço entregue ao consumidor sem a sua solicitação à amostra grátis, não havendo obrigação do beneficiário ao pagamento. Entendimento algo difundido sustenta que tal disposição prevê hipótese que autoriza o enriquecimento sem causa pelo consumidor. Não parece correto. A hipótese aqui é a de determinação legal de uma causa de atribuição patrimonial ao consumidor. Ou seja, não se trata de enriquecimento sem causa, uma vez que a causa de acréscimo patrimonial pelo consumidor é determinada pela própria norma legal. O que existe é espécie de sanção do fornecedor, mediante a conversão do ato negocial cuja vontade inicial era de revestir-se do caráter oneroso, em contrato gratuito na medida em que se desobriga o consumidor ao pagamento.

A jurisprudência brasileira, já firmou seu entendimento a respeito do tema, tanto no que diz respeito ao envio não solicitado de cartões de crédito ao consumidor, assim como no caso do fornecimento de serviços onerosos tipo ‘0900’, sem a prévia solicitação do consumidor do contrato da linha telefônica. Neste sentido, tanto a cobrança de serviço, quanto ao eventual registro do consumidor nos bancos de dados de proteção ao crédito na hipótese de não pagamento, configuram hipótese de responsabilização do fornecedor pelos danos causados”¹⁰⁷.

Sobre a prática abusiva de envio de produtos ou prestação de serviço não contratado, disponibiliza-se especial julgado a respeito de debitamento em conta-corrente de prêmio sem que houvesse contratação de seguro:

¹⁰⁷ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 319-320.

TJ-RS – Recurso Cível 71004203121 RS (TJ-RS)

Data da publicação: 18/04/2013.

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONTA CORRENTE. DEBITAMENTO DE VALOR DE PRÊMIO DE SEGURO NA CONTA DO AUTOR. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO DE SEGURO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO BANCO E DA SEGURADORA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS, NO CASO CONCRETO, PELO COMPROVADO DESRESPEITO AO CONSUMIDOR.

3.2.4 - Principais espécies de cláusula abusiva

“A relação de espécies de cláusulas abusivas prevista nos incisos I a XIII, do art. 51 do CDC, trata-se de enumeração exemplificativa. Isto importa dizer que para além daquelas hipóteses, poderá o Poder Judiciário reconhecer uma série de outras disposições previstas em contratos de consumo como abusivas. Para tanto, o instrumento mais importante à disposição do julgador é o exame das estipulações contratuais, há luz do que dispõe o art. 51, IV, cc § 1º do CDC. Determina o inciso IV em destaque, como abusivas as cláusulas que ‘estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (...)’. Da mesma forma, o § 1º do mesmo art. 51¹⁰⁸, segundo já transcrevemos, indicará quais as hipóteses em que a própria lei vai estabelecer presunção absoluta do que considera com vantagem exagerada”¹⁰⁹.

Dada a sintética explanação quanto às cláusulas abusivas, como visto, de previsão legal no art. 51 do CDC, sublinha-se que estas (cláusulas abusivas) não se assemelham as práticas abusivas cuja previsão encontramos no art. 39 do mesmo diploma. Urge, então, a lição de CAVALIERI:

“(…) cumpre não confundir os casos de cláusulas abusivas por vantagem excessiva com a prática abusiva de ‘exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva’ 9art. 39, V). Esta prática [prática abusiva] não está prevista no contrato, não advém de uma prestação estabelecida na avença. Decorre de uma prática de mercado, que pode se

¹⁰⁸ Art.51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) §1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I- ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II- restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III- se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. BRASIL. *Código de defesa do consumidor*, lei 8.078, 1990.

¹⁰⁹ MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 393.

verificar antes mesmo da formação da relação contratual, durante, ou até após o término do vínculo de consumo”¹¹⁰.

3.2.5 - Avaliação quanto à eficácia ao combate de práticas abusivas

Bruno Miragem na obra *curso de direito do consumidor* – a qual voltamos a citar – separa a proteção do consumidor em 03 (três) aspectos, que, para nós, mais se assemelham a etapas de um procedimento. Eis a lição:

“A proteção do consumidor em relação às cláusulas abusivas nos contratos de consumo compreende basicamente três aspectos: a) a identificação das espécies de cláusulas abusivas e sua natureza; b) a sanção legal da abusividade, que no sistema do CDC é o da nulidade de pleno direito; c) os procedimentos de controle do conteúdo dos contratos, estabelecendo quem será competente para exercê-lo, assim como seus resultados, que no caso dos contratos de consumo será, quando possível, a redução de negócio jurídico com a respectiva manutenção do contrato no interesse do consumidor. O prazo que vem sendo reconhecido pelo STJ para exercício da pretensão de revisão de cláusulas abusivas em contratos de consumo é de dez anos, nos termos do art. 205 do CC”¹¹¹.

Também quanto à efetividade da proteção consumerista, no entanto, debruçando sobre as práticas - e não nas cláusulas como visto no ensino de Miragem – estão as palavras de Claudia Lima Marques: “O CDC mais uma vez inovou o ordenamento jurídico brasileiro e estabeleceu, nos art.s 39, 40 e 41, uma série de práticas comerciais que o legislador considerou abusivas e, portanto, vedadas” . MARQUES frisa que antes da codificação consumerista as previsões de práticas comerciais e eventuais excessos ficavam a cargo da norma comercial – que não guarda estreita relação com a proteção dos contratos ou com o equilíbrio contratual – e da ética subjetiva do comerciante.

Prosseguindo a dissertação de MARQUES:

“O impacto desta novidade [previsão de práticas comerciais abusivas pelo CDC] só não foi maior em virtude do veto presidencial ao art. 45, que previa severa

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, S. Programa de direito do consumidor. 4 °ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

¹¹¹MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6° ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 381.

sanção (perdas e danos punitivos) para o descumprimento das normas do capítulo.

Mesmo assim, permanece a proibição legal de praticar o ato – logo, uma vez praticado o ato antijurídico e causado um dano ao consumidor, poderá ele requerer as perdas e danos compensatórios normais dos art.s 186 e 187 c/c o art. 927 do CC/2002, beneficiando-se, conforme decisão do juiz, com a inversão do ônus da prova permitida no art. 6º, VIII, do CDC. Mais interessante é a hipótese de ocorrência de dano moral pela prática comercial abusiva (por exemplo, divulgação de informação depreciativa sobre o consumidor – art. 39, VII). Segundo o sistema do CDC, art. 6º, VI, o consumidor tem direito a efetiva reparação tanto do dano patrimonial, como do dano moral. Relembre-se igualmente que, assim como na propaganda, também nas outras práticas comerciais abusivas o dano pode ser difuso ou coletivo, cabendo, por exemplo, uma ação civil pública.

Note-se que os efeitos civis da prática comercial abusiva não inibem a aplicação de outras sanções cabíveis, como as sanções administrativas, as sanções oriundas da prática de concorrência desleal e, mesmo, as sanções penais previstas no próprio CDC”¹¹².

3.2.6 - A interpretação dos contratos de consumo

3.2.6.1- A interpretação dos contratos no gênero relação de consumo

A interpretação dos contratos de consumo é, em visão panorâmica, realizada de maneira mais favorável ao consumidor, já sendo assentada pela norma, doutrina e jurisprudência, realizada a luz dos princípios constitucionais e legais. No entendimento de Bruno Miragem a respeito da proteção contratual do consumidor.

“Atualmente, na interpretação dos contratos em geral, e nos contratos de consumo em particular, de enorme importância é a função interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva. Assim estabelece hoje, no direito brasileiro, tanto o CDC (artigo 4º, I), quanto o próprio Código Civil (artigo 113). Neste sentido, aliás registre-se do STJ, no qual a Corte reconheceu como abrangida na cobertura reconhecida para o dano corporal prevista em cláusula de apólice de seguro contra acidentes de trânsito em que era a segurada uma transportadora, também o dano moral, a que esta veio a ser condenada em juízo. E da mesma forma,

¹¹² MARQUES, C. L. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

todas as situações de cláusulas de redação dúbia ou lacunosa, nos contratos de seguro, em que a jurisprudência reiteradamente vem aplicando o art. 4º do CDC, para assegurar a interpretação mais favorável ao consumidor.

(...) A justificativa de interpretação mais favorável ao consumidor, em vista da boa-fé e da proteção dos interesses legítimos do consumidor será, em primeiro lugar, a vulnerabilidade da posição contratual do consumidor. Entretanto, diferente da proteção que dispõe o Código Civil com relação à interpretação favorável ao aderente (art. 423), a interpretação favorável ao consumidor não alcança apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas sim todo o conteúdo do contrato. Da mesma forma, o conteúdo do contrato a ser interpretado não se assume às cláusulas que integram o instrumento contratual. No regime dos contratos de consumo, ao lado das estipulações contratuais expressas, nascidas do consentimento entre consumidor e fornecedor, há de se considerar também todas as disposições legais estabelecidas pelo CDC em vista destes contratos, como, por exemplo, as regras sobre vícios, oferta, publicidade, informação e cláusulas abusivas¹¹³.

3.2.6.2 - A especial restritividade da interpretação dos contratos de seguros quanto aos riscos assegurados

Impõe ao segurador deveres específicos, em especial se tomarmos o contrato de seguro na situação em que se reveste de contrato de consumo. E neste sentido há deveres das partes que devem ser considerados. O contrato de seguro assenta-se na boa-fé das partes como fundamento da conduta devida das partes. Neste sentido, reconhece-se um dever de veracidade das partes, tanto do segurado nas declarações que fizer ao segurador para que este faça a correta avaliação do risco, quanto do segurador, nas informações quanto ao valor e extensão da cobertura e cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade do segurador.

