

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II**

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

PHILLIP GIL FRANÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago, Phillip Gil França – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-336-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Globalização. 3. Responsabilidade nas Relações de Consumo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2017 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO II

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo II”, durante o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, em Curitiba/PR, sobre o tema “Cidadania e desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da ética, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento para as questões do direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, no fenômeno da obsolescência programada, no superendividamento, na prevenção dos acidentes de consumo, no instrumento do recall, nas contratações eletrônicas, no impacto da publicidade sobre o consumo, nos aspectos processuais da defesa do consumidor, nos aspectos jurisprudenciais etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Prof. Dr. Phillip Gil França - UPF

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - UNIMAR

**A APLICAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
**THE EVOLUTIONARY APPLICATION OF CONSUMER DEFENSE CODE BY
THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

Paulo Marcio Reis Santos ¹
Nacib Rachid Silva ²

Resumo

O Código de Defesa do Consumidor é uma norma protecionista, legitimada pelo inciso XXXII, art. 5º da Constituição. Desde a vigência do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) exerce um importante papel quanto à aplicação e evolução da legislação consumerista. A partir do estudo de casos, a pesquisa apresentada tem por objetivo analisar, de modo sistematizado, a evolução interpretativa dos institutos previstos pela Lei n.º 8.078/90 de acordo com a jurisprudência STJ. A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, analisando, em profundidade, as decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

Palavras-chave: Código de defesa do consumidor, Superior tribunal de justiça, Evolução jurisprudencial

Abstract/Resumen/Résumé

The Consumer Protection Code is a protectionist norm, legitimized by item XXXII, art. 5 of the Constitution. Since the approval of the Consumer Protection Code, the Superior Court of Justice (STJ) plays an important role in the application and development of consumerist legislation. From the cases study, the research presented aims to analyze, systematically, the interpretative evolution of institutes provided by Law No. 8.078 / 90 according to Superior Court of Justice. The research methodology used was documentary and bibliographic, analyzing in depth the decisions of the Superior Court of Justice on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer defense code, Superior court of justice, Jurisprudential evolution

¹ Advogado. Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG. Professor e Coordenador da Pós-graduação Lato Sensu da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC.

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC.

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro disposições acerca dos direitos do agente econômico considerado mais vulnerável nas relações de mercado.

Em que pese a importância das delegacias de ordem econômica, do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Juizados Especiais para julgar casos envolvendo o Direito do Consumidor e dos Tribunais de Justiça, o problema que se apresenta na presente pesquisa consiste na necessidade de investigar qual é o papel exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor, para a evolução interpretativa da norma em questão.

O Superior Tribunal de Justiça, consoante a sua previsão constitucional, dentre outras, possui a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Com o objetivo de analisar a evolução interpretativa jurisprudencial dos principais institutos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, com destaque para o conceito de consumidor, foro de eleição, publicidade enganosa e abusiva, inversão do ônus da prova, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, responsabilidade por vício do produto ou do serviço, vulnerabilidade do consumidor, bancos de dados de consumidores, dentre outros temas, parte-se da hipótese de que o Superior Tribunal de Justiça, por ter a competência de uniformização da jurisprudência em matéria infraconstitucional, possui função preponderante para tal ofício.

Segundo os dados obtidos na página de consulta jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, especificamente em relação ao Código de Defesa do Consumidor, até a conclusão da pesquisa, o tribunal possui 19 (dezenove) súmulas editadas, 39 (trinta e nove) acórdãos de recursos repetitivos e um acervo de 5.266 (cinco mil, duzentos e sessenta e seis) acórdãos. Essas decisões foram devidamente analisadas no sentido de investigar a evolução da interpretação da Lei n.º 8.078/90.

