

**ANTONIO CARVALHO DE SOUZA**

**DIREITO ECONÔMICO: DEFESA DO CONSUMIDOR**

**UNISAL  
SÃO PAULO  
2009**

---

Souza, Antonio Carvalho de

S714e Direito Econômico: Defesa do Consumidor / Antonio Carvalho de Souza. São Paulo: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2009.  
f.177

Monografia (Especialização em Direito Econômico). UNISAL – SP

Orientador: Prof. Dr. Marcelo José Grimone.

Inclui bibliografia.

1. Direito Econômico. 2. Princípios da Ordem Econômica. 3. Direito do Consumidor. 4. Responsabilidade Civil e o Código de Defesa no Código de Defesa do Consumidor.

CDD 340

---

**ANTONIO CARVALHO DE SOUZA**

**DIREITO ECONÔMICO: DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público no Curso de Especialização “latu sensu” do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, sob a orientação do Professor Marcelo José Grimone.

**UNISAL  
SÃO PAULO  
2009**

Dedico aos meus familiares, amigos e colegas de profissão, pela compreensão e incentivo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus em primeiro lugar, ao meu Professor Orientador e aos demais Mestres, que me conduziram para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo dar uma visão geral sobre o Direito do Consumidor. Seu surgimento, evolução histórica no mundo e no Brasil.

O Direito Econômico teve forte influência para o surgimento dos atuais institutos de proteção ao consumidor, em razão da mudança do papel do Estado no domínio econômico.

Após a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, o avanço da ciência, da tecnologia e dos meios de comunicação em massa, impulsionaram o crescimento da economia mundial, houve um aumento nas relações de consumo, da oferta e da procura de bens e serviços.

Este aquecimento na economia de mercado, fez com que o Estado, antes capitalista, passe a ser um Estado social, voltado para medidas político-econômicas de proteção ao consumidor, este considerado a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso V, consagrou a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica; e também, como direito fundamental da pessoa humana, em seu artigo 5º, XXXII.

Mas, somente com o advento do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o Congresso Nacional elaborou a Lei nº 8.078/1990, de 11.02.90, que trata do Código de Defesa do Consumidor, uma das normas brasileiras mais avançadas do mundo sobre o assunto, que surgiu para garantir o justo equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor e das questões delas decorrentes.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. DIREITO ECONÔMICO .....	11
1.1 Conceito .....	11
1.2 Intervenção .....	13
1.2.1 Formas de Intervenção .....	15
1.3 Surgimento histórico do Direito Econômico.....	15
1.4 Constituição Econômica.....	18
1.5 Princípios da Ordem Econômica.....	20
2. DIREITO DO CONSUMIDOR .....	22
2.1 Consumerismo .....	22
2.1.1 Evolução histórica do Direito do Consumidor.....	22
2.1.2 O surgimento do Direito do Consumidor do prisma da evolução do Estado Liberal .....	25
2.1.3 A Revolução Industrial e o Direito do Consumidor .....	27
2.1.4 “A Selva” .....	28
2.1.5 O Direito do Consumidor na Segunda Guerra Mundial e no cenário do Pós-Guerra .....	28
2.2 A Constituição Brasileira e o Direito do Consumidor .....	31
2.3 Conceito de Consumidor.....	33
2.3.1 Consumidor standard .....	34
2.3.2 Conceito objetivo de consumidor .....	35
2.3.3 Conceito subjetivo de consumidor .....	36
2.3.4 Posições do STJ e STF.....	39
2.3.5 O consumidor por equiparação .....	40
2.3.6 O interveniente nas relações de consumo .....	41
2.3.7 A vítima de acidente de consumo .....	42
2.3.8 A pessoa exposta às práticas comerciais e contratuais.....	42
2.4 Conceito de Fornecedor.....	43
2.4.1 Elementos característicos do fornecedor.....	44
2.4.1.1 Atividade econômica.....	44
2.4.1.2 Profissionalismo.....	44
2.4.1.3 Autonomia.....	45
2.4.2 Espécies de Fornecedor.....	46
2.4.2.1 Produtor final e produtor de matéria prima ou parte componente .....	46
2.4.2.2 Produtor real, presumido ou aparente .....	47
2.4.2.3 Comerciante .....	47
2.4.2.4 Prestador de serviços.....	48
2.4.2.5 O Poder Público como fornecedor .....	48
2.5 Produto .....	48
2.6 Serviços .....	50
2.6.1 Serviços Públicos .....	50
2.6.2 Atividades bancárias, financeiras e de crédito .....	52
2.7 Princípios fundamentais da Política Nacional das Relações de Consumo .....	53

2.7.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, art.4º, I.....	54
2.7.2 Princípio do Dever Governamental, art.4º, II, VI e VII.....	56
2.7.3 Princípio da Garantia da Adequação, art.4º, II, "d" e V.....	56
2.7.4 Princípio da Boa-Fé nas Relações de Consumo, art.4º, III e VI.....	58
2.7.5 Princípio da Informação, art.4º, IV e VIII.....	58
2.7.6 Princípio do Acesso à Justiça.....	60
2.8 As principais formas de Controle das Abusividades.....	62
2.8.1 Nas cláusulas abusivas nos contratos de consumo.....	65
2.8.1.1 A cobrança extrajudicial de honorários advocatícios como cláusula abusiva .....	68
2.8.2 Efeitos nos contratos .....	69
2.8.3 Contratos de Adesão .....	70
2.8.4 A recepção do Princípio da Predominância da ordem pública pelo CDC como meio de afastamento das cláusulas abusivas nos contratos de adesão .....	74
2.8.5 O papel do Judiciário .....	75
2.8.6 A função do Ministério Público .....	77
2.8.7 Ação Civil Pública e Ação Coletiva .....	79
2.8.8 A competência da Secretaria de Direito Econômico.....	83
2.8.9 Outras formas de controle .....	84
2.9 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor .....	85
2.9.1 Dano indenizável.....	85
2.9.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva .....	86
2.9.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.....	88
2.9.4 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.....	89
2.9.5 Valor da Causa na Ação de Reparação de Dano Moral .....	90
2.9.6 Pedido de Dano Moral e sua Condenação em Sentença .....	91
2.9.7 Nexo de Causalidade e Ônus da Prova .....	92
2.9.8 Dano Moral e Ônus da Prova .....	92
2.9.9 Formas de Reparação do Dano Moral.....	93
2.9.10 Fixação do <i>quantum</i> indenizatório .....	94
2.10 Excludentes de Responsabilidade .....	94
2.10.1 Previstas no CDC .....	94
2.10.2 Outras Excludentes.....	96
2.10.2.1 Caso Fortuito ou Força Maior .....	96
2.10.2.2 Riscos do desenvolvimento.....	98
2.10.2.3 Exercício regular de direito.....	100
CONCLUSÃO .....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103
ANEXO – JURISPRUDÊNCIA - .....	106
1. Clausula Abusiva .....	106
2. Contrato Bancário .....	115
3. Transporte Aéreo.....	118
4. Cadastro de Inadimplentes .....	124
5. Interrupção no Fornecimento de Energia Elétrica .....	125
6. Poder de Polícia (Procon).....	130
7. Tarifa de Água e Esgoto.....	133
8. Plano de Saúde .....	136

9. Responsabilidade pelo Fato ou Vício do Produto ou do Serviço.....	139
10. Sistema Financeiro da Habitação .....	147
11. Associação de Defesa do Consumidor .....	150
12. Telefonia .....	153
13. Fornecimento de Combustíveis.....	159
14. Instituto de Ensino .....	164
15. Desconsideração da personalidade jurídica .....	170
16. Dano Moral e Estético.....	207

## **INTRODUÇÃO**

O assunto é complexo, mas não poderíamos iniciar o nosso estudo sobre o Direito do Consumidor, sem antes fazer um breve relato sobre o que é Direito Econômico.

Esta noção é importante, porque as normas que hoje regulam as relações de consumo de nossa sociedade, se originaram com a evolução da economia no mundo.

Fatos históricos, como o fim das primeiras grandes guerras mundiais, a revolução industrial o avanço da ciência e dos meios de comunicação em massa, contribuíram para o crescimento da oferta e da procura de bens e serviços, aumentando as relações de consumo.

Contudo, a parte mais prejudicada era o consumidor por motivos outros, como a falta de instrução, classe social, e também porque ele não dispunha de mecanismos legais de proteção, época em que os direitos individuais ainda não existiam.

O Estado percebendo esta fragilidade do consumidor, passou a atuar no domínio econômico, voltado a proteger o consumidor através de medidas político-econômicas.

Assim, no Brasil, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, como veremos ao longo do nosso trabalho.

## 1. DIREITO ECONÔMICO

### 1.1 Conceito.

É um ramo do Direito que disciplina a forma de intervenção do Estado, no domínio econômico. O próprio texto constitucional prevê o direito econômico como um ramo do Direito:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, **econômico** e urbanístico;

(...)

“Como ramo autônomo, tem como conteúdo específico de suas normas, as atividades econômicas ocorrentes no mercado, sejam elas provenientes do setor privado ou público. Naturalmente, por ser o Direito uma ciência una, os ramos, convenções estabelecidas com fins meramente didáticos, interligam-se. Assim, o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e tantos outros, tratam de matérias relativas às atividades econômicas existentes. No entanto, apenas o Direito Econômico as adota com primazia, considerando a regulamentação destas de modo a torná-las uma *política econômica* objeto exclusivo seu. Sua finalidade é, dessa forma, regulamentar a atividade econômica do mercado, estabelecendo limites e parâmetros para empresas privadas e públicas. Ele trata de estabelecer uma política econômica no sentido de concretização dos ditames e princípios constitucionais. (*Dicionário de Direito Econômico, 1969, apud. SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>>. Acesso em: 17 mar. 2009*).

Washington Peluso Albino de Souza, conceitua o Direito Econômico como “o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objetivo regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo *princípio da economicidade* – com a ideologia adotada na ordem jurídica. Cuida-se de ramo do Direito que se aplica a regulamentar as medidas de *política econômica* que adota uma linha de *maior vantagem* nas suas decisões.

Fábio konder Comparato, o refere como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua *política econômica*” (*GRAU, Eros Roberto.*

*Interpretação e Crítica da Ordem Econômica, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1991, São Paulo, pag.168/169).*

Por **política econômica** deve-se entender como a reunião das prioridades, medidas e metas econômicas traçadas e executadas, de forma a se atingirem os objetivos de determinada ideologia vigente. É a superação dos limites dos interesses privados ou dos conflitos destes com os públicos. Constitui-se o tratamento sistêmico de todas estas questões, com uma dimensão global. Para tanto, carece de ser devidamente regulamentada, de maneira a gerar a devida segurança jurídica não apenas de seu cumprimento, como de sua restrição aos limites preestabelecidos.

Além disso, é somente através do Direito Econômico que se aplicam normas próprias a essas várias situações econômicas, muitas vezes abordadas pelos demais ramos do Direito. Estas normas encontram-se em estrita conformidade com suas regras exclusivas, a partir de uma regulamentação jurídica da política econômica. E esta política econômica é definida com base na ideologia existente na Constituição, que veremos mais adiante no nosso estudo. (SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. *Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>>. Acesso em: 17 mar. 2009).*

O **princípio da economicidade**, é aquele através do qual se busca a concretização dos objetivos constitucionalmente traçados por uma *linha de maior vantagem*, isto é, de forma mais viável possível para o suprimento de determinada necessidade, seja esta de que ordem for, não apenas patrimonial, mas também social, política, cultural, moral.

Muitas vezes, a solução mais vantajosa para a situação não se trata daquela mais lucrativa em termos financeiros, capitalistas. Tudo dependerá da finalidade que se busca atingir. Se se almeja, por exemplo, o alcance da instalação telefônica em meios rurais de difícil acesso, apesar de ser uma obra extremamente dispendiosa e de pouco retorno financeiro, em se concretizando tal meta, o objetivo social terá sido realizado, embora não sejam auferidos lucros em matéria de rendas e sim de benefícios para a população.

Dessa maneira, o sentido do termo ‘economicidade’ é muito mais amplo do que simplesmente ‘econômico’, o qual se liga, intrinsecamente, à idéia material de lucro, de finanças.

Simultaneamente, por assumir como tema a ideologia constitucional adotada, assunto suscetível de contínuas modificações, o emprego deste princípio vem a corresponder à necessidade de flexibilidade das normas de Direito Econômico face às diversas circunstâncias com que este se depara, ao longo da trajetória econômica de um país. Um mesmo fato em contextos distintos pode levar a decisões inteiramente contrárias, sem a ocorrência de qualquer contradição. Trata-se

de simples ajuste ao dispositivo constitucional adequado para situações individualizadas, realizado pelo instrumento harmonizados da economicidade. (SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. *Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>>. Acesso em: 17 mar. 2009).*

A linha de **maior vantagem** há de ser adequada aos objetivos constitucionalmente definidos. Permite, destarte, a opção mais justa ou recomendável, em política econômica, a ser realizada pelo aplicador ou intérprete da norma, quando da realização concreta de situações hipoteticamente previstas. O ideal é que se consiga conciliar aquilo tomado como *certo* economicamente, com o considerado *justo* juridicamente. Em caso de incompatibilidade, deve prevalecer o justo. Afinal a ‘linha de maior vantagem’ é pautada em termos do ‘valor justiça’. Restringe-se o arbítrio, o poder de decidir do aplicador, o qual se deve ater à disposições constitucionais e princípios hermenêuticos, preterindo-se qualquer subjetividade. (SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. *Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>>. Acesso em: 17 mar. 2009).*

## 1.2 Intervenção.

Etimologicamente, o vocábulo “intervenção”, significa ação ou efeito de meter-se de permeio, intrometer-se, em matérias à qual não pertence.

Na doutrina do Direito Econômico, a ação do Estado no domínio econômico recebeu o nome tradicional de intervenção. Explica-se a utilização de tal vocábulo, primordialmente, pela crença liberal de Estado “guardo noturno”, abstencionista, meramente garantidor da liberdade de mercado para que funcionassem as suas leis naturais de auto-regulamentação. Dessa forma, a expressão intervenção “apresenta-se-nos portadora de um preconceito liberal, quando era vedado ao Estado interferir em qualquer atividade econômica. (BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. *A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade democrática brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1305, 38 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9427>>. Acesso em: 06 jul.2009)*

Para André Ramos Tavares, “o sentido do termo *intervenção* pode ser compreendido como a “atuação em área de outrem”. Transparece, pois, a idéia de que a atuação na economia é concebida como uma atividade característica da iniciativa privada, sendo presença do Estado,

nesse segmento, reconhecida como uma espécie de “invasão”, uma interferência na área própria de outrem. Pretendendo esclarecer essa postura, há quem, como Eros Grau, distinga o emprego dos vocábulos atuação/intervenção. Nesses termos, o Estado praticaria *atuação* quando estivesse agindo em área de sua titularidade “natural” (que poderia ser considerada atuação do Estado na atividade econômica em sentido amplo). Configurar-se-ia *intervenção* quando atuasse o Estado em área de titularidade da iniciativa privada (atuação estatal na atividade econômica em sentido estrito, ou seja, intervenção do Estado no domínio econômico). Ressalta: “o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público” (Grau, 1987:122-123). Obviamente que, aqui, o problema estará em obter critérios minimamente claros e objetivos para realizar esse dualismo.

Os atos econômicos, propriamente ditos, do Estado, de intervenção no domínio privado, regem-se pelo princípio da subsidiariedade, com o Poder Público praticando atividade que não lhe é própria, sobrepondo-se, com ela, ao princípio geral da iniciativa privada. É o que decorre da perspectiva acima adotada acerca do termo “intervenção”.

Por derradeiro, há que se ressaltar que o próprio termo “intervenção” não se afigura, hodiernamente, pontual, preciso. Afinal, conforme foi dito, ainda que em uma concepção liberal de Estado a presença deste é necessária e, ademais, usual, uma vez que o mercado apresenta falhas com as quais não pode lidar de forma autóctone.

Com efeito, o termo “intervenção”, que denota transitoriedade, excepcionalidade, afigura-se deslocado. Com Nusdeo (2001:186), o Estado integra o próprio mercado: “(...) a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, traz, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto”.

Nesse contexto é possível entender as palavras de Celso Bastos (2000:114), embora sem o rigor conceitual acima indicado, para quem “mesmo nos Estados predominantemente liberais, em que os particulares desempenham o grosso da economia, não deixa de haver sempre alguma

intervenção do Estado nessa área, mesmo que seja apenas para coibir possíveis abusos”.  
(TAVARES, 2006, p.54, 55.)

### 1.2.1 Formas de Intervenção.

Várias são as formas de intervenção do poder público na economia. Para Eros Grau há três modalidades principais: participação, absorção; direção e indução. (GRAU, 1991, p.49 e SS)

a) **a participação e a absorção** indicam que o Estado ou está atuando como agente econômico por meio de suas entidades criadas especificamente para tal ou está atuando mediante a atividade de empresas que, por um motivo ou por outro, foram incorporadas ao patrimônio público;

b) **direção** é o processo pelo qual o Estado dirige um determinado empreendimento econômico assumindo as responsabilidades essenciais do mesmo; e,

c) **indução** é um mecanismo pelo qual o Estado cria incentivos ou punições para a adoção de determinados comportamentos econômicos ou cria condições favoráveis para que se desenvolvam empreendimentos privados em determinadas regiões, ou mesmo que determinadas atividades econômicas possam ser realizadas mediante medidas especiais de política econômica.

### 1.3 Surgimento histórico do Direito Econômico.

Uma breve exposição sobre a evolução histórica do papel do Estado no domínio econômico é válida para obtermos uma visão mais clara de sua atribuição no paradigma constitucional atual. Percebem-se, no tratamento da matéria, a presença dos paradigmas Mercantilista, do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

No final do século XV, os Estados Europeus se portaram de maneira mercantilista. Os princípios básicos desse período são o protecionismo ao mercado interno e a busca radical de uma balança comercial favorável. Houve um fortalecimento econômico demasiado do Estado, trazendo-lhe poder absoluto. Nesses termos, a soberania era inerente ao príncipe, ao monarca, ao líder da comunidade social, de forma que as políticas de governo emanavam da pessoa do príncipe, do líder carismático. Formou-se uma "soberania inerente ao soberano".

Nacionalidade, poder central e incentivo ao comércio internacional são as idéias-chave do Mercantilismo, que propiciaram a acumulação primitiva de capital que possibilitou a eclosão do modo de produção capitalista.

Nos séculos XVII e XVIII há uma mitigação da soberania Estatal fundada na figura do soberano absoluto. Tem lugar o ideário do liberalismo econômico. O Estado passa a agir a serviço das individualidades. A livre iniciativa dos indivíduos frente ao Estado ganha status de princípio fundamental. Exalta-se a liberdade (atomística) e a valorização do indivíduo.

O capitalismo se firmou como um sistema econômico, "baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimentos de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado".

A vida econômica, então, deveria estar livre de qualquer intervenção Estatal. A idéia de leis naturais de mercado, apresentadas por Adam Smith, que promoveriam uma situação de equilíbrio entre os agentes do mercado, fatalmente beneficiando a sociedade, passa a vigorar com inigualável força nessa forma de Estado.

Assenta-se o sentimento de que "a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não-intervenção do Estado no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia". Na verdade, o ideário era não só de consagração do princípio do não intervencionismo Estatal, mas entendia-se que a ordem econômica (em seu sentido empírico) somente funcionaria se o Estado não intervisse na economia.

Um mercado atomista se formou, marcado pela iniciativa e atuação individual do agente.

Contudo, "a concepção de um liberalismo atomista, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida". Um "Estado industrial" se forma, a partir de meados do século XIX, e o capitalismo atomístico dá lugar a um capitalismo de grupo, no qual os agentes devem se concentrar para adquirir maior estabilidade, maximizando seus lucros e aumentando seu poderio no mercado.

Para demonstrarmos a importância do surgimento do Estado industrial e do fenômeno de concentração de capital, vale citar Gerard Farjat, citado pelo professor João Bosco Leopoldino:

"A concentração capitalista é o fenômeno decisivo do direito econômico. É ela que está na origem de todas as grandes mutações das sociedades industriais: a intervenção do Estado (...) é uma consequência da concentração".

De fato, a ação autofágica dos agentes econômicos exigiu a intervenção do Estado para garantir a própria liberdade do mercado, então ameaçada pelo demasiado poder econômico desses agentes (o poder econômico privado).

A crise do sistema capitalista de produção, a ocorrência da Primeira e Segunda Guerras Mundiais e a evidente insustentabilidade da situação a que eram submetidos os trabalhadores fez evidenciar-se uma questão social. E por mais irônico que possa parecer, o Estado passa, então, a atuar para salvar a liberdade de iniciativa que antes exigia a sua total abstenção para existir (na concepção dos liberais).

A Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, apresentam pela primeira vez a tendência de atuação do Estado no domínio econômico. Aquela, condicionou o exercício da propriedade privada à observância do interesse público (artigo 27) e estabeleceu o combate ao regime de monopólios, à concentração econômica e ao açambarcamento (artigo 28); esta, dispôs sobre a organização da vida econômica e fixou limites à liberdade econômica individual.

Cresce, à época, uma grande tendência de dirigismo Estatal da economia, com a centralização das decisões econômicas. No Welfare State, o Estado, mesmo mantendo o regime de mercado, ingressou na economia de forma tal a tornar-se uma personagem do jogo econômico, que exercia sua influência no interesse da coletividade.

A intervenção deixa de ser uma circunstância excepcional para tornar-se um elemento fundamental do Estado. A doutrina de John Maynard Keynes no ocidente, que apresentou um programa governamental do pleno emprego, foi de um impacto que passou a ser cognominada de "Revolução Keynesiana".

E enquanto Keynes reabilitava o capitalismo, o socialismo era implantado em nível nacional pela primeira vez, em 1917, na União das Repúblicas Socialistas Soviética - URSS, servindo de modelo a nações como China, Vietnã e Cuba.

Contudo, o Estado paternalista do Welfare, que não contava com a participação democrática, nem se fundamentava em uma legitimidade jurídica, acabou por se mostrar ineficiente quanto ao seu desempenho econômico de implementação dos direitos fundamentais, desenvolvimento econômico e maximização da riqueza coletiva. Um sentimento de descrédito se insurge contra esse Estado paternalista, o qual se incumba da tarefa de decidir o que seria o bem da coletividade sem uma relação de participação daquela.

O papel do Estado é redefinido pelo novo paradigma constitucional adotado. Surge então a teoria de uma constitucionalidade econômica compatível ao exercício da cidadania, com uma política econômica implantadora de direitos fundamentais, criada pelo discurso jurídico da livre criação e da processualidade (pelo contraditório, ampla defesa e isonomia) da ordem econômica. (BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. *A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade democrática brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 11,*

n.1305, 38 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9427>>. Acesso em: 06 jul.2009)

No Brasil, a política estatal intervencionista somente veio a compor a legislação constitucional brasileira com o texto de 1934, na qual se inseriu o título "Da Ordem Econômica e Social", haja vista que aquelas de 1824 e 1891 se adequavam à ideologia liberal pura do século XIX.

#### 1.4 Constituição Econômica.

A *ideologia constitucionalmente adotada* é o conjunto de princípios, fundamentos e regras dispostos na Constituição vigente em determinado Estado em um dado momento de sua história. Na hipótese de se tratar de um país onde vigore o Direito Consuetudinário, para a identificação da ideologia adotada, devem-se analisar e considerar os *princípios gerais aceitos* naquele contexto. No caso brasileiro atual, a ideologia que se adotou com a Constituição Federal de 1988 foi o neo-liberal, isto é, conciliaram-se ditames puramente liberais com outros socializantes. Se se considerar a Constituição Federal de 1981, notar-se-á, claramente, a ideologia estritamente liberal da mesma.