Refira-se, contudo, que apenas informações relevantes para delimitação do risco pelo segurador, uma vez sonegadas, dão causa à perda do direito à indenização pelo segurado-beneficiário. E da mesma forma, só pode dizer que o segurado deixou de declarar ou fez de maneira inexata, aquilo que lhe foi perguntado. Pode ocorrer de o segurador dispensar, como praxe de mercado em alguns seguros, as declarações do segurado em relação a certos riscos, o que – conforme aponta Pasqualotto – é comum

¹¹³MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 413-414.

ocorrer nos seguros saúde e seguro de vida. Neste caso, a dispensa da declaração ou mesmo de demonstração sobre determinada qualidade pelo segurado-consumidor é risco que assume o segurador. Neste caso coloca-se a relevância do exame do disposto no art. 766 do CC, que prevê:

“Artigo 766. Se o segurado, por si só ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”.

O dever estabelecido pelo Código Civil comporta dois esclarecimentos em relação ao consumidor: a) primeiro, o corretor de seguro não é representante do segurado em nenhuma hipótese, mas da seguradora, que, aliás, poderá responder, conforme o caso, por sua conduta, mediante a aplicação da teoria da aparência, ou quando for o caso pelo disposto no art 34 do CDC, bem pode ser considerado para todos os efeitos, membros da cadeia de fornecimento, inclusive para efeito de responder perante o segurado, assegurando seu direito de regresso contra o segurador; e b) a presunção em relação ao consumidor é de boa-fé logo, a inexatidão ou omissão que não resulte de má-fé não permite a restrição de direito do segurado à indenização, podendo o segurador cobrar a diferença do valor do prêmio ou a resolução do contrato. Neste último caso, contudo, a resolução poderá ter como óbice, mediante a aplicação da teoria do adimplemento substancial (substantial performance), o pagamento substancial do prêmio pelo consumidor e o seu direito de manter o seguro contratado, pagando a diferença.

Há ainda situações, especialmente em se tratando em seguro de vida, nas quais a renovação periódica do contrato do seguro, por longo tempo, tem o condão de permitir sua interpretação como espécie de contrato relacional, em que se estabelece uma só relação jurídica, entre os mesmos segurados e segurador, ainda que com múltiplos vínculos no decorrer dos anos. Essa circunstância poderá implicar uma limitação do direito de resolução, ou melhor, do exercício do direito de não renovação do contrato (cuja vigência geralmente, é anual).

Todavia, o reconhecimento de um direito do segurado à renovação de contrato, não significa que deverá o segurador manter inalteradas suas condições, uma vez que é razoável supor que o aumento da idade repercute na majoração do risco de sinistro. Neste sentido, o dever de boa-fé que impõe as partes colaborar entre si, admitirá a possibilidade de reajuste que recomponha as bases técnicas entre sinistralidade e indenização. Mas ao mesmo tempo, impõe ao segurador um ônus, que é justamente o de que esta recomposição seja feita de modo gradual, respeitando o segurado como parceiro contratual, especialmente em face do tempo da contratualidade.

É cediço que a vida ocupa posição de destaque entre os bens jurídicos, quantum mais se comparados aos outros interesses garantidos pelo contrato de seguro que tratam de questões patrimoniais. Porém, não se pode perder de vista que a proteção do patrimônio, mormente quando derivado de prestação adimplida pela pessoa, repercute em sua dignidade; não pelo caráter econômico, mas, pelo desprezo as suas expectativas e anseios, interesses legítimos exercidos dentro dos parâmetros legais.

3.3 – Da contratação do seguro: a garantia

A garantia é elemento central em um seguro, razão pela qual foi tantas vezes citada ao longo desta monografia. Dentre aquelas básicas informações, por vezes negada pelo fornecedor ou, simplesmente, as quais o consumidor não atentou, estão a ligação entre seguro e garantia. Nos contratos de seguro de resguardo de danos a bens materiais a efetivação do seguro equivale à garantia. O que nem sempre sabe o adquirente é que a não precisa ser contratada¹¹⁴. A lei assegura ao consumidor de bem duráveis a garantia de 90 dias¹¹⁵ para a reclamação de problemas (vícios). Em se tratando de vício aparente (que pode ser percebido desde o momento da compra) o prazo começa, em regra, na data da aquisição. Sendo caso de vício oculto, o prazo decadencial terá por início a data em que o consumidor tomou ciência da falha do produto.

¹¹⁴ “Art. 24 A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”. BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹¹⁵ “Art. 26 O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: (...) II- noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis”. BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990. Anota-se que quanto aos vícios ocultos (redibitórios) a contagem do prazo de garantia tem início na data em que o consumidor toma ciência do problema.

Sobre este aspecto vale conferir o ensino trazido pelo *Manual de direito do consumidor*, elaborado pelo Ministério da Justiça e a Secretaria Nacional do Consumidor, tendo por autores BESSA e MOURA:

“O Código de Defesa do Consumidor estabelece no art. 26 prazos específicos para reclamar dos vícios dos produtos e dos serviços. A redação é a seguinte: ‘O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis’.

Em seguida, é esclarecida a forma de contagem dos prazos. Tratando-se de vício aparente

‘Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços’ (art. 26, §1º). De outro lado, se o vício é oculto, ‘o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito’ (art. 26, § 3º).

O vício aparente e de fácil constatação é, como o próprio nome indica, o que pode ser notado imediatamente pelo consumidor, numa análise inicial do produto, realizada, de regra, logo após a compra. O vício oculto, ao contrário, só pode ser percebido após algum tempo de utilização do produto, como no caso de um liquidificador que, depois de quatro meses de uso, simplesmente deixa de funcionar.

A grande maioria dos problemas levados aos órgãos de defesa do consumidor refere-se a vício oculto do produto, até porque, quando há vício aparente, o consumidor opta por não adquirir aquele bem.

De acordo com o art. 26, o prazo para reclamar do vício aparente é de trinta dias em relação aos produtos não duráveis, como os alimentos, e de noventa dias para os produtos duráveis. A contagem do prazo inicia-se da entrega efetiva do bem.

No caso de vício oculto, o prazo é o mesmo. Todavia, a contagem inicia-se no momento em que ficar constatado o vício (art. 26, § 3º). Assim, se determinado eletrodoméstico possui um vício oculto que só vem a se manifestar após oito meses de uso, o fornecedor deve providenciar o reparo, em razão da garantia concedida pela lei. O mesmo deve ocorrer se uma geladeira, por exemplo, deixar de funcionar treze meses após a sua aquisição.

Isto não quer dizer que os fornecedores (comerciantes, distribuidores, importadores, fabricantes) tenham uma responsabilidade eterna pela qualidade dos seus produtos. É lógico que, como tudo na natureza, os bens de consumo possuem vida útil e sofrem um desgaste normal e previsível com o tempo.

Portanto, não estão os fornecedores obrigados a reparar vícios decorrentes do envelhecimento natural das peças. Como o Código de Defesa do Consumidor não fixou um prazo máximo para

aparecimento do vício oculto, o critério deve basear-se na experiência comum e durabilidade natural do bem.

A doutrina tem denominado que tal forma de contagem de prazo utiliza-se do critério da vida útil. Na prática, se a questão não for resolvida a contento, caberá ao juiz, com o auxílio de peritos, determinar se o vício decorre do envelhecimento do bem ou, ao contrário, de um problema de fabricação¹¹⁶.

Sublinha-se que a garantia referida na citação acima é inafastável, ou seja, ainda que exista estipulação contratual que pretenda afastar a responsabilidade do fornecedor esta será nula. Vejamos:

“(…) todo produto e serviço, independentemente da vontade do fornecedor, deve atender a padrão de qualidade, conforme disciplina dos artigos 18 a 26. É a denominada garantia legal. Como ela decorre diretamente de norma de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), não pode ser afastada contratualmente e independe de qualquer documento do fornecedor. Didaticamente, o art. 24 do CDC dispõe que ‘A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor’.”¹¹⁷

Em breve retomada dos ensinamentos de BESSA e MOURA, importante frisar a possibilidade de interrupção do prazo mencionado (90 dias) a fim de evitar que o instituto da prescrição opere de maneira a prejudicar o consumidor.

“A par do critério da vida útil dos produtos e dos serviços, que alarga substancialmente os prazos para reclamar de produtos com vício oculto, cabe destacar outra vantagem conferida pelo Código de Defesa do Consumidor: a possibilidade de se obstar o prazo decadencial. Os prazos de 30 e 90 dias podem, em razão de alguns fatos, deixar de correr, beneficiando o consumidor. São duas hipóteses: 1) reclamação do consumidor; 2) instauração de inquérito civil”¹¹⁸.

A obtenção de garantia mediante paga, isto é, a garantia contratada (em negócio bilateral oneroso) é liberalidade permitida pelo código de defesa do consumidor, sem o detrimento dos direitos e deveres estabelecidos em todo o CDC. A este ponto, pertinente a remissão ao item 3.2.3 - previsão legal de práticas abusivas – no elemento que versa sobre a (vedação da) venda-casada (art. 39, I, CDC), que, em poucas palavras, traz a

¹¹⁶ BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 135-136.

¹¹⁷ BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 138.

¹¹⁸ BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 137.

baila os desdobramentos da contratação habitual com determinado fornecedor, a preservação da confiança e a maior vulnerabilidade dos consumidores que se encaixam nesta descrição. A diante trecho da cartilha de direitos do consumidor pelo Procon de Cascavel, Santa Catarina:

“No Código de Defesa do Consumidor existem dois tipos de garantia: a legal e a contratual. A garantia legal não depende do contrato que foi feito, pois já está prevista na lei (Arts. 26 e 27, CDC). A garantia contratual completa a legal e é dada pelo próprio fornecedor. Chama-se termo de garantia (Art. 50, CDC). O termo de garantia deve explicar:

- o que está garantido;
- qual é o seu prazo;
- qual o lugar em que ele deve ser exigido.

O termo de garantia deve ser acompanhado de um manual de instrução ilustrado, em português, e fácil de entender.

Não entregar termo de garantia, devidamente preenchido, é crime (Art. 74, CDC)¹¹⁹.

Na doutrina de Leonardo Bessa e Walter de Moura:

“Ao lado da garantia legal, muitos fornecedores, objetivando principalmente aumentar o número de consumidores dos seus produtos e serviços, oferecem garantia contratual, ou seja, estabelecem que, se surgir vício em determinado produto, contado da data de compra, será efetuado o reparo ou troca do bem sem qualquer custo para o consumidor. A garantia contratual, ao contrário da legal, decorre diretamente de decisão do fornecedor. Normalmente, o prazo é de um ano, mas pode variar, conforme o bem e competição no mercado. Há fabricantes de veículos que oferecem garantia contratual com prazo de cinco anos.

A garantia contratual deve vir expressa num documento, normalmente denominado termo de garantia. O parágrafo único do art. 50 do CDC estipula que ‘o termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações’.

Como se trata de garantia que depende da vontade do fornecedor, é possível estabelecer condições, ônus e limites para o consumidor. As condições e forma de utilização da garantia contratual irão depender basicamente do que foi estabelecido a respeito pelo fornecedor. Muitas vezes, ela é parcial, pois abrange apenas algumas peças do

¹¹⁹ PROCON - CASCAVEL. *Procon Orienta*. Disponível em: <<http://www.cascavel.pr.gov.br/procon/orientacao.php>>. Acesso em: 04/12/2016.

bem. Portanto, não é apenas o prazo que deve ser considerado para avaliar todas as vantagens oferecidas pela garantia contratual”¹²⁰.

A garantia (seguro) com que mais se preocupa neste estudo não dispõe da oferecida pelo fornecedor, de maneira não onerosa e que não implique em novo contrato. Carece de assistência maior a garantia recebida mediante paga que, opera como verdadeiro seguro e, como dito por Bessa e Moura, precisa ter sopesado suas vantagens e desvantagens. O que mais uma vez é reivindicado é a observância do direito a informação qualificada que dê todo o suporte para as considerações de aquisição de seguro.

3.4 – As práticas abusivas que permeiam a aquisição e gozo da garantia

Outrora abordada à questão das práticas abusivas registradas no mercado brasileiro, volta-se a sua observação a fim de apontar as principais abusividades que rodeiam a aquisição e uso da garantia.

Atentando para realidade dos contratos de seguro vinculados à aquisição de bens duráveis, chega-se a conclusão de que o grande recurso tido por instrumentos práticas abusivas são as cláusulas contratuais. Predominante a aferição, por parte do consumidor, da abusividade e sua conseqüente lesão a legítima expectativa ao acionar a empresa garantidora que, para se escusar de suas responsabilidades civis, mostram (intempestivamente) ao cliente que a garantia onerosamente adquirida não satisfaz sua necessidade ou, pior, que em verdade nunca prestou qualquer garantia contra os fatos que, estatisticamente, lideram o *ranking* de causas recorrentes de perecimento (sinistro) do bem.

Inobstante a quebra da confiança, a falta ou má qualidade da informação e afronta a boa-fé, desacata a norma expressa do art. 51, IV, do CDC.

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

¹²⁰ BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 138.

IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”¹²¹.

Continuando a aludir a legislação brasileira, vejamos o art. 50 do Código de defesa do consumidor que, em seu descumprimento (ausência de termo escrito ou sem esclarecimentos claros) atua em união a violação do artigo 51, IV, CDC para a lesão do consumidor.

“Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercida e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações”¹²².

Também sobre o princípio da transparência e, seu desdobramento, o dever de prestação de informação qualificada, está o art. 31 do CDC.

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”¹²³.

3.4.1 – A proteção do consumidor contra abusos relacionados aos seguros (garantia contratual)

Em defesa do consumidor, se insuficiente as disposições anteriores, está a permissão do art. 46 que o libera do cumprimento das obrigações que não tenha sido informado.

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”¹²⁴.

¹²¹ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹²² BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹²³ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹²⁴ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990

Na abordagem realizada no ordenamento jurídico nacional, especialmente no CDC, confirma o especial cuidado destinado aos contratos de adesão. Certamente, dada a vulnerabilidade acentuada nesta forma contratual, a qual também nós atentamos.

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...)”

§4º - As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”¹²⁵.

Na efetivação dos direitos regulamentados pelo art. 54, do CDC, tem-se, por exemplo, o julgamento do Recurso Inominado 07076467820158070016 do TJ-DF¹²⁶.

TJ-DF - RECURSO INOMINADO : RI 07076467820158070016

¹²⁵ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹²⁶ Dada a inteligência e sabedoria do caso e do voto que guarda grande similitude com o objeto deste trabalho, coloca-se o inteiro teor do voto do relator, Sr. Juiz Carlos Alberto Martins Filho: 1. Tratando-se de relação de consumo, em razão da sistemática adotada pelo [Código de Defesa do Consumidor](#), mormente na norma contida em seu artigo [14](#), a responsabilidade por vício na prestação do serviço é objetiva, devendo a prestadora de serviços responder pelos danos que causar ao consumidor. 2. Mesmo que a norma insculpida no artigo [757](#) do [CC](#) preveja que pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados, não se pode admitir que a interpretação contratual seja feita em desacordo com a natureza e a função social do contrato de seguro, bem como em contrariedade à norma consumerista. 3. A seguradora, por se tratar de fornecedora de serviços, tinha o dever de informar o consumidor, de forma adequada e com total clareza, sobre as limitações da cobertura do seguro. Dessa feita, a singela menção a tipos penais, como é feita na cláusula 31.1, alínea m, do contrato de seguro, não é suficiente para excluir os riscos que estão presentes nos eventos que geram a perda do bem segurado por força de ação criminosa de terceiros. 4. O segurado/consumidor, ao celebrar o contrato de seguro, tem legítima expectativa de ter o seu bem resguardado contra qualquer tipo de perda ocasionado por atitude culposa ou dolosa de terceiros. Portanto, não se pode admitir que sejam promovidas exclusões de cobertura baseadas em simples definição legal de ilícitos penais, sobre os quais o consumidor não tem o indispensável discernimento necessário para diferenciar quais riscos estão, ou não, excluídos da proteção securitária. 5. Caracteriza crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, e não apropriação indébita, quando a subtração do bem decorre da diminuição da vigilância pela vítima, em razão da confiança depositada no agente. 6. Não há como se falar que houve transferência de posse por parte da vítima, uma vez que o carro foi deixado com o meliante apenas para que esse o lavasse. Portanto, não se verifica qualquer transferência dos poderes inerentes à propriedade (art. [1.196](#), [CC](#)), haja vista que o lavador não poderia usar, fruir (gozar) ou dispor do bem, devendo se limitar a proceder a limpeza externa e interna do veículo. 7. Por não ter havido posse desvigiada em nenhum momento, tendo o agente subtraído o veículo, ao retirá-lo da esfera de vigilância da autora, caracterizando o crime de furto, deve a seguradora arcar com o pagamento dos danos materiais sofridos pela consumidora, em decorrência da indevida recusa da seguradora. 8. Recurso conhecido e provido, para reformar a sentença e condenar a parte ré/recorrida a pagar à autora a quantia de R\$ 7.050,39 (sete mil e cinquenta reais e trinta e nove centavos), a título de danos materiais. 9. Sem custas e honorários, ante a ausência de recorrente vencido.

Data de publicação: 25/11/2015

Ementa: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. RECUSA PELA SEGURADORA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CRIME DE FURTO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DISTINÇÃO ENTRE TIPOS PENAIIS EM DESFAVOR DO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. DANO MATERIAL INDENIZÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

Em ato de maior severidade, também estabelece o código de defesa do consumidor sanções penais para aqueles que o descumprem. Nos descumprimentos que permeiam a discussão da garantia encontram-se os artigos 66 e 74 do CDC.

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.

Pena – detenção de três meses a um ano e multa. (...)

§2 – Se o crime é culposo:

Pena – detenção de um a seis meses ou multa”¹²⁷.

Da previsão contida no parágrafo segundo resta provado que nem mesmo a ausência de dolo libera o fornecedor.

Correlato a expressão do art. 50 do CDC, que muito importa no trato da garantia, desemboca em infração penal.

“Art. 74 – Deixar de entregar ao consumidor, o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo.

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa”¹²⁸.

3.5 – Análise das condições de fornecedores e consumidores ao que concerne a garantia

Realizadas nossas considerações quanto às práticas abusivas que são quantum mais na contratação de seguro (garantia). A este ponto, em enxuta divisão, analisar-se-á as condições dos sujeitos envolvidos na oferta de garantia.

¹²⁷ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

¹²⁸ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei 8.078. 1990.

3.5.1 – A favorável situação do fornecedor (segurador)

Não resta dúvida que a posição da cadeia de fornecedores, em se tratando de pactuação de seguro, tem suas prerrogativas (econômicas e técnicas) majoradas pela norma e, em momento posterior, pela jurisprudência.

Sendo a empresa seguradora o fornecedor de imediata associação, dúbia a justificativa que permita tão vasto rol de escusas que afastam sua responsabilidade pelo sinistro (pagamento de indenização) em favor do segurado (consumidor). A gravidade é tamanha a ponto de seguradoras recorrem ao judiciário a fim de se eximirem do pagamento de indenização mesmo quando não há qualquer falta do segurado, o mero vislumbre da responsabilidade de terceiro basta para sua motivação.

Em comprovação o recurso inominado em tela:

TJ-RS - Recurso Cível 71005396700 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 04/09/2015

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE REFRIGERADOR. PRODUTO ESSENCIAL QUE APRESENTOU DEFEITO. HIPÓTESE DO ART. 18 § 3º, DO CDC. CABÍVEL A RESTITUIÇÃO IMEDIATA DO VALOR PAGO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA - GARANTIA ESTENDIDA. DEFEITO DETECTADO ANTES DA VIGÊNCIA DA MESMA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO FABRICANTE EM FACE DA CADEIA DE FORNECEDORES DE PRODUTOS, RESPONDE DE FORMA OBJETIVA E SOLIDÁRIA PELOS EVENTUAIS DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA (ARTIGOS 7º PARÁGRAFO ÚNICO, 12, 14 E 18, TODOS DO CDC). DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. ART. 6º DO CPC - VEDADA A POSTULAÇÃO EM NOME DE TERCEIRO. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO.

3.5.2 – O extremo conforto da condição do comerciante na venda de garantias

O código de defesa do consumidor faz uma única menção à figura do comerciante¹²⁹, trata-se do art. 13 do CDC que impeli a responsabilidade daquele

¹²⁹ A subsunção do comerciante na condição de fornecedor pelo CDC está no art. 3º dada a sua atividade de comercialização. *In verbis*: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização

quando não identificado o fabricante, construtor ou importador. Em contraponto, no artigo anterior, isto é, o art. 12 do CDC, a lei sujeita as demais modalidades de fornecedores a responder pelos danos causados aos consumidores mesmo na ausência de culpa.

Supomos que este tratamento diferenciado não tenha sido proposital dada sua falta de fundamentação, de todo modo, faz-se necessária sua transformação. A enorme lesão ao consumidor que a guarita da lacuna legal propicia deve ser detida. Caso contrário, decisões judiciais e administrativas, desfavoráveis ao consumidor em sua vulnerabilidade (para localizar o autor do dano, comprová-lo e, posteriormente, solicitar reparação), tal como na apreciação judicial abaixo, continuaram a ocorrer.

Optando o poder judiciário pela presunção de solidariedade do comerciante, melhor ampara terá o consumidor e maiores serão os esforços do lojista na verificação da qualidade e efetividade da garantia prestada. Este entendimento seria, portanto, benéfico aos consumidores, mas não se limitariam a estes, pois, motivaria uma concorrência mais salutar.

de produtos ou prestação de serviço”. De fato, não há outra citação da expressão “comerciante”, se não a do art. 13.

TJ-RS - Recurso Cível 71005289699 RS (TJ-RS)¹³⁰

Data de publicação: 28/01/2015

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. VÍCIO DE PRODUTO. GARANTIA ESTENDIDA. SEGURADORA CONHECIDA PELO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DESTA PELO CONSERTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO COMERCIANTE, NO CASO CONCRETO. EXTINÇÃO DO FEITO, EM RELAÇÃO À RECORRENTE, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71005289699, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 27/01/2015).

Pacificada a responsabilidade do comerciante quando desconhecido a segurado, *data venia*, avaliamos não ser a decisão do egrégio tribunal a mais acertada. Mesmo atendendo a necessidade do consumidor no caso concreto, serve como precedente para casos futuros. A nossa apreciação é de que, por questão de justiça e equilíbrio, também os comerciantes devem ser responsáveis, dada o seu favorecimento econômico (lucro) aferido em razão da contratação de seguro, como pela sua melhor capacidade técnica de avaliar o atuar das seguradoras; não devendo comercializar as garantias de empresas de má reputação, caso contrário, deve arcar de maneira solidária com aquelas. Ao menos deve incorrer em sanção administrativa a fim de coibir o comércio de garantia inócua.

3.5.3 - A desprestigiada posição do consumidor segurado

¹³⁰ Voto do Sr. Juiz Roberto Carvalho Fraga no recurso inominado 71005289699 do TJ-RS que afastou a solidariedade do comerciante em razão do conhecimento por parte do consumidor de empresa seguradora. A sentença condenou, solidariamente, as rés para o cumprimento da obrigação de fazer (conserto da máquina, o que já restou atendido pela Seguradora durante o trâmite da demanda), bem como ao pagamento de R\$ 2.000,00 a título de indenização pelos danos morais. Insurge-se a ré Lojas Colombo sustentando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, pela improcedência do pedido de danos morais. O defeito na máquina de lavar roupa da autora surgiu no período correspondente à garantia estendida. Embora não se olvide de que a garantia estendida é oferecida pelo comerciante e, no mais das vezes, o consumidor sequer fica sabendo qual a empresa garantidora de eventual defeito no período, o que levaria a solidariedade entre o comerciante e a seguradora pela resolução de eventual defeito surgido no período da garantia adicional, não é o que se vê dos autos. No caso concreto, a consumidora desde logo contactou com a Seguradora ré, responsável pela garantia estendida, a qual num primeiro momento inclusive consertou a máquina e, voltando a apresentar o vício, novamente contactou com a Seguradora, a qual, providenciou no conserto, embora após ter a autora ingressado com a presente demanda. Assim, desde logo sabia a consumidora qual a Seguradora responsável pela garantia estendida, tanto que demandou também contra ela, o que implica a ilegitimidade passiva da comerciante Lojas Colombo, no caso concreto. Diferente seria se não fosse do conhecimento da consumidora a empresa responsável pela garantia estendida, o que impossibilitaria reclamar do vício a quem teria o dever de consertar ou indenizar eventuais danos advindos do vício do produto, caso em que seria lícito ao consumidor reclamar ou demandar em juízo em face do comerciante, diante da Teoria da Aparência. Assim sendo, no caso concreto, configurada a ilegitimidade passiva das Lojas Colombo S/A, restando acolhida a preliminar deduzida nas razões recursais. Destarte, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da recorrente e decreto extinto o feito em relação a ela, sem julgamento do mérito, forte no art. 267, VI, do CPC. Sem sucumbência diante do resultado do julgamento.

Em decorrência das análises procedidas nos dois tópicos anteriores, resta provada a difícil situação do consumidor no mercado de consumo, mormente, na contratação de seguros e garantias. Nessa direção está o julgado que segue:

TJ-RS - Recurso Cível 71005701107 RS (TJ-RS)¹³¹

Data de publicação: 28/03/2016

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. GARANTIA ESTENDIDA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO DEMONSTRADO. Não tendo o autor demonstrado vício de consentimento ao contratar seguro de garantia estendida quando da compra de um televisor, mostra-se incabível o cancelamento pretendido, bem como a devolução dos valores já pagos a tal título. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (Recurso Cível Nº 71005701107, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 24/03/2016).

De maneira oposta, trazendo esperança no vislumbre de novo entendimento das cortes brasileiras, as decisões que nos acompanharão na conclusão deste ponto: juízos que efetivam a proteção contra agravamento da desacreditada posição do consumidor.

TJ- DF – Apelação Cível APC 20110110243479 DF 0007112-65.2011.8.07.0001

Data de publicação: 19/08/2014

Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REGRESSIVA DE REPARAÇÃO DE DANOS. SEGURADORA. VERSÕES CONFLITANTES. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE

¹³¹ Outra vez, fazemos nota da íntegra do voto do relator, o Sr. Juiz Francisco Franco na decisão do recurso inominado pertinente ao processo 71005701107 – TJ-RS: RELATÓRIO -Trata-se de recurso inominado interposto em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados. Irresignado, o autor, ora recorrente, sustentou ter juntado aos autos os documentos que lhe incumbiam, não lhe tendo sido explicado, quando da contratação, as normas do seguro. Asseverou que os documentos e informações na loja não deixam claro que o serviço é opcional. Requeru o provimento do recurso interposto, com o cancelamento da contratação do seguro de garantia estendida, bem como a devolução dos valores pagos até o momento. VOTO: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto. O recorrente sustenta que, ao adquirir uma televisão junto à requerida, foi acrescentado ao valor da compra um seguro de garantia estendida, sem sua autorização, razão pela qual pretende o cancelamento deste, com a devolução dos valores já pagos a tal título. Entretanto, não lhe assiste razão, devendo a sentença ser mantida pelos seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. Ressalto que, conforme bem salientado pelo julgador *a quo*, o autor, ora recorrente, admitiu em seu depoimento pessoal que a assinatura constante no documento de seguro de garantia estendida é sua. Portanto, não pode o recorrente alegar vício de consentimento acerca da aquisição da referida garantia, já que, inclusive, assinou documento em separado para autorizar a contratação. Ademais, importante frisar que as operações para pagamento da compra e do seguro são separadas, por se tratarem de contratações distintas, não havendo que se falar em inclusão de valores a tal título sem autorização do autor. Por fim, saliento que, embora se trate de uma relação de consumo, incumbe ao autor comprovar, ainda que minimamente, eventual vício de consentimento, nos termos do artigo 373, I, do CPC, o que não foi verificado no presente caso. Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso inominado. Vencido, arcará o recorrente com o pagamento das custas e honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, os quais fixo em R\$700,00. Suspensa a exigibilidade, em face da concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (fl. 58).

LAUDO PERICIAL. TESTEMUNHA NÃO LOCALIZADA. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20 §4º, CPC.

TJ-SP – Apelação APL 992070315204 SP (TJ-SP)

Data de publicação: 05/10/2010

Ementa: SEGURADORA DE VEÍCULO – RECUSA DA SEGURADORA SOB O FUNDAMENTO DE AGRAVAMENTO DE RISCO – SEGURADO QUE DECLARA POSSUIR GARAGEM NA RESIDÊNCIA, MAS QUE, NO TRABALHO, AFIRMA NÃO DISPOR DE GARAGEM – RESIDÊNCIA LOCALIZADA NAS IMEDIAÇÕES DO LOCAL DE TRABALHO – VEÍCULO FURTADO QUANDO ESTACIONADO NO LOGRADOURO PÚBLICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – INEXISTÊNCIA DE AGRAVAMENTO DO RISCO – CÁLCULO DO PRÊMIO QUE LEVOU EM CONTA A DECLARAÇÃO DE QUE, NO LOCAL DE TRABALHO, LOCALIZADO NAS IMEDIAÇÕES, O VEÍCULO PERMANECIA NA RUA – MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – DANOS MATERIAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DANOS MATERIAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS – INEXIGIBILIDADE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – Agravo retido não conhecido – Apelação parcialmente provida.

TJ-PR – Embargos de Declaração ED 1224765301 PR 1224765-3/01 (Acórdão)

Data de publicação: 20/07/2015

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEGURO DE VEÍCULO. FURTO. BEM NÃO LOCALIZADO. PAGAMENTO DE GARANTIA CONTRATADA NÃO CONDICIONADA À ENTREGA DO DUT, EIS QUE, SUBTRAÍDOS POR OCASIÃO DO ILÍCITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS E PROVIDOS.

3.5.4 – Ponderações acerca da mora, do inadimplemento, do adimplemento substancial, da suspensão da garantia, da suspensão do contrato

Não podemos dar por conclusa esta dissertação sem tratar dos desdobramentos do inadimplemento no pagamento do prêmio, como se sabe, o Brasil vive momento de crise econômica com crescentes índices de desemprego e inadimplência. Contudo, independente das justificativas oferecidas, não deve o segurador arcar com o ônus da inadimplência. Resta saber qual o limite de sua abstenção na prestação da garantia. Passa-se, então, a procura de justo estabelecimento das ações e omissões de que pode se valer o segurador na condição de credor.

Para o estudo deste tópico teremos por base o texto *O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face do novo código civil*, de Virginia Duarte Deda de Abreu.

“Com a vigência do Novo Código Civil, a questão da inadimplência no pagamento do prêmio parece ter sido, para muitos, solucionada pelo art. 763. Dispõe referido dispositivo legal que “não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

Se, por um lado, referido dispositivo deixa claro que o não pagamento do prêmio enseja a suspensão da garantia por parte da seguradora enquanto perdurar a mora do segurado, por outro lado, a sua utilização de forma não moderada poderá constituir uma sanção injusta ao segurado e ensejar abusos por parte das seguradoras.

A verdade é que o art. 763 não prevê uma série de situações que podem ocorrer na prática e que certamente não serão solucionadas por ele.

Suspensão de garantia e outros institutos

Para que possamos identificar quais seriam os problemas decorrentes da aplicação do referido dispositivo legal, faz-se importante distinguir a suspensão da garantia de outros institutos.

Suspensão da garantia vs suspensão do contrato

Em primeiro lugar, não se pode confundir suspensão da garantia com suspensão do contrato. Quando se fala em suspensão da garantia, somente a obrigação da seguradora de prestar garantia estará suspensa e assim permanecerá até que seja purgada a mora pelo segurado. Ou seja, as obrigações do segurado permanecem em vigor, principalmente a de efetuar o pagamento do prêmio. Na suspensão do contrato, as obrigações de ambas as partes são suspensas, ficando a duração do contrato provisoriamente paralisada, retomando seu curso no termo previsto. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que vai passar um mês no exterior e, tendo em vista que ninguém vai utilizar o seu veículo, ela decide suspender o contrato por igual período.

Suspensão da garantia vs. *exceptio non adimplenti contractus*

A suspensão da garantia difere também da exceção de contrato não cumprido: esta última não faria obstáculo ao pagamento tardio da indenização por sinistro ocorrido no momento em que o segurado efetua-se o pagamento do prêmio devido, enquanto que a suspensão da garantia tem um efeito irremediável no que se concerne todo o sinistro ocorrido no interregno.

Suspensão da garantia vs. perda do direito à indenização

Por fim, a suspensão da garantia difere da perda do direito à indenização por descumprimento de uma obrigação contratual. Nos dois casos, a indenização não é devida em caso de sinistro. Os dois conceitos, no entanto, não estão situados sobre o mesmo plano. A

perda do direito designa a privação dos direitos do segurado quando um sinistro sobrevém; a suspensão da garantia refere-se ao período durante o qual, se um sinistro ocorrer, ele não será coberto. O termo perda de um direito só pode ser utilizado na presença de um sinistro ocorrido. Quanto á suspensão da garantia, ela toma curso independentemente do sinistro, e ela pode vir a termo sem que um sinistro sobrevenha (caso em que a sanção não terá nenhuma consequência concreta); mas, se um sinistro sobrevém durante o período de suspensão, ele não será coberto.

(...)

A configuração do momento exato que em se inicia a suspensão da garantia

Com efeito, da leitura do art. 763 podemos afirmar que a suspensão da garantia inicia-se quando da configuração da mora. A mora, por sua vez, configura-se de pleno direito com o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo (art. 397 do novo código civil). Como os prêmios do seguro possuem, geralmente, valor e data de vencimentos precisos, o não-pagamento pontualmente faz surgir de pleno direito a mora e, via de consequência, a suspensão imediata da garantia.

No entanto, essa regra não pode ser aplicada com tanto rigor. Como há apenas a suspensão da obrigação de prestar garantia por parte do segurado, a cobrança dos prêmios subseqüentes ao vencido e não pago é perfeitamente admissível, como dissemos, e é justamente o que ocorre na prática.

Diante desse quadro, se considerarmos que a garantia está suspensa de pleno direito o advento da mora, podemos asseverar que um tal sistema certamente incitará as seguradoras de má-fé a deixar ocorrer a suspensão da garantia ao encontro do segurado, para reclamar o pagamento do prêmio somente no final do contrato, não tendo suportado nenhum risco. Ora, é exatamente o que acontece atualmente no direito brasileiro e é o que vai continuar ocorrendo. O segurado deixa de efetuar, por exemplo, o pagamento de duas de cinco parcelas do prêmio e a seguradora continua realizando a cobrança dos meses subseqüentes. Se sobrevier um sinistro, Ela alegará a suspensão do contrato. Se, no final do contrato, nenhum sinistro ocorreu, ela efetivará a cobrança dos prêmios não pagos, alegando que forneceu a garantia.

Emergente esta situação, fica a seguradora numa posição bastante confortável, ou melhor, uma situação mais privilegiada que aquela em que estaria se o contrato fosse regularmente cumprido.

Está claro que dispositivo legal em apreço coloca o segurado em manifesta desvantagem, visto que ele não sabe qual será o destino dado ao seu contrato, ficando o mesmo à mercê da vontade da seguradora quando sobrevier um sinistro. Esta situação afronta a boa-fé das relações contratuais. Por esse motivo, entendemos que, em atenção do princípio da boa-fé, estaria a seguradora obrigada a notificar o segurado, dando-lhe mais uma oportunidade de efetuar o pagamento do prêmio devido, bem como advertindo-o expressamente das consequências da falta do pagamento (suspensão da garantia), período após o qual poderia a seguradora até mesmo rescindir o contrato.

Em decisões recentes, o próprio STJ entendeu que, não obstante o inadimplemento do segurado, o contrato só pode ser suspenso após

comunicação oficial pela seguradora. De acordo com o Ministro Aldir Passarinho Junior, é necessária a interpelação feita ao segurado, advertindo-o sobre a mora e a suspensão dos efeitos do contrato até o pagamento das parcelas. No entanto, esta decisão teve como fundamento a impossibilidade de extinção unilateral do contrato pela seguradora, e não os pontos aqui indicados, tais como a boa-fé e a manifesta desvantagem para uma das partes.

Destino do contrato e do prêmio na hipótese de a mora se prolongar no tempo

Outro problema que também pode surgir da aplicação do art. 763 diz respeito ao inadimplemento prolongado do segurado. Se somente a obrigação da seguradora resta suspensa, devendo o segurado prosseguir no pagamento das parcelas do prêmio vincendas, perderá ele, segurado, ao final do contrato, todo o montante pago, enquanto a seguradora não prestou qualquer garantia?

Tendo em vista nosso entendimento no sentido de que a seguradora deve, em atenção ao princípio da boa-fé, notificar o segurado para dar nova oportunidade de efetuar o pagamento, alertando-o das conseqüências da mora, 'está claro que, enquanto não fizer, terá a mesma que prestar a garantia, indenizando o segurado, com o desconto do montante devido pelos prêmios em atraso'. Se não comunicou a suspensão e continuou cobrando os prêmios vincendos, a seguradora deu a aparência de permanência do contrato e não poderá o segurado ficar à mercê de sua decisão quando sobrevier um sinistro.

Por outro lado, se a seguradora notificou o segurado, concedendo-lhe prazo para efetuar o pagamento e advertindo-o acerca da suspensão da garantia, terá a mesma direito aos prêmios subseqüentes. Nessa hipótese, competirá ao segurado providenciar a rescisão do contrato, caso entenda não ser mais possível o cumprimento de sua obrigação contratual, bem como à seguradora, caso não lhe convenha dar continuidade ao contrato indefinidamente suspenso"¹³².

No mesmo sentido do entendido do texto acima, especificamente, a configuração do momento exato que em se inicia a suspensão da garantia, está o acórdão de apelação proferida pelo TJ-SP que determina o pagamento da indenização e o abatimento da parcela do prêmio em mora, por considerar que afastar a responsabilidade da seguradora importaria em violação da boa-fé.

TJ-SP – Apelação APL 116993820088260606 SP 0011699-38.2008.8.26.0606 (TJ-SP)

Data da publicação: 09/08/2011

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO PELA SEGURADA. PARCELA DO PRÊMIO EM ABERTO AO TEMPO DO SINISTRO. PERDA DA COBERTURA QUE SE MOSTRA DESSARAZOADA. DOUTRINA E PRECEDENTES. PEQUENO VALOR DO PRÊMIO (R\$ 25,92) QUE PODERIA TER SIDO DEBITADO EM CONTA-CORRENTE DA SEGURADA.

¹³² ABREU, V. D. D. O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face do novo código civil. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012. p. 821-829.

INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O MESMO CONGLOMERADO.
SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO PROVIDO, EM PARTE,
PARA A AUTORIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DO PRÊMIO
QUE DEIXOU DE SER PAGO

Mesmo não versando este trabalho sobre seguro de veículos, eis que, em regra, não fora comercializado pela concessionária, a verdadeira má-fé das seguradoras opera de maneira similar, tanto quanto aos bens automotores quanto aos eletrodomésticos e eletrônicos.

No julgado que segue, caso de inadimplemento não doloso, sequer culpável ao segurado, dada a ausência de depósito de cheques dado em pagamento do prêmio. Em ato abusivo, a suspensão da garantia e a sustentação de mora por parte da segurada.

TJ-RS – Recurso Cível – Recurso inominado - 71004344958 RS

Data de publicação: 28/11/2013

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. RENOVAÇÃO DE SEGURO FEITA MEDIANTE PAGAMENTO DE PARTE DO PRÊMIO EM DINHEIRO E PARTE EM CHEQUES, QUE FORAM ACEITOS MAS NÃO VIERAM A SER DESCONTADOS. ACEITA A CONTRATAÇÃO, FOI A AUTORA SURPREENDIDA, POSTERIORMENTE, COM A RECUSA DA INDENIZAÇÃO AO FUNDAMENTO DE INSUBSISTÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO. PROCEDE A DECLARAÇÃO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO, SENDO DEVIDA A INDENIZAÇÃO, NO LIMITE DA COBERTURA, ABSERVADA A FRANQUIA E O DIREITO DA SEGURADORA AO PAGAMENTO INTEGRAL DO PRÊMIO, MEDIANTE LIBERAÇÃO DO DEPÓSITO FEITO EM JUÍZO. AFASTADAS AS MULTAS APLICADAS – INDEVIDAMENTE – POR OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS À SENTENÇA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO.

Para melhor compreensão do caso em tela recorta-se trecho do voto do relator¹³³. Imperioso frisar a constatação prática do problema teórico trazido neste trabalho, corroborado pela citação de Claudia Lima Marques, no que se reporta aos abusos

¹³³ Trecho do voto do relator e juiz de direito Dr. Roberto José Ludwig, proclamado em sessão de turma recursal em 26 de novembro de 2013, em decisão no processo 71004344958 RS. “O relato da autora é plausível, considerando a experiência comum de renovação sucessiva de contratos de seguro. Nesse caso, as partes adotam comportamentos repetitivos e, por vezes, surge a falha na relação contratual. No caso, segundo a ré, apenas parte dos cheques teria sido paga, o que teria sido objeto de notificação. Ocorre que não há prova de que a autora tenha sido efetivamente notificada. Aparentemente, a notificação terá sido remetida para endereço cadastral antigo da demandante, que, provavelmente pelo decurso do tempo e pela repetição mecânica das renovações anuais do seguro, deixou de ser atualizado. (...) O fato central é que a ré não comprovou ter notificado a autora para purgar a mora quanto à obrigação de pagar o prêmio de seguro. Como a demandada admite que parte do prêmio foi efetivamente paga sem que a demandante tenha sido efetivamente notificada da mora, está correta a conclusão da sentença no sentido da vigência do contrato”.

praticados e, diversas vezes sequer são percebidos pelo consumidor, dada a habitualidade da contratação.

3.6 - A legislação e normas que regulam a contratação de seguro (garantia)

Neste ultimo tópico do desenvolvimento deste trabalho, comentamos como a contratação de seguro, bem como a subespécie da garantia estendida, tem sido tratada pelo ordenamento brasileiro.

Em oportunidades anteriores mencionamos a defasagem pelo tempo da legislação especial sobre seguro que, sendo anterior a constituição de 1988, ao código de defesa do consumidor de 1990 e do código civil de 2002, defende visão superada do direito privado, privilegiando a autonomia da vontade em desfavor da função social e da boa-fé. Não há na lei 4594/1964 ou no decreto-lei 73/1966 suporte para cooperação contratual, enxergando os interesses individuais de maneira isolada, não considerando seu impacto social e a óptica da solidariedade, comutatividade e fraternidade.

Ainda que, a nosso ver, a lei 4594/64 e o decreto-lei 73/66 não possam ser recepcionados pela atual constituição, dada sua desconformidade material, fato é que, diante do recepcionamento tácito, tais normas continuam vigentes. Ilustrando as razões e fundamentos que defendem a exclusão das citadas leis do ordenamento jurídico, reporta-se ao art. 5º do decreto lei 73/66:

“Art 5º A política de seguros privados objetivará:
I - Promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País;
II - Evitar evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio, de negócios com o exterior;
III - Firmar o princípio da reciprocidade em operações de seguro, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras a igualdade de condições no país de origem
IV - Promover o aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras;
V - Preservar a liquidez e a solvência das Sociedades Seguradoras;
VI - Coordenar a política de seguros com a política de investimentos do Governo Federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal”¹³⁴.

Examinando o dispositivo transcrito que elenca os objetivos da política de seguro não há qualquer menção a proteção da pessoa do segurado, tampouco do consumidor,

¹³⁴ BRASIL. *Lei de seguros*. Decreto-lei 73. 1966.

não atenta para a dignidade da pessoa humana – axioma do Estado de Direito- ou para a construção de sociedade justa e solidária (como faz a constituição da república em seu art. 3º).

No entanto, superando as questões constitucionais, que não nos cabe, apegar-se-á ao fato jurídico da recepção e, conseqüente, vigência do decreto-lei 73/66 (e da lei 4594/64). Deste modo, não podemos olvidar o art. 7º do decreto que estabelece a competência privativa do governo federal para legislar sobre seguros e o art. 8º que institui o Sistema Nacional de Seguros Privados:

“Art. 7º Compete privativamente ao Governo Federal formular a política de seguros privados, legislar sobre suas normas gerais e fiscalizar as operações no mercado nacional;

Art. 8º Fica instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído:

- a) do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP;
- b) da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP;
- c) dos resseguradores;
- d) das Sociedades autorizadas a operar em seguros privados;
- e) dos corretores habilitados”.

Outra fonte legal para nossas considerações é o art. 18 da lei 4594/64. A lei em fomento regula a profissão de corretor de seguros que coloca o corretor de seguros como único intermediado entre a empresa seguradora e o consumidor segurado.

“Art. 18 As sociedades de seguros, por suas matrizes, filiais, sucursais, agências ou representantes, só poderão receber proposta de contrato de seguros:

- a) por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado;
- b) diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes”.

A regulamentação do Sistema nacional de Seguros pela SUPEP por meio de circulares 480 e 497, no que tange a venda de seguros por comerciantes, confrontam a norma material da lei 4594/64 e do decreto-lei 73/66.

A circular nº 480¹³⁵ de 18 de dezembro de 2013, em suas próprias palavras, “Disciplina a oferta de planos de seguro por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras”. Todavia, já vimos no art. 18 da lei 4594/64 que a contratação de seguro só pode ser feita diretamente entre seguradora e segurado ou segurado, corretor e seguradora. Não há qualquer estipulação de participação de terceiros, sendo o rol taxativo sendo vedada a sua amplificação.

¹³⁵ Integra da circular 480 da SUSEP: Superintendência de Seguros Privados - circular SUSEP no 480, de 18 de dezembro de 2013. Disciplina a oferta de planos de seguro por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras. O superintendente da superintendência de seguros privados – SUSEP, na forma prevista na alínea “b”, do artigo 36 do Decreto-Lei Nº 73, de 21 de novembro de 1966, no item 2 da Resolução CNSP n.º 16, de 25 de outubro de 1979 e nos artigos 9º e 10 da Resolução CNSP n.º 244, de 06 de dezembro de 2011, considerando o que consta do Processo SUSEP n.º 15414.001674/2013-60, R E S O L V E: Art. 1º Disciplinar a oferta de planos de seguro por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras. §1º Para efeitos desta Circular, entende-se como “organização varejista” qualquer organização que pratique as atividades de venda, revenda ou distribuição de mercadorias, novas ou usadas, em loja ou por outros meios, incluindo meios remotos, preponderantemente para o consumidor final para consumo pessoal ou não comercial. §2º As empresas somente serão consideradas como organizações varejistas enquanto estiverem no exercício de sua atividade fim, e não quando estiverem representando outras sociedades por força de contratos celebrados nos termos da legislação em vigor. §3º Para os efeitos desta Circular, equiparam-se às organizações varejistas e subordinam-se ao aqui disposto, os fabricantes que ofertarem planos de seguro em nome de sociedades seguradoras quando praticarem a atividade da venda direta ao consumidor final. Art. 2º Para ofertar e promover planos de seguro em nome de sociedade seguradora, as organizações varejistas deverão, obrigatoriamente e previamente ao início das operações, estabelecer contrato na condição de representante de seguros, na forma definida pelo CNSP. §1º É expressamente vedado às organizações varejistas, de que trata esta Circular, a atuação como estipulante ou subestipulante de seguros. §2º A vedação a que se refere o parágrafo anterior não se aplica aos empregadores que estipulem seguro em favor de seus empregados. Art. 3º A organização varejista, por ocasião da contratação do plano de seguro em suas dependências, deverá fornecer ao segurado o documento contratual físico: a apólice individual ou bilhete de seguro, conforme o caso. §1º No caso de contratação por apólice individual em que a seguradora exerça o prazo de até 15 (quinze) dias para aceitação da proposta, a organização varejista deverá fornecer ao segurado a cópia física integral das condições gerais, a cópia física da proposta assinada, informando o valor do prêmio pago discriminado por cobertura contratada, e o protocolo de entrega da proposta com data de seu recebimento. §2º O documento contratual a que se refere o caput e, quando for o caso, a proposta deverão incluir, além dos elementos mínimos obrigatórios definidos em legislação específica, o CNPJ da organização varejista. §3º A efetivação da comercialização de qualquer plano de seguro deverá, obrigatoriamente, ocorrer por documento em separado, com a emissão de comprovante próprio, bem como com a individualização do(s) respectivo(s) pagamento(s), seja com cartão de crédito, boleto bancário ou outro meio de pagamento admitido, com exceção daquele(s) realizado(s) em espécie. Art. 4º É vedado às organizações varejistas que atuem como representantes de seguros: I – vincular a aquisição de bem à contratação compulsória de qualquer tipo de seguro; e II – ofertar bens em condições mais vantajosas para quem contrata plano de seguro. Parágrafo único. Na apresentação de plano de seguro ao consumidor pela organização varejista deverá, obrigatoriamente, constar, de forma clara e ostensiva, o termo “opcional”. Art. 5º As organizações varejistas que atuem como representantes de seguros deverão manter em suas dependências, local de referência devidamente sinalizado para orientação ao consumidor, com estrutura compatível à complexidade e à operação dos planos de seguro ofertados, e deverão, ainda: I – manter, em local de ampla visibilidade e, quando for o caso, junto ao caixa, as seguintes informações: a) “A contratação de seguro é opcional, sendo possível a desistência do contrato em até 7 (sete) dias corridos com a devolução integral do valor pago”; e b) “É proibido condicionar desconto no preço do bem à aquisição do seguro”. II – disponibilizar a relação dos preços dos planos de seguros ofertados, com a indicação do nome da seguradora responsável por cada seguro; III – manter, em local de ampla visibilidade, os telefones dos serviços de atendimento e de ouvidoria e o endereço físico e eletrônico da(s) sociedade seguradora(s), por meio de painel instalado onde sejam ofertados os planos de seguro, e por outras formas, caso necessário,

A circular nº480 de 2013 permite prática, até então inadmitida, de venda de seguro por lojista, o que, por si só, não representa uma lesão ao consumidor, se bem que há razões para que o contato entre seguradora e segurado seja realizado por meio de corretor, pois este é profissional tecnicamente habilitado, obrigatoriamente inscrito em sindicatos (logo, identificáveis), com expressa responsabilidade sobre eventuais falhas na contratação (mesmo não sendo responsável pela execução do seguro).

para atendimento ao público; e IV – exibir, nos locais de oferta de seguros, a seguinte informação: “A comercialização de seguro é fiscalizada pela SUSEP”, seguida da informação sobre o portal na rede mundial de computadores da Autarquia e do número de telefone de atendimento gratuito. §1º A oferta de seguros por organizações varejistas com a utilização de meios remotos deverá contemplar, na forma adequada, serviço permanente de orientação ao consumidor, no mínimo, pelos mesmos meios utilizados para a oferta, capaz de fornecer as informações requeridas neste artigo. §2º As sociedades seguradoras e as organizações varejistas deverão promover, na forma definida pelo CNSP, a capacitação dos funcionários de organizações varejistas envolvidos nas atividades de atendimento ao consumidor de seguros, visando à adequada orientação sobre os planos de seguros ofertados. §3º É vedada a oferta de seguros por atendentes dos caixas de organizações varejistas, por ocasião do pagamento das compras pelos consumidores. Art. 6º O segurado poderá desistir do seguro contratado no prazo de 7 (sete) dias corridos a contar da assinatura da proposta, no caso de contratação por apólice individual, ou da emissão do bilhete, no caso de contratação por bilhete. § 1º A apólice individual ou o bilhete, conforme o caso, deverá conter a previsão do direito de arrependimento e informar, de forma expressa e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo segurado. § 2º O segurado poderá exercer seu direito de arrependimento pelo mesmo meio utilizado para contratação junto à organização varejista, sem prejuízo de outros meios disponibilizados pela sociedade seguradora. § 3º A organização varejista ou a sociedade seguradora, conforme for o caso, fornecerão ao segurado confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento, sendo obstada, a partir desse momento, qualquer possibilidade de cobrança. § 4º. Caso o segurado exerça o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo a que se refere o caput, serão devolvidos, de imediato. § 5º. A devolução a que se refere o parágrafo anterior será realizada pelo mesmo meio e forma de efetivação do pagamento do prêmio, sem prejuízo de outros meios ou formas disponibilizados pela sociedade seguradora, desde que expressamente aceito pelo segurado. § 6º. O disposto neste artigo não se aplica ao “seguro viagem” se o segurado houver iniciado a viagem, dentro do período de arrependimento. Art. 7º No caso de rescisão total ou parcial de plano de seguro ofertado por organização varejista em nome de sociedade seguradora, por iniciativa de quaisquer das partes contratantes e mediante concordância recíproca, após o período de arrependimento previsto no artigo anterior, deverá ser observada a legislação pertinente a cada ramo de seguro específico. Art. 8º É vedada a renovação automática de qualquer plano de seguro ofertado por organização varejista. Art. 9º Os planos de seguros ofertados por organizações varejistas deverão estar em conformidade com os requisitos estabelecidos na Resolução CNSP nº297, de 24 de outubro de 2013, que disciplina as operações das sociedades seguradoras por meio de seus representantes de seguros, observando o prazo limite para adequação. Art. 10. Os planos de seguro de pessoas ofertados por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras deverão ter vigência mínima de um ano. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos seguros de viagem, aos seguros prestamistas e aos microsseguros. Art. 11. As sociedades seguradoras elaborarão, em até 90 dias a contar da publicação desta Circular, manual de boas práticas em seguros para orientação às organizações varejistas que atuem como seus representantes de seguros. Art. 12. As sociedades seguradoras e as organizações varejistas deverão se adequar ao disposto nesta Circular em até 180 dias a partir da data de sua publicação. Art. 13. Sem prejuízo da responsabilidade solidária das sociedades seguradoras, prevista no Art. 34 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, as organizações varejistas serão responsáveis administrativamente pelos atos que praticarem, estando sujeitas às penalidades cabíveis. Art. 14. A falta de cumprimento do disposto nesta Circular sujeitará o infrator às penas previstas em lei e demais normas em vigor. Art. 15. Esta Circular se aplica, no que couber, aos planos de microsseguro ofertados por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras autorizadas a operar em microsseguros. Art. 16. Aos casos não previstos nesta Circular aplicam-se as disposições legais e regulamentares em vigor. Art. 17. Esta Circular entra em vigor na data de sua

Na normativa nº 480 há a partir do art. 1º até o 12º diversas condições para a venda regular de garantia por comerciante e seus prepostos. Ao que se afere da vivência cotidiana, pouquíssimas delas são observadas. Algumas delas são especialmente relevantes pois constituem garantia de informação do consumidor. Destaca-se o art. 5º:

Art. 5º As organizações varejistas que atuem como representantes de seguros deverão manter em suas dependências, local de referência devidamente sinalizado para orientação ao consumidor, com estrutura compatível à complexidade e à operação dos planos de seguro ofertados, e deverão, ainda: I – manter, em local de ampla visibilidade e, quando for o caso, junto ao caixa, as seguintes informações: a) “A contratação de seguro é opcional, sendo possível a desistência do contrato em até 7 (sete) dias corridos com a devolução integral do valor pago”; e b) “É proibido condicionar desconto no preço do bem à aquisição do seguro”. II – disponibilizar a relação dos preços dos planos de seguros ofertados, com a indicação do nome da seguradora responsável por cada seguro; III – manter, em local de ampla visibilidade, os telefones dos serviços de atendimento e de ouvidoria e o endereço físico e eletrônico da(s) sociedade seguradora(s), por meio de painel instalado onde sejam ofertados os planos de seguro, e por outras formas, caso necessário, para atendimento ao público; e IV – exibir, nos locais de oferta de seguros, a seguinte informação: “A comercialização de seguro é fiscalizada pela SUSEP”, seguida da informação sobre o portal na rede mundial de computadores da Autarquia e do número de telefone de atendimento gratuito. §1º A oferta de seguros por organizações varejistas com a utilização de meios remotos deverá contemplar, na forma adequada, serviço permanente de orientação ao consumidor, no mínimo, pelos mesmos meios utilizados para a oferta, capaz de fornecer as informações requeridas neste artigo. §2º As sociedades seguradoras e as organizações varejistas deverão promover, na forma definida pelo CNSP, a capacitação dos funcionários de organizações varejistas envolvidos nas atividades de atendimento ao consumidor de seguros, visando à adequada orientação sobre os planos de seguros ofertados. §3º É vedada a oferta de seguros por atendentes dos caixas de organizações varejistas, por ocasião do pagamento das compras pelos consumidores.

Ao que temos conhecimento nenhuma ou, ao menos, a maior parte das requisições da circular não tem sido executadas pelo mercado e seus comerciantes. Ainda que não fosse a maneira ideal para a comercialização de seguro, o atendimento das obrigações do art. 5, certamente, evitaria grande parte dos abusos verificados nesta seara.

publicação”. BRASIL. SUSEP. Circular 480 - Disciplina a oferta de planos de seguro por organizações varejistas em nome de sociedades seguradoras. Dez de 2013. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=32106>>. Acesso em:06/12/2016.

Malgrado as falhas no cumprimento das imposições da circular 480, observa-se que esta mesma impõe o prazo limite de 180 dias¹³⁶ para a adequação dos mercadores. Insta dizer que a circular completará, em poucos dias, três anos desde sua publicação.

Crendo que a leitura da circular aliada a vivência pessoal será suficiente para demonstrar quão absurda a inobservância da norma disciplinadora. Assim, não nos deteremos nas regras da circular 480, no entanto, imprescindível apresentar a circular 497 da SUSEP. A nova circular é bastante sucinta e, reduzindo a termo, tem por única finalidade a revisão da proibição da venda de garantia após as negociações, mais precisamente, ao tempo do pagamento. Eis a íntegra da porção normativa da circular 497 de 03 de outubro de 2014.

“Art. 1º Estabelecer exceção à vedação a que se refere o §3º do artigo 5º da Circular Susep nº 480, de 18 de dezembro de 2013, desde que a oferta de seguros por atendente de caixa de organização varejista seja precedida da adequada orientação ao consumidor, por meio de informações corretas, claras, precisas e ostensivas com relação ao produto comercializado, observado o disposto nesta Circular e na Resolução CNSP nº 297, de 24 de outubro de 2013. §1º A orientação prévia e adequada a que se refere o caput não poderá ocorrer, em nenhuma hipótese, exclusivamente pelo atendente de caixa de organização varejista por ocasião do pagamento das compras pelos consumidores. §2º Não se caracteriza como oferta exclusiva, sujeita à vedação, a indagação feita ao consumidor, por parte do atendente de caixa, sobre a aceitação de produto de seguro previamente ofertado no estabelecimento de organização varejista na forma do caput. Art. 2º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação”¹³⁷.

Obscura a revisão da norma em sua finalidade de permitir a venda de garantia pelos operadores de caixa das lojas comerciantes. Além da falta de preparo técnico (que ronda toda a venda de seguro em rede varejista), há especial dificuldade em compreender a motivação desta liberação. Parece ter a SUSEP desconsiderado as queixas dos consumidores quanto à insuficiência das informações prestadas. Em considerações lógicas: se falta ao consumidor tempo hábil para analisar a proposta de contratação de garantia quando oferecida pelo vendedor, durante a negociação, muito mais quando a oferta for realizada em via de pagamento.

¹³⁶ Art. 12 As sociedades seguradoras e as organizações varejistas deverão se adequar ao disposto nesta Circular em até 180 dias a partir da data de sua publicação.

¹³⁷ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS- SUSEP. Circular 497, de 03 de out. de 2013. Disponível em: < <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=33769>>. Acesso em 05/12/ 2016.

Poderia ser afastada boa parte das críticas expostas neste trabalho se aprovado o projeto de lei 3555/ 2004 (PL 3555/04)¹³⁸. Acentuamos que a proposta legal foi oferecida há mais de uma década, sem nunca ter sido votada pelo Congresso Nacional. Durante estes 12 anos de percalços, o projeto já foi reformulado, foram feitas e desfeitas comissões, foram realizadas reuniões com sindicatos e audiências públicas... contudo, a movimentação da PL 3555/04 no Congresso, segundo informações cedidas pela câmara dos deputados, o projeto oscila entre alguma movimentação seguida de longo tempo de inatividade¹³⁹.

CONCLUSÃO

Não suficiente as agressões a que estão expostos a coletividade de consumidores nas diversas modalidades de consumo, em se tratando de seguro este desequilíbrio mostra-se devastadoramente maior. Ainda que as normas de proteção afastem algumas discrepâncias, há norma expressa e específica (decreto-lei 73/1964) que limita o ressarcimento pela indenização se reconhecida à supressão de informações pelo segurado, bem como, a possibilidade de rompimento unilateral do contrato (em violação a função social do seguro e a legítima expectativa e boa-fé), o acréscimo no valor do prêmio a ser pago, a liberação do dever de indenizar em casos (que contra a interpretação teleológica do ordenamento e assentada jurisprudência) de inadimplemento, ainda que parcial. Mesmo havendo precedentes de decisões em favor do consumidor com base na interpretação constitucional e as normas do CDC, não se pode por aquelas assegurar os direitos consumeristas, eis que sujeitos a diferentes entendimentos em razão do livre convencimento motivado.

¹³⁸ O projeto de lei 3555/04 não prevê qualquer hipótese de comercialização de seguro por lojista, antes assegura as funções e responsabilidades dos corretores de seguro. Dada a extensão da proposta que conta com 153 artigos, apenas far-se-á indicação de endereço virtual no qual aquela pode ser obtida integra do projeto de lei. Disponível em:

<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=375C5ABAFDEF1E8378CCDA5CF4707871.proposicoesWebExterno1?codteor=1279376&filename=PL+3555/2004>.

¹³⁹ Situação [da PL 3555/04 em 06/12/2016: Aguardando Instalação de Comissão Temporária; Pronta para Pauta na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.555, de 2004, do Sr. José Eduardo Cardozo, que "estabelece normas gerais em contratos de seguro privado e revoga dispositivos do Código Civil, do Código Comercial Brasileiro e do Decreto-Lei nº 73 de 1966" (revoga dispositivos das Leis nºs 556, de 1850 e 10.406, de 2002), e apensados (PL355504). Informação disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=253500>>. Acesso em 06/12/2016.

Inobstante, verifica-se a falta de lei atualizada que lecione sobre seguros e, mormente, conivência dos órgãos de fiscalização e regulamentação que permitem a “*farra das seguradoras*”¹⁴⁰.

Após o longo caminho percorrido neste trabalho almejando a boa compreensão do tema e a busca por soluções, conclui-se que, enquanto a sociedade, de maneira maciça e organizada, não aclamar pela observância dos direitos do consumidor, esses serão continuamente violados, até mesmo regredindo as garantias do consumidor, tal como se observa das circulares 480 e 497 do SUSEP.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Luiz Augusto Roux. A comutatividade dos contratos de seguro. 2010. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- BARBIERI, Jerri Adrian.; RIBEIRO, Daniela Menengoti. A intervenção do Estado na economia e o comprometimento com desenvolvimento humano através da promoção de políticas sociais. São Paulo: 2012
- BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. Proteção contratual do consumidor brasileiro. Programa de pós-graduação em Direito UFGS. Disponível em:< <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/barcell11.htm>>. Acesso em 16/11/2016.

¹⁴⁰ Referência a notícia publica, eletronicamente, pelo correio brasileiro cujas indicações estão na nota de nº 130.

BELLUCI, Marcelo de Oliveira. Da aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro e a quebra do equilíbrio econômico-financeiro. 2010. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 39.

BENJAMIM. Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. Manual de direito do consumidor. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BORGES, Nelson. Contratos de seguro e sua função social: a revisão securitária no novo código civil. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun.

CARVALHO, Luiz Maklouf. O dia em que o poeta falou grosso. Época. Ago 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/08/o-dia-em-que-o-poeta-falou-grosso.html>> consultado em 15/11/2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CECILIO, Marco Bulhões. Fernand Braudel no mundo contemporâneo e a acumulação acelerada de riquezas: economia de mercado e capitalismo como opostos? 2012. Dissertação de mestrado – UFRJ, Rio de Janeiro.

COSTA, Aline Maria Gomes Massoni da.; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Jul 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>> Acesso em: 27/11/2016. pdf.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXV, 2016, Brasília. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI /UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/U8biUD7N1Sx77AeX.pdf>> Acesso em: 13/11/2016.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, vol. 2: teoria geral das obrigações. 9º ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 110.

Guia de Auxílio ao Consumidor. Procon-MG e Prefeitura de Belo Horizonte. <<http://www.pbh.gov.br/procon/seguros.htm>>. Acesso em 19/11/2016.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Contrato de seguro contra seqüestro. In: TEPEDINO, Gustavo.; FACHIN, Luiz Edson. Doutrinas essenciais: Obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012.

HORTA, Francisco Luiz Peduto. Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz das cédulas de crédito bancário. Dissertação de mestrado – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. pdf. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../PARCIAL_Francisco_Horta_Dissertacao.pdf> Acesso em 19/11/2016.

ISSA, Maurício. O seguro do comércio exterior. 2º ed. São Paulo: Aduaneiras, 1988. p. 48.

LOSURDO, Domenico. A luta de classes: uma história política e filosófica. Tradução de Silvia de Bernardinis. 1. ed. São Paulo: Boitempo. 2015.

MARQUES, Cláudia. Lima.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.; MIRAGEM, Bruno. Comentários aos código de defesa do consumidor. 4º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos tribunais.2012. p. 108-109.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Luciana Gonçalves. Finalidades e limitações da intervenção do Estado na economia sob a ótica da Constituição da República de 1988. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 83-99, jan./jun. 2011.

OLIVEIRA, Angélica Almeida Gonçalves de.; LUCENA, Raíssa Sena de. Direito e relações de consumo - a abusividade da cobrança de multa por perda de comanda: uma análise sob a ótica dos princípios específicos das relações de consumo. Seminário 2015 - Centro de Ciências Sociais Aplicadas - UFRN. Natal. 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Teoria Geral dos Contratos de Seguros. Campinas: Editora LZN, 2005, p. 32.

PASQUALOTO, Adalberto de Souza. Efeitos da publicidade no código de defesa do consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo.; FACHIN, Luiz Edson. Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. Vol. 6. Revista dos Tribunais. 2012.

PELLEGRINO, Fabiana Andréa de Almeida Oliveira. A tutela em face do superendividamento na perspectiva de uma hermenêutica contemporânea das relações de consumo. 271 p. Dissertação de tese (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. 2014. pdf.

PINTARELLI, Camila Kühl. A intervenção do estado na atividade econômica: uma análise do caso moema. Revista da Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 43 a 70, jan./jun. 2012

Política e Economia. A ideologia neoliberal. 2011. Disponível em: <<http://www.politicaeconomia.com/p/ideologia-neoliberal.html>> Acesso em 02.11.2016.

PROCON - CASCAVEL. *Procon Orienta*. Disponível em: <<http://www.cascavel.pr.gov.br/procon/orientacao.php>>.

SANTOS, R. G. Direito Civil III: contratos em espécie. 04 fev. 2016, 24 jun. 2016. p. 61. Notas de Aula.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em:

<http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/AnaCristina_Silva.html>

Acesso em: 16 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. Contratos coligados e sua função social. *Carta forense*. Ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-coligados-e-sua-funcao-social/9100>>. Acesso em 20/11/2016.

TEIXEIRA, Gabriella Diegues Fuzessy. A função social do contrato de seguro. 52 p. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Paraná. 2012. pdf

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>> Acesso em: 10/11/2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Welfare State. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/welfare.doc>> Acesso em 02.11.2016.

VIANNA, Geraldo Martynes Barreto. Da aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos bancários e a ADIn nº 2591. 2007. 66 p. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.