

Este material foi adaptado pelo laboratório de acessibilidade da universidade federal do rio grande do norte, em conformidade com a lei 9.610 de 19/02/1998, capítulo IV, artigo 46. Permitindo o uso apenas para fins educacionais de pessoas com deficiência visual. Não podendo ser reproduzido, modificado e utilizado com fins comerciais.

Revisado por: Mariana Julia do Nascimento Pereira.
Natal, agosto de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Teoria geral do direito comercial. In _____ **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 8, p. 122-131.

Página 122

O EMPRESÁRIO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Página 123

1. INTRODUÇÃO

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), as relações e contratos dos consumidores com os empresários estavam disciplinadas pelo direito civil ou comercial, observados os limites da teoria dos atos de comércio. Quando eram consumidos produtos que, por esta teoria, tinham a natureza de mercantis, aplicavam-se as normas do Código Comercial. Caso contrário, sujeitava-se o negócio ao Código Civil. Com o advento do CDC, as relações e contratos de consumo passaram a contar com regime jurídico próprio, cujas normas visam a proteção dos consumidores.

Aplica-se, assim, o CDC sempre que os sujeitos de direito se encontram numa relação de consumo legalmente caracterizada.

A relação de consumo envolve sempre, em um dos polos, alguém enquadrável no conceito legal de fornecedor (CDC, art. 3.º) e, no outro, no de consumidor (art. 2.º).

Fornecedor é a pessoa que desenvolve atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado, e consumidor aquela que os adquire ou utiliza como destinatária final. Sempre que a relação jurídica ligar exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado e o destinatário final destes, ela é uma relação de consumo e sua disciplina será a do regime de tutela do consumidor.

Os contratos de compra e venda, nesse sentido, podem ser de duas naturezas distintas, segundo o direito privado brasileiro da atualidade. Será compra

e venda ao consumidor se configurada a relação de consumo, isto é, se o vendedor puder caracterizar-se como fornecedor e o comprador como consumidor (no caso, por exemplo, da aquisição de automóvel na concessionária); mas será mercantil, se o comprador não for o destinatário final da coisa (compra de automóveis pela concessionária junto à fábrica), ou civil se o vendedor não exercer atividade de fornecimento do bem em questão (venda do automóvel usado a um amigo, por exemplo). No primeiro caso, aplica-se o CDC; nos dois últimos, o Código Civil, respeitadas as especificidade dos contratos empresariais.

Página 124

A definição da natureza da relação ou do contrato e, por via de consequência, do regime jurídico aplicável repercute em diversos aspectos, notadamente quanto aos direitos do comprador, aos prazos para o seu exercício, obrigações do vendedor, garantias, cláusulas do contrato etc.

O conceito de empresário, núcleo do moderno direito comercial (Cap. 1, item 4), está compreendido no de fornecedor. Todo empresário é fornecedor. Desse modo, os deveres e responsabilidades previstos pelo CDC para os fornecedores são também pertinentes aos empresários nas suas relações com os consumidores.

2. QUALIDADE DO PRODUTO OU SERVIÇO

Ao disciplinar a qualidade dos produtos ou serviços, o CDC introduziu três conceitos: fornecimento perigoso, defeituoso e viciado.

2.7. Fornecimento perigoso

O fornecimento é perigoso se da utilização dos produtos ou serviços decorre dano, motivado pela insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor sobre os riscos a que se expõe o consumidor. Todo produto ou serviço pode expô-lo a variados graus de risco à vida, saúde ou integridade física. Se inexistir defeito no produto ou serviço, então o dano é consequência de sua má utilização pelo consumidor. Ora, a má utilização pode ter sido motivada pela insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor, situação em que o fornecimento perigoso se caracteriza.

Certo desinfetante pode ser tóxico para pessoas alérgicas. A rigor, o produto não apresenta nenhum problema (defeito ou vício), mas apenas produz efeitos nocivos em determinados consumidores. O fornecedor tem o dever de informar a possibilidade de tais efeitos na embalagem ou no rótulo da mercadoria. Ele somente

está dispensado de alertar os consumidores acerca dos riscos amplamente conhecidos pelas pessoas em geral (o legislador, no art. 8.º do CDC, fala em “riscos considerados normais e previsíveis”). O fabricante de facas, por exemplo, não precisa informar sobre o potencial letal do produto, suficientemente difundido entre os consumidores (as crianças aprendem, desde cedo, as cautelas necessárias ao seu manuseio).

Todas as questões relacionadas com o fornecimento perigoso resolvem-se na análise da suficiência e adequação das informações prestadas pelo fornecedor, acerca dos riscos do produto ou serviço. Proíbe a lei (CDC, art. 10) o fornecimento com alto grau de nocividade ou periculosidade a saúde ou segurança do usuário.

Página 125

O produto ou serviço possuirá essa característica apenas se for impossível prestar adequadamente aos consumidores as informações que os capacitem à sua utilização sem riscos. Não é qualquer característica intrínseca a mercadoria ou ao serviço que ira torna-los mais ou menos seguros, mas sem a suficiência e adequabilidade das informações prestadas pelo fornecedor.

Pelos danos decorrentes de fornecimento perigoso respondem, objetivamente, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador (CDC, art. 12, m fine) e o prestador de serviços (art. 14).

2.2. Fornecimento defeituoso

Fornecimento defeituoso é aquele em que o produto ou serviço apresenta alguma impropriedade danosa ao consumidor. Porém, aqui, o dano não se origina da má utilização do produto ou serviço, ocasionada pela insuficiência ou inadequação das informações sobre os seus riscos, mas em razão de problema intrínseco ao fornecimento. Por problema no envasamento do refrigerante, por exemplo, ocorreu maior concentração de gás, e desta resultaram a quebra da garrafa e ferimentos no consumidor.

A responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e importador dos produtos ou do prestador de serviços pela indenização dos danos decorrentes de fornecimento defeituoso é objetiva (CDC, arts. 12 e 14). Ou seja, independe de culpa. Na verdade, o empresário pode antecipar em certa medida alguns dos possíveis acidentes de consumo (dimensionando, por cálculos estatísticos, a probabilidade de alguns refrigerantes, durante o ano, serem envasados com

concentração superior de gás, por exemplo). Esses defeitos não decorrem de culpa do empresário, mas de limitação da capacidade e do conhecimento humanos. Isto é por mais cauteloso e diligente que seja o fornecedor, por mais que invista em controle de qualidade e em aperfeiçoamento tecnológico de sua empresa, alguma inevitável margem de defeituosidade no fornecimento e inevitável, graças à falibilidade dos homens e mulheres.

Na teoria tradicional da responsabilidade civil, o agente só deve indenizar a vítima se agiu com culpa. Assim, no passado, a explosão da garrafa aqui exemplificada seria tida por caso fortuito ou força maior, hipótese em que a própria vítima arcava com os custos do infortúnio. A legislação consumerista opera uma inversão na hipótese. Se o fornecedor pode antecipar a probabilidade de defeitos e seus desdobramentos danosos, ele poderá então considerar a indenização correspondente como item de custo, para, em seguida, repassá-lo ao preço do fornecimento, socializando entre todos os consumidores as repercussões econômicas do evento danoso. Exatamente por possuir as condições para proceder à socialização dos custos relacionados aos acidentes de consumo, ao empresário pode-se atribuir responsabilidade objetiva.

Página 126

São excludentes da responsabilidade objetiva desses fornecedores (CDG, art. 12, § 3.º): a) a prova de que não houve fornecimento (detectado o defeito, o produto foi separado para inutilização, mas terceiros o furtaram e o comercializaram, por exemplo); b) inexistência do defeito (situação em que os danos somente podem ser atribuídos a outros fatores, como a força maior ou o caso fortuito posteriores ao fornecimento); c) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (anotando-se que a culpa concorrente não exonera o fornecedor).

O empresário comerciante responde pelo acidente de consumo apenas se conservou inadequadamente produto perecível ou se o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador não puderem ser facilmente identificáveis (CDC, art. 13). Por sua vez, o profissional liberal responde de modo subjetivo, ou seja, somente em caso de culpa (CDC, art. 14, § 4.º).

O prazo prescricional para a responsabilização do fornecedor é de 5 anos (CDC, art. 27).

2.3. Fornecimento viciado

O fornecimento viciado, por fim, é aquele em que o produto ou serviço apresenta impropriedade inócua, isto é, da qual não decorre dano considerável ao consumidor. A mesma impropriedade pode ser defeito ou vício, dependendo da circunstância de causar, ou não, prejuízo. Se o automóvel apresenta problema em seu sistema de freios, mas isto é detectado pelo consumidor antes de qualquer acidente, verifica-se fornecimento viciado; se, contudo, o problema não é detectado a tempo, e, em razão dele, ocorre acidente de trânsito, verifica-se fornecimento defeituoso.

Diante de vício no fornecimento, o consumidor pode optar, grosso modo, por uma de três alternativas: a) desfazimento do negócio, com a devolução dos valores já pagos, devidamente corrigidos (ação redibitória); b) redução proporcional do preço (ação estimatória); c) eliminação do vício, se necessário com a substituição do produto ou a reexecução do serviço (ação executória específica). Na compra e venda civil e na comercial, o comprador de coisa viciada dispõe apenas da alternativa entre a ação redibitória e a estimatória.

Página 127

A legislação consumerista trata de três espécies de fornecimentos viciados: vício de qualidade ou de quantidade dos produtos e de qualidade dos serviços. Caracteriza-se vício de qualidade do produto se este é impróprio ao consumo, tem impropriedade que lhe reduz o valor ou se há disparidade entre a sua realidade e as informações do fornecedor (CDC, art. 18). O produto é impróprio ao consumo se está vencido o seu prazo de validade, se há adulteração, alteração, avaria, falsificação, inobservância de normas técnicas ou se, por qualquer razão, não atende às finalidades a que se destina (CDC, art. 18, § 6.º).

No fornecimento viciado de produtos, sendo o vício de qualidade, tem o fornecedor direito de tentar o saneamento da impropriedade (CDC, art. 18). Esse direito não existe se o produto for essencial ao consumidor ou se a eliminação do vício não for possível sem o comprometimento da sua eficácia, características ou valor (CDC, art. 18, § 4.º).

O vício de quantidade dos produtos ocorre se o seu conteúdo líquido é inferior às indicações constantes da rotulagem, embalagem ou publicidade, salvo as variações próprias de sua natureza. Diante de vício deste tipo, pode o consumidor

pleitear, de imediato, o seu saneamento, mediante a complementação do peso ou medida (CDC, art. 19,11), além da ação redibitória e estimatória.

Há viciamento de qualidade no serviço se este é inadequado para o fim que razoavelmente dele se espera, ou ocorrer inobservância de normas regulamentares de prestabilidade (CDC, art. 20, § 2.º).

O direito de reclamar por vícios no fornecimento decai no prazo de 30 dias (produtos e serviços não duráveis) ou de 90 dias (produtos e serviços duráveis). Alimentos e bebidas são produtos não duráveis; já a lavagem de automóvel é exemplo de serviço não durável; o eletrodoméstico é produto durável, enquanto a pintura de casa é serviço durável. O termo inicial para a fluência desse prazo é a entrega do produto ou o término da execução do serviço, quando o vício é aparente ou de fácil constatação (CDC, art. 26, § 1.º), e é a sua manifestação, na hipótese de vício oculto (art. 26, § 3.º).

3. PROTEÇÃO CONTRATUAL

A legislação civil sobre contratos pressupõe a existência de partes livres e iguais que transigem sobre os seus respectivos interesses, com pleno domínio da vontade. As pessoas, neste contexto, contratam se quiserem, com quem querem e como querem. A ideia de ser o contrato lei entre as partes corresponde a este cenário pressuposto das normas civis e empresariais.

Página 128

A realidade das relações de consumo, no entanto, é bem diferente. O consumidor não contrata se quiser, com quem quiser e como quiser, mas se vê muitas vezes obrigado a contratar bens e serviços essenciais, de um ou poucos fornecedores e sem a menor possibilidade de discutir os termos da negociação. Pense-se, por exemplo, no contrato de fornecimento de energia elétrica, na aquisição de alimentos e utensílios básicos etc. O consumidor encontra-se, perante o fornecedor, numa clara situação de vulnerabilidade. Em geral, ele tem relativamente ao produto ou serviço que consome muito menos informações do que o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor os meios jurídicos para atenuar as distorções derivadas da vulnerabilidade em que se encontra perante o fornecedor. Cinco princípios podem ser destacados nessa matéria:

a) Irrenunciabilidade de direitos - são nulas as cláusulas contratuais que importem, tácita ou expressamente, renúncia, pelo consumidor, dos direitos que lhe são assegurados. Em termos gerais, este princípio se encontra inscrito no art. 51, I, do CDC. Outras disposições, contudo, são exteriorizações desta concepção básica, segundo a qual a proteção jurídica do consumidor é de ordem pública, com caráter cogente. São exemplos de aplicação específica do princípio: nulidade da desconsideração do direito de optar pelo reembolso da quantia paga, quando autorizado por lei (art. 51, II), vedação da transferência de responsabilidade (art. 51, III), impossibilidade de inversão do ônus de prova em detrimento do consumidor (art. 51, VI), imposição de arbitragem necessária (art. 51, VII) e invalidade de cláusulas em desacordo com o sistema legal de proteção ao consumidor (art. 51, XV). Em virtude desse princípio, não tem validade qualquer disposição contratual, mesmo que indubitavelmente assinada pelo consumidor, que importe limitação ou frustração do exercício de direito legalmente reconhecido. No contrato de consumo, não é admitida a renúncia a direito nem mesmo por meio de cláusula adicionada a contrato de adesão, como permite a lei relativamente aos contratos cíveis: o art. 424 do CC considera nula a renúncia do aderente apenas se for antecipada, ou seja, constar já do formulário ou de outro instrumento do contrato de adesão preparado pelo estipulante.

b) Equilíbrio contratual - a equidade nas relações de consumo é um dos valores fundamentais presentes no sistema de proteção contratual. Nenhuma oneração excessiva será imposta aos consumidores, que não podem ficar em situação desvantajosa perante o empresário. Com este espírito, o legislador fulminou com a nulidade o estabelecimento de faculdades ao empresário que não sejam correspondentes às reconhecidas aos consumidores (CDC, art. 51, XI e XII). Também não se encontram respaldadas juridicamente as disposições contratuais autorizando o empresário, unilateralmente, a alterar as condições do negócio (art. 51, X e XIII). Igualmente são inválidas as cláusulas com exigências injustificáveis da parte do empresário (art. 51, VII e VIII).

Página 129

c) *Transparência* - as relações de consumo devem pautar-se na mais absoluta transparência, ou seja, o consumidor deve ter prévio e completo conhecimento da exata extensão das obrigações assumidas por ele e pelo

empresário, em decorrência do contrato. Neste sentido, o consumidor não estará vinculado se não lhe for dada ciência prévia do conteúdo do instrumento ou se este for redigido de modo a dificultar a compreensão do seu alcance (CDC, art. 46). Por outro lado, as informações precisas constantes de mensagem publicitária, transmitida por qualquer meio de comunicação, integram o contrato (art. 30). Por fim, o legislador determina que os contratos de adesão escritos devem ser redigidos de forma clara e compreensível e elaborados com destaque para as cláusulas limitativas de direitos do consumidor (art. 54, §§ 3.º e 4.º). Como se nota, a transparência nas relações de consumo significa a possibilidade de o consumidor ter acesso às informações relativas às condições do negócio que está realizando ou pretende realizar. Nenhum expediente poderá ser validamente utilizado pelo empresário para impedir que o consumidor celebre contrato ignorando parcialmente as obrigações ou os direitos assumidos.

d) *Interpretação favorável ao consumidor* - como o instrumento contratual é elaborado unilateralmente pelo fornecedor, a lei (CDC, art. 47) estabelece que a sua interpretação deve favorecer o consumidor, de modo que eventual tentativa de redação ambígua ou obscura do contrato resulte ineficaz. Segundo este princípio, se a disposição do contrato comportar mais de uma interpretação, a que trazer maiores vantagens ao consumidor deve ter preferência sobre as demais.

e) *Execução específica dos contratos de consumo* - os contratos de consumo comportam execução específica, ou seja, pode o juiz adotar toda e qualquer medida que viabilize o atingimento do efeito concreto pretendido pelas partes. Em regra, as obrigações de fazer decorrentes de contrato de consumo se resolvem em perdas e danos, somente por opção do autor da demanda ou por impossibilidade material da tutela específica ou de resultado prático correspondente (CDC, art. 84). A mesma proteção é deferida a toda manifestação escrita de vontade, recibos e pré-contratos (art. 48). Tanto o empresário como o consumidor encontram-se sujeitos a esta regra, de sorte que o primeiro pode, por exemplo, obter ordem judicial que o autorize a realizar, por conta do consumidor, as revisões no bem vendido, se este último assumiu a obrigação de as fazer.

Convém notar, afinal, que aos dois últimos princípios de tutela dos consumidores foram transformados, com a entrada em vigor do Código Civil em

2003, em regras gerais do direito contratual. Também os contratos cíveis, não 1 sujeitos ao CDC, devem ser interpretados em favor do aderente (quando são j de adesão) e comportam, em regra, execução específica (CC, arts. 423 e 475). 1

4. PUBLICIDADE

Há três formas de publicidade ilícita previstas pelo Código de Defesa do I Consumidor: a simulada, a enganosa e a abusiva.

Publicidade simulada é a que procura ocultar o seu caráter de propaganda. A veiculação da publicidade deve ser feita de modo que o consumidor possa percebê-la, fácil e imediatamente, adotando as cautelas próprias diante da natureza necessariamente parcial da mensagem transmitida (CDC, art. 36). São exemplos de publicidade simulada a inserção, em jornais e periódicos, de propaganda com a aparência externa de reportagem, ou a subliminar, captável I pelo inconsciente, mas imperceptível ao consciente.

O parágrafo único do art. 67 do projeto de CDC aprovado pelo Legislativo previa como crime a realização de publicidade simulada, mas houve veto presidencial, e, assim, inexistente qualquer tipo de sanção para essa hipótese de publicidade ilícita.

Publicidade enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro. Na lei (CDC, art. 37, § 1.º), menciona-se a transmissão de informação parcial ou totalmente falsa, mas o conceito não é correto. A publicidade pode ser falsa e não ser necessariamente enganosa. Isso porque o instrumento principal da veiculação publicitária é a mobilização do imaginário do consumidor, com o objetivo de tomar o produto ou serviço desejado. Ora, o fantasioso (necessariamente falso) nem sempre induz ou é capaz de induzir o consumidor em erro. A promoção, por exemplo, de um chocolate por meio de filme publicitário com pessoas levitando ao consumi-lo implica a veiculação de informações falsas (o produto não tem o efeito apresentado), mas evidentemente é insuscetível de enganar o consumidor. Não é necessário que exista dolo do fornecedor, para se caracterizar a enganabilidade, Esta é aferida de modo objetivo, isto é, a partir do potencial de enganabilidade apresentado pelo anúncio.

Já a publicidade abusiva (CDC, art. 37, § 2.º) é aquela que agride os valores sociais. O fabricante de armas não pode promover o seu produto reforçando a ideologia da violência como meio de resolução de conflitos, ainda que esta solução resultasse eficiente, em termos mercadológicos, junto aos segmentos da sociedade composta pelos consumidores de armamentos. Também e abusiva a publicidade

racista, sexista, discriminatória e a lesiva ao meio ambiente. Na avaliação da abusividade, no entanto, é necessário não confundir agressão a valores sociais com desconfortos derivados de problemas pessoais. O palavrão, a nudez, o erotismo não são necessariamente abusivos, dependendo do contexto de sua apresentação pelo anúncio.

Página 131

Como se relaciona com os valores socialmente aceitos, a publicidade considerada abusiva em determinado momento histórico pode deixar de se em outro e vice-versa. Se, nos anos 1960, era aceitável a publicidade de eletrodomésticos apresentando mulheres como as únicas responsáveis pelas tarefas do lar, hoje em dia isto caracterizaria um reprovável sexismo e abusividade.

A realização de publicidade enganosa ou abusiva gera responsabilidade civil penal e administrativa. Assim, o fornecedor que as promover deve indenizar material e moralmente o consumidor. Além disso, responderá pela prática de crime (CDC, art. 67) e deverá veicular contrapropaganda, que destaca os efeitos do engano ou do abuso (arts. 56, XII, e 60).

Em virtude do princípio da transparência, as informações precisas que o empresário veicula por meio da publicidade integram o contrato que vier a ser celebrado com o consumidor (CDC, art. 30). Têm estas informações caráter vinculativo e obrigam, também, aqueles que, embora não patrocinem a publicidade dela se utilizam. É o caso do comerciante que reforça a propaganda do fabricante da mercadoria. Anote-se, contudo, que apenas as informações suficientemente precisas têm este caráter vinculativo. As genéricas podem eventualmente dar ensejo à caracterização de algum tipo de publicidade ilícita, mas não constituem condição de negócio.

Se o empresário negar cumprimento ao veiculado pela publicidade, pode o consumidor exigir a observância estrita das condições anunciadas ou optar por produto ou serviço semelhante ou pela resolução do contrato com indenização (CDC, art. 35). As mesmas consequências são previstas em relação à oferta ou apresentação do produto ou serviço.