A investigação proposta se justifica em virtude da necessidade permanente de produção de pesquisa envolvendo o Direito do Consumidor, que recebe cada vez mais destaque no mundo globalizado, contribuindo, ainda, para a efetividade de um dos princípios

da Política Nacional das Relações de Consumo, previsto no art. 4º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que consiste “na educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, analisando os documentos especializados, com destaque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

2. Evolução histórica e a proteção jurídica do consumidor

Conforme Fábio Konder Comparato (1974, p. 89), a sistematização da proteção do consumidor nas relações de mercado é estranha à teoria econômica clássica, pois naquele paradigma as leis que regiam o mercado eram ditadas pelos consumidores.

Segundo o professor da Universidade de São Paulo, a capacidade econômica do consumo, caracterizada pela aptidão do consumidor em pagar o preço dos bens e serviços de que necessitava, era o que se pensava no passado. Assim, perante a livre decisão do consumidor, deveriam curvar-se todos os produtores, sob pena de falirem. Naquele contexto, os consumidores determinavam não apenas os preços dos bens de consumo, mas, igualmente, os preços de todos os fatores de produção.

Com a Revolução Industrial a partir do século XVIII, a presença das grandes empresas tornou-se marcante no mercado, principalmente nos setores de aço, de automóveis, de produtos de borracha e de produtos químicos.

Diante da presença massiva no mercado, a capacidade de os preços serem estipulados pelos fornecedores ou prestadores de serviços tornou-se mais evidente, operando-se a inversão do paradigma¹: do consumidor ditando as normas de mercado para a submissão do mesmo ao poder de controle dos titulares do poder econômico.

Assim, o antes “consumidor rei” passou a figurar como “consumidor escravo” dos detentores do poder econômico.

¹ No aspecto científico, o termo “paradigma” foi estudado por Thomas S. Kuhn. Segundo este autor, paradigma significa “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira et al. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Particularmente, preferimos a adoção do termo “paradigma” como “modelo”.

Após a Revolução Industrial, em todo o mundo, os consumidores são manipulados e controlados por pequenas e grandes empresas e, principalmente, por uma sociedade cada vez mais consumista e presa a valores materiais.

3. Regras de proteção do consumidor: aspectos históricos

Apesar de na Economia Clássica os consumidores que ditarem as regras do mercado, há muitos anos há o registro de regras, ainda que isoladas, de proteção do consumidor.

Podemos afirmar que no Código de Hamurabi (2.300 a.C.) havia dispositivo contemplando a tutela contra acidentes decorrente de falha na prestação de serviço. O artigo 233 daquele código previa que se um engenheiro construísse uma casa cujas paredes se revelassem deficientes, o profissional teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas.

O Código de Manu, inscrito no século XIII a.C. na Índia, previa a aplicação de multa e punição, além do ressarcimento por danos àqueles que adulterassem gêneros ou entregassem coisa de espécie inferior à pactuada.

Até mesmo na Grécia e na Roma antiga há o registro de normas de proteção aos consumidores. Na Europa medieval, sobretudo na França e Espanha, eram cominadas penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias como manteiga e vinho. No reinado de Luís XI, em 1481, vigora um decreto prevendo punição com banho escaldante a quem vendesse manteiga com pedra em seu interior para aumentar o peso, ou leite com água para inchar o volume.

De todo modo, foi no início do século XX que começaram a eclodir movimentos consumeristas, destacando-se o “movimento dos frigoríficos de Chicago”, contra os abusos cometidos pela indústria da carne no ano de 1906.

Apesar das iniciativas isoladas em defesa dos direitos do consumidor, a consolidação desses direitos ocorreu após o envio de mensagem do presidente dos Estados Unidos em 1962, John Fitzgerald Kennedy, ao Congresso Nacional, publicando quatro direitos fundamentais dos consumidores.

Nesse sentido, como informado por Fábio Konder Comparato:

Na verdade, esse ingresso recente da figura do consumidor nos textos constitucionais é bem compreensível, pois o próprio direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é algo novo na evolução do Direito. Se se quiser datar sua origem, pode-se dizer que ela remonta a 1962, ano em que o Presidente Kennedy publicou sua famosa mensagem, definindo quatro direitos

fundamentais dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado. (COMPARATO, 1974, p. 66)

No ano de 1973, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em sua 29ª sessão, reconheceu como princípios fundamentais dos direitos do consumidor: a) direito à segurança; b) direito à escolha; c) direito à informação; d) direito de ser ouvido; e) direito à indenização; f) direito à educação para o consumo; g) direito a um meio ambiente saudável; h) direito à proteção de publicidade; i) direito a contratos.

Por conseguinte, a Assembléia Geral da ONU, realizada em 1985, editou a Resolução nº 39/248, delineando os objetivos e normas para os governos estabelecerem os princípios de proteção ao consumidor.

4. Os fundamentos legais da proteção do consumidor no Brasil

O Brasil foi o primeiro país a adotar um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com conteúdos de ordem pública e de interesse social, caracterizado por ser um microsistema jurídico, multidisciplinar² e com princípios próprios³.

Salientando a maior configuração de normas de Direito Econômico no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, Carlos Alberto Bittar discorre que:

Na ruptura com a estruturação tradicional, o sistema define princípios, conceitos e regras próprias, que têm sugerido, a alguns autores no exterior, a existência de um Direito do Consumidor ou Direito do Consumo, mas que, no fundo se encontra compreendido em um contexto maior, o do Direito Econômico, onde se mesclam regras de ordem administrativa, civil, penal, processual, conferindo caráter próprio à tutela jurídica do consumidor. (BITTAR, 2002, p. 26)

Até a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Brasil não tinha tradição de proteção jurídica do consumidor. O Código Civil de 1916 não fazia referências às relações de consumo, principalmente pelo fato de na época de sua promulgação, a sociedade brasileira ser, em sua maioria, agrária.

² No aspecto multidisciplinar, o Código de Defesa do Consumidor caracteriza-se pela adoção da chamada Teoria do Diálogo das Fontes, prevista no artigo 7º: “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.”

³ Os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo estão previstos no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Como destacado por Carlos Alberto Bittar:

A idéia de um corpo orgânico de normas de proteção ao consumidor foi lançada, em nosso País, em meados da década de 1970, tendo germinado sob a ação de inúmeras e ineficientes intervenções estatais na economia, as quais faziam, a cada passo, desnudar-se a fragilidade do regime então vigente, com o sucessivo atingimento – e sem resposta satisfatória – de inúmeros direitos dos consumidores, em ações que resultaram falta de produtos no mercado, sonegação de mercadorias, formação de estoques especulativos e cobrança de ágio na comercialização, a par de outras práticas abusivas (principalmente no período de 1986-1987). (2002, p. 26)

Com a evolução das atividades comerciais, antes da Lei n.º 8.078/90, há o registro de legislações isoladas, protegendo os consumidores de forma reflexa, com destaque para o Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933 (repressão da usura); a Constituição de 1934: economia popular (arts. 115 e 117); o Decreto-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938 e depois o de n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946 (crimes contra a economia popular); a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, n.º 4.137/1962 (criação do Cade); a Lei n.º 7.244, de 1984 (Juizados de Pequenas Causas) revogada pela Lei n.º 9.099/95; e a Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional “crimes de colarinho branco”).

Pelo Decreto Federal n.º 91.469, de 24 de julho de 1985, alterado pelo de n.º 94.508, de 23 de junho de 1987, foi instituído o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, ficando este órgão incumbido de elaborar um anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.

Promulgada a Constituição 1988, a proteção e defesa do consumidor recebeu enfoque constitucional. Nestes termos, o artigo 5º, inciso XXXII, determina que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e o artigo 170, inciso V, estipula que a ordem econômica deve observar, entre outros princípios, a “defesa do consumidor”. Por fim, o artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Passados quase dois anos de vigência da Constituição, em 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Proteção e do Consumidor, com previsão de entrada em vigor em 11 de março de 1991. A Lei n.º 8.078/90 é composta por 119 artigos, tratando, via de regra, de normas gerais de relações de consumo e proteção do consumidor.

Importante registrar que, quanto aos destinatários da relação de consumo, a Lei n.º 8.078/90 filiou-se à corrente dos finalistas, em que o destinatário final é o destinatário fático e

econômico do bem ou serviço, seja pessoa física ou jurídica.⁴ A legislação também faz referência aos chamados consumidores por equiparação, sendo eles: as vítimas de acidentes decorrentes de defeitos em produtos ou na prestação de serviço⁵, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo⁶ e todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas⁷.

Contudo, como concluído pela pesquisa, será demonstrado abaixo que, assim como em outros institutos, o conceito de consumidor sofreu variadas interpretações durante os últimos anos pelo Superior Tribunal de Justiça.

No próximo tópico, apresentaremos, detalhadamente, a aplicação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto aos principais institutos jurídicos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor.

5. A evolução interpretativa do Código de Defesa do Consumidor pelo Superior Tribunal de Justiça

5.1. Conceito de consumidor

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” A legislação adotou o conceito econômico de consumidor, afastando da proteção especial os adquirentes de produtos ou serviços para a intermediação em suas atividades.

Como exposto 2 acima, o Código também destaca a existência dos consumidores equiparados, ou *bystanders*.

Com o passar dos anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativizou o critério de destinatário final para conceituar o consumidor. Assim, a Corte passou a decidir que, excepcionalmente, as regras do Código de Defesa do Consumidor seriam aplicáveis a consumidores profissionais, desde que comprovada, no caso concreto, a existência de vulnerabilidade perante o fornecedor⁸.

⁴ “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.”

⁵ Artigo 17.

⁶ Art. 2º, parágrafo único.

⁷ Art. 29.

⁸ REsp 716.877, REsp 914.384, REsp 1.010.834 e REsp n. 1.080.719.

5.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

No Capítulo I da Lei n.º 8.078/90, que trata das Disposições Gerais, encontramos os conceitos de consumidor e de fornecedor. Todavia, muito se repercutiu no Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do Código às instituições financeiras, aos contratos de planos de saúde e às instituições de previdência privada.

Após a consolidação da jurisprudência quanto à aplicabilidade do Código a essas entidades, o STJ editou súmulas de orientação para uniformizar a matéria.

Desde a vigência do Código de Defesa do Consumidor, os bancos se negavam a reconhecer a sua clientela como consumidora. Em 1995, O STJ julgou um recurso especial envolvendo a cobrança de taxa de juros por inadimplemento. Na ocasião, o Banco do Brasil recorreu ao STJ alegando que a Lei n.º 8.078/90 não se aplicava ao caso, pois se tratava de uma relação banco e cliente, e não fornecedor e consumidor.

Ao decidir o recurso, o STJ entendeu que o banco:

está submetido às disposições do CDC, não por ser fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desse serviço. Entendeu também que os direitos do cliente devem ser igualmente protegidos como os de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa, onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário.⁹

Consolidado aquele entendimento, em 12 de maio de 2004, o Tribunal editou a Súmula 297, afirmando que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” Ainda em 2004, a Corte aprovou a Súmula 285, que estabelece para os contratos bancários após o Código de Defesa do Consumidor a incidência da “multa moratória nele prevista”.

No dia 23 de novembro de 2005, a Corte aprovou a Súmula 321, prescrevendo que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.” Todavia, é importante destacar a ressalva imposta pela Súmula 563, publicada em 29 de fevereiro de 2016, estatuinto que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.”

⁹ REsp 57974.

Em relação aos planos de saúde, em 24 de novembro de 2010 foi aprovada a Súmula 469, segundo a qual “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

5.3. Foro de eleição

Por suas características de Direito Privado, um dos princípios basilares do Direito Contratual é o da autonomia da vontade. Assim, as partes seriam livres para pactuarem, entre outras questões, o foro competente para dirimir eventuais litígios decorrentes de contratos celebrados.

Todavia, considerando a vulnerabilidade do consumidor no plano material, bem com a possível hipossuficiência no aspecto processual, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o magistrado possui o “poder-dever de anular, de ofício, a cláusula contratual de eleição de foro, inserida em contrato de adesão, quando esta revelar-se abusiva, vale dizer, dificulte a parte aderente em empreender sua defesa em juízo, seja a relação jurídica subjacente de consumo, ou não”.¹⁰

5.4. Publicidade enganosa

Podemos definir como publicidade enganosa a que contém informações falsas e também a que esconde ou deixa faltar informação importante sobre um produto ou serviço.

Na primeira década de vigência do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça julgou apenas dois processos acerca desse tema¹¹. Naquele período, a Corte tencionava a responsabilizar o fornecedor pela publicidade enganosa, fazendo, todavia, ponderações em cada caso concreto.

Durante a segunda década, o Tribunal acrescentou ser dever do fornecedor, ao fazer publicidade, informar aos consumidores sobre os riscos inerentes aos produtos ou serviços ofertados. Além disso, foi reconhecida a possibilidade de publicidade enganosa por omissão,

¹⁰ REsp 1089993 / SP, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, data do julgamento 18/02/2010, publicado em DJe 08/03/2010). Também podem ser citados os seguintes casos: CC 18530/MG, CC 20969/MG; CC 21249/RJ, CC 78765/SP, REsp 669990/CE, REsp 1266388/SC, AgRg no CC 121351/AL e EDcl no REsp 1196541/RJ.

¹¹ REsp 63981/SP e REsp 92395/RS.

decorrente da ausência de informações. Nos casos de publicidade enganosa, o Tribunal entendeu que a responsabilidade dos fornecedores é solidária para o pagamento de indenização¹².

No período de 2011 a 2015, o STJ reforçou a importância de a oferta e a apresentação de produtos ou serviços conterem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração¹³.

5.5. Promessa de compra e venda

O ajuizamento de ações de rescisão de promessas de compra e venda, no que tange à abusividade de cláusulas com previsão de retenção de valores pagos pelo consumidor também foram e permanecem objeto de atenção pelo Judiciário.

Na primeira década de vigência do Código de Defesa do Consumidor, o STJ decidiu pela abusividade de cláusula com a previsão de retenção de mais de 10% (dez por cento) do valor do contrato¹⁴. Com efeito, a Corte conferiu maior efetividade ao previsto no artigo 53 do Código.

Durante a segunda década não houve a previsão de um valor mínimo para a devolução em casos de rescisão contratual. Contudo, permaneceu a interpretação do direito ao recebimento de parte das parcelas pagas, com a incidência de juros e atualização monetária¹⁵.

Na última década o Tribunal também aplicou a fixação de perdas e danos para o causador do contrato. Além disso, a Corte considerou abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes¹⁶.

Por fim, em 31 de agosto de 2015, a Corte publicou a Súmula 543, definindo que “na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo

¹² REsp 971845 / DF, REsp 655130 / RJ e REsp 327257 / SP.

¹³ REsp 1329556 / SP e REsp 1344967 / SP.

¹⁴ REsp 94271 / SP, REsp 94640 / DF e REsp 59494 / SP.

¹⁵ REsp 885119 / RJ, REsp 877980 / SC e AgRg no Ag 1118816 / RJ.

¹⁶ REsp 1258998 / MG, REsp 1300418 / SC e AgRg no REsp 997956 / SC.

promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

5.6. Inversão do ônus da prova

No aspecto processual, um dos direitos básicos do consumidor previstos pelo Código, consoante o artigo 6º, inciso VIII, consiste na facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova em seu favor no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No que tange à carga probatória, o Direito Processual Civil prescreve ser ônus do autor, comprovar os fatos constitutivos de sua pretensão. Por sua vez, em caso de resistência, compete ao réu comprovar a negativa fática ou apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão invocada na petição inicial. Essa premissa foi excepcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. Contudo, muito se discutiu acerca do momento processual em que poderia haver a inversão do ônus da prova, durante a instrução ou na própria sentença.

Na primeira década, o STJ afirmou que a inversão do ônus da prova dependia de circunstâncias concretas, apuradas pelo juiz, para a facilitação da defesa, quando o consumidor fosse hipossuficiente ou verossímil a alegação apresentada¹⁷.

Em relação à fase em que se daria a inversão do ônus da prova, a questão recebeu tratamento na segunda década. Apesar de o tema não ter sido pacificado naquele momento, de modo majoritário, a conclusão era de que a inversão não poderia ser na sentença¹⁸.

Atualmente, o STJ tem decidido que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz de primeiro grau, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos¹⁹. Além disso, foi pacificado que a inversão do ônus da prova prevista é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve, preferencialmente, ser durante o saneamento do processo ou, se proferida em momento

¹⁷ REsp 171988 / RS e REsp 81101 / PR.

¹⁸ AgRg no REsp 728303 / SP, AgRg no Ag 1247651 / SP e REsp 1125621 / MG.

¹⁹ AgRg no AREsp 486549 / SP.

posterior, garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas²⁰.

5.7. Vulnerabilidade do consumidor

A Lei n.º 8.078/90 reconhece no artigo 4º, inciso I, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Para CLAUDIA LIMA MARQUES, vulnerabilidade representa “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.” (2008. p. 80)

Portanto, a vulnerabilidade é um conceito jurídico indeterminado e plurissignificativo. Em linhas gerais, podemos citar como exemplos a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade econômica, a vulnerabilidade psicológica e a vulnerabilidade ambiental.

No aspecto jurisprudencial do STJ, durante a primeira década de vigência do Código de Defesa do Consumidor, foram julgados apenas dois casos sobre o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo²¹.

Ao julgar o REsp 251024/SP, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o STJ reconheceu a abusividade da cláusula do contrato com plano de saúde, que prevê tempo máximo de internação do consumidor em hospitais, por reconhecer a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor.

Durante a segunda década, o Tribunal entendeu que a vulnerabilidade pode ser presumida, inclusive de pessoas jurídicas. Ao julgar o RMS 27512/BA, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a Corte destacou que:

A pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.

²⁰ AgRg no REsp 1450473 / SC.

²¹ REsp 251024 / SP e REsp 158728 / RJ

No último período, o STJ acrescentou o entendimento de que as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, reconheceu os tipos de vulnerabilidade, técnica, fática, jurídica e informacional²².

5.8. Princípio da boa-fé

No Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé está legitimado pelos artigos 6º, inciso III, e 31. É interessante que durante a primeira década de vigência do Código não foram encontrados acórdãos específicos sobre o princípio da boa-fé. Acreditamos que isso se deve ao fato de que foi após a edição do atual Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Na segunda década, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos acórdãos, destacou que a boa-fé é sempre presumida e a má-fé é que deve ser comprovada²³.

Na última década esse entendimento foi ratificado e reforçado que o contrato de consumo deve ser regido pelo princípio da boa-fé²⁴, inclusive na fase pós-contratual.

5.9. Princípio da transparência

O direito a informação já é um tema pacificado no STJ, ou seja, a relação de consumo deve ser baseada em informações do produto ou serviço. Com base nisso, tem sido aplicado o princípio da transparência nas relações consumeristas, mas ainda é algo novo nos tribunais. Na primeira década não teve nenhum julgada acerca do tema. No segundo apenas um acórdão e apenas nos últimos anos é que a positivação dos princípios está sendo utilizada pelos tribunais. É clara a utilização do princípio da transparência em toda a relação de consumo.

O princípio da transparência também comportou a publicação da Súmula 477, em 13 de junho de 2012, consolidando que “a decadência do art. 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários.”

²² REsp 1344967 / SP, REsp 567192 / SP e REsp 1195642 / RJ.

²³ REsp 959618 / RS, REsp 910389 / RN e REsp 1058114 / RS.

²⁴ AgRg no AREsp 590529 / PB, AgRg na MC 22428 / RJ e REsp 1387236 / MS.

5.10. Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade objetiva do fabricante, do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos de seus produtos e por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Na primeira década de vigência do CDC, ao julgar o REsp 100710 / SP, da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a Quarta Turma decidiu que a ação de indenização por fato do produto prescreve em cinco anos, consoante o artigo 27 da lei. Durante a segunda década e nos últimos anos, a jurisprudência permaneceu no mesmo sentido²⁵.

A temática da responsabilidade pelo fato do produto do serviço também recebeu tratamento sumular em 27 de junho de 2012, quando aprovado o enunciado 479, fixando que: “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

A Súmula 130 também se enquadra nos casos de responsabilidade na esteira do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento”.

5.11. Responsabilidade pelo vício do produto

Durante a primeira década, a Corte entendeu que o vício de qualidade do produto é de responsabilidade do fornecedor ou do fabricante, que respondem solidariamente perante o consumidor. Caso o vício não fosse sanado no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderia optar pelas opções previstas pelo parágrafo único do artigo 18²⁶. Na segunda década, esse entendimento foi mantido²⁷.

Nos últimos anos, o STJ acrescentou a possibilidade de arbitramento de danos quando o prazo para a correção do vício extrapolar o razoável.²⁸

²⁵ REsp 967623 / RJ e REsp 738460 / RJ.

²⁶ REsp 195659 / SP, REsp 185836 / SP e REsp 142042 / RS.

²⁷ REsp 912772 / RS, REsp 821624 / RJ e AgRg no Ag 1195179 / PR.

²⁸ AgRg no AREsp 385994 / MS, REsp 1443268 / DF e REsp 1395285 / SP.

5.12. Produtos impróprios para o consumo

O Superior Tribunal de Justiça, durante a primeira década da vigência da Lei n.º 8.078/90 não apresentou julgados envolvendo a oferta de produtos impróprios para o consumo.

O interessante foi que na segunda década a Corte decidiu que a oferta de produtos impróprios para o consumo até mesmo dispensava a realização de prova pericial quando a prática também configurar crime formal e de perigo abstrato²⁹. Ao julgar o REsp 1111672 / RS, relatado pela Ministra Laurita Vaz, o Tribunal assinalou que “o delito tipificado no art. 7º, inciso IX³⁰, da Lei n.º 8.137/90, é um crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva.”

Nos últimos anos houve mudança de entendimento do Tribunal, que passou a sustentar a necessidade da prova pericial para a constatação da nocividade do produto para o consumidor, sendo insuficiente somente a expiração da data de vencimento do produto³¹.

5.16. Bancos de dados e cadastro de consumidores

A questão envolvendo os registros dos bancos de dados e cadastro de consumidores também recebeu tratamento sumular pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em 13 de agosto de 2008, a Segunda Seção do STJ aprovou a Súmula 359, consolidando a jurisprudência no sentido de que “cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.”

No dia 27 de maio de 2009, a Corte editou a Súmula 385, fixando que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”

²⁹ REsp 1163095 / RS, HC 115650 / SP e REsp 1111672 / RS.

³⁰ “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

³¹ REsp 1369828 / DF, RHC 42499 / SP e HC 132257 / SP.

Em 28 de outubro de 2009 foi aprovada a Súmula 404, segundo a qual “é dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.”

Ainda sobre o tema, em 16 de maio de 2016, foi publicada a Súmula 572, prevendo que “o Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação.”

É importante acrescentar que a Súmula 323 determina que “a inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos”. Quando o consumidor inadimplente, com nome negativado, efetuar o pagamento, de acordo com a Súmula 548, de 14 de outubro de 2015, “incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito.”

Por fim, em 19 de outubro de 2015, o STJ publicou a Súmula 550, destacando que “a utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.”

5.17. Práticas abusivas

As práticas abusivas contra os consumidores, em variados mercados, também foi objeto de consolidação jurisprudencial pela edição de súmulas pelo Superior Tribunal de Justiça.

No dia 18 de outubro de 2014, a Corte editou a Súmula 302, estatuinto que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Em 3 de junho de 2015 foi aprovada a Súmula 532, declarando que “constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.”

É interessante que o Superior Tribunal de Justiça também sumulou fato que não configura prática abusiva. Ao publicar a Súmula 356, o Tribunal fixou que “é legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.” Portanto, a cobrança da tarifa básica não configura abuso vedado pelo Código, seja pelo lado ângulo da legalidade, seja por se tratar de serviço necessariamente disponibilizado aos usuários, de maneira contínua e ininterrupta.

6. Conclusões

Após completar um quarto de século, podemos concluir que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado rigorosamente pelo Judiciário brasileiro. Nesse aspecto, há muito que se comemorar. O consumidor ainda é o mais vulnerável na relação comercial, mas pode exigir a qualidade dos produtos e dos serviços ofertados e reivindicar o respeito aos seus direitos.

A pesquisa revelou que o Superior Tribunal de Justiça, conhecido como o Tribunal da Cidadania, exerceu e permanece desempenhando um importante papel para a consolidação do Código de Defesa do Consumidor. Com adoção de uma jurisprudência sólida, a postura dos fornecedores e empresários foi modificada, os serviços ofertados foram aperfeiçoados e os consumidores passaram a terem mais consciência de seus direitos e obrigações.

Durante os primeiros 10 (dez) anos da vigência do Código de Defesa do Consumidor, concluímos que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se encontrava em amadurecimento, assim como a própria legislação. A partir da segunda década, de outro lado, verificamos a maior eficácia e a consolidação jurisprudencial em diversos institutos previstos pela Lei n.º 8.078/90.

Em que pese a evolução jurisprudencial, não se pode perder de vista que o Superior Tribunal de Justiça também exerce uma função supletiva de suma importância no que tange ao comércio eletrônico, que, por razões de contextualização histórica, não foi tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor. Ainda que haja norma jurídica a respeito do tema, o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, o decreto ainda é recente.

A efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor pelo Superior Tribunal de Justiça é suma relevância para a coletividade, pois, ainda que seja pela via jurisdicional, contribui para a eficácia de um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, elencado no art. 4º, inciso IV, da lei consumerista, que prescreve a necessidade da “educação

e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.”

Em que pese a importância da função exercida pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não se pode perder de vista que o Legislativo e o Executivo precisam adotar políticas eficientes, especialmente no que tange ao superendividamento do consumidor, a criação de programas de repactuação conciliatória, a regulamentação da publicidade direcionada às crianças e aos idosos, o fortalecimento dos PROCONs e a democratização do acesso ao crédito.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos [et al]. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

_____, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990: Código de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça: jurisprudência relativa ao Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&ref=CDC-90&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção jurídica do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ns. 15/16. 1974.

_____. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 80. 1990.

GABRICH, Frederico de Andrade. O princípio da informação e a responsabilidade civil nas relações de consumo. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC*, v 3. 2002.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

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

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira et al. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MARQUES, Claudia Lima [et al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O GLOBO. *Ações de consumo somam quase a metade dos 90 milhões de processos no Judiciário*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/acoes->

de-consumo-somam-quase-metade-dos-90-milhoes-de-processos-no-judiciario
10266371#ixzz3bsroaFyG.>. Acesso em: 19 set 2016.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.