Não é necessária, portanto, para a constituição de uma ideologia constitucional, a pureza dos modelos e princípios ideológicos. Tanto modelos ideológicos puros, quanto mistos, podem ser absorvidos, de modo completo ou parcial, pela Constituição.

É através da identificação da ideologia acolhida pela Lei Maior que se conseguirá ter a noção da unidade da ordem jurídica, de forma a se perceber que esta não se trata, apenas, de uma somatória de normas, mas sim de um conjunto uno, coeso e coerente. (SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. *Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>>. Acesso em: 17 mar. 2009).*

Na Constituição Econômica Brasileira, os elementos ideológicos estão presentes, topicamente, em dois setores: na declaração de direitos fundamentais, individuais e coletivos e no Título VII, consagrado à Ordem Econômica e Financeira.

Na declaração de direitos fundamentais (art. 5º, da CF/88), interessa sobretudo a maneira como a Constituição disciplina a propriedade, sua função social e a iniciativa econômica (princípios da livre-iniciativa e livre-concorrência). É que, embora esses institutos interessem também para outros ramos do Direito, em nosso caso estão relacionados com a acumulação, a reprodução e a circulação da riqueza.

Deve-se ter sempre em mente que o interesse social, coletivo, público é superior ao particular, individual, privado. Em caso de incompatibilidade ou controvérsias, seguramente, a prevalência é do primeiro. E nesse sentido se deve pautar o Direito Econômico, na prioridade ao interesse social.

A dignidade da pessoa humana tem como corolário os princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º da CF/88) e alicerces da Ordem Econômica consagrada no art.170 da CF/88. Tais princípios refletem-se em todo o ordenamento jurídico, provocando alterações na legislação infraconstitucional como ocorridas no Código Civil e no direito falimentar.

O objetivo de nossa vigente ordem econômica é o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (é o importante art.170). Este é o valor jurídico que impregna a interpretação de todo o sistema.

A Constituição de 1988 aponta, em seu Preâmbulo, a igualdade e a justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” inclui a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art.1º, IV, da Constituição), o que demonstra ter sido todo o sistema jurídico voltado para a pessoa humana. Isto significa dizer que “existe um dever geral de respeito por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio (...) de que os direitos de uns encontram seu limite nos direitos dos outros (...). SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.55, n.352, p.85, fev.2007.

Sabe-se que o objeto do Direito Econômico é a regulamentação das medidas de política econômica. Ao mesmo tempo, notória é a adoção, pela atual Constituição brasileira, da garantia do exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos; da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como fundamentais e, finalmente, da prevalência dos Direitos Humanos como princípio.

### 1.5 Princípios da Ordem Econômica.

Por meio de mecanismos institucionais propiciados pelo direito econômico permite-se que o Estado fomente ações e condutas cuja finalidade é a produção de um determinado resultado econômico social e concreto.

As atuações do Estado neste campo podem necessitar de instrumentos intervencionista que são revestidos de diversas formas jurídicas, indo desde recomendações e diretivas até a fundação de empresas e o deferimento de incentivos ou sanções fiscais cujo objetivo é a prática ou a abstenção de determinadas condutas economicamente relevantes.

Inferese, por conseqüência, que o Direito Econômico está inserido no campo do direito público. E sua característica mais marcante, sem dúvida, é a interdisciplinariedade, uma vez que se pode constatar facilmente o grande número de instrumentos e áreas diversas que estão submetidos às normas de Direito Econômico.

Assim, não seria ousadia afirmar que o Direito Econômico é uma espécie de pólo pelo qual circulam o Direito Tributário, o Direito Administrativo, o Direito Financeiro, o Direito Ambiental e muitos outros.

Os princípios da ordem econômica e financeira, encontram-se no *caput* e incisos do art.170 da Constituição Federal, no primeiro capítulo do Título VII, sob a rubrica *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*.

De acordo com o nosso sistema constitucional, a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo fim é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se os seguintes princípios (art. 170, CF/88), que seguem:

- I - soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Na realidade, inúmeros outros princípios adotados pela Constituição têm evidente e direta repercussão econômica, no entanto, seguiremos somente com o tema proposto no presente trabalho, que trata da **defesa do consumidor**.

## 2. DIREITO DO CONSUMIDOR

### 2.1 Consumerismo.

As chamadas *relações de consumo* – que durante muito tempo haviam passado ao largo da pesquisa jurídica – eram estudadas apenas no âmbito da ciência econômica, mas passaram a fazer parte, modernamente, também da linguagem jurídica.

Em primeira análise, parece necessário entender-se o fenômeno do surgimento de um direito do consumidor. E, a partir desse dado, deve-se passar à análise do termo *consumerismo*, que é polêmico.

a) em **sentido amplo**, ele é utilizado para descrever todos os movimentos e esforços historicamente realizados no campo do direito, da política, da administração, da economia, entre outros, em defesa de todas as questões de alguma forma abrangidas pelo direito do consumidor.

Também em sentido amplo o direito do consumidor reporta-se a todo o regime de regulação econômica, envolvendo até mesmo relações entre governos e empresas e a tensão ideológica entre princípios opostos de justiça e de direito.

b) em **sentido estrito**, denominado “*consumerismo econômico*”, contudo, o termo designa a preocupação em defender os interesses exclusivamente econômicos do consumidor, isto é, custo e benefício economicamente mensuráveis.

#### 2.1.1 Evolução histórica do Direito do Consumidor.

O Direito do Consumidor é obra relativamente recente na Doutrina e na Legislação. Tem seu surgimento como ramo do Direito, principalmente, na metade deste século. Porém, indiretamente encontramos contornos deste segmento do Direito presente, de forma esparsa, em normas das mais diversas, em várias jurisprudências e, acima de tudo, nos costumes dos mais variados países. Porém, não era concebido como uma categoria jurídica distinta e, também, não recebia a denominação que hoje apresenta.

Altamiro José dos Santos destaca o Código de Hamurabi (2300 a.C.). Este já em seu tempo regulamentava o comércio, de modo que o controle e a supervisão se encontravam a cargo do

palácio. O que demonstrava que se existia preocupação com o lucro abusivo é porque o consumidor já estava tendo seus interesses resguardados. Santos lembra que: "consoante a" lei "235 do Código de Hamurabi, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (...)" (Santos, 1987. p. 78-79).

Desta norma podemos supor uma noção dos vícios redibitórios. Havia também regras contra o enriquecimento em detrimento de outrem ("lei" 48), bem assim a modificabilidade unilateral dos desajustes por desequilíbrio nas prestações, em razão de forças da natureza.

Os interesses dos consumidores já estavam resguardados na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do Século XVIII a.C., onde o Código de Massú previa pena de multa e punição, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros ("lei" 967) ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes ("lei" 968).

No Direito Romano Clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa, a não ser que estes fossem por ele ignorados. Porém, no Período Justiniano, a responsabilidade era atribuída ao vendedor, mesmo que desconhecesse do defeito. As ações redibitórias e  *quanti minoris* eram instrumentos, que amparadas à Boa-Fé do consumidor, ressarciam este em casos de vícios ocultos na coisa vendida. Se o vendedor tivesse ciência do vício, deveria, então, devolver o que recebeu em dobro.

"no período romano, de forma indireta, diversas leis também atingiam o consumidor, tais como: a Lei Sempcônia de 123 a.C., encarregando o Estado da distribuição de cereais abaixo do preço de mercado; a Lei Clódia do ano 58 a.C., reservando o benefício de tal distribuição aos indigentes e; a Lei Aureliana, do ano 270 da nossa era, determinando fosse feita a distribuição do pão diretamente pelo Estado. Eram leis ditadas pela intervenção do Estado no mercado ante as dificuldades de abastecimento havidas nessa época em Roma" (Prux, 1998. p. 79).

De acordo com os estudos de Waldírio Bulgarelli, "pode-se encontrar antecedentes os mais antigos: Aristóteles já se referia a manobras de especuladores na Grécia Antiga, e em Roma atestam-no a Lex Julia de cenomina, o Édito de Diocleciano e a Constituição de Zenon" (Bulgarelli, apud Prux, 1998. p. 79).

Há estudos que apontam depoimentos de Cícero (Século I a.C.) assegurando a garantia sobre vícios ocultos na compra-venda no caso do vendedor prometer que a mercadoria era dotada de determinadas qualidades e estas serem inexistentes.

"Pirenne, no comentário de sua obra cobrindo o século XIII, é bastante elucidativo no subtítulo - Proteção ao consumidor - ao escrever que a disciplina imposta ao artesão tinha naturalmente por objeto assegurar a qualidade dos produtos fabricados. Neste sentido – acrescenta textualmente o mestre gaulês - também favorecia o consumidor" (SIDOU, apud PRUX, 1998. p. 781).

A França de Luiz XI (1481) punia com banho escaldante aquele que vendesse manteiga com pedra no interior para aumentar o peso, ou leite com água para aumentar o volume.

O jurista português Carlos Ferreira Almeida afirma que no Direito Português:

"os códigos penais de 1852 e o vigente de 1886 (...), reprimindo certas práticas comerciais desonestas, protegiam indiretamente interesses dos comerciantes: sob o título genérico de crimes contra a saúde pública, punem-se certos actos de venda de substâncias venenosas e abortivas (art. 248º) e fabrico e venda de gêneros alimentícios nocivos à saúde pública (art. 251º); consideram-se criminosas certas fraudes nas vendas (engano sobre a natureza e sobre a quantidade das coisas – art. 456); tipificava-se ainda como crime a prática do monopólio, consistente na recusa de venda de gêneros para uso público (art. 275º) e alteração dos preços que resultariam da natural e livre concorrência, designadamente através de coligações com outros indivíduos, disposições revogadas por legislação da época corporativista, que regrediu em relação ao liberalismo consagrado no código penal" (ALMEIDA, 1982. p. 40).

Na Suécia, a primeira legislação protetora do consumidor foi em 1910.

Já nos EUA, em 1914, criou-se a Federal Trade Commission, que tinha o objetivo de aplicar a lei antitruste e proteger os interesses do consumidor. Também nos EUA, em 1773, em seu período de colônia, o episódio contra o imposto do chá no porto de Boston (*Boston Tea Party*) é um registro de uma manifestação de reação dos consumidores contra as exigências exorbitantes do produtor inglês.

A Revolução americana de 1776 foi uma revolução do consumidor. Pois nas palavras de Miriam de Almeida Souza, foi uma revolução

"contra o sistema mercantilista de comércio britânico colonial da época, no qual os consumidores americanos eram obrigados a comprar produtos manufaturados na Inglaterra, pelos tipos e preços estabelecidos pela metrópole, que exercia o seu monopólio. (...) Samuel Adams, uma figura marcante no episódio do chá no porto de Boston, que, já em 1785 na República, reforçou as seculares "assizes" (Leis do Pão), da antiga metrópole, apontando sua assinatura na lei que proibia qualquer adulteração de alimentos no estado de Massachusetts" (SOUZA, 1996. p. 51). Pode-se notar que esta lei representa um marco histórico na luta pelo respeito aos direitos do consumidor.

No Brasil o Direito do Consumidor surgiu entre as décadas de 40 e 60, quando foram sancionadas diversas leis e decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Dentre todas, pode-se citar: a Lei n. 1221/51, denominada Lei de Economia Popular; a Lei Delegada n. 4/62; a Constituição de 1967 com a emenda n. 1/69, que consagrou a defesa do consumidor; e a Constituição Federal de 1988, que apresenta a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170) e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente determinou a criação do Código de Defesa do consumidor.

### **2.1.2 O surgimento do Direito do Consumidor do prisma da evolução do Estado Liberal.**

O Estado Liberal surgiu no século XVIII em contraposição ao Estado absoluto e veio assegurar o indivíduo em face do Estado. O Estado Liberal tem como características o poder limitado; os direitos individuais e políticos; a defesa da livre iniciativa e livre concorrência e a não intervenção do Estado na esfera privada. Adam Smith, um dos principais pensadores do liberalismo, afirmava:

"É suficiente que deixemos o homem abandonado em sua iniciativa para que ao perseguir seu próprio interesse promova o dos demais. O interesse privado é o motor da vida econômica" (SMITH, apud DERANI, p.32).

Assim, neste período, as leis eram feitas para dar sustentação ao liberalismo econômico. O Direito regia-se pelos Princípios da Autonomia da Vontade, do Consensualismo e da Obrigatoriedade Contratual.

No século XIX, com o advento da Revolução Industrial, houve uma substituição da maquinofatura pela máquina, as pessoas deixaram de trabalhar em casa e foram trabalhar nas fábricas e ao redor destas surgiram os centros urbanos. As fábricas, devido à automação incipiente das máquinas, não empregaram a grande parte da população, gerando o desemprego e a conseqüente a exclusão social daqueles que estavam desempregados. A grande procura por empregos gerou a desvalorização da mão-de-obra. A liberdade contratual, instituída na Revolução Francesa, aliada a grande oferta de trabalho, fazia com que as pessoas, para se manterem empregadas, se submetessem à exploração. Concomitante a estes fatos, a livre incitava e livre concorrência defendida pelos liberais não se concretizou, pois a concorrência não se iniciava em condições iguais e as regras do jogo não eram respeitadas. Com isso, algumas empresas que se enriqueceram, gerando uma concentração econômica.

O Estado Social surge no século XX como resposta à miséria e a exploração de grande parte da população. O Estado Social tem como características o poder limitado, a garantia os direitos individuais e políticos, acrescentando a estes os direitos sociais e econômicos. Logo, o Estado passou a intervir na Economia para promover justiça social. Nas Constituições promulgadas adotando esse modelo de Estado, os direitos individuais eram mais importantes que os direitos sociais. Estes foram regulados como normas pragmáticas, dependendo, então, de regulamentação. Assim ocorreu com a Constituição brasileira de 1988 que dispõe que "*o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor*". Portanto, a Constituição Federal de 1988 exigiu que o Estado abandonasse a sua posição de mero espectador da sorte do consumidor, para adotar um modelo jurídico e uma política de consumo que efetivamente protegesse o consumidor. Isso porque, o Código Civil, formulado segundo o pensamento liberal, trouxe o vício redibitório como meio de proteção do consumidor. Esse meio, no entanto, mostrou-se ineficaz para a proteção do consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, editado segundo os Princípios de um Estado Democrático de Direito, em muito inovou em comparação com o Código Civil. Façamos, aqui, uma comparação exemplificativa entre as regras deste e as do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O Código Civil fala em *coisas*, objeto de contratos comutativos e em bens e imóveis. Já o Código de Proteção e Defesa do Consumidor fala em produtos, que seriam quaisquer bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, duráveis e não duráveis e em serviços. Outro ponto é que o Código Civil fala em *defeitos ocultos* que tornem a coisa imprópria para o uso ou diminuam o seu valor. Por sua vez o Código de Proteção e Defesa do Consumidor acrescenta que o defeito pode até mesmo ser de fácil constatação e que a coisa poderá ser enfeitada por não conferir com as especificações da embalagem, do rótulo, da propaganda, etc.

Além disso, o prazo decadencial para substituir, devolver ou pedir abatimento do preço da coisa também foi ampliado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

### **2.1.3 A Revolução Industrial e o Direito do Consumidor.**

O período da Revolução Industrial é de grande importância para o desenvolvimento do Direito do Consumidor.

"Antes da era industrial, o produtor-fabricante era simplesmente uma ou algumas pessoas que se juntavam para confeccionar peças e depois trocar os objetos (**bartering**). Com o crescimento da população e o movimento do campo para as cidades, formam-se grupos maiores, a produção aumentou e a responsabilidade se concentrou no fabricante, que passou a responder por todo o grupo" (SOUZA, 1996. p.48).

O advento da Revolução Industrial foi responsável pelo crescimento da chamada produção em massa. Devido a este movimento, a produção perdeu seu toque "pessoal" e o intercâmbio do comércio ganhou proporções ainda mais despersonalizadas, já que passaram a haver outros intermediários entre a produção e o consumo. Em consequência disto, "o produtor precisava dar escoamento à produção, praticando, às vezes, atos fraudulentos, enganosos, por isso mesmo, abusivos. A justiça social, então, entendeu ser necessária a promulgação de leis para controlar o produtor-fabricante e proteger o consumidor-comprador" (SOUZA, 1996. p. 48).

Acrescenta-se, ainda, que "o produtor, via de regra, sempre se interessou mais pela parte monetária do que com o produto, ou mesmo em satisfazer o consumidor" (SOUZA, 1996. p. 48).

O crescimento e contínuos avanços das tecnologias fizeram com que fossem inseridas na mente do consumidor as idéias de que ele estava precisando de mais objetos que até o momento nunca sentira necessidade de adquirir em sua vida cotidiana. O produtor estava sempre interessado em formas para escoar sua produção e manter o fluxo de produção-consumo. Logo, sentiu necessidade de estimular o consumidor a uma necessidade, ainda que artificial, para manter o processo produtivo em funcionamento. Criou-se, desta forma, o que o professor Thierry Bourgoignie, da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Louvain, na Bélgica, denomina de "norma social do consumo", que: "faz com que o consumidor perca o controle individual das decisões de consumo e passe a ser parte de uma classe, a "consommariat", conferindo claramente uma dimensão social ao consumidor e ao ato de consumir" (BOURGOIGNIE, apud SOUZA, 1996. p. 48).

### 2.1.4 “A Selva”.

O norte-americano Upton Sinclair, em 1906, escreveu um romance chamado *The Jungle* (*A Selva*). Este serviu para despertar no povo do seu país o mais vivo interesse pela problemática do consumidor. Sinclair era um jovem jornalista, dotado de idéias socialistas, que, no intuito de justificar e fundamentar suas reivindicações proletárias, consistentes de melhorias de salário e de condições de trabalho, disfarçou-se em operário para realizar suas observações na cidade de Chicago. Em seu romance, ele retrata em cores ousadas e dramáticas o impacto social do capitalismo industrial no começo do século XX.

"Os principais personagens eram de uma família de camponeses lituanos que vieram trabalhar pelos contos e fantasias de liberdade e pujança na América" (Souza, 1996. p. 52).

Sinclair demonstra os abusos cometidos pela indústria da carne, ao descrever de forma bem realística os alimentos deteriorados. Um exemplo é o seguinte trecho de sua obra:

"a carne misturada com pedaços de tecidos esfarrapados e sujos, pães mofados, moídos juntamente com os enchimentos das lingüiças vendidas em Chicago, embora proibidas no comércio exterior" (SINCLAIR, apud SOUZA, 1996. p. 52).

O impacto da novela *The Jungle* foi de um modo tão avassalador, que logo sofreu traduções para 17 idiomas. O romance acabou, também, por inspirar a elaboração de duas leis federais nos EUA, que fortaleceram a fiscalização da pureza da carne, a *Meat Inspection Act* e a *Pure Food and Drug Act*, de 1906.

### 2.1.5 O Direito do Consumidor na Segunda Guerra Mundial e no cenário do Pós-Guerra.

Foi em plena Segunda Guerra Mundial, quando a produção estava a serviço e controle do Estado, que se despontava na América Keynesiana o movimento em prol dos direitos do consumidor. Mas curiosamente, foram o surgimento da mídia e as conquistas tecnológicas que deram causa ao ressurgimento da defesa do consumidor.

"a guerra intensificou a produção industrial em massa, e contribuiu para as grandes invenções e o aprofundamento da produção em série. Todo o esforço da guerra resultou, inevitavelmente, em aumento substancial de produção no posterior tempo de paz. O **know-how** gerado para a guerra provocou, então um crescimento em vários segmentos industriais, gerando um arsenal de produtos supérfluos e diversificados, em um mercado antes restrito somente ao essencial. Com o advento da televisão, resultou da propaganda informativa o **marketing**(desenvolvido em forma

de propaganda de guerra), com o objetivo de escoar a produção no mercado. Com isso, aumentaram os problemas relacionados à produção e ao consumo, em face de uma competitividade altamente sofisticada por causa das novas mídias e das próprias complexidades dos mercados surgidos no pós-guerra, e do advento do **marketing** científico. Passou-se então a praticar uma concorrência desleal, fortalecendo a tendência da formação dos cartéis, trustes e oligopólios, o que sem dúvida, colaborou, dentre outros motivos, para o agravamento dos problemas sociais e conflitivos urbanos em decorrência da concentração de renda" (Souza, 1996. p. 54).

Podemos perceber que esses problemas influenciaram sensivelmente a vida dos consumidores, quer seja pela alta dos preços, queda na qualidade de vida ou aumento da poluição.

Após o período do pós-guerra acontece o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, o que enfraquece o princípio da força obrigatória dos contratos. Esta restauração se deu sob o nome de "teoria da imprevisão" e visava a quebra do princípio do *pacta sunt servanda*. Esta quebra possibilitou o surgimento do Direito do Consumidor, que se fundamentava a partir da responsabilidade civil objetiva e do reconhecimento dos interesses e direitos difusos.

Orlando Gomes afirma que:

"o princípio da força obrigatória das convenções, pelo qual o juiz estava obrigado a fazer cumprir os efeitos do contrato, quaisquer que fossem as circunstâncias ou as conseqüências, está abalado. O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, tendo aplicação imediata, alteram os efeitos dos contratos anteriormente praticados, e vai se admitindo o poder do juiz de adaptar seus efeitos às novas circunstâncias (*cláusula rebus sic stantibus*), ou de exonerar o devedor do seu cumprimento, se ocorrer imprevisão. Por fim, desde que os contratos são fonte de obrigações e estas importam limitação da liberdade individual, entendia-se que os seus efeitos não deveriam atingir a terceiros. O contrato era **res inter alios acta**. Mas as necessidades sociais impuseram a quebra, ainda que excepcional, desse princípio da relatividade dos efeitos do contrato, para a satisfação de certos interesses coletivos privados" (GOMES, 1979. p. 105-106).

A partir das iniciativas do presidente americano John Fitzgerald Kennedy, na década de 60, houve a consolidação do Direito do Consumidor nos Estados Unidos. Dirigindo-se por meio de uma mensagem especial ao Congresso Americano, em 1962, Kennedy identificou os pontos mais importantes em torno da questão:

"(1) os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para os uso, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória;

- (2) que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que detenha o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado;
- (3) tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços;
- (4) e ainda o direito a preços justos" (SOUZA, 1996. p. 56).

Seguindo o exemplo de Kennedy, a Comissão de Direitos Humanos das nações Unidas, na sua 29ª Sessão em 1973, em Genebra, também reconheceu os princípios e chamou-os de Direitos Fundamentais do Consumidor. Por sua vez, o programa Preliminar da Comunidade Européia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores dividia os direitos fundamentais em cinco categorias:

- "(1) proteção da saúde e da segurança;
- (2) proteção dos interesses econômicos;
- (3) reparação dos prejuízos;
- (4) informação e educação;
- (5) representação (ou direito de ser ouvido)" (SOUZA, 1996, p. 56).

Em 1985, as Nações Unidas, por meio da Resolução n.º 39/248, estabelece objetivos, princípios e normas para que os governos membros desenvolvam ou reforcem políticas firmes de proteção ao consumidor. Esta foi, claramente, a primeira vez que, em nível mundial, houve o reconhecimento e aceitação dos direitos básicos do consumidor. O Anexo 3 da Resolução mostra quais são os princípios gerais que serão tomados como padrões mínimos pelos governos:

- "(a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança;
- (b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- (c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- (d) educar o consumidor;
- (e) criar possibilidade de real ressarcimento ao consumidor;
- (f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidade para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes" (SOUZA, 1996. p.57).

Miriam Souza lembra, ainda, que:

"as Nações Unidas também entendem como medida para a proteção dos consumidores o Código de Conduta para as Firms Transnacionais, projeto de ONU desde meados dos anos 60, ponto de vista compartilhado pela Organização Internacional das Associações de Consumidores (International Organization of Consumers Unions – IOCU), com sede em Haia" (Souza, 1996. p. 57).

O IOCU é amplamente respeitado entre as associações de consumidores no mundo. E sobre os direitos do consumidor enumera:

- "(1) segurança – proteção contra produtos, processos e serviços nocivos à saúde ou à vida;
- (2) informação – conhecimento dos dados necessários para fazer escolhas e decisões informadas;
- (3) escolha – acesso a uma variedade de produtos e serviços com qualidade e preços competitivos;
- (4) a ser ouvido – exposição e consideração das perspectivas dos consumidores na formação das políticas nacionais;
- (5) indenização – solução justa de queixas justas;
- (6) educação – aquisição dos conhecimentos e das habilidades necessárias para ser um consumidor informado ao longo da vida;
- (7) ambiente saudável – ambiente físico apto a proporcionar melhor qualidade de vida agora e no futuro" (SOUZA, 1996. p. 58).

A proteção do Direito do Consumidor é de tamanha relevância, que muitos dos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, já consagram, acolhendo a Resolução da ONU.

## **2.2 A Constituição Brasileira e o Direito do Consumidor.**

A questão dos Direitos do Consumidor é tão importante que em três oportunidades distintas é tratada na Constituição Federal vigente. A primeira vez, já em seu Capítulo I do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos estabelece a Carta magna, no artigo 5º, XXXII que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" o que quer dizer, em outras palavras, que o Governo Federal tem a obrigação de defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis.

A segunda vez que a Constituição menciona a defesa do consumidor é quando trata dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, citando em seu artigo 170, V, que a defesa do consumidor é um dos princípios que devem ser observados no exercício de qualquer atividade econômica.

Finalmente, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determina que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor.

Estes três dispositivos constitucionais são mencionados no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Além de outros institutos de proteção que o consumidor pode se valer, como:

- . a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo, instrumento jurídico passível de ser utilizado para a defesa e preservação dos interesses e direitos dos consumidores (art. 5º, LXX);
- . a possibilidade de impetração de ação civil pública pelo Ministério Público para a proteção dos direitos dos consumidores - direitos difusos (art. 129, III).

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a sensibilização dos

"constituintes de 1887/88, foi obtida por unanimidade na oportunidade do encerramento do VII Encontro Nacional das (...) Entidades de Defesa Do Consumidor, desta feita realizado em Brasília, por razões óbvias, no calor das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, e que acabou sendo devidamente protocolada e registrada sob n.º 2.875, em 8-5-87, trazendo sugestões de redação, inclusive aos então artigos 36 e 74 da Comissão "Afonso Arinos", com especial destaque para a contemplação dos direitos fundamentais do consumidor (ao próprio consumo, à segurança, à escolha, à informação, a ser ouvido, à indenização, à educação para o consumo e a um meio ambiental saudável)." (FILOMENO, 1991. p. 21-22).

Mas, o Código do Consumidor é só o início. É o que alerta o jurista Fábio Konder Comparato: "na verdade, a dialética *produtor x consumidor* é bem mais complexa e delicada do que a dialética *capital x trabalho*" (grifo nosso) (COMPARATO, apud SOUZA, 1996. p. 59).

Assim, em março de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que buscou inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes, como as leis gerais da Espanha, Portugal, México e Quebec, além do Direito norte-americano, e que se revelou, desde a sua edição, um diploma moderno cujas normas e princípios são de ordem pública e de interesse social e, por isso, de aplicação imediata.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor decorre diretamente da Constituição da República de 1988, e tem o caráter de verdadeiro microssistema jurídico, inter e multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do Direito em que ocorrer uma relação de consumo.

O CDC "desempenhou o papel deflagrador de um repensar crítico do direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como *consumerismo*, que procurava se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil original". TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.56, p.9, out/dez.2005.

O direito do consumidor “surgiu para reduzir a disparidade de poder entre os fornecedores e os consumidores, que resultava da aplicação das regras do Direito das Obrigações e do Direito Comercial.

Por isso, surgiu a necessidade de se coordenar a atuação do Código de Defesa do Consumidor (lei especial) com o novo Código Civil (lei geral), com âmbito de abrangência maior), para que se tenha um sistema jurídico eficiente e justo, interpretando seus princípios conforme a Constituição, devido à sua supremacia no ordenamento jurídico.

“O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais”.

### **2.3 Conceito de Consumidor.**

Em 1988 foi publicado pelo então promotor de justiça de São Paulo, Herman Benjamin, artigo já clássico onde o autor buscava, com o auxílio de textos de legislação e doutrina estrangeira, delimitar o conceito de *consumidor*.

Àquela época e ainda hoje o tema é tormentoso:

"Embora o vocábulo *consumidor* não esteja assentado com um conceito claro, já se podem identificar algumas áreas de disputa conceitual: a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoal natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nos casos de relações jurídicas extracontratuais; c) quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos."

Na legislação estrangeira não é possível encontrar uma definição uniforme. Em alguns sistemas simplesmente não há definição legal de *consumidor*, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência fazê-lo – nesses casos, de modo geral, tende-se para uma conceituação mais restrita; nos demais, cada país adota um conceito diferente, de acordo com as suas peculiaridades sociais e econômicas. Onde não há uma legislação consumerista codificada chega a haver diversos conceitos de *consumidor*, um aplicável para cada situação específica regulada por aquela lei.

A nossa legislação, mesmo codificada, trás quatro definições diferentes de *consumidor*: uma chamada de ‘consumidor *standard*’, e outras três de ‘consumidor equiparado’. A que se mostra mais espinhosa é sem dúvida a primeira.

A existência de diversos conceitos no direito positivo se mostra necessária, pois não são somente aqueles participando efetivamente das relações de consumo que estão sujeitos a sofrer danos em decorrência dessas relações; há uma série de situações extracontratuais, bem como pré e pós-contratuais, onde sujeitos a princípio não classificados como consumidores são colocados numa posição semelhante, de modo que não seria justo nem equitativo dar-lhes tratamento legislativo diferenciado.

### **2.3.1 Conceito de consumidor *standard*.**

Inicialmente, consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (art. 2º, *caput*); em outros termos, é consumidor "qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço."

Rizzatto Nunes acrescenta que "a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome", ao que, palavras de Roberto Senise Lisboa, resulta em "substancial modificação do princípio geral da relatividade dos efeitos", possibilitando a proteção de terceiro estranho ao contrato – há uma prevalência da "relação de consumo" sobre o "contrato de consumo", na delimitação do âmbito de proteção oferecido pela lei.

Apesar de não haver disposição expressa, ao contrário do que ocorre em relação ao fornecedor, James Marins entende que também o ente despersonalizado pode ser tomado como consumidor, citando como exemplo a entidade familiar. Maria Antonieta Donato o acompanha em parte, discordando apenas da inclusão da família nessa situação, e cita como exemplos o condomínio edilício e o espólio – para a autora, cada um dos membros da família deveria pleitear seus interesses individualmente.

Muito antes da edição do CDC, Fábio Konder Comparato, buscando apoio na doutrina estrangeira, buscou delimitar o conceito de consumidor, dando especial atenção à finalidade da aquisição do produto ou serviço:

"O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor

medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria."

Antes da edição do CDC era comum encontrar esse tipo de definição, muito mais preocupada com a proteção do consumidor pessoa física. Porém, com a lei veio a superação desses conceitos baseados nas lições européia e norte-americana; a legislação brasileira veio com uma proposta muito mais ousada, buscando uma proteção mais ampla e generalizada.

Apesar da disposição inequívoca da lei, surgiu na doutrina, com reflexos na jurisprudência, dissenso sobre quem poderia ser classificado como destinatário final do produto ou serviço.

Duas correntes principais, e antagônicas, formaram-se: uma restringindo o conceito de consumidor, buscando aproximá-lo o mais possível da doutrina européia, enquanto a outra trata de dar maior aplicabilidade à lei, defendendo a sua incidência sobre o maior número de relações jurídico-obrigacionais.

### **2.3.2 Conceito objetivo de consumidor.**

Para os juristas que vêem no CDC uma regulamentação para o mercado de consumo em geral, o conceito de *destinatário final* não pode sofrer restrições, principalmente porque a própria lei não as faz.

Roberto Senise Lisboa vê na expressão *destinatário final* a adoção pelo CDC da teoria da causa na relação jurídica de consumo, "tornando necessária a análise da causa da aquisição ou da utilização do produto ou do serviço"; a causa da formação da relação de consumo deverá estar relacionada "à transmissão definitiva ou provisória de produto ou de atividade humana remunerada, sem que outra destinação seja objetivada pelo beneficiado (adquirente ou usuário)".

Não obstante, para a definição do conceito de *consumidor* deve-se tão somente analisar os critérios objetivos dados pela própria lei, não havendo qualquer necessidade de inquirir sobre aspectos subjetivos. Assim, consumidor é todo aquele que retira o produto ou serviço do ciclo produtivo-distributivo, i.e., aquele que não o revende nem o incorpora na produção de um novo. Podem ser citados como defensores dessa interpretação, com variações, Rizzatto Nunes, Nery Jr., Roberto Senise Lisboa, João Batista de Almeida e James Marins.

Assim, Rizzatto Nunes define como *consumidor*, além do "destinatário final" que adquire o produto ou serviço para uso próprio (sem finalidade de produção), também quando há a finalidade de produção, "desde que o produto ou serviço (...) sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar". Exclui as situações em que o produto ou serviço "é entregue com a finalidade específica de servir como 'bem de produção' para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção; o consumidor comum não o adquire". James Marins, João Batista de Almeida, e Roberto Senise Lisboa excluem do conceito de *consumidor* apenas o adquirente de produto que será objeto de transformação ou implementação com reinserção na cadeia produtiva-distributiva, ou simplesmente com o intuito de revendê-lo. Assim, se a implementação ou transformação é feita para o uso próprio do adquirente, ele será o destinatário do produto ou serviço e, portanto, consumidor – não se discute se o bem é *de produção* (utilizado para implementar a produção) ou não. Mais, como a lei não faz qualquer restrição quando utiliza o termo *pessoa jurídica*, não caberia ao intérprete/aplicador fazê-lo. É certo que dessa conceituação estaremos trazendo para a relação de consumo situações que vão contra o senso comum. Porém, bom ou mal, é o que nos é dado pela lei, não cabendo ao intérprete/aplicador impor suas opiniões sobre a norma.

### 2.3.3 Conceito subjetivo de consumidor.

Cláudia Lima Marques, adepta da dita "corrente finalista", dá um conceito restritivo de *destinatário final*: ela o identifica com a pessoa física que retira o bem de mercado, o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, i.e., não pode estar adquirindo para revenda ou uso profissional, "pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu". Admite, porém, que o profissional pessoa física ou pequena empresa que tenha adquirido um produto fora de seu campo de especialidade, i.e., sem o intuito de obter lucro com a sua futura negociação, possam ser considerados *consumidores* – note-se que essa definição é intimamente ligada às qualidades econômicas do adquirente.

Para Maria Antonieta Donato o consumidor deve ser conceituado dentro do âmbito da relação de consumo, não sendo possível fazê-lo sobre o ato de consumo. Assim, "não se analisa o consumidor unicamente em relação à prática do ato, mas sim, em função da *qualidade subjetiva* daquele que pratica a relação de consumo e em função da *destinação* que *ele* dará ao produto", em outras palavras "a finalidade prática do ato e não o ato em si". Não basta que retire o produto

do mercado; deve-se mesclar a qualidade do adquirente do produto com a finalidade para que o adquiriu.

Assim, para que a pessoa jurídica, ou a pessoa física em atuação profissional ('consumidor-profissional'), possa ser considerada consumidora, haveria três fatores de discrimen: o primeiro estaria na aquisição de produto, "retirando-o da cadeia produtiva e, não se caracterizando a aquisição para o uso profissional", i.e., sua utilização para implementar o processo produtivo; o segundo estaria na configuração no caso concreto da vulnerabilidade, havendo, porém, presunção de vulnerabilidade em seu favor; e por fim, deve haver comprovação de que a contratação se deu fora do seu campo de atuação usual.

De acordo com Filomeno, o Código teria adotado o *conceito econômico* de consumidor, é dizer: o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata serviços, como destinatário final, em benefício próprio ou de terceiro, agindo com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Assim, somente se justificaria a inclusão da pessoa jurídica como consumidora na medida em que houver *efetiva* vulnerabilidade econômica em face do fornecedor a ser protegida, o que o citado autor identifica com as pessoas jurídicas que não tenham finalidade lucrativa, pois somente essas seriam "vulneráveis".

Quanto à "vulnerabilidade" utilizada como elemento do conceito de *consumidor*, Roberto Senise Lisboa tece as seguintes considerações, que subscrevemos integralmente:

"A vulnerabilidade do consumidor é presunção absoluta no mercado de consumo, em face do fornecimento dos produtos e serviços e do domínio da tecnologia e da informação que o fornecedor possui sobre eles.

"É imperativo lembrar que a vulnerabilidade não se constitui, necessariamente, no critério legal para a definição do consumidor e da relação de consumo, pois é ela um *posterius*, que surge como consequência do reconhecimento da existência da relação de consumo. E, por decorrência, de que a aquisição do produto ou do serviço foi realizada por um sujeito de direito que se enquadra na definição legal de consumidor.

"Aquele que vier a ser considerado consumidor é quem se beneficiará da presunção de vulnerabilidade diante do fornecedor. E essa presunção é *iure et de iure*, ou seja, não admite prova em sentido contrário. Mas a vulnerabilidade não é pressuposto do reconhecimento de que um sujeito adquiriu determinado produto ou serviço como consumidor. Pelo contrário. Do reconhecimento da situação de consumidor do sujeito em dada relação jurídica é que se impõe o princípio geral da vulnerabilidade."

É interessante notar que com base no mesmo "conceito econômico de consumidor", Herman Benjamin afirma que o conceito de consumo final e intermediário estão unidos, de modo que, na teoria econômica, consumidor é:

"qualquer agente econômico responsável pelo ato de consumo de bens finais e serviços. Tipicamente, o consumidor é entendido como um indivíduo, mas, na prática, consumidores serão instituições, indivíduos e grupos de indivíduos."<sup>1</sup>

Destarte, não obstante essas considerações, para que a pessoa jurídica possa ser considerada consumidora, além dos requisitos acima, os bens adquiridos devem ser bens de *consumo* e não de *capital* (que integram a cadeia produtiva); "aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviço" não pode ser considerado consumidor, mas tão somente aquele que "retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (Endverbraucher)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção". Em outras palavras, consumidor "seria toda pessoa situada no término da cadeia de consumo e que encerra a circulação econômica de um produto ou serviço em vez de sobre ele atuar com vistas a sua transformação, distribuição, fabricação ou prestação."

A justificativa dessa posição mais restritiva é feita com base no argumento de que o consumidor deve receber tratamento especial e diferenciado, e a generalização da aplicação da legislação de proteção ao consumidor, estendendo o rol dos beneficiados por essa proteção, iria terminar por dar tratamento igual para todos, desvirtuando a finalidade do Direito do Consumidor de "proteger a parte mais fraca ou inexperiente na relação de consumo" .

Como já notado acima, os defensores desta corrente interpretativa usualmente fundamentam suas posições não tanto nas disposições do CDC, mas mais presos às definições elaboradas antes da publicação da lei, e de doutrina e legislação estrangeira, passando muitas vezes ao largo do texto legal.

Sobre esse ponto é relevante o pensamento de James Marins:

"Esclareça-se, apenas, como premissa para este estudo, nosso entendimento de que havendo no direito positivo conceito preciso de consumidor – como em verdade ocorre com o art. 2º aqui objeto do nosso estudo –, e que albergue conceito próprio indubitado, não se pode pretender submetê-lo às teorias jurídicas informadoras de sistemas alienígenas, teorias essas ora textualmente recebidas pelo legislador, ora textualmente afastadas em prol da elaboração de um sistema próprio."

"Condicionar-se o conceito de consumidor à constatação de sua hipossuficiência seria, em verdade, enfraquecer o sistema protetivo inaugurado pelo CDC, deslocando para o moedicho critério subjetivo conceito que, no nosso sistema, é claramente e intencionalmente informado pela objetividade."

### 2.3.4 Posições do STJ e STF.

O STJ sempre buscou evitar a aplicação indiscriminada do CDC, evitando assim, segundo entendiam os ministros, um "desvirtuamento do sistema protetivo eleito pelo Código". Isso não impediu que de início houvesse uma interpretação objetiva do conceito de *consumidor*, com leves temperamentos, para excluir a incidência do CDC em situações em que fosse verificado o expressivo porte financeiro ou econômico: da pessoa jurídica tida por consumidora; do contrato celebrado entre as partes; de outra circunstância capaz de afastar a hipossuficiência econômica, jurídica ou técnica.

Porém, recentemente, houve uma virada de entendimento, pacificando-se o conceito subjetivo de consumidor, praticamente excluindo as pessoas jurídicas consumidoras do âmbito de proteção do Código.

Neste sentido é o atual posicionamento da Min. Nancy Andrighi, outrora ardente defensora da corrente contrária: não basta que o consumidor (adquirente de produto ou serviço, ou utente do serviço público) seja "destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta." E mais adiante afirma que a relação de consumo "não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro."

Mais uma vez, a jurisprudência tempera a posição doutrinária, admitindo exceções:

"Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores."

Se antes a demonstração da inexistência de vulnerabilidade fazia excluir a aplicação do CDC, agora somente a demonstração da vulnerabilidade convencerá os julgadores de que a pessoa jurídica é consumidora.

Chamado a decidir questão sobre o campo de incidência do CDC, o STF incidentalmente manifestou-se sobre o conceito de *consumidor*. Eis o trecho do voto condutor do Min. Eros Grau sobre a questão:

Como observei também em outra oportunidade, o Código define "consumidor", "fornecedor", "produto" e "serviço". Entende-se como "consumidor", como "fornecedor", como "produto" e como "serviço", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, o que descrito está no seu art. 2º e no seu art. 3º e §§1º e 2º.

Inútil, diante disso, qualquer esforço retórico desenvolvido com base no senso comum ou em disciplinas científicas para negar os enunciados desses preceitos normativos. Não importa seja possível comprovar, por  $a + b$ , que tal ente ou entidade não pode ser entendido, economicamente, como consumidor ou fornecedor. O jurista, o profissional do direito não perde tempo em cogitações como tais. Diante da definição legal, força é acatá-la. Cuide apenas de pesquisar os significados dos vocábulos e expressões que compõem a definição e de apurar da sua coerência com o ordenamento constitucional.

O art. 2º do Código diz que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". E o § 2º do art. 3º define como serviço "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". Assim temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é "consumidor", inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de não haver um aprofundamento na definição de o que seria "destinatário final", ficou claro o dissídio entre a posição sufragada pelo STF, mais ligada à definição objetiva de consumidor, e aquela que vem sendo adotada pelo STJ.

### **2.3.5 O consumidor por equiparação.**

Diversas pessoas, ainda que não possam ser consideradas consumidoras no sentido estrito, podem vir a ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado, vindo a intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade; anda que não

possam ser consideradas consumidores *stricto sensu*, a posição preponderante do fornecedor a posição de vulnerabilidade dessas pessoas justificam a equiparação feita pelo legislador.

A conceituação legal não se ocupa apenas da aquisição efetiva de produtos e serviços, mas também com a sua potencial aquisição – assim, também estão protegidos os potenciais consumidores.

### **2.3.6 O interveniente nas relações de consumo.**

"Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (art. 2º, parágrafo único).

Esse parágrafo é de difícil interpretação, e os comentadores, mais preocupados com o *caput* deste artigo, não se aprofundam no tema. A dificuldade está principalmente em construir uma interpretação desta norma de modo que não se confunda com as demais regras de abertura do Código, atribuindo-lhe conteúdo e significado próprios.

Rizzatto Nunes afirma que "a hipótese dessa norma diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, mas sem sofrer danos, já que neste caso o art. 17 enquadra a questão", o que não diz muito.

Fábio Ulhoa define as pessoas abrangidas por essa norma não como integrantes do grupo de consumidores em potencial, mas "as pessoas do relacionamento social do consumidor que podem sofrer eventuais efeitos indiretos da relação de consumo". Porém, parece-nos que essas pessoas estão mais bem colocadas nas demais definições trazidas pelo Código: quando forem consumidoras efetivas, ou quando forem vítimas de acidente de consumo, ou ainda estiverem expostas às práticas comerciais ou contratuais.

Pela leitura dos demais artigos, fica difícil enxergar um campo de incidência para o parágrafo único, do art. 2º.

Se a pessoa interveio na relação de consumo, ou será fornecedor ou será consumidor. Eliminando aqueles definidos no *caput* do art. 3º (fornecedores) e no *caput* do art. 2º (consumidores), não sobra ninguém!

Seguindo raciocínio semelhante, Mirella Caldeira conclui que a função deste dispositivo é "reforçar a idéia da tutela dos interesses difusos e coletivos", que já têm previsão nos art. 6º, VI e 81.

É dizer, enquanto o *caput* do art. 2º garante a proteção individual do consumidor, o parágrafo único do mesmo artigo garante a sua proteção coletiva.

### **2.3.7 A vítima de acidente de consumo.**

"Para os efeitos desta Seção [da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento" (art. 17). Assim, qualquer vítima de um produto ou serviço receberá a proteção do CDC como se consumidor fosse, mesmo que não possa ser assim considerado com base na definição do art. 2º, aplicando-se integralmente as normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto, independente de haver qualquer relação prévia entre fornecedor e vítima, não se exigindo que a vítima seja consumidor final.

Mesmo o adquirente intermediário poderá se valer das regras do CDC para buscar a recomposição de seus danos, pouco importando que seja pessoa física ou jurídica, privada ou pública, pequena ou grande empresa, com ou sem intuito de lucro. Nesse ponto o silêncio da doutrina confirma que distinção alguma há entre as vítimas do acidente de consumo. Tal argumentação permite concluir que até mesmo a pessoa jurídica de forma geral, inclusive aquele que adquiriu o produto para revenda, está acobertado por esta disposição legal.

Outrossim, tal equiparação somente é válida na responsabilidade civil decorrente de fato do produto ou serviço, i.e., responsabilidade extracontratual; quando houver vício no produto ou serviço, "não há dispositivo que autorize o intermediário que não adquira ou utilize o produto ou serviço como destinatário final a agir com base no Código do Consumidor", de modo que o "intermediário que adquirir produto sem que o faça na condição de adquirente ou usuário final" deverá se valer das disposições do Código Civil, "podendo, entretanto, lançar mão das normas do Código do Consumidor referentes à proteção contratual e às práticas comerciais", com base no art. 29.

### **2.3.8 A pessoa exposta às práticas comerciais e contratuais.**

"Para os fins deste capítulo [das práticas comerciais] e do seguinte [da proteção contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (art. 29).

Assim, estão protegidos todos os *potenciais* consumidores, "sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no tocante às práticas comerciais e contratuais", pois a tutela nessas áreas "não se pode restringir ao momento posterior ao acordo entre o consumidor e o fornecedor", devendo antecedê-lo, para que tenha um caráter preventivo e mais amplo".

"Uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática."

Herman Benjamin esclarece ser "indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código."

Cláudia Lima Marques inclui entre as pessoas expostas às práticas abusivas também os agentes econômicos, sendo-lhes facultado o manejo "[d]as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas"; apontando como único limite a idéia de prejuízo, direto ou indireto, para os consumidores diante da prática comercial abusiva. Esse entendimento se faz possível pela não inclusão de qualquer tipo de limitação na definição do art. 29, ao contrário do que ocorre no art. 2º, *caput*, onde há referência expressa ao 'destinatário final'.

## 2.4 Conceito de Fornecedor.

Fornecedor, segundo a definição legal (CDC 3º), "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 serviços". Assim, não se exige que o fornecedor tenha personalidade jurídica, e nem mesmo capacidade civil. Em suma, *fornecedor* é todo e qualquer participante do ciclo produtivo-distributivo.

A definição que nos é dada pela lei não exclui nenhum tipo de pessoa jurídica, seja sociedade empresarial, com ou sem fins lucrativos, fundações públicas ou privadas, sociedades de economia mista, empresas públicas, órgãos da Administração direta, etc..

Atente-se que nem todo fornecedor é empresário. Assim, o art. 966, parágrafo único, do CC, exclui o *profissional liberal* do conceito de *empresário*, mas não há dúvidas de que ele é tratado como *fornecedor* pelo CDC, ainda que mereça tratamento diferenciado (art. 14, 4º, do CDC). As *sociedades simples* (CC 981 e 982) não são empresárias, mas isso não lhes afasta da incidência do CDC. Também o Estado, ostensivamente quando atua como agente econômico ou prestando serviços públicos mediante remuneração direta, está abrangido pelo conceito de *fornecedor*.

Filomeno enquadra na definição de *fornecedor* todos que "propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título."

Para Cláudia Lima Marques, o que caracteriza o fornecedor de produtos é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais. Já quanto ao prestador de serviços, basta que a atividade seja habitual ou reiterada, não se exigindo que o prestador seja "profissional" da área.

Já as entidades associativas e os condomínios em edificações, diz Filomeno, não podem ser considerados *fornecedores* em face de seus associados e condôminos, pois "seu fim ou objetivo social é deliberado pelos próprios interessados, em última análise, sejam representados ou não por intermédio de conselhos deliberativos, ou então mediante participação direta em assembleias gerais que, como se sabe, são os órgãos deliberativos soberanos nas chamadas 'sociedades contingentes'". Porém, se a entidade associativa tiver como fim precípua a prestação de serviços, cobrando mensalidade ou algum outro tipo de contribuição, deve ser considerada fornecedora desses serviços.

## **2.4.1 Elementos característicos do fornecedor.**

### **2.4.1.1 Atividade econômica.**

Por *atividade* se entende o "conjunto de atos ordenados em função de um determinado objetivo (...), devendo ser avaliada de forma autônoma em relação aos atos singulares de que é composta"; de onde se conclui não bastar a prática de atos isolados para que se caracterize a figura do fornecedor. "Qualquer ato singular deve poder ser reconduzido a uma atividade para ser considerado ato de fornecimento e submeter-se às normas do CDC".

Ainda, pela análise do dispositivo legal que define quem pode ser considerado fornecedor, temos que não bastará o exercício de qualquer atividade, mas sim de uma atividade econômica.

### **2.4.1.2 Profissionalismo.**

Outrossim, tal atividade econômica deve ser desenvolvida com profissionalismo, i.e., com regularidade, objetivo de satisfação de necessidade alheia, e o propósito de obter um ganho.

A *regularidade* consiste no exercício constante e estável da atividade, de modo que, como ressalta Flávia Püschel, não são considerados profissionais aqueles que exercem atividade econômica "acidentalmente e cuja organização exaure sua função no cumprimento do próprio ato para o qual foi criada". Porém, é importante ressaltar que não se exige a habitualidade da atividade – i.e., que seja ininterrupta – para que se configure uma relação de consumo; a atividade comercial sazonal ou eventual não obsta a incidência das regras do CDC. De acordo com Rizzato Nunes, a atividade que ocorra com certa regularidade, ainda que não de forma contínua, com o objetivo de auferir lucros, basta para que se configure a relação de consumo.

É indispensável que o desenvolvimento da atividade econômica seja voltado para a satisfação de necessidade alheia, pouco importando se para poucos ou para muitos, não sendo possível a caracterização de profissionalismo na pessoa que produz exclusivamente para a satisfação de necessidade pessoal.

Quanto ao último elemento, a *obtenção de ganho*, há divergência doutrinária.

Para alguns – como Giuseppe Ferri e Tullio Ascarelli – deverá haver finalidade de obtenção de lucro, de incremento no patrimônio, de modo que as entidades que desenvolvem atividades sem fins lucrativos não seriam consideradas fornecedoras.

Porém, prevalece que basta ter "por objetivo buscar o reembolso dos fatores de produção empregados ou evitar perdas e gastos, sem procurar o incremento patrimonial propriamente dito." Entender de outro modo poderia fomentar a concorrência desleal entre entidades sem fins lucrativos – sujeitas, à princípio, à responsabilidade subjetiva, e ressalvada a aplicação dos arts. 927, parágrafo único e 931, do CC – e as com finalidade lucrativa, que, tendo que incluir no custo de sua operação o ônus de responder objetivamente aos danos que der causa, não conseguiria competir com os preços da primeira.

"Além disso, o objetivo de ganho deve referir-se à *atividade em si*, e não aos atos singulares, ou seja, não há necessidade de que cada ato singular seja praticado com o objetivo de obter ganho. O fornecedor é responsável, por exemplo, por produtos distribuídos gratuitamente como amostra, pois, embora não haja remuneração por tais amostras, tal distribuição gratuita faz parte do exercício da atividade econômica profissional do fornecedor."

### **2.4.1.3 Autonomia.**

Por fim, para que se caracterize determinado ente como *fornecedor*, é preciso que exerça sua atividade econômica de forma autônoma, i.e., não-subordinada. A definição de *atividade*

*autônoma* é obtida como contraposição de *atividade subordinada*: desenvolvida na dependência de outrem e cujos resultados se referem a bens alheios ou a serviços depois fornecidos por outrem. Assim, aquele que exerce atividade na qualidade de empregado de outrem, não é fornecedor, mas está inserido na cadeia produtiva, e, portanto, é fornecedor, aquele que desenvolve suas atividades.

#### **2.4.2 Espécies de Fornecedor.**

Estabelecida a amplitude do conceito de fornecedor (art. 3º), cabe agora traçar eventuais diferenças entre os diversos participantes da cadeia produtiva-distributiva. A princípio, todos são tratados de forma uniforme ao longo do Código, e referidos sob a denominação comum de *fornecedor*. Há uma exceção, porém: na seção que trata da ‘responsabilidade por fato do produto ou serviço’ (arts. 12-14), a lei dá tratamento específico e diferenciado para o *produtor*, o *comerciante*, e o *prestador de serviços*.

##### **2.4.2.1 Produtor final e produtor de matéria prima ou parte componente.**

De acordo com as etapas da produção, é possível identificar três espécies de produto: a *matéria-prima* (materiais e substâncias destinados à fabricação de produtos), a *parte componente* (que se destina à incorporação a um produto final), e o *produto final* (pronto para servir ao uso a que se destina).

Um mesmo produto pode, dependendo das circunstâncias, estar enquadrado em qualquer uma dessas categorias, dependendo, sobretudo, de uma análise da função do produto e do modo como é oferecido no mercado.

Perante o consumidor tal distinção não apresenta relevância prática nas questões relativas ao vício do produto, em razão da responsabilidade solidária imposta pela lei (CDC, art. 18). Mas quando adentramos no tema da responsabilidade pelo fato do produto mostra-se de grande importância, uma vez que, de acordo com Flavia Püschel, "cada produtor responde pelos defeitos surgidos durante o seu próprio processo de produção ou em fases anteriores", de modo que o "produtor final responde pelos defeitos da parte componente, bem como pelos defeitos da matéria-prima empregada na produção da parte componente (...), assim como por aqueles resultantes diretamente de sua própria atividade."

### 2.4.2.2 Produtor real, presumido e aparente.

Produtor real é aquele que participa de maneira autônoma no processo de produção de um bem, contribuindo em qualquer medida "para a confecção de um produto apto para a distribuição, seja de um produto final, seja de uma parte componente, seja de uma matéria-prima."

Produtor presumido é o importador. Tal ficção legal existe como concretização do postulado que determinada a facilitação da defesa do consumidor em juízo, evitando que ele tenha que buscar a reparação em face do produtor real estrangeiro.

Produtor aparente é aquele que simplesmente põe ao produto o seu nome ou marca, de modo a ocultar a indicação do produtor real do produto, criando a aparência de ter ele mesmo produzido o bem. Ainda que não tenha efetivamente participado da produção, o produtor aparente é tratado como se tivesse em razão da situação de aparência criada para o consumidor. Atente-se, porém, que não fica excluída a eventual responsabilidade do produtor real.

### 2.4.2.3 Comerciante.

Comerciante, na definição de Flavia Püschel, é todo sujeito que distribui produtos no âmbito de sua atividade profissional, sem exercer ele próprio atividade de produção.

Para diferenciar a atividade produtiva da mera distribuição, deve ser levada em conta "a influência da atividade em questão sobre a configuração e qualidades essenciais do produto". Assim, se há "influência sobre a estrutura ou qualidades essenciais do bem, trata-se de atividade de produção. Existindo, ao contrário, apenas uma manipulação insignificante, trata-se de atividade de simples distribuição".

O tratamento dado pelo CDC ao comerciante é diferente dos demais fornecedores. Enquanto a responsabilidade pelo vício do produto é solidária de todos os participantes da cadeia produtivo-distributiva, o comerciante somente é responsabilizado pelo fato do produto direta e isoladamente quando houver má-conservação do produto, ou ainda, de forma subsidiária, quando o *produtor final* do produto não for suficientemente identificado, impedindo que o consumidor acione diretamente o *produtor real*.

#### 2.4.2.4 Prestador de serviços.

Prestador de serviços é aquele ator da cadeia produtiva-distributiva que presta qualquer tipo de atividade no mercado de consumo, envolvendo ou não o concomitante fornecimento de produto.

Quando houve fornecimento de produto juntamente com a prestação de serviços, deverá ser analisada qual a atividade preponderante para que se possa dar o tratamento legislativo adequado à relação de consumo. Marcelo Azevedo Chamone

## 2. 4.2.5 O Poder Público como fornecedor.

O Código, em seu art. 3º, diz que o fornecedor pode ser ente público ou privado, i.e., inclui-se no conceito de *fornecedor* o próprio Poder Público, "por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos".

Em face da redação explícita da lei, não há como negar a sua incidência em relação ao Poder Público, sempre que configurados os elementos acima expostos. Já quanto ao enquadramento ou não de *todas* as atividades exercidas pelo Poder Público veremos mais adiante quando for debatida delimitação legal do *serviço*.

## 2.5 Produto.

*Produto*, na econômica definição do CDC, "é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (art. 3º, §1º). *Bens*, por sua vez, são coisas úteis aos homens, que provocam a sua cupidez, sendo objeto de apropriação privada; assim, *bens econômicos* são as coisas úteis e raras, suscetíveis de apropriação.

Filomeno resume, conceituando *produto* como "qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final".

É de relevância a classificação dos bens com base em sua taxa de consumo (CDC 26): bens duráveis (bens tangíveis que normalmente sobrevivem a muitos usos), bens não duráveis (bens tangíveis que normalmente são consumidos em um ou em alguns poucos usos). O simples fato de o produto não se extinguir numa única utilização não lhe retira o status de *não durável* – "o que caracteriza essa qualificação é sua maneira de extinção 'enquanto' é utilizado".

Surge a dúvida de onde classificar os produtos descartáveis, que têm essência de duráveis, mas vida útil de não-duráveis. Rizzato Nunes defende que, não havendo tratamento legislativo específico, e como o produto não-durável tem características diversas, o descartável deve receber o tratamento dispensado ao durável.

Uma outra classificação se mostra relevante para fins de se determinar a incidência ou não da legislação consumerista: bem de insumo, e bem de custeio.

*Bem de insumo*, ou *de produção*, é aquele "utilizado para fins de transformação e posterior transmissão"; enquanto *bem de custeio*, ou *de consumo*, é "a coisa adquirida para desenvolvimento da própria atividade, como instrumento hábil para a consecução dos fins objetivados, sem qualquer transferência para a clientela".<sup>[81]</sup> Roberto Senise Lisboa<sup>[82]</sup> entende não ser razoável a exclusão pura e simples do bem de insumo da proteção do CDC, uma vez que a lei não faz qualquer ressalva; a limitação deve ser feita somente com base na finalidade (motivo) da aquisição do produto (consumo como destinatário final), de modo que "o bem transformado para uso posterior próprio não retira do adquirente ou utente a situação jurídica de consumidor". No mesmo sentido, Rizzato Nunes<sup>[83]</sup> defende que o CDC é aplicado nos casos em que os produtos e serviços são oferecidos no mercado de consumo para a aquisição por qualquer pessoa como destinatária final, independente do uso que o adquirente faça, para a produção ou não de outros produtos ou serviços.

Outra classificação extremamente útil nos é trazida por Roberto Senise Lisboa quanto à substituição das peças: entre *produto compósito* e *produto essencial (não compósito)*. *Produto compósito* "é aquele resultante do justaposicionamento de peças e componentes que podem ser substituídos sem que se proporcione a sua inadequação", enquanto *produto essencial* "é aquele que não pode ter qualquer de seus componentes retirados ou substituídos, sob pena de comprometer a sua substância.", de modo que seus elementos são insuscetíveis de dissociação. Este "não pode ser reparado no caso de existência de vício intrínseco, cabendo ao consumidor, neste caso, a adoção das outras soluções propugnadas pelo legislador (redibição, estimação ou troca)", enquanto o *produto compósito*, apresentando vício em alguma peça, ao fornecedor será aberto o prazo legal para realizar os reparos necessários.

Por fim, é relevante ressaltar que o produto (assim como o serviço) gratuito, "amostra grátis", também está regulado pelo CDC (art. 39, parágrafo único), estando sujeito a todas as suas regras.

## 2.6 Serviços.

*Serviço* "é 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" (CDC<sup>3º</sup>, §2º).

Roberto Senise Lisboa ressalta que a lei somente excepciona os serviços prestados em relações trabalhistas, e nenhum outro mais. Assim, haverá relação de consumo sempre que preenchidos os requisitos legais, pouco importando "que o serviço, como atividade remunerada, seja de natureza civil, comercial ou administrativa."

Por outro lado, estariam excluídos da aplicação do CDC, segundo Filomeno, as relações locatícias de imóveis, mesmo quando firmada entre pessoas jurídicas; justifica tal posição na existência de legislação própria (Lei nº 8245/91), que contém ainda dispositivo contra prática abusiva (denúncia vazia na vigência de contrato por prazo determinado, art. 4º). Tal posição se coaduna, outrossim, com o posicionamento reiterado do STJ, que tem, porém, aplicado CDC em relação à administradora de imóveis.

Outrossim, a utilização da expressão "mediante remuneração", ao invés de "oneroso", significaria abranger também os serviços remunerados de forma indireta – a lei se refere à remuneração do serviço e não à sua gratuidade. Assim, "os contratos unilaterais de prestação de serviços e os contratos gratuitos puros" não são regidos pelo CDC, mesmo que prestados por sujeito que normalmente atua como fornecedor no mercado de consumo, pois não haverá a necessária onerosidade da relação obrigacional.

Classificam-se os serviços em "duráveis" e "não-duráveis"; estes são os que se esgotam uma vez prestados; aqueles são os que têm continuidade no tempo em decorrência de estipulação contratual, e os que deixam como resultado um produto.

### 2.6.1 Serviços Públicos.

"*Serviço público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo.

Filomeno entende que "serviços" são *atividades, benefícios ou satisfações* que são oferecidas à venda; e que "mediante remuneração" não se refere a *tributos, taxas ou contribuições de melhoria*, pois aí haveria relação jurídica de natureza tributária, e não de consumo – "contribuinte não se confunde com consumidor". Admite apenas a inclusão dos serviços remunerados por *tarifas* em sua definição.

Já para Cintra do Amaral, sempre que se tratar de serviço público, seja ele prestado diretamente pelo Estado ou por concessionária, não há que se falar em aplicação do CDC; nos serviços públicos o Estado sempre figura como responsável pelos eventuais danos decorrentes do serviço, enquanto que nas relações de consumo não haveria responsabilidade estatal, mas tão somente a sua intervenção como regulador das relações privadas. Assim, não seria possível confundir o consumidor com o contribuinte.

Por outro lado, para Rizzato Nunes estão incluídas no conceito de *serviço*, além da atividade privada, "todas as atividades oferecidas pelos órgãos públicos diretamente ou por suas empresas públicas ou de economia mista, as concessionárias e permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento" – i.e., todos os serviços públicos, sem ressalvas.

Já para Regina Helena Costa, "é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo", de modo que somente a "prestação de serviços públicos, específicos e divisíveis" (CTN, art. 79, II e III), remunerados por taxa ou tarifa, estariam sujeitos à disciplina do CDC, com a exclusão de todos os demais.

Num primeiro momento Roberto Senise Lisboa defendeu que quando a lei excluiu expressamente as relações trabalhistas do rol das prestações de serviço por si reguladas, incluiu todas as demais, sem exceção, inclusive as de natureza administrativa, prestadas pela administração pública direta ou indireta.

Revedo sua posição, o referido autor passou a defender ser necessária a análise da forma de pagamento da remuneração e a natureza do serviço público desempenhado a fim de se aferir a incidência ou não da legislação de consumo, pois considera-se *serviço*, para fins da lei, "toda a atividade remunerada lançada no mercado de consumo pelo órgão público".

Destarte, somente haverá relação de consumo com a administração pública (direta ou indireta) quando a aquisição ou utilização do serviço se der mediante pagamento direto. Isso exclui "praticamente todas as relações jurídicas tributárias" da regulação do CDC, "uma vez que o pagamento de impostos e taxas é dirigido para o cofre público, sendo as verbas obtidas pelo Poder Público repassadas para cada setor da atividade pública, de acordo com o orçamento previamente elaborado pela Administração". Para o autor, os impostos, mesmo as taxas, não

teriam a especificidade nem a divisibilidade necessárias para a caracterização de relação de consumo.

Por outro lado, afirma ser indiscutível a aplicabilidade do CDC aos serviços remunerados por *tarifa*, que é "genuína remuneração pelo serviço prestado pelo órgão público ou pela entidade da Administração indireta, porque o destinatário final se utiliza da atividade estatal a ele fornecida em razão do pagamento da prestação diretamente vinculada a essa atividade".

Mais, Roberto Senise Lisboa ainda defende que os serviços tipicamente estatais, que por natureza são *uti universi* (tais como segurança, justiça, e saúde pública), não estariam jamais sujeitos à regulação do CDC. Ainda, o Estado está isento de responsabilidade, seja por que regime for, em relação aos atos de império e pelo exercício do poder de polícia.

Por outro lado, os serviços públicos impróprios, que podem ser prestados *uti singuli*, seriam invariavelmente submetidos ao regime do CDC. E resume: "a Administração Pública, direta ou indireta, deve se submeter às normas do Código de Defesa do Consumidor sempre que fornecer um serviço público *uti singuli*, mediante o pagamento diretamente efetuado pelo consumidor a título de prestação correspondente."

O entendimento do STJ, seguindo essa orientação, é de que a prestação de serviço público não configura relação de consumo. Segundo esse entendimento, somente quando os serviços e produtos são oferecidos no "mercado de consumo" poderia haver relação de consumo, de modo que a prestação de *serviço público típico*, aquele remunerado por tributo (em oposição ao *atípico*, remunerado por tarifa), ficaria excluída da incidência do CDC.

Semelhante é o entendimento do STF sobre o tema, negando de forma peremptória que não há relação de consumo entre o poder público e contribuinte.

Outrossim, conforme se extrai de definição de *fornecedor* adotada neste trabalho, esta posição se encontra em perfeita harmonia com a legislação consumerista, uma vez que não há como considerar que o serviço público típico esteja colocado no *mercado de consumo*.

### **2.6.2 Atividades bancárias, financeiras e de crédito.**

Quanto às atividades bancárias, financeiras e de crédito, sobre as quais se discutia a possibilidade de regulamentação através de lei ordinária, o STF pacificou a questão – ADI 2591 – determinando a sujeição de tais atividades às regras do CDC, afastando, porém, do seu campo de aplicação

"a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros".

Afirmou-se ainda que somente é necessária a edição de lei complementar para a regulamentação da estrutura do sistema financeiro – CF, art. 192.

Ademais, tal decisão pouco contribuiu para a definição do conceito de *consumidor*, limitando-se a defini-lo, como a lei, como sendo o *destinatário final dos serviços*.

## **2.7 Princípios fundamentais da Política Nacional de Relações de Consumo.**

Para melhor se compreender o corpo principiológico do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor de acordo com a nova redação dada ao artigo pela Lei n.º 9.008, de 21 de março de 1995, *in verbis*:

Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a 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:

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

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

a) por iniciativa direta;

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

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade;

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

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

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

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

V - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VI- estudo constante das modificações do mercado de consumo.

De acordo com Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Jaime Marins (1995, p. 44), pode-se dizer serem seis os princípios fundamentais da Política Nacional das Relações de Consumo, citados abaixo:

I-Princípio da Vulnerabilidade

II- Princípio do Dever governamental

III- Princípio da Garantia de Adequação

IV- Princípio da Boa-fé nas relações de consumo

V- Princípio da Informação

VI- Princípio do Acesso à Justiça

Todos estes princípios supra citados, serão devidamente analisados nos subtópicos que se seguem, dado o propósito desse trabalho.

### **2.7.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor - art. 4º, I.**

Este princípio, atua como elemento informador da Política Nacional das Relações de Consumo, e é tido como o núcleo base de onde se irradia todos os outros princípios informadores do sistema consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor.

Isto acontece, a partir do momento em que se examina a cadeia consumerista, ao perceber que o consumidor é o elemento mais fraco dela, por não dispor do controle sobre a produção dos produtos, conseqüentemente acaba se submetendo ao poder dos detentores destes, no que surge à necessidade da criação de uma política jurídica que busque a minimização dessa disparidade na dinâmica das relações de consumo.

A vulnerabilidade, qualidade ontológica (essencial, nuclear, intrínseca) e indissociável do consumidor numa relação de consumo, de acordo com o conceito legal preceituado pelo art. 2º da

Lei 8.078/90, independentemente da sua condição social, cultural ou econômica, seja ele consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.

Deve-se notar também que, a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência, que é uma característica restrita a determinados consumidores, que além de presumivelmente vulneráveis são também, em sua situação individual carentes de condições culturais ou materiais, como por exemplo, os analfabetos quando se encontram diante de uma situação em que podem assinar um contrato de plano de saúde sem os devidos esclarecimentos a respeito de suas cláusulas contratuais contidas no corpo contratual, ou então, crianças que são expostas diariamente aos diversos anúncios de chocolates, entre outros alimentos supérfluos em que o exagero no consumo destes podem levá-las a ter vários problemas no seu desenvolvimento natural, por estarem desprovidas de outros indispensáveis alimentos em sua dieta.

Com precisão, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (1991, p. 224-225) demonstra a diferença entre a vulnerabilidade e hipossuficiência:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores 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.

Diante disso temos que, numa hipotética situação, determinado médico neurocirurgião de grandes títulos durante a carreira, ao levar um automóvel seu numa oficina mecânica para a realização de reparos no veículo, pode ser considerado vulnerável frente ao fornecedor (neste caso, a oficina mecânica prestadora do serviço), por não conhecer nada a respeito de mecânica de motores automotivos.

Além destas constatações, observa-se também que o princípio da vulnerabilidade de acordo com Nelson Nery Júnior (1991, p. 320) que "permeia as relações de consumo está em verdade a dar realce específico, ao princípio constitucional da isonomia, dispensando-se tratamento desigual aos desiguais". Todavia, esta expressão "**tratamento desigual aos desiguais**" de Aristóteles, é insuficiente para desate do problema. Sem fazer contestação ao teor do que nela se contém e reconhecendo, sua validade como ponto de partida, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 11): "deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*"

E de acordo com Hans Kelsen (1998, p. 207) têm-se as seguintes condições:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos

os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Sob esta ótica, se percebe que é mister da Lei 8.078/90 colocar em equilíbrio jurídico o consumidor e fornecedor, já que este é a parte detentora dos mecanismos que induzem aquele, ao consumo tanto básico quanto exagerado, ao colocá-lo sob um intenso bombardeamento de anúncios, além de deter o processo tecnológico da fabricação de seus produtos.

Daí o porquê se parte do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado, não apenas sobre o aspecto técnico, mas também sob o aspecto econômico, para armá-lo de certos instrumentos para que ele possa melhor defender-se.

### **2.7.2 Princípio do Dever Governamental - art. 4º, II, VI e VII.**

Este princípio, elencado nos incisos II, VI e VII do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendido sob dois principais aspectos. O primeiro é o da responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto sujeito máximo organizador da sociedade, ao prover o consumidor, seja ele pessoa jurídica ou pessoa física, dos mecanismos suficientes que proporcionam a sua efetiva proteção, seja através da iniciativa direta do Estado (art. 4º, II, "b") ou até mesmo de fornecedores, dos mais diversos setores e interesses nas relações consumeristas.

O segundo aspecto é o enfoque sob o "princípio do dever governamental", em que é dever do próprio Estado de promover continuamente a "racionalização e melhoria dos serviços públicos" (art. 4º, VIII), ao surgir aqui a figura do Estado-fornecedor além de suas eventuais responsabilidades.

### **2.7.3 Princípio da Garantia da Adequação - art. 4º, II, "d" e V.**

É o princípio que emana a necessidade da adequação dos produtos e serviços ao binômio, qualidade/segurança, atendendo completamente aos objetivos da Polícia Nacional das Relações de Consumo, elencado no *caput* do art. 4º, consistente no atendimento dos eventuais problemas dos consumidores, no que diz respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade devida.

A concretização desse princípio, diz respeito ao binômio, qualidade/segurança, que é o fim perseguido pelo sistema de proteção e defesa do consumidor, fica a cargo do fornecedor que será oficialmente auxiliado pelo Estado, a quem está incumbido o dever de fiscalização, que é uma outra atribuição do "princípio de dever governamental" o qual já se expôs.

Preocupadas com tais aspectos, várias empresas, têm criado os conhecidos "departamentos de atendimento ao consumidor", que demonstram uma dupla atribuição: - ao mesmo tempo que recebem reclamações de determinados produtos ou serviços, também recebem valiosas sugestões de consumidores, instruindo-os em como melhor servi-los, o que contribui de maneira inteligente para o desenvolvimento das próprias atividades empresariais.

Atualmente, fala-se muito na chamada "qualidade total", demarcando o Código que as empresas deverão ser incentivadas para a criação de mecanismos eficazes de controle de qualidade de produtos e serviços, uma vez que o Código do Consumidor é adepto do princípio da "responsabilidade objetiva", aliada à inversão do ônus da prova (como este assunto não é a proposta de discussão do presente trabalho, não irá se discuti-lo aqui), indica que a prevenção de danos é a política que deve ser prioritariamente buscada pelas empresas.

Por fim, vale ressaltar também que o princípio da garantia de adequação contido no art. 4º, II, "d" e V do Código do Consumidor encontra-se amparado pela inteligência dos art. 8º parágrafo único e art.10º §1º, §2º e § 3º do mesmo diploma, *in verbis*, respectivamente:

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

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 10º O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

#### **2.7.4 Princípio da Boa-Fé nas Relações de Consumo - art. 4º, III e VI.**

Este princípio nas relações de consumo, que traz uma carga significativa de regra geral de comportamento, está expressamente referido no inciso III, do art. 4º, e, de certa maneira, encontra-se difundido em grande parte dos dispositivos do Código do Consumidor, desde a instituição de seus direitos básicos (art. 6º), percorrendo pelo capítulo referente à reparação por danos pelo fato do produto, e, orientando basicamente os capítulos referentes às práticas comerciais, a publicidade, e a proteção contratual, merecedora de especial destaque de acordo com o inciso IV do art. 51 do Código do Consumidor, que considera nulas de pleno direito cláusulas contratuais que "sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade".

A harmonia das relações de consumo e a transparência, indicadas no *caput* do art. 4º como um dos escopos da Política Nacional das Relações de Consumo, serão o resultado da conduta geral da boa-fé, que deve ser buscada pelos dois pólos componentes das relações de consumo: consumidor e fornecedor, mesmo que ocupem posições antagônicas frente ao conflito de seus interesses.

Nesse sentido, os componentes da relação consumerista devem buscar o objetivo comum de melhor e com mais eficiência, fazer circular produtos e serviços com objetivo da geração de riquezas e benefícios a todos os integrantes do mercado de consumo.

Será a boa-fé, nos dizeres de Silvio Rodrigues (2002, p. 60): "um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar."

Como se pode perceber, o primado básico da boa-fé será "o princípio máximo orientador do CDC" (MARQUES, 2002, p. 671), e é através deste princípio nuclear que não apenas os pólos atuantes da relação de consumo, devem se localizar no momento do ato de consumo, mas até a própria legislação consumerista sofre reflexos dele, como por exemplo, "o princípio da transparência (art. 4º, *caput*) que não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais." (MARQUES, 2002, p. 671)

#### **2.7.5 Princípio da Informação - art. 4º, IV e VIII.**

Antes de se iniciar este tópico, necessário é citar a importância da informação de acordo com o jurista Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2002, p. 255), em que este revela um

importante pensamento a respeito da informação: "Não há sociedade sem comunicação de informação. A história do homem é a história da luta entre idéias, é o caminhar dos pensamentos. O pensar e o transmitir o pensamento são tão vitais para o homem como a liberdade física".

Como se vive num mundo globalizado em que a tecnologia a cada dia que passa caminha a passos cada vez mais largos, percebe-se que a informação circula com maior velocidade por estar difundida nos mais variados meios de comunicação que a massificam com muito mais intensidade, fazendo com que a informação passe "a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida" (DE CARVALHO, 2002, p. 256).

Será deste interesse jurídico, o de saber melhor no ato da decisão, "para que o homem não seja levado a assumir comportamentos que não correspondam a uma perfeita compreensão da realidade" (DE CARVALHO, 2002, p. 256), que o direito de informação existirá expressamente no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, com o objetivo de coibir que os cidadãos sejam levados a consumir pela ilusão, e não através da realidade.

Desse modo será a informação, o elemento regente da Lei 8.078/90 ao ter como corolário a educação.

Matérias que se referem a educação, divulgação, publicidade, informação dentre outros, são objetivos em parte do Código do Consumidor, com várias normas dispostas a destacar a extrema cautela com que tais temas devam ser encarados. Por um dos princípios adotados pelo Código de caráter acessório, o "princípio da veracidade", em que o fornecedor deve sempre prestar informações sobre produtos ou serviços de quaisquer natureza que ele ofereça no mercado, constata-se a presença deste princípio em inúmeros artigos do código, além do art. 4º, tais como; o art. 6º (dos direitos básicos do consumidor); arts. 8º e 10º (citados no tópico referente ao princípio da garantia de adequação); arts. 18, 19 e 20 (vício do produto); arts. 30, 31 e 35 (oferta); arts. 36, 37 e 38 (publicidade e marketing); 43 e 44 (bancos de dados e cadastros); art. 56 (sanções administrativas); por fim, os arts. 60, 63, 64, 66, 67 e 72 (infrações penais).

Todavia há de ressaltar-se que, independentemente da preocupação que os redatores da lei consumerista brasileira tiveram com a informação, esta só poderá ser estendida aos cidadãos de maneira mais eficiente, se as autoridades derem mais atenção a educação básica, que é uma condição indispensável para o completo exercício da cidadania.

Uma proposta a esta problemática, seria a introdução, ou melhor dizendo, reintrodução da disciplina de educação moral e cívica nos currículos escolares de 1º e 2º graus, com o objetivo de fazer com que crianças e adolescentes comecem a criar uma cultura para melhor consumirem e orientarem seus pais, durante o ato de consumo, como por exemplo, saber avaliar a qualidade do produto além de suas condições de higiene, suas condições de exposição para venda, dos

componentes artificiais, do valor calórico dos alimentos que devem estar dispostos numa tabela nutricional impressa no rótulo das embalagens, o prazo de validade para consumo dos produtos, dentre outros aspectos de cunho sócio-econômico.

Todavia Hélio Jaguaribe (*apud*, ALVIM, A.; ALVIM, T.; ALVIM, E.; SOUZA, J. 1995, p. 48-49) chama atenção desta questão social da seguinte maneira:

O Brasil tem demonstrado capacidade para mobilizar forças e enfrentar problemas sociais. Em tempos recentes, as comunicações, o programa do álcool, as hidrelétricas, a industrialização diversificada, a produção de grãos e a ampliação do comércio exterior, em diferentes setores, constituíram provas eloqüentes dessa afirmação. A educação do povo, entretanto, sendo questão da mais transcendente magnitude - pois dela também o equacionamento de todos os problemas, incluindo os políticos, sociais e econômicos - não tem acompanhado sequer as exigências mínimas do país, apesar de ser dever imperioso da nação para com seus filhos e garantia de seu próprio bem-estar.

Concluindo, independentemente do instrumento jurídico que se tenha, por mais avançado que seja, acabará sempre se esbarrando nos problemas sociais, ou seja, na carência cultural que acompanha a população brasileira. Daí que várias empresas, sejam elas multinacionais ou nacionais acabam, na maioria das vezes, se aproveitando da ignorância alheia ao construir seus mega impérios econômicos centralizadores de preços e extintores de quaisquer modalidades de concorrência nos mercados.

### **2.7.6 Princípio do Acesso à Justiça.**

Primeiramente, far-se-á um breve relato deste princípio no campo constitucional do qual ele emana através do art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988 *in verbis*: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", e segundo Nelson Nery Jr. (2002, p. 98) tem-se: "Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão".

Isto significa que todos têm direito do acesso à justiça para pleitear a tutela jurisdicional reparatória ou preventiva, no que diz respeito a um direito. Contemplando-se aqui tanto direitos individuais quanto coletivos.

Todavia, este princípio não está expresso nos incisos do art. 4º do CDC, mas ele se reveste de suma importância, a partir do momento em que o legislador do diploma consumerista, teve como

uma de suas grandes preocupações a busca pela criação de novos mecanismos, que pudessem facilitar ainda mais o acesso dos cidadãos à justiça, como um meio de defesa de seus direitos, daí se observarão consubstanciados em vários artigos do código alguns desses caminhos.

E para que o consumidor se atenha desta efetividade, conforme Arruda Alvim (1990, p. 31) ensina em termos processuais:

a palavra "efetividade" alcança uma conotação principalmente sociológica e não meramente jurídico-formal, mas no sentido de que o que conta, em última análise, não é tanto a existência de uma normatividade completa e lógica, em que todos os direitos são protegidos pela letra da lei e pelo sistema, mas tão somente aparentemente funcional, pois na verdade, normatividade jurídica, ainda que exaustiva, não é suficiente para satisfazer às aspirações sociais dos segmentos numericamente predominantes e desprotegidos da sociedade.

Antes de se prosseguir com o estudo deste princípio, vale a pena diferenciar o que são as concepções jurídico-formais, das concepções jurídico-materiais, apresentadas pelos autores, Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 40), em que a primeira é "o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, ou seja, o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho", já a segunda, é "o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, etc.)".

A necessidade de se dar efetividade ao processo, e facilitação ao acesso à justiça, demandou que se fortalecesse o consumidor, ao inseri-lo numa ordem mais ampla a partir do instante em que se construiu mecanismos processuais que davam tratamento coletivo de pretensões individuais, que se agissem isoladamente pouquíssimas condições teriam de obterem um resultado mais satisfatório.

E por mencionar o "tratamento coletivo", destaca-se brevemente as ações coletivas de modo geral, que visam a tutela dos interesses difusos (art. 81, parágrafo único, I do CDC), interesses coletivos (art. 81, parágrafo único, II do CDC) e os interesses individuais homogêneos de origem comum (art. 81, parágrafo único, III do CDC).

Como dissertado um pouco atrás, em que o princípio do acesso à justiça não se encontra expresso na redação do art. 4º do Código do Consumidor, mas sim exposto por outras normas do mesmo diploma, exemplo deste caso é o que acontece com o art. 6º inc. VII, *in verbis*: "Art. 6º, inc. VII: o acesso aos órgãos judiciários e administrativo com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;" do Título III do CDC que cuida da defesa do consumidor em juízo, ao oferecer a oportunidade de fazer valer seus interesses, inclusive, como

já se observou no inc. VII supra citado, de natureza coletiva, e "mediante a ação de órgãos e entidades com legitimidade processual para tanto, sem prejuízo dos pleitos de cunho nitidamente individuais" (FILOMENO, 2001, p. 127).

Por fim, com a criação de instrumentos adequados para a proteção do consumidor, nascem dois planos distintos de incidência. O primeiro, se relaciona às possibilidades que se criam para a efetivação da proteção do consumo em juízo, ao contribuir para que se extraia resultados claros e objetivos pertinente ao direito de consumo. A segunda incidência não decorre do uso destes mecanismos em juízo, mas simplesmente de sua potencialidade de uso, ao clamar pela importância da mudança de mentalidade do consumidor, a partir do momento em que ele irá pressionar cada vez mais o Estado, no intuito de conseguir a tutela específica exigidas pelas relações de consumo, que demandam maior agilidade por parte dos órgãos públicos, armando o consumidor do seguinte *slogan* de que "*quem reclama sempre alcança*".

## **2.8 As principais formas de Controle das Abusividades.**

O fundamento jurídico em que sedimenta a doutrina brasileira o posicionamento acerca das cláusulas abusivas é o abuso de direito, contemplado pelo direito brasileiro de forma genérica, ainda que indiretamente, quando não considerou como ilícito o uso regular de um direito (Código Civil, art. 160, I, segunda parte). Do cotejo desta disposição, se pode depreender que o abuso estaria incluído, pelo uso anormal do direito, na classe dos atos ilícitos, pré-excluindo-se a contrariedade (Pontes de Miranda). As cláusulas abusivas seriam, portanto, uma especialização do fenômeno do abuso. Destarte, se pode concluir que o fundamento do repúdio às cláusulas abusivas assenta no princípio da boa fé. O princípio da boa fé pode encontrar amparo legal inserindo-se como conceito indeterminado numa cláusula geral, ou vigorar como um princípio subjacente ao ordenamento jurídico, aflorando casuisticamente na construção do caso concreto. Nesta feição é que o princípio da boa fé se faz largamente presente no sistema brasileiro. Tanto que está presente no rol das cláusulas abusivas, uma cláusula geral que autoriza o repúdio das disposições que "*... sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade*". Segundo Arruda Alvim, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é explícito a respeito da boa fé, como regra cardial (arts. 4º., *caput*, e III; art. 51,IV).

A proteção contra cláusulas abusivas é direito básico, à luz do disposto no art. 6º, IV do CDC:

"Art.6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV – a **proteção contra** a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra **práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**"(grifo que não consta do original)

A lei fala em nulidade de pleno direito; o sistema de invalidade no direito civil comum é dúplici: os autores tratam das nulidades absolutas e das relativas, cuja diferença seria o grau de intensidade do defeito que macula o ato. Pontes de Miranda discorda dessa terminologia, dizendo ainda que Código Civil versa a figura da nulidade e da anulabilidade; aquela é sempre *ipso jure*, sem necessidade de ação judicial, enquanto esta depende sempre da manifestação judicial. O fato de ter o CDC estabelecido a nulidade de pleno direito das cláusulas, estabelecendo que o vício é meramente parcial, gera discussões acerca da natureza deste vício, se de nulidade absoluta, ou relativa ou anulabilidade.

Cumprir destacar por oportuno a questão da decretação judicial de nulidade da cláusula abusiva não suscitadas pelas partes, e a inovação trazida ao tratamento desta questão pelo CDC. Veja-se o RESP nº 90.162-RS, que teve como relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cujo voto é a seguir transcrito, *in verbis*:

"Esta Eg. 4ª Turma tem reiteradamente decidido, com ressalva de meu posicionamento, sobre a inaplicabilidade das regras do Codecon às relações de consumo celebrados antes de sua vigência. Sem o comando dessa nova diretriz, prevalece a norma geral do artigo do Código de Processo Civil, que veda ao juiz conhecer de questões a cujo respeito a lei exige (**exigia**) a iniciativa da parte".

É patente a diferença de tratamento por esta turma do STJ, antes e depois da vigência do CDC; para os contratos formulado anteriormente ao CDC, era aplicado a inteligência dos artigos 128 e 460 do CPC, a seguir transcritos:

"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

Sobre o princípio da congruência e o princípio da adstrição do juiz, ensina Moacyr Amaral Santos:

"A sentença deverá ser a resposta jurisdicional ao pedido do autor, nos limites em que este o formulou. Afastando-se desses limites, a sentença decide extra ou ultra petita".

Conforme esse entendimento, o juiz não pode declarar nulidade de cláusulas *ex officio*, independentemente de provocação das partes, não podendo a sentença extrapolar os limites da

*litiscontestatio*. A causa deve ser julgada como proposta e contestada, para não ocorrer julgamento *extra petita*, violando os dispostos nos arts. 128 e 460 do CPC. Neste sentido:

"Código de Defesa do Consumidor. Proteção Contratual. Destinatário. Cláusulas abusivas. Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido" (TARGS – APC Nº 193051216- 7ª Câm. Cív. – Relator Juiz Antonio Janyr Dall’Agnol Junior)

"Conflito de competência. Competência territorial. Foro de eleição. Clausula abusiva. Segundo a orientação predominante na 2a. seção, a incompetência em razão do lugar, por ser de natureza relativa, deve ser suscitada pelo reu (sumula 033), ainda quando se trata de foro de eleição estabelecido em clausula de contrato de adesão. ressalva da posição do relator. conflito conhecido e declarada a competencia do juizo suscitado.(STJ. Processo nº16253. Órgão: Segunda Seção. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ, 29/10/1996)

Contudo, a maior parte da doutrina diverge dessa orientação, admitindo assim a decretação *ex officio*, quando observado o vício. Constatada a cláusula abusiva, impõe-se ao juiz a sua decretação, independentemente de provocação das partes, posto que é decretável de ofício, dado o seu cunho de ordem pública.

Assim também manifestou sua posição Nelson Nery Jr, durante o Congresso Paranaense de Direito Processual Civil, realizado no hotel Bourbon em Curitiba. O juiz constrói, ele revê as cláusulas, criando uma nova realidade, participando, sendo sujeito ativo, adequando o contrato. Ele sugere uma nova hipótese de classificação de sentença, chamada de "Sentença Determinativa", onde o magistrado não somente muda um estado, mas é também sujeito ativo, integrando e construindo as cláusulas no contrato de modo que se possa dar execução ao mesmo, criando uma nova relação. Para ele, as cláusulas consideradas absolutamente nulas, devem ser declaradas nulas, assim que o vício é detectado, não sendo isto defeso ao juiz. Há inúmeros exemplos de jurisprudência que convergem com esta doutrina:

"Assim, a mais abalizada doutrina e atual jurisprudência, com os olhos postos no presente, têm decidido em casos tais que, cláusulas como essa do instrumento havido entre as partes ostentam-se indisfarçavelmente ineficazes e sequer possível o seu aproveitamento". (STJ – AG Nº 170.699 –MG (97/0088907-6)

Resta incontestado que coaduna com a busca de equilíbrio na relação contratual a admissibilidade da intervenção judicial na base do contrato, com o fim maior de não se permitir a execução da onerosidade constatada em seu bojo, e que é na mais das vezes resultado direto da fragilidade econômica do consumidor, que concorda com todos os termos do contrato que lhe é apresentado, sem que tenha havido oportunidade de discussão do mesmo.

### 2.8.1 Nas cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

O aumento das relações entre fornecedores e consumidores advindo da nova economia de mercado tornou perceptível uma situação, não vislumbrada até então, de desequilíbrio entre as partes contratantes, o que acabou por franquear o questionamento de institutos outrora inabaláveis, como o *pacta sunt servanda*, a qual atualmente se admitem restrições; há juristas, como Nelson Nery Junior, que entendem não existir mais, em um contexto atual de nosso direito, o instituto da *pacta sunt servanda "stricto sensu"* não existe mais. Em se reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de massa, fez-se indispensável a criação de aparatos jurídicos capazes de repor equilíbrio entre os pólos contratuais, embora fosse para isso preciso afrontar o posicionamento tradicional dos mestres civilistas a respeito da força obrigatória dos contratos:

"O princípio da força obrigatória no contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada em conformidade com a lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, é tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos."(Caio Mário da Silva Pereira)

"Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. Praticamente, o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa a impossibilidade de revisão pelo juiz."(Orlando Gomes) Com a crescente evolução de uma sociedade que prima pelo consumismo, surgiram os chamados contratos de adesão, largamente utilizados para a aquisição ou utilização de bens, destacando-se os de alienação fiduciária e o arrendamento mercantil, popularmente difundido como leasing. Trata-se de um contrato estandardizado, que dispensa a prévia discussão das bases do negócio instrumento, e onde vem sendo a praxe a inserção de cláusula abusiva onde se elege o foro do estipulante em detrimento do foro do domicílio do consumidor, de forma que, ao atrasar qualquer das prestações avançadas é o consumidor surpreendido com ação judicial promovida pelo estipulante no foro deste, o que significa uma verdadeira negação de acesso à justiça.

Antes do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas eram disciplinadas de maneira esparsa no direito positivo pátrio; o Poder Judiciário recorria às regras gerais contidas nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil para suprir essa lacuna: decidindo de acordo com a analogia, valendo-se do direito comparado e atendendo aos fins sociais e às exigências do bem

comum. O art. 85 do mesmo diploma legal era também aplicado (*Art. 85 - nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*). Outros diplomas legislativos também tratavam do assunto, tais como o Decreto n. 24.038/1934, o Decreto-Lei n. 857/1969, o Decreto n. 59.195/1966 e outros. Há apenas dois artigos no Código Civil brasileiro que proíbem o uso das cláusulas leoninas: o art. 115 e o art. 1.372.

Com o advento do CDC foram trazidos avanços ao tratamento da proteção contratual do consumidor, tais como: os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes foi dada a possibilidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos foram redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance; é possível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor; como regra básica, no caso de dúvida as cláusulas contratuais gerais devem ser interpretadas em favor do aderente; dentro do período de reflexão de sete dias, pode o aderente exercer o direito de arrependimento, no caso de o contrato de consumo ter sido concluído fora do estabelecimento comercial, tendo direito à devolução imediata das quantias que eventualmente pagou, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais; há penalização se o termo de garantia não for adequadamente preenchido e entregue ao consumidor; todo produto ou serviço deve ser obrigatoriamente acompanhado do manual de instalação e instrução sobre sua adequada utilização, redigido em português, em linguagem clara e acessível; apresenta, em seu artigo 51, uma lista exemplificativa das chamadas cláusulas abusivas, que são aquelas cláusulas contratuais não negociadas individualmente e que, frente as exigências da boa-fé, causam em detrimento do consumidor um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes. A previsão de cláusulas abusivas pelo CDC, portanto, não é exaustiva, sendo o Secretário Nacional de Direito Econômico autorizado, pelo art. 58 do Decreto nº2.181/97 (regula o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor), autorizado a editar anualmente um rol exemplificativo do que são tidas por cláusulas abusivas.

É objetivo do estudo ora encetado a análise da posição doutrinária e jurisprudencial no que concerne às cláusulas abusivas, e sua conseqüente declaração de nulidade, assim como as implicações decorrentes, posto que, como se pode depreender da observância dos fatos acima expostos, é inegável a importância da devida compreensão acerca do que sejam cláusulas abusivas, e do tratamento dado pela doutrina e jurisprudência a este assunto.

Dispõe o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

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

(...)

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

Cláusulas abusivas, no conceito de Nelson Nery Junior:

"são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas...".

Segundo Hélio Zaghetto Gama:

"As cláusulas abusivas são aquelas que, inseridas num contrato, possam contaminar o necessário equilíbrio ou possam, se utilizadas, causar uma lesão contratual à parte a quem desfavoreçam". Assim, há que se entender cláusulas abusivas como sendo aquelas que estabelecem obrigações iníquas, acarretando desequilíbrio contratual entre as partes e ferindo os princípios da boa-fé e da equidade.

Conforme disposto no artigo supramencionado, tais cláusulas são nulas de pleno direito, e não operam efeitos, sendo que a nulidade de qualquer cláusula considerada abusiva não invalida o contrato, exceto quando sua ausência acarretar ônus excessivo a qualquer das partes; assim, somente a cláusula abusiva é nula: as demais cláusulas permanecem válidas, e subsiste o contrato, desde que se averigüe o justo equilíbrio entre as partes.

"Assim, a mais abalizada doutrina e atual jurisprudência, com os olhos postos no presente, têm decidido em casos tais que, cláusulas como essa do instrumento havido entre as partes ostentam-se indisfarçavelmente ineficazes e sequer possível o seu aproveitamento". (STJ – AG Nº 170.699 –MG (97/0088907-6)

"Conflito de Competência. Competência Territorial. Foro de Eleição. Cláusula Abusiva O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo". (STJ, Processo Nº: 21540, Órgão: Segunda Seção, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ-24/08/1998)

"Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido." ( S.T.J. - 2ª Seção - j. em 13.05.1998, DJU de 16.11.98 )

O CDC apresenta dois momentos distintos de proteção contratual ao consumidor: no primeiro momento, compreendido até a efetiva formação do vínculo contratual (fase pré-contratual), cria novos direitos para o consumidor e deveres para o fornecedor; no momento posterior, são criadas normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nesses contratos, garantindo, assim, uma proteção *a posteriori* do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo dos contratos.

Conforme anteriormente exposto, a previsão de cláusulas abusivas pelo CDC não exaure as hipóteses com o elenco ali exposto; compete ao Secretário Nacional de Direito Econômico editar anualmente um rol exemplificativo de cláusulas abusivas.

### **2.8.1.1 A cobrança extrajudicial de honorários advocatícios como cláusula abusiva.**

A questão ora analisada concerne à cobrança de honorários advocatícios por escritórios de advocacia do consumidor, em razão de débitos em atraso com o fornecedor, sob o argumento de que o escritório que faz a cobrança só recebe o pagamento se houver o acréscimo dos encargos (juros de mora e multa) além de honorários advocatícios, que variam de 10 a 20% do valor devido.

O cerne da questão é a quem cabe arcar com o pagamento dos honorários devidos ao advogado; se o consumidor ou o fornecedor contratante. De início cumpre observar que o consumidor não celebrou nenhum contrato com o escritório de advocacia, pelo que resta óbvio que quem deve pagar os honorários é o fornecedor, que, entretanto, ao recorrer aos préstimos do advogado, deixa de aceitar receber a parcela vencida, a qual deve então ser paga diretamente ao advogado contratado.

O artigo 22 do Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94) dispõe que há três possibilidades de cobrança dos honorários advocatícios: "*quando há convenção entre as partes, arbitramento judicial ou sucumbência*" Vê-se que nenhuma destas hipóteses legitima a cobrança de honorários da parte que não contratou, como é o caso do consumidor, o que corrobora a tese da abusividade da cobrança. E caso haja o consumidor assinado contrato que contenha cláusula prevendo que, em caso de inadimplemento, deverá ele, consumidor, arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, cumpre perguntar se seria cabível aplicar-se o art. 22 do Estatuto da advocacia (convenção entre as partes).

Ora, se nos reportarmos à definição de cláusula abusiva, ver-se-á que o caso em tela enseja a aplicação da Teoria da Abusividade na Relação de Consumo em prol do consumidor, objetivando

declarar a nulidade absoluta da cláusula. Arcar com os honorários de advogado para agir contrário aos seus próprios direitos/interesses é, indubitavelmente, um ônus imputado ao consumidor em desvantagem exagerada. Além disso, estatui o art. 51, XII do CDC que é nula a cláusula contratual que "*obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor*". O STJ já pronunciou a respeito da nulidade de cláusula contratual no caso da denominada *cláusula mandato*, que autoriza a emissão de título cambial por procurador, prescrevendo a Súmula nº 60 do STJ: "*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante no exclusivo interesse deste*".

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça editou a Portaria nº4/98 que tipificou como abusiva a cláusula contratual que obriga o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios, sem ajuizamento de ação; esta Portaria adita ao elenco do art. 51 da lei 8.078/90 e do art. 22 do Decreto 2.181/97, outras cláusulas abusivas, prescrevendo como nula de pleno direito a cláusula contratual que *obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente*. (item 9 da Portaria nº 4/98).

O Despacho nº 132 do Secretário de Direito Econômico, de 12/05/98<sup>(13)</sup>, expressou nota explicativa a respeito dos motivos da edição da Portaria nº 04 de 13.03.98, em conformidade com a decisão unânime extraída da 19ª Reunião do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, realizada em Brasília, esclarecendo em relação ao item 9, acima transcrito que "*O consumidor não está obrigado ao pagamento de honorários ao advogado do fornecedor. Os serviços jurídicos contratados diretamente entre o advogado e o consumidor não se enquadram neste item*".

### **2.8.2 Efeitos nos contratos.**

A definição de cláusulas abusivas, e os efeitos dela decorrentes, são aplicáveis tanto aos contratos de adesão quanto aos contratos paritários e são sempre consideradas nulas, prevendo a norma geral a proibição de cláusulas contra a boa-fé. A teor do disposto no parágrafo 2º do multicitado artigo 51 do CDC, a nulidade de qualquer cláusula considerada abusiva não invalida o contrato, exceto quando sua ausência, apesar dos esforços de integração, acarretar ônus excessivo a qualquer das partes; o CDC adotou o princípio da conservação dos contratos ao determinar que somente a cláusula abusiva é nula, permanecendo válidas as demais cláusulas contratuais, subsistindo o contrato, desde que se averigüe o justo equilíbrio entre as partes. Além do previsto

no artigo 51, o CDC, em seu artigo 6º, institui como um direito do consumidor a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais no sentido de restabelecer o equilíbrio da relação com o fornecedor. Destarte, o consumidor poderá solicitar ao juiz de direito que altere o conteúdo negocial de uma cláusula considerada abusiva. Aqui, o legislador baseou-se na chamada "redução de eficácia" da doutrina alemã, prevendo a ineficácia de uma cláusula abusiva e não simplesmente sua nulidade absoluta.

### **2.8.3 Contratos de Adesão.**

Os contratos de adesão surgem como forma de proporcionar maior uniformidade, rapidez, eficiência e dinamismo às relações de consumo, e sua importância em parte deriva da constatação que os contratos de consumo guardam intrínseca relação com a economia; o consumo depende do desenrolar da economia de mercado, e vice versa, tendo em vista que os contratos são instrumentos de circulação de riquezas.

Assim, os contratos de adesão podem ser tidos como uma necessidade do mundo globalizado, não obstante existam antes do processo de globalização, mormente na Itália. Entretanto, como anteriormente salientado, o contrato de adesão, por suprimir a prévia discussão do conteúdo entre fornecedor e consumidor, traz, via de regra, cláusulas abusivas, nas quais apenas uma das partes, isto é, aquele que está propondo a aderência a toda a proposta, sai beneficiado em relação ao aderente. Uma das mais comuns cláusulas abusivas em contratos de adesão é a de eleição do foro do estipulante em detrimento do foro do domicílio do consumidor.

Define-se o contrato de adesão como o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Segundo Orlando Gomes:

"O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja preconstruído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos".

Em sua formação, esse tipo de contrato apresenta-se como a adesão alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, inexistindo as negociações preliminares e modificação de cláusulas, próprias dos contratos paritários. Caracteriza-se por ser um negócio jurídico bilateral, formado pelo concurso de vontades (embora restrito). Segundo Ana Maria Zauhy Garms, "As grandes instituições utilizam-se dos contratos de adesão para praticarem abusos contra os consumidores, isto por que neste tipo de contrato não há oportunidade de negociações, e

devido à necessidade de adquirir o bem ou o serviço o indivíduo acaba por aceitar as condições que lhe são impostas, e que na maioria das vezes não são esclarecidas ou informadas pelo funcionário da instituição responsável pela realização do contrato".

Os contratos de adesão são unilaterais, o que gera grande desigualdade nas relações de consumo entre as partes contratantes.

O Código do Consumidor em seu art. 54 definiu o contrato de adesão:

"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."

Nos contratos de adesão, uma das cláusulas mais comuns é a de eleição do foro do estipulante em detrimento do foro do domicílio do consumidor; conforme exposto, e segundo corrente dominante na doutrina, deve o juiz reconhecer de ofício a nulidade da cláusula abusiva, e conseqüente afastamento desta, assim como declinar da competência para o juízo do domicílio do réu, *in casu*, o consumidor. Essa decisão não conflita com a Súmula 33 do STJ, porque a nulidade da cláusula faz desaparecer a razão pela qual a ação foi proposta no juízo que se dá por incompetente, enquanto que a exigência de que a parte suscite a incompetência do foro está inviabilizada pelas mesmas circunstância que levaram ao reconhecimento da abusividade da eleição do foro.

O Código de Processo Civil e as normas de organização judiciária dos Estados estipulam as diretrizes básicas para a definição dos limites da competência a serem observadas na prestação jurisdicional, como imperativo de ordem pública. Dispõe o art. 86 do aludido diploma legal:

"As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvadas às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral".

À luz desse dispositivo, as partes não podem escolher livremente o foro onde querem propor a ação, visto que devem submeter-se aos mandamentos insertos no Código de Processo Civil e nas leis de organização judiciária dos Estados. A única hipótese em que a ação pode ser proposta em qualquer foro do Brasil está estandardizada no artigo 94, § 3º "*in fine*" do CPC:

"Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer o foro".(grifo que não consta do original)

Isto posto, a propositura da ação no foro do domicílio do estipulante ou em qualquer outro que não seja a do domicílio do consumidor, torna o juízo absolutamente incompetente ante à flagrante

violação ao "*princípio do juiz natural*", contido no comando do artigo 5º, LIII, da Constituição Federal:

"Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Cumpre salientar a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Maria Helena Diniz:

"Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". (In NORMA CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS, pág. 116, 1989, Saraiva - São Paulo).

Assim, em se tratando de ação que tenha por objeto contrato de adesão, que se destaca pela superioridade da vontade do estipulante e reduzido âmbito de escolha do aderente, a validade da cláusula de foro de eleição deve ser de logo examinada, para que não sirva de invencível acesso à justiça. Ao receber a petição inicial ao juiz cumpre examinar a validade e eficácia de tal cláusula e impedir que, através de seu cumprimento, esteja sendo sobremaneira dificultada a defesa do réu, especialmente quando há possibilidade de deferimento de medida liminar.

Nesse sentido:

"Foro Regional e Declaração ex officio de incompetência. Ainda que se reconheça que na divisão do foro de São Paulo em diversos Juízos há forte componente territorial que marca a delimitação da competência de cada um entre si, em determinada área da cidade, não se pode afirmar tratar-se o caso de competência territorial relativa. A divisão da competência estabelecida por lei de organização judiciária, dentro da cidade de São Paulo, confere a cada um parcela de competência funcional dentro do foro de São Paulo, ganhando por isso contornos de competência absoluta, declinável ex officio (TJSP, Câm. Esp., Ccomp 24495-0, rel. Des. Nigro Conceição, j. 265.10.1995, v.u.)"

"COMPETÊNCIA - Foro de Eleição - Consórcio - Contrato de Adesão \_ Prevalhecimento do Código de Defesa do Consumidor para que o devedor tenha acesso aos órgãos judiciários e facilitação de sua defesa - Artigo 6º, incisos VII e VIII da Lei nº 8.078/90 - Hipótese que não se trata de declinação de ofício de incompetência relativa, mas sim de reconhecimento de normas de ordem pública a exigir a remessa dos autos à Comarca do domicílio do consumidor. m vista todo o exposto, emerge dos autos ser completamente incompetente o Juízo "a quo" e, por essa razão, nula de pleno direito a decisão objurgada, a teor do estabelecido no art. 113, combinado com o

art. 122, ambos do Código de Processo Civil vigente. A decisão objurgada, sem sombra de qualquer dúvida tem cunho decisório, porquanto, determinou e ocasionou a apreensão do veículo pertencente a agravante e, à luz do que fora exposto, é nula de pleno direito por Ter sido editada por Juízo agoritado como absolutamente incompetente, o que impõe sua revogação".(Embargos de declaração nº 98.000181-3. Embargante: Suy Mey C.M. Gonçalves. Embargado: Banco Fiat S/A, 1ª Câmara Cível. Rel. Marcos Antônio Souto Maior. Decisão unânime. Julgado em 23 de abril de 1998)

"CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA. DECLINAÇÃO. "EX OFFICIO". CONTRATO DE ADESÃO. ADMISSIBILIDADE. Inaplicabilidade da súmula 33/STJ. Abusividade da cláusula de eleição de foro, prejudicial à defesa do consumidor. Com o devido respeito àqueles que se filiam a outro entendimento, a propositura da demanda perante foro diverso do domicílio do consorciado dificulta seu acesso à Justiça, quando não o impossibilita, não obstante esse direito seja garantido constitucionalmente (CF/88, art. 5º, XXXV), o que configura a abusividade da cláusula e a sua nulidade de pleno direito, à luz do CDC (Lei nº 8078/90). É essa a posição que vem prevalecendo na melhor jurisprudência. (TJSP, Ag. de Inst. 32959-4, Itú, Rel. Juiz Cesar, Julg. em 30/10/96).

"CONSÓRCIO. CONTRATO DE ADESÃO. COMPETÊNCIA. Direito do consumidor em ser demandado em seu domicílio. Competência absoluta. Lei 8.078/90 (CDC), art. 6º, VIII" .. (TJSP, Ag de Inst. 29240, Linbs, Rel.: Des. Júlio Vidal, Julg. em 30/10/96).

Também no mesmo sentido o voto do magistrado Antônio Carlos Marcato, em Agravo de Instrumento nº 477.406-2, da 79 Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"A cláusula eletiva de foro, estabelecida em contrato de adesão, pela parte economicamente mais forte, revela-se abusiva se e quando impuser, ao contratante mais fraco sérios (e por vezes insuperáveis) óbices ao pleno acesso à jurisdição e à sua defesa no processo, assim afrontando as correspondentes garantias constitucionais; e essa afronta, abstraídos outros aspectos processuais (de menor ou nenhuma importância em confronto com ditas garantias), seria suficiente, por si só, para justificar a pronta remessa dos autos ao foro do domicílio da parte hipossuficiente, na medida em que a existência e o exercício da técnica processual têm por objetivo, atender, precipuamente aos desígnos constitucionais e não, à evidência, impor ônus e gravames indevidos a um dos sujeitos processuais. No entanto, é justa e razoável a conclusão de que o reconhecimento e a proclamação afronta a preceitos constitucionais demandam exame, caso a caso, das circunstâncias que envolvem o contrato, não sendo lícita, nem jurídica, a pura e simples generalização de que toda e qualquer cláusula eletiva do foro seja, mormente quando não impõe ao réu maiores dificuldades para o pleno, exercício de seu direito de resposta, nem estabelece

obrigação que possa ser considerada iníqua ou abusiva, colocando-o em desvantagem exagerada."

Os princípios constitucionais do juiz natural, de acesso à justiça, da ampla defesa e da supremacia do interesse público não de ser preservados e aplicados em todas as situações processuais, ainda quando está a decidir sobre a competência de foro. Daí porque, em se tratando de foro de eleição favorável ao estipulante de contrato de adesão, quando desde logo evidenciado que o demandado terá extrema dificuldade para exercitar sua defesa, e assim caracterizada a abusividade da cláusula, incumbe ao juiz impedir que ela tenha eficácia, declinando da sua competência para o foro de domicílio do réu. É caso de nulidade de pleno direito, decretável de ofício.

A eleição de foro é tão somente a mais comum dentre as cláusulas abusivas comumente contidas nos contratos de adesão; todas elas, sejam quais forem, podem ser questionadas, uma vez que se amoldem ao disposto no art. 51 do CDC. Assim, *"No que tange aos contratos de adesão o Código de Defesa do Consumidor é bem claro ao especificar que todos os contratos devem ser revistos quando tornarem-se excessivamente onerosos, e ainda, que as cláusulas abusivas devem ser desconsideradas pelo consumidor"*.

Por fim, cumpre salientar que nem toda regulamentação contratual pré-formulada pode ser entendida como abusiva, cabendo ao julgador verificar a abusividade ou não das cláusulas pré-elaboradas. As cláusulas negociadas destes contratos deverão subordinar-se à interpretação comum dos contratos.

#### **2.8.4 A recepção do Princípio da Predominância da ordem pública pelo CDC como meio de afastamento das cláusulas abusivas nos contratos de adesão.**

Os princípios do juiz natural, da supremacia da ordem pública e da magnitude da defesa do consumidor, conforme exposto no presente estudo, são amplamente aplicados aos contratos de adesão, derrogando as cláusulas abusivas, por força dos dispositivos pertinentes à espécie contidos no CDC, pelo que pode e deve o juiz declarar de ofício sua competência para processar as ações de busca e apreensão, reintegração de posse decorrente de contrato de leasing, ou outra qualquer, quando a propositura da ação no foro de eleição, na sede da empresa estipulante, dificultará sobremaneira a defesa do réu em juízo; o juiz deve ainda de ofício reconhecer a nulidade de cláusula abusiva, tal como a que elege, em contrato de adesão, o foro do domicílio do estipulante, quando o seu cumprimento significar verdadeira negação de acesso à justiça.

A decisão judicial que reconhece a nulidade de cláusula abusiva e declara a incompetência de ofício, não ofende a Súmula 33 do STJ, porque a nulidade da cláusula faz desaparecer a razão pela qual a ação foi proposta no juízo que se dá por incompetente, enquanto a exigência de que a parte suscite a incompetência do foro está inviabilizada pelas mesmas circunstâncias que levaram ao reconhecimento da abusividade da eleição de foro.

*É objetivo do Código de Defesa do Consumidor assegurar ao consumidor igualdade em face do fornecedor; como bem pontifica Ana Maria Zauhy Garms<sup>1</sup>: "A proteção do consumidor surge pela determinação de se cumprir a igualdade contratual, independentemente da posição ou condição de cada parte envolvida". É o tratar de forma desigual as partes no momento em que elas se desiguam, e igualmente quando se igualam, ou seja, tratar de forma desigual os desiguais a fim de que se tornem iguais.*

### **2.8.5 O papel do Judiciário.**

Atualmente, quando se fala em Direito das Obrigações, a figura da função social do contrato vem sendo cada vez mais prestigiada. A liberdade de contratar foi protegida, sendo então, os contraentes, submetidos aos princípios da probidade e da boa-fé. Com a edição do Novo Código Civil, dois novos institutos foram consagrados, quais sejam, o estado de perigo e a lesão. Relativamente a esta última figura, vale lembrar que já havia sido incorporada ao direito pátrio pelo Código de Defesa do Consumidor, objetivando a defesa dos economicamente mais fracos.

Como visto anteriormente, a boa-fé serve como regra de julgamento pelo magistrado quando da apreciação de questões, as quais a lei nem sempre prevê. Cabe destacar que, conforme constatado na pesquisa realizada junto à doutrina e jurisprudência, são três as funções da boa-fé, quais sejam, interpretativa, de integração e de controle.

No que se refere à função interpretativa da boa-fé, esta se observa quando por exemplo, um contrato de adesão contenha em si cláusula obscura e duvidosa, o que permite ao juiz afastar-se de qualquer outra interpretação, que não aquela em favor do contraente aderente. O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor é um exemplo de norma que prevê essa função, ao determinar que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

As funções integradora e controladora da boa-fé nada mais refletem do que a busca do equilíbrio entre os partícipes da relação de consumo. Decidiu o STJ em Recurso Especial que:

"Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos. O art. 53 do CDC veio apenas expressar um enunciado que já estava presente no ordenamento e era aplicado sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio entre as partes, afastar a vigência de cláusulas resultantes do arbítrio de uma, impor o respeito ao princípio da boa-fé e fazer cumprir a solidariedade social" Judith Martins Costa, em sua obra "Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro" destaca que no Brasil, mesmo tendo sido incorporada ao direito legislado em 1990, através da edição do Código de Defesa do Consumidor, há quinze anos os tribunais brasileiros vêm utilizando o princípio da boa-fé objetiva como fonte de específicos deveres de conduta e como limite ao exercício de direitos. Assinala a autora que dos Tribunais brasileiros, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é o que guarda o maior número de decisões cujo teor aprecia o princípio da boa-fé como regra de conduta, demonstrando, segundo suas palavras, uma "modelagem brasileira" da boa-fé objetiva, de cunho fortemente jurisprudencial. Muitos autores devem tal transformação na mentalidade jurídica brasileira à obra de Clóvis do Couto e Silva, autor da obra "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português" que, inclusive, compartilha da opinião de Caio Mário da Silva Pereira no que se refere à falha do legislador e da doutrina brasileira ao não dar à boa-fé a devida importância no campo do direito obrigacional.

Jurisprudência interessante firmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz respeito à Apelação Cível nº 598225720, julgada pela 17ª. Câmara Cível em 1999, a qual decidiu acerca do comportamento de cliente correntista de banco que alegou inexistência de débito aos realizar sucessivos saques. Asseverou o Relator Demétrio Xavier Lopes Neto, que tal expediente veio a ferir a boa fé, quebrando-se, assim, o dever de lealdade do cliente em relação à instituição financeira. Vislumbra-se aqui um caso não muito frequente de se observar, onde o Poder Judiciário apreciou o princípio da boa-fé objetiva contra o consumidor. Segundo Judith Martins Costa, tal decisão foi prolatada mediante a verificação da existência da função de "otimização" do comportamento contratual, decorrente do destaque que a função social do contrato vem ganhando atualmente. Em observância ao dever de cooperação que as partes devem guardar, aquele mesmo Tribunal decidiu que age com deslealdade o advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, caso este que levou à nulidade da cláusula.

Em instância superior, decidiu o STJ que o estabelecimento bancário que coloca área de estacionamento à disposição do cliente, assume também o dever de proteção do bem ali guardado, oriundo da boa-fé objetiva. Percebe-se, então que, ao apreciar a lide o julgador levou

em conta não só os interesses decorrentes do contrato bancário, mas sim a totalidade dos interesses envolvidos. Nesse sentido, assevera Flávio Alves Martins que além do dever de prestação há também o dever de conduta, sendo que:

"(...) aqueles são destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação; enquanto estes, também chamados laterais, correlatos ou acessórios, são os que, não interessando diretamente à prestação principal, são importantes ao correto processamento da obrigação" .

Essa opinião é compartilhada por Tereza Negreiros, como já visto anteriormente no que se refere às prestações acessórias. Exemplo disso pode ser encontrado na Apelação Cível nº 589071711 do TJRS. Versa o caso sobre furto de veículo em estacionamento de um shopping center, o qual acabou por ser condenado ao pagamento de indenização pelo ocorrido. Em 1ª. instância, decidiu-se pela improcedência do pedido, ao argumento de que a gratuidade do estacionamento constitui em um fator impeditivo da responsabilidade contratual. Todavia, entendeu aquele Egrégio Tribunal que o ato do consumidor aceitar a oferta e deixar seu veículo estacionado no parque, por si só acaba gerando a relação obrigacional, porquanto o bem acaba ficando sob a guarda do esquema de segurança disponibilizado pelo estabelecimento, também decorrente do contrato social como elemento necessário e quase sempre imprescindível para a prática dos atos de mercancia em locais como o shopping que, apesar de não exigir pagamento imediato pelo estacionamento, acaba por embuti-lo no preço dos bens e serviços por ele prestados.

Afirma, ainda, o autor, que nos últimos anos o Código de Defesa do Consumidor foi a fonte mais recorrida pelos juízes quando da aplicação do princípio da boa-fé. Certamente isso se deve ao fato do CDC haver sido o primeiro diploma legal a consignar a boa-fé objetiva de forma expressa em nosso ordenamento jurídico.

### **2.8.6 A função do Ministério Público.**

Para alguns autores, o controle das abusividades nas relações de consumo somente pode ser exercido pelo Judiciário, à exemplo da Alemanha. Há países onde tal controle é misto, como a Suécia, e outros como a França, que adotou o controle puramente administrativo pela autoridade competente.

Todavia, a realidade brasileira mostra que o Ministério Público vem adotando o inquérito civil como forma de controle das cláusulas contratuais abusiva. Mesmo com o veto do § 3º do artigo 51 e do § 5º do artigo 54, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que previam a

intervenção do Ministério Público como agente controlador das cláusulas contratuais abusivas, Newton de Lucca esclarece, citando palestra proferida por Nelson Nery Júnior, que o Ministério Público do Estado de São Paulo já exercia o controle administrativo dessas cláusulas através da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), demonstrando que, na prática, tal veto presidencial não traria maiores conseqüências. Aliás, se for feita uma análise detalhada do § 5º do artigo 54 do *codex* citado, vislumbrar-se-á que, de fato, seria inviável que todos os contratos de adesão fossem submetidos ao crivo do Ministério Público, tornando-o demasiadamente sobrecarregado, em detrimento de outras prerrogativas ministeriais.

Assinala Plínio Lacerda Martins que o Ministério Público continua exercendo o controle das cláusulas abusivas, tendo como instrumento o inquérito civil, expressamente previsto no artigo 90 do diploma consumerista, sendo seu procedimento regulado pelo artigo 8º, § 1º da Lei nº 7.347/85. Nesse procedimento, o Ministério Público pode arremeter documentos, informações, proceder à oitiva de testemunhas e interessados, proceder à realização de perícias e exames, tudo objetivando a formação de um juízo acerca da existência ou não de cláusula abusiva. E segue o autor, dizendo tratar-se de procedimento inclusive passível de composição extrajudicial, tornando assim efetivo o controle administrativo, sem que se necessite da apreciação do judiciário. Afirma o mesmo autor, mencionando a crítica de Nelson Nery Júnior acerca do veto supracitado, que apenas o "caráter geral da decisão" do órgão ministerial é que ficou prejudicado pelo veto.

No que diz respeito ao controle das referidas cláusulas, este pode ser exercido de forma abstrata e concreta. A primeira forma se verifica quando não existe ainda uma violação do direito concreto do consumidor, ou seja, este não sofreu ainda nenhum dano. Entretanto, pode o Ministério Público receber reclamação a fim de verificar a existência de cláusulas abusivas. Nesse caso, qualquer interessado, ou até mesmo o órgão ministerial, por iniciativa própria. No segundo caso, há efetivamente uma violação do direito do consumidor. Nesse caso, o consumidor prejudicado encaminhará representação ao órgão, a qual se limitará a apreciar o fato concreto. Ou seja, no primeiro caso verifica-se a existência de cláusulas gerais que ainda receberão a adesão do consumidor, e no segundo, a existência de uma situação já concretizada, oriundo de uma relação de consumo específica. Nesse passo, é importante ressaltar que o *Parquet* não só defenderá direitos que, em tese, poder-se-iam classificar em individuais, mas acima de qualquer coisa o interesse social, conforme previsto no artigo 1º da lei consumerista.

Interessante frisar que a legitimidade do Ministério Público para propor a defesa do consumidor em juízo decorre de previsão Constitucional (art. 129, IX), e não restam dúvidas acerca da

importância do controle promovido por este importante órgão, uma vez que, assim procedendo, nada menos estará fazendo do que cumprindo seu papel de fiscal da lei.

### **2.8.7 Ação Civil Pública e Ação Coletiva.**

Sem embargo da ocorrência de semelhança no que toca à competência, as ações sob comento – civil pública e coletiva – possuem particularidades que as distinguem, o que, por corolário, ensejará diverso tratamento interpretativo.

Consoante melhor doutrina, a denominação dada às ações é reminiscência do período *immanentista* da teoria do processo, segundo o qual para cada direito existe uma ação específica (*legis actiones*).

Não obstante o acerto da afirmação, é cediço que os procedimentos são criados ante a necessidade de concretização dos direitos materiais, daí a aparição de diversos ritos processuais especiais que instrumentalizam a efetivação dos direitos de fundo, afinal, *processo* é meio de realização material da função jurisdicional do Estado.

É o que ocorre, a nosso aviso, com o procedimento previsto no Cap. II do Tít. III do CDC (arts. 91 *usque* 100) que prevê as *ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*.

Ao contrário do que ocorre na Lei de Ação Civil Pública (LACP) – art. 3º – a ação coletiva prevista no CDC tem por objeto imediato do pedido tão-somente a condenação do Réu – única providência jurisdicional admitida nesta seara – ao pagamento de quantia – objeto mediato – que deverá ser apurada em seu *quantum* no respectivo processo de liquidação (arts. 91 e 95 CDC).

Tem-se, pois, que o âmbito de abrangência da primeira (ACP) é maior que o da segunda, no momento em que aquela serve como instrumento à satisfação não só de condenação à determinada quantia, porém e ainda, à condenação referente a obrigações de fazer ou não fazer.

Mesmo que perfunctoriamente, somente por este ponto, vislumbram-se, cabalmente, diferenças intrínsecas entre uma e outra, que dão ensejo a tratamento diverso, no particular.

Ademais, somente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública tornou-se instrumento eficaz, também, à defesa dos interesses individuais homogêneos, o que, antes do Código consumerista, consistia clara impossibilidade jurídica da demanda (cf. art. 21 LACP, posteriormente alterado pelo art. 117 do CDC).

Por outro lado, parece ser entendimento sedimentado doutrinariamente o fato de que a Ação Coletiva somente poderá servir de instrumento à defesa de interesses consumeristas, ao passo que a ACP, à de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

"A condenação em ação civil pública ou coletiva por lesão ao consumidor só poderá ter como objeto o dano global e diretamente considerado (p. ex., o dano decorrente da aquisição em si do produto defeituoso ou impróprio para os fins a que se destina, ou sua substituição ou a respectiva indenização). A tutela coletiva não poderá alcançar danos individuais diferenciados e variáveis caso a caso, de indivíduo para indivíduo (p. ex., danos emergentes e lucros cessantes)."

À guisa de ilustração, as diferenças sumariamente comentadas ensejam, a nosso ver, diferenças ontológicas entre as ações em cotejo, o que, no concernente à competência do juízo, traduzir-se-á em ponto de aproximação, desde que se dê interpretação consentânea aos seus objetivos.

Competência na Ação Civil Pública.

Consoante dispõe o art. 2º da LACP, as Ações Cíveis Públicas serão proposta no foro onde ocorrer ou deva ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional, portanto, absoluta, para o conhecimento e julgamento da demanda.

Já em seu parágrafo único – introduzido pela MP 2.180 – dispõe a lei que a propositura da ação prevenirá a *jurisdição* (*rectius*: competência) do juízo para as demais demandas que sejam idênticas.

Da assertiva pode-se inferir que definir-se-á o juízo competente para o conhecimento e julgamento das Ações Cíveis Públicas não pelos elementos subjetivos da demanda – domicílio do autor ou do réu – todavia por seu elemento objetivo, qual seja, o *fattispecie* que ensejou o surgimento do objeto litigioso: o dano.

Temos, assim, que os objetivos da norma jurídica, ao determinar a competência do juízo do local do dano, são claros: a *prevalência da importância da res iudicium deducta sobre as partes em lide*; a *facilidade na colheita de provas*.

Ocorre o primeiro em razão de se cogitar, em regra, nos processos coletivos, de interesses que não dizem respeito ao indivíduo, como ser *atomizado*, mas como membro de uma sociedade, cujos interesses – interesses sociais – em um Estado Democrático de Direito, sobrepujam os meramente individuais.

Por outro lado, a definição do local do dano como determinação da competência do juízo tem por fim, sob o aspecto prático, a facilitação na colheita de provas, visto que o Juiz estará mais perto – e por conseqüência terá maior facilidade na sua captação e entendimento – dos indícios oriundos da probabilidade da ocorrência do dano e dos vestígios deixados pelo dano efetivamente causado, surgentes da conduta delitiva.

Daí que, com a introdução do parágrafo único ao art. 2º pela MP 2.180, se os efeitos do dano (potencial ou efetivo) transbordarem dos limites de uma comarca, ou até mesmo de um Estado-membro, competente será – nas Ações Cíveis Públicas, repise-se – aquele juízo onde ocorrer a

primeira citação válida, segundo as regras insertas no Código de Processo Civil sobre prevenção (art. 219).

Entretanto, ao lançar escólios sobre a matéria, afirma **Hugo Nigro Mazzilli** que:

"Se os danos se estenderem a mais de um foro mas não chegarem a ter caráter estadual ou nacional, o inquérito civil deverá ser instaurado e a ação civil pública proposta seguindo os critérios da prevenção; se os danos se estenderem ao território estadual, ou nacional, o inquérito civil deverá ser instaurado e a **ação civil pública** proposta na respectiva Capital." (g.n.)

Com a vênua devida ao ilustrado Mestre, pensamos que tal raciocínio não possui supedâneo legal. De efeito, na lei (LACP) não há norma jurídica que franqueie tal entendimento. Isto porque, mormente após a inserção do parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 7.347/85, é explícita a determinação da competência pela prevenção – que deverá subsidiar-se nas normas processuais gerais previstas no CPC sobre tal instituto – entre as comarcas envolvidas no evento danoso. Ademais, não existe texto legal expresso que determine a competência de outro juízo – que não o preventivo – em casos de dano cujo âmbito seja regional ou nacional (nem mesmo há previsão de dano de âmbito regional ou nacional), acolhendo a assertiva do jurista paulistano, ao contrário do que ocorre com o CDC, em seu art. 93, onde resta clara a determinação legal da competência do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal em casos de dano cujo âmbito seja regional ou nacional, respectivamente, o que, se demonstrará, não pode ser interpretado, também, de forma estritamente literal.

Frise-se que, em se tratando de Ação Civil Pública, em hipótese alguma, não importando a dimensão que os efeitos do dano possam alcançar, será competente o foro da Capital do Estado ou o Distrito Federal, e sim, como dito, o juízo, dentre somente as comarcas envolvidas, que primeiro realizar citação válida, simplesmente por inexistir norma jurídica que de forma diversa o preveja, e, ao revés, haver comando legal que assim o determine.

Desta forma, um dano ambiental que envolva os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro – como recentemente de fato ocorreu – competente será o juízo da comarca que primeiro realizou a citação válida para o conhecimento e julgamento da Ação Civil Pública eventualmente proposta, independentemente do Estado a que pertença tal comarca, não havendo que se falar em competência da Comarca da Capital de uma das entidades federadas, caso não esteja envolvida pelos efeitos do dano. E mesmo neste caso – de ser a Comarca da Capital de um dos Estados ou de ambos atingida pelos efeitos danosos – esta somente será sede do juízo competente se citação válida foi realizada antes de qualquer outro, o que a tornará *preventiva*.

Não calha a argumentação segundo a qual a norma aplicável à espécie seria o CDC; a uma, porquanto o disposto no art. 93 do *Codex* consumerista somente poderá ser aplicado em se

tratando de relações jurídicas materiais de consumo; a duas, porque na LACP há norma, como visto, que trata expressamente da competência nestas ações, não sendo lícito argumentar, portanto, com o artigo 21 da mesma LACP, haja vista que a incidência deste somente ocorrerá *no que for cabível*.

De qualquer forma, fazendo uma pequena digressão, em se tratando de relações jurídicas de consumo cujo objeto imediato do pedido seja a condenação ao pagamento de determinada quantia, aplicável, aí sim, o CDC, mais especificamente o seu art. 93 no que concerne à competência, em razão do princípio da especialidade, ficando afastada a incidência da Lei de Ação Civil Pública.

De efeito, sendo o Código de Defesa do Consumidor lei posterior e especial no cotejo com a norma que instituiu a Ação Civil Pública, pensamos que aquela derogou esta no que diz respeito à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nas relações jurídicas de consumo. Isto porquanto, segundo os ditames do parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), lei posterior – acrescentamos, de mesma ou superior hierarquia – derrogará anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava esta.

Insta frisar, entretanto, como dissemos, que a inaplicabilidade da LACP somente ocorrerá quando se pleitear a condenação do Réu ao pagamento de determinada quantia. *A contrario sensu*, quando o pedido imediato da demanda for a condenação em obrigação de fazer ou não fazer será perfeitamente viável a utilização da Ação Civil Pública, consoante determina o artigo 83 do CDC.

Assim, tratando-se de relação jurídica material de consumo, aplicável sempre o CDC, devidamente subsidiado pela LACP e pelo CPC – nesta ordem – naquilo em que for omissis. Desta forma, inapropriada a utilização de Ação Civil Pública quando se tratar de violação a direito consumerista, ressalvado o que dissemos *supra*.

Tal raciocínio ficará mais patente no que diz respeito à competência, pois, como afirmado, não há na LACP, ao contrário do que ocorre no CDC, determinação daquela em razão do âmbito alcançado pelos efeitos do dano.

Em suma, forçoso admitir que, em se tratando de Ação Civil Pública, nos casos de competência concorrente entre dois ou mais juízos, determinar-se-á aquela pela prevenção em quaisquer casos, não havendo de se cogitar da amplitude dos efeitos do dano perpetrado.

### **2.8.8 A competência da Secretaria de Direito Econômico.**

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi criada pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 e atua por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), sendo órgão do Ministério da Justiça, que integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Compete à SDE, através do DPDC, a coordenação geral da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, conforme especificado no artigo 3º do Decreto 2.181/97. O DPDC deverá, dentre outras atividades, prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos, fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas no CDC e solicitar a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor.

O artigo 56 do Decreto 2.181/97 estabelece que, a fim de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a SDE divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, em caráter exemplificativo, aplicando-se o disposto no inciso IV do artigo 22 do Decreto 2.181/97. São atos de natureza administrativa, que não têm força de lei, mas servem de roteiro para os operadores do Direito (advogados, promotores, Juízes) e de advertência, para os comerciantes.

Assim, as portarias publicadas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, elencando as cláusulas abusivas, são editadas em cumprimento ao disposto no citado artigo 56 do Decreto 2.181/97, cabendo aplicação de multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo.

Aplicação das Portarias da SDE aos contratos utilizados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Pode-se concluir que a SDE tem competência e legitimidade para orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e uma das formas por que se realiza esta orientação é a divulgação anual de cláusulas contratuais consideradas abusivas, em complemento à listagem constante do artigo 51 do CDC.

Contudo, há instituições financeiras que pretendem questionar a validade/aplicação das portarias da SDE; duas alegações possíveis de serem articuladas por tais instituições seriam: questionar o conteúdo das portarias editadas pela SDE, alegando que determinadas cláusulas tidas como abusivas pela SDE, na realidade não o são; e/ou alegar que o CDC, e conseqüentemente as portarias da SDE, não se aplicam a determinados tipos de contratos utilizados no Sistema Financeiro Nacional (caso em concreto), uma vez que a figura do cliente da instituição financeira

não pode ser equiparada à figura do consumidor, pois o cliente não é destinatário final dos serviços e/ou produtos oferecidos.

Não obstante as penalidades administrativas que a SDE ou qualquer outro órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possam vir a aplicar, as instituições financeiras não podem ser impedidas de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar os conflitos gerados em razão da aplicação ou não de regras referentes às relações de consumo.

Sendo caracterizada a relação como de consumo ou demonstrada, de forma inequívoca, a existência de cláusulas obscuras ou abusivas, ou ainda configurada a excessiva onerosidade das obrigações assumidas livremente pelos clientes, não há que se discutir a não aplicação do CDC aos contratos bancários, e, por conseguinte, a anulação dos referidos contratos ou das cláusulas abusivas contidas no bojo destes.

### **2.8.9 Outras formas de controle.**

Além das formas de controle das cláusulas abusivas acima referenciadas, há de se destacar a importante atuação dos órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor e de diversas associações criadas para esse fim.

No âmbito da administração pública os PROCONs se fazem presentes em muitos municípios dos Estados da Federação. Dentre as atribuições conferidas a estes órgãos estão as de atendimento ao público, fiscalização das atividades empresariais, instauração de processos administrativos, multas, dentre outras. O artigo 33 do Decreto nº 2.181/97, por exemplo, prevê o processo administrativo como forma de apurar as práticas que atentem contra as normas de proteção e defesa do consumidor. É bem verdade que em municípios de menor porte a atuação dos PROCONs nem sempre apresenta reflexos de destaque, como em cidades de maior porte. Entretanto, não é por isso que sua importância seja menor, porquanto em muitos casos a composição extrajudicial pode ser verificada, a exemplo do Ministério Público, exteriorizando-se, então, o controle administrativo, não só das cláusulas abusivas, como também das práticas abusivas, estas nem sempre dependentes da existência de um contrato para que sejam verificadas. Recentemente, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça vem promovendo programas que incentivam a criação de PROCONs nos municípios. Aliás, o DPDC é outro importante mecanismo de controle, cujas atribuições estão elencadas no artigo 106 e incisos do Código de Defesa do Consumidor. Prevê, ainda, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) a criação de órgãos e

instituições aptas a promover a defesa do consumidor, podendo aqui ser citadas as Associações de Defesa do Consumidor, Associações de Donas de Casa, que refletem nada menos do que o próprio consumidor como fiscal de seus direitos.

Além do controle administrativo das cláusulas e práticas abusivas, há de se destacar o controle através de normas incriminadoras que prevêm o comportamento dos fornecedores, passível de apreciação no âmbito penal, uma vez que as sanções administrativas e as indenizações civis se mostram insuficientes diante da gravidade desses comportamentos. A previsão penal para os crimes envolvendo relações de consumo está expressamente prevista no artigo 61, *usque* 80 do CDC. Nesse sentido, afirma Fábio Ulhoa Coelho em seu "Manual de Direito Comercial":

"Para assegurar a proteção ao consumidor, a lei tipifica como crime a inobservância de quase todos os deveres impostos aos empresários. Assim, desde a omissão de informações sobre a periculosidade do produto até a promoção de publicidade enganosa ou abusiva, define o CDC uma série de infrações penais, responsabilizando qualquer pessoa que concorrer para a prática criminosa, bem como o representante legal da sociedade empresária (administrador, gerente ou diretor) que promover, permitir ou aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços em condições vedadas pela lei (CDC, arts. 61 a 80)".

Ainda no que diz respeito aos mecanismos de controle das abusividades, verifica-se em nosso ordenamento jurídico a presença de legislações específicas, reflexo do intervencionismo estatal no que se refere a conter abusos praticados nos contratos de adesão, em detrimento do consumidor. A título ilustrativo, podemos citar, além do disposto no artigo 51 do CODECON, a edição, pelo Governo Federal, da Lei nº 9.656/98, que objetivou a regulamentação dos contratos de planos de saúde, haja visto o número elevado de reclamações nos PROCONs.

## **2.9 Responsabilidade Civil no Código de Defesa Do Consumidor.**

### **2.9.1 Dano indenizável.**

Os danos indenizáveis são todos aqueles sofridos pelo consumidor, sejam de natureza material ou imaterial – CDC, art. 6º, VI.

Entre os danos materiais estão os lucros cessantes (perda patrimonial já sentida) e os lucros cessantes (aquilo que deixou de auferir como consequência direta do ilícito).

Entre os danos imateriais temos o *dano à imagem*, o *dano estético*, e o *dano moral*. Este último é "aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo."

Outrossim, a "pessoa jurídica não pode sofrer violação em sua honra, nem em sua intimidade. Não sofre, também, dano estético. Mas pode sofrer violação em sua privacidade, bem como dano à sua imagem. (...) como de resto pode ter sua imagem utilizada sem autorização (...)".

### 2.9.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva.

Dois são os fundamentos da responsabilização do agente: de um lado, a *culpa*, baseada na doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado o *risco*, fundamentado pela doutrina objetiva ou teoria do risco.

O Código Civil, em seus arts. 186 e 187, adota como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão que causa um dano, ligados pelo vínculo denominado nexo de causalidade, deve restar comprovada a culpa em sentido lato.

A essência da responsabilidade subjetiva como enuncia o insigne jurista Caio Mário assenta-se fundamentalmente na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima.

Não é apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. É preciso que este fato seja jurídico e que seja ilícito.

Assim, a responsabilidade civil surge pela prática de um ato ilícito, que é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil.

Tratando-se de responsabilidade subjetiva a culpa integra esses pressupostos e a vítima só obterá a reparação do dano se comprovar a culpa do agente.

Com isso, o principal pressuposto dessa responsabilidade é a culpa.

Carlos Alberto Bittar entende que:

"Na teoria da culpa (ou "teoria subjetiva"), cabe perfazer-se a perquirição da subjetividade do causador, a fim de demonstrar-se, em concreto, se quis o resultado (dolo), ou se atuou com imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito). A prova é, muitas vezes, de difícil realização, criando óbices, pois, para a ação da vítima, que acaba, injustamente suportando os respectivos ônus".

Porém, em alguns casos, referido diploma adota a responsabilidade objetiva imprópria, também chamada da culpa presumida, bem como, a responsabilidade objetiva, como por exemplo nas hipóteses previstas nos artigos 931 e 936.

O Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do Código Civil, como regra, a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano. Basta a demonstração da existência de nexo causal entre o dano experimentado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto.

A opção legislativa reflete a adoção feita pelo legislador da *teoria do risco do negócio*, segundo a qual aquele que explora atividade econômica deve arcar com os danos causados por essa exploração, ainda que não tenha concorrido voluntariamente para a produção dos danos .

Segundo a teoria objetiva quem cria um risco deve responder por suas conseqüências.

O fato danoso é que engendra a responsabilidade. Não se perquire se o fato é culposos ou doloso, basta que seja danoso.

Para a teoria objetiva interessa somente o dano para que surja o dever de reparação. A vítima deverá provar somente o dano e o fato que o gerou.

Claudia Lima Marques ensina que para ser caracterizada a responsabilidade prevista no art.12 é necessária a ocorrência comprovada e concorrente de três elementos: a) existência do defeito; b) o dano efetivo moral e/ou patrimonial; c) o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão.

Como restam especificados no *caput* do art. 12 que os danos indenizáveis são somente aqueles causados aos consumidores por defeitos de seus produtos observa-se ser necessária a existência de um defeito no produto e um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor, e não só entre o dano e o produto.

Wilson Melo da Silva esclarece com propriedade a definição da responsabilidade objetiva:

"Pela teoria da responsabilidade objetiva ou sem culpa, como é denominada por muitos, o fator culpa seria de nula relevância. O autor do dano indenizaria pelo só fato do dano mesmo sem se indagar da sua culpabilidade, ou não, no caso. Bastaria que se demonstrasse apenas a relação de causalidade entre o dano e seu autor para que daí decorresse para o agente a obrigação de reparar".

Sérgio Cavalieri ressalta :

"Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decore do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O

fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos."

Contudo, há uma exceção à responsabilidade objetiva, o artigo 14, § 4º trata da responsabilidade dos profissionais liberais, em suas atuações não ligadas a "obrigação de resultado", condição esta que, se verificada, os remete à responsabilidade objetiva.

É importante ressaltar que o tratamento diferenciado dado aos profissionais liberais se limita ao fundamento da responsabilidade, inexistindo incompatibilidade entre a norma e as demais regras protecionistas, inclusive a de inversão do ônus da prova .

Nesse sentido salienta Paulo Lobo que caso o legislador pretendesse a exclusão da incidência do CDC aos profissionais liberais os mesmos não deveriam estar englobados no art. 3º.

### **2.9.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.**

Dispõe o artigo 12:

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

Sérgio Cavalieri define fato do produto como:

"(...) um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um *defeito do produto*. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é *defeito*."

Ou seja, aquele que sofrer acidente de consumo decorrente de defeito de concepção, execução ou comercialização de produto, tem o direito de ser indenizado por todos os danos decorrentes .

O art. 12 trata dos *defeitos* dos produtos, isto é, inadequações no produto que ocasionam uma lesão no consumidor.

O artigo 8º do CDC estabelece que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, sendo obrigado o fornecedor a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Assim, uma vez colocados no mercado, interessa verificar se há possibilidade de transmitir ao consumidor informações que capacitem o consumidor do fornecimento em questão ao seguro consumo do produto ou serviço.

Ressalte-se, por fim, que o art. 10º impede a colocação no mercado produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Importante destacar que existe responsabilidade inclusive se o produto foi distribuído gratuitamente, conforme ensina Silvio Luíz Ferreira da Rocha :

"O fornecedor que entrega seus produtos para exame ou prova não poderá subtrair-se da responsabilidade civil prevista, alegando que o produto ainda não foi colocado no mercado.

Outrossim, o fornecedor será responsável também por produtos distribuídos a título gratuito, como a entrega de bens a seus empregados, promoção publicitárias, ou, ainda, doação de bens destinados a vítimas de catástrofes".

Coaduna de tal entendimento Zelmo Denari : "A circunstância de o produto ter sido introduzido no mercado de consumo gratuitamente, a título de donativo para instituições filantrópicas ou com objetivos publicitários, não elide a responsabilidade do fornecedor."

Portanto, para haver a responsabilidade do fornecedor é necessário, além é claro, do defeito e do nexo de causalidade entre este e o dano sofrido pelo consumidor, que o produto entre no mercado de consumo de forma voluntária e consciente.

#### **2.9.4 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.**

A responsabilidade por vício do produto ou serviço não está relacionada com aquela tratada pelos arts. 12 a 14. A falta de qualidade no fornecimento nem sempre é causa de danos à saúde, integridade física e interesse patrimonial do consumidor.

O art. 18 elenca as hipóteses em que há *vício* no produto, sem causar dano à saúde/integridade física do consumidor.

Os "vícios" no CDC são os vícios por inadequação (art. 18 e ss) e os vícios por insegurança (art.12 e ss.).

Acentua Luiz Rizzatto Nunes:

"São consideradas vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios [característica que impede seu uso ou consumo] ou inadequados [pode ser utilizado, mas com eficiência reduzida] ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida

em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária."

O CDC prevê três tipos de vícios por inadequação dos produtos: vícios de impropriedade, vícios de diminuição do valor e vícios de disparidade informativa.

Para Rizzatto os vícios são aqueles problemas que: a) fazem com que o produto não funcione adequadamente; b) fazem com que o produto funcione mal; c) diminuam o valor do produto; d) não estejam de acordo com informações; e) os serviços apresentem funcionamento insuficiente ou inadequado.

Apresentando um vício existe a responsabilidade do fornecedor.

### **2.9.5 Valor da Causa na Ação de Reparação de Dano Moral.**

Já se pretendeu que, "omissa a lei sobre os critérios para fixação do valor da causa versando indenização por dano moral puro, aquele, em princípio, é inestimável; assente a caracterização do dano moral puro, é despicienda a comprovação do prejuízo"; mais certamente, porém, "a dificuldade de fixação, na inicial, do valor do dano moral não implica atribuir-se à causa um valor sem conteúdo econômico".

Em substância, a questão pertinente ao valor da causa na ação de reparação de dano moral resolve-se pôr via de estimativa unilateral do autor, que se sujeita contudo ao controle jurisdicional, remarcado ainda pela sua provisoriedade.

Tratando-se de pedidos cumulados, observa-se o mesmo critério quanto à estimativa do valor da causa no concernente aos danos morais, respeitando o patamar mínimo dos efeitos patrimoniais da ação. O que se segue na decisão da 6.<sup>a</sup> Câmara do TJSP: "*Tem a jurisprudência proclamado que, "nas ações de reparação de danos, à falta de regra específica acerca do valor da causa, este deverá corresponder ao proveito econômico perseguido pelo autor"* (RT 647/186). *Por outro lado, nada impede que, não dispondo o autor de elementos para calcular o real montante do benefício patrimonial almejado, proponha uma estimativa provisória, a ser definitivamente fixada por ocasião da sentença"* (RJTJSP 99/299 e 118/371). *Foi o que observou na espécie, pois a autora reclama indenização ampla, de ordem moral e patrimonial, em vista do abalo de crédito sofrido, a lhe acarretar diminuição do faturamento* (11.06.1992, RJTJSP 138/327).

### 2.9.6 Pedido de Dano Moral e sua Condenação em Sentença.

Em linha de princípio, a concessão de indenização por danos morais exige que tenha havido pedido expresso na petição inicial, como também não se prescinde que a sentença seja explícita no sentido dessa condenação.

É certo que, tratando-se de ação de indenização fundada na morte de pessoa da família (artigo 948, inciso II, do Novo Código Civil), uma jurisprudência mais liberal tem tangenciado o rigor desse princípio, para compreender, por vezes, na "indenização" pedida, tanto o ressarcimento dos danos patrimoniais como a reparação dos danos morais.

Assim, de regra, os pedidos são interpretados restritivamente (CPC, artigo 293), não se considerando a verba a título de dano moral se não foi formulado pedido na inicial, ainda que possa ser formulado em outra demanda (5.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado do TJSP, 09.02.1996, JTI 182/83); e, como pedido novo, não induz litispendência nem afronta coisa julgada, salvo se a anterior ação de indenização por danos materiais foi desacolhida pela ausência de ilicitude do ato. Afirma-se que "a reparação do dano moral não comporta pedido genericamente formulado; é imprescindível que a parte, na exordial, justifique a indenização, se não para que não fique ao arbítrio do julgador, ao menos para que possa o requerido contrariar a pretensão com objetividade e eficácia"; mas essa regra tem sido abrandada no que se refere ao *quantum* indenizatório pretendido, com o asserto de que "não resulta em inépcia da inicial o pedido genérico de indenização para reparação do dano moral, vez que seu valor é fixado pelo prudente arbítrio do Juiz da causa" (1.<sup>a</sup> Câmara do TJGO, 28.12.1995, RT 730/307).

Privilegiando a ação de indenização por dano moral, em razão das peculiaridades do pedido, pretende-se que, "sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante" (3.<sup>a</sup> Turma do STJ, Recurso especial 21.696, 25.05.1993, DJU 21.06.1993).

Igualmente se reconhece a inadmissibilidade da liquidação dos danos morais, se estes não foram objeto da sentença condenatória: A liquidação deve ater-se ao decidido no processo de conhecimento. A responsabilidade do litisdenunciado pressupõe o reconhecimento do prejuízo suportado pelo litisdenunciante. Sendo incontroverso que não só a sentença liquidanda não fez referência a prejuízo de ordem moral, como nada se alegou nesse sentido quando da denunciação da lide, determinando o conteúdo da demanda principal tão-só o ressarcimento dos prejuízos de ordem material suportados pelo litisdenunciante, impende reconhecer a violação ao artigo 610 do CPC, em decorrência da inclusão de indenização por dano moral (3.<sup>a</sup> Turma do STJ, Rel. Min.

Costa Leite, 15.08.1995, RSTJ 78/232 e RT 725/177. No mesmo sentido, 1.<sup>a</sup> Câmara do TJSP, apel. 195.421-1, 16.08.1994).

### **2.9.7 Nexo de Causalidade e Ônus da Prova.**

Como em qualquer área da responsabilidade civil, põe-se em evidência como pressuposto da obrigação de reparar o dano moral o nexos de causalidade entre ação ou omissão voluntária e o resultado lesivo; neste sentido, aliás, a regra do artigo 927 do Novo Código Civil, sendo mais explícito o Código Civil peruano de 1984, em seu artigo 1.985: "La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho e el daño producido".

Portanto, "em sede indenizatória por danos patrimoniais e moral, mesmo levando-se em conta a teoria da distribuição do ônus da prova, a cabência desta está ao encargo do autor a provar o nexos causal constituidor da obrigação ressarcitória, pois, inexistindo causalidade jurídica, ausente está a relação de causa e efeito, mesmo porque *actore non probante, reus absolvitur*".

### **2.9.8 Dano Moral e Ônus da Prova.**

Regra geral, "no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral".

Mas esta regra não tem sido aplicada em termos absolutos pela jurisprudência, pois "há danos morais que se presumem, de modo que ao autor basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de provas em contrário; assim, os danos sofridos pelos pais por decorrência da perda dos filhos e vice-versa, por um cônjuge relativamente à perda do outro; também os danos sofridos pelo próprio ofendido, em certas circunstâncias especiais, reveladoras da existência da dor para o comum dos homens. Há outros, porém, que devem ser provados, não bastando a mera alegação, como a que consta da petição inicial (simples aborrecimento, naturalmente decorrente do insucesso do negócio)" (11.<sup>a</sup> Câmara do TJSP, 30.06.1994, JTJ 167/45).

Com efeito, em função da diversidade do dano moral pretendido, tem-se aceito um tratamento diferenciado no que se refere ao ônus probatório, conforme se viu anteriormente, ao cuidar-se da reparação do dano causado pela perda de pessoa da família; do protesto indevido de título de

crédito, se reclamada a indenização pela pessoa física ou pela pessoa jurídica; e, de alguma forma, nos casos de lesão deformante e de ofensa à honra da mulher.

### **2.9.9 Formas de Reparação do Dano Moral.**

Anota Carlos Bittar que "admitem-se, nesse campo, conforme a natureza da demanda e a repercussão dos fatos, várias formas de reparação, algumas expressamente contempladas em lei, outras implícitas no ordenamento jurídico positivo, como: a realização de certa ação, como a de retratação que, acolhida, pode satisfazer o interesse lesado (Lei n.º 5.250/67, artigos 29 e 30); o desmentido, ou retificação de notícia injuriosa, nos mesmos termos (*idem*); a divulgação imediata de resposta (*idem*); a republicação de material com a indicação do nome do autor (Lei n.º 5.988/73, artigo 126); a contrapropaganda, em casos de publicidade enganosa ou abusiva (Lei n.º 8.078/90, artigo 60); a publicação gratuita da sentença condenatória (Lei n.º 5.250/67, artigo 68), ou sob expensas do infrator (Lei n.º 8.078/90, artigo 78); a divulgação de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços (*idem*, artigo 44)".

Descartados os casos previstos na Lei de Imprensa, pois esta lei especial refoge ao âmbito deste trabalho, os demais indicados – previstos na Lei de Direito Autoral e no Código de Defesa do Consumidor – revelam-se proveitosos, ainda que insuficiente a indicação.

Efetivamente, "un daño inmaterial puede ser resarcido en cuanto ello sea posible por medio de la restitución *in natura*: esto tiene lugar sobre todo en caso de pública retratación de declaraciones públicamente manifestadas, idóneas para lesionar el honor de outro o perjudicar su crédito (parágrafo 824 del BGB)" (Larenz, Derecho de Obligaciones, I, parágrafo 14, p. 229)

Mais amplamente, ensina *Pontes de Miranda*: o dano moral ou se repara pelo ato que o *apague* (e.g. retratação do caluniador ou do injuriante, casamento da mulher deflorada), ou pela prestação do que foi considerado como reparador. A reparação do dano moral pode ser específica; e.g. retificação, reconhecimento de honorabilidade; a condenação à retificação é condenação *in natura*, aproximativamente; o preceito cominatório pode ser conforme o artigo 302, inciso XII, do CPC (de 1939), ou, se for o caso, conforme a Lei de Imprensa.

De um modo geral, a condenação com que se busca reparar o dano moral é representada, no principal, por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa, conforme foi visto anteriormente.

### **2.9.10 Fixação do *quantum* indenizatório.**

Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento, nos termos do artigo 944, do Novo Código Civil.

À falta de indicação do legislador, os elementos informativos a serem observados nesse arbitramento serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos.

Controvertida a questão pertinente à concorrência de culpas em matéria de indenização por danos morais, as resoluções preconizadas na fixação do dano resultante da morte de pessoa da família comportam ser generalizadas.

### **2.10 Excludentes de Responsabilidade.**

#### **2.10.1 Previstas no CDC.**

O Código de Defesa do Consumidor estipula as causas excludentes, ou seja, as hipóteses que mitigam a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço.

Tais hipóteses estão elencadas no artigo 12, § 3º e no artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>1</sup>.

A primeira eximente, arrolada no inciso III, § 3º do artigo 12, segundo Zelmo Denari, diz respeito à introdução do produto no ciclo produtivo-distributivo de forma voluntária e consciente. Refere o autor:

"Os exemplos mais nítidos da causa excludente prevista no inc. I seriam aqueles relacionados com o furto ou roubo de produto defeituoso estocado no estabelecimento, ou com a usurpação do nome, marca ou signo distintivo, cuidando-se, nesta última hipótese da falsificação do produto. Da mesma sorte, pode ocorrer que, em função do vício de qualidade, o produto defeituoso tenha sido apreendido pela administração e, posteriormente, à revelia do fornecedor, tenha sido introduzido no mercado de consumo, circunstância esta eximente da sua responsabilidade.

Nesse sentido manifesta-se Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin :

"É até supérfluo dizer que inexistente responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se aí, o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor. O dano foi, sem dúvida, causado pelo produto, mas inexistente nexo de causalidade entre ele e quaisquer das atividades do agente. Isso vale especialmente para os produtos falsificados que trazem a marca do responsável legal ou, ainda, para os produtos que, por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo), foram lançados no mercado."

O inciso II do mencionado dispositivo legal, bem como o inciso I, § 3º do artigo 14, trazem como excludente da responsabilidade do fornecedor a inexistência de defeito.

Zelmo Denari afirma que o defeito do produto ou serviço é um dos pressupostos da responsabilidade, de forma que se não ostentar vício de qualidade ocorre a quebra da relação causal ficando elidida a responsabilidade do fornecedor.

Ressalta-se que a inexistência de qualquer dos defeitos elencados no *caput* do artigo 12, deverá ser demonstrada pelo fornecedor, em havendo a inversão do ônus da prova, aplicável, quando o juiz considera verossímeis as alegações do consumidor, segundo as regras de experiência, nos termos do artigo 6º, inciso III.

Dessa forma, como o *caput* do artigo 12 dispõe que a responsabilidade é pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos, inexistindo estes não há que se falar em dever de indenizar.

E, por fim, o inciso III, § 3º do artigo 12 e o inciso II, § 3º do artigo 14, tratam da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No entender de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Vasconcelos Benjamin e Bruno Miragem:<sup>[28]</sup>

"O sistema do CDC prevê a exoneração na hipótese do inciso III do § 3º do artigo 12, de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, hipótese esta que no sistema da Directiva europeia ficaria submetida ao juízo de valor do judiciário, mas que no sistema do CDC exonera os fornecedores, pois mesmo existindo no caso um defeito no produto, não haveria nexo causal entre o defeito e o evento danoso (culpa da vítima)".

Esclarece Zelmo Denari que culpa exclusiva não se confunde com culpa concorrente:

"no primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de causalidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade do prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade"

Sustenta Luiz Antonio Rizzatto Nunes que a responsabilidade do fornecedor permanece integral, em caso de culpa concorrente, ficando afastada tal responsabilidade no caso de culpa exclusiva do consumidor:

"Se for caso de culpa concorrente do consumidor (por exemplo, as informações do produto são insuficientes e também o consumidor agiu com culpa), ainda assim a responsabilidade do agente produtor permanece integral. Apenas se provar que o acidente de consumo se deu por culpa exclusiva do consumidor é que ele não responde".

Entretanto, embora permaneça integral a responsabilidade do fornecedor, em caso de culpa concorrente, haverá redução do montante indenizatório.

Alberto do Amaral Junior salienta que "o concurso de culpa do consumidor lesado produz, como consequência, a redução do montante a ser pago a título de ressarcimento". Nessa mesma linha Carlos Alberto Bittar: "havendo culpas concorrentes, poderão forrar-se à reparação na proporção em que provarem a culpa do consumidor".

Ressalta-se que a conduta culposa do consumidor, capaz de afastar a responsabilidade do fornecedor, deve por este ser provada, em havendo a inversão do ônus da prova.

Assim, apesar do Código de Defesa do Consumidor não fazer menção à culpa concorrente do ofendido, entende a doutrina que, apesar de não ser excludente de responsabilidade, deve ser considerada como atenuante no momento da fixação do montante indenizatório. Não admiti-la, seria o mesmo que permitir o benefício da integralidade indenizatória aquele que veio a concorrer para o evento lesivo.

### **2.10.2 Outras Excludentes.**

O Código de Defesa do Consumidor, conforme mencionado, prevê a exclusão da responsabilidade do fornecedor nos artigos 12, § 3º e 14, § 3º. Contudo, a doutrina aponta outras eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade, tais como o caso fortuito ou força maior, riscos de desenvolvimento e exercício regular de direito.

#### **2.10.2.1 Caso Fortuito e Força Maior.**

Pela análise das eximentes expressamente previstas nos artigos 12, § 3º e 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que este diploma legal silencia quanto o caso fortuito e a

força maior, tradicionais excludentes da responsabilidade, descritas no artigo 393 do Código Civil.

Por essa razão discute-se na doutrina se o caso fortuito e a força maior podem ser considerados como excludentes para as relações jurídicas de consumo.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes entende que por ter o § 3º do artigo 12 utilizado o advérbio "só", o rol ali indicado é taxativo, e não autoriza a inclusão dessas excludentes: "o risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludentes do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior".

Para Roberto Senise Lisboa se na interpretação das normas restritivas de direito não pode o interprete querer alargar a aplicação da norma, devendo se ater a sua forma declarativa ou estrita, não é possível aplicar as normas do Código Civil nas relações consumeiristas.

Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin afirma que a questão deve ser tratada de forma diversa:

"A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar."

João Batista de Almeida salienta que "Apesar de não prevista expressamente na Lei de proteção, ambas as hipóteses possuem força liberatória e excluem a responsabilidade, porque quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano causado ao consumidor".

Exemplifica o autor: "Não teria sentido, por exemplo, responsabilizar-se o fornecedor de um eletrodoméstico, se um raio faz explodir o aparelho, e, em conseqüência, causa incêndio e danos aos moradores: inexistiria nexo de causalidade a ligar eventual defeito do aparelho ao evento danoso".

No entender de Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco <sup>[37]</sup> muito embora o artigo 12 especifique que o fornecedor apenas não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado, que inexistente defeito ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, trata-se de uma impropriedade de redação: "O Código não pode obrigar o fornecedor a indenizar se sua inadimplência contratual ou responsabilidade aquiliana originaram-se de caso fortuito ou de força maior".

James Marins sustenta que o caso fortuito ou a força maior poderão afastar a responsabilidade do fornecedor ou não dependendo do momento em que ocorreram. Caso se manifestem antes da inserção do produto no mercado de trabalho, o fornecedor responderá pelos danos:

"Isto porque até o momento em que o produto ingressa formalmente no mercado de consumo tem o fornecedor o dever de garantir que não sofre qualquer tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior".

Contudo, se o caso fortuito ou a força maior ocorrerem após a introdução do produto no mercado de consumo, há a ruptura do nexo de causalidade, ficando, pois, afastada a responsabilidade do fornecedor.

Nesse sentido sustenta Fábio Ulhoa Coelho que fica afastada a responsabilidade do fornecedor se demonstrar a presença de caso fortuito ou força maior, posteriores ao fornecimento:

"O fornecedor também é liberado do dever de indenizar em demonstrando a presença, entre as causas do acidente de consumo, da força maior ou do caso fortuito, desde que posteriores ao fornecimento. A força maior ou o caso fortuito anteriores ao fornecimento não configuram excludente de responsabilização, uma vez que o fundamento racional da responsabilidade objetiva do empresário, por acidente de consumo, se encontra exatamente na constatação da relativa inevitabilidade dos defeitos no processo produtivo. (...) Com efeito a manifestação de tais fatores, posteriormente ao fornecimento, desconstitui qualquer liame causal entre o ato de fornecer produtos ao mercado e os danos experimentados pelo consumidor. Por exemplo, se o eletrodoméstico é inutilizado por um raio, não se responsabiliza o empresário pelos prejuízos do consumidor."

Percebe-se que a doutrina, nesse ponto, divide-se entre defensores e opositoristas. Contudo, a maioria da doutrina parece consolidar o entendimento de que ocorrendo o caso fortuito ou a força maior, haverá a quebra do nexo causal, não se podendo responsabilizar o fornecedor por aquilo que não deu causa, nem tinha como prever ou evitar.

#### **2.10.2.2 Riscos do desenvolvimento.**

Os riscos do desenvolvimento, segundo James Marins, consistem:

"(...) na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores".

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamim conceitua os riscos do desenvolvimento como: "aquele risco que não podem ser cientificamente conhecidos ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço.

Há divergência doutrinária quanto a caracterização dos riscos do desenvolvimento como hipótese de defeito dos produtos, ou seja, se discute na doutrina a adoção pelo CDC dos riscos de desenvolvimento como eximentes da responsabilidade do fornecedor. O centro dessa divergência é, pois, a interpretação acerca do disposto no inciso III do §1º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, parte dos autores entendem que estão pressupostos da responsabilidade do fornecedor, quais sejam defeito, dano e nexo causal, enquanto outros afirmam inexistir um desses pressupostos, o defeito, restando, por isso, afastada a responsabilidade.

Zelmo Denari coloca-se entre os que defendem a não adoção da eximente dos riscos de desenvolvimento sustentando que "a dicção normativa do inc. III do artigo 12, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito distante de significar adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia"

Marcelo Junqueira Calixto adota posicionamento contrário, afirmando que o inciso III do § 1º do art. 12 representa a adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento.

Ensina o mencionado autor que para compatibilizar a os riscos do desenvolvimento com a responsabilidade do fornecedor devem ser analisados dois aspectos, os quais chama de requisito temporal e requisito técnico, sendo o momento a ser considerado para a verificação dos estado dos conhecimentos científicos e técnicos e o segundo o critério para avaliação do estado da ciência e da técnica:

"De início deve ser lembrado que a Diretiva 85/374/CEE expressamente faz referência à existência de um defeito que, entretanto, não era possível ser descoberto pelo estado dos conhecimentos técnicos e científicos contemporâneo à introdução do produto no mercado de consumo. Surge, então, a necessidade de se compatibilizar a excludente, prevista como regra, com a responsabilidade objetiva imposta ao fornecedor. Para essa compatibilização devemos considerar dois requisitos: a) o primeiro, que podemos chamar de "requisito temporal", diz respeito ao momento que deve ser tomado em consideração para a verificação do estado dos conhecimentos científicos e técnicos; b) o segundo, por nós chamado de "requisito técnico", diz respeito ao critério para avaliação do estado da ciência e da técnica."

Nesse mesmo sentido, James Marins , ao manifestar-se sobre o referido requisito temporal afirma:

"... é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deveria saber resultarem perigosos porque o grau de conhecimento científico à época da introdução do produto no mercado de consumo não permitia tal conhecimento. Diante disso não se pode dizer ser o risco de desenvolvimento defeito de criação, produção ou informação, enquadramento este que é indispensável para que se possa falar em responsabilidade do fornecedor".

Caso contrário, conforme sustenta João Calvão da Silva, seria responsabilizado o fornecedor por um defeito que não tinha como perceber no momento em que colocou o produto em circulação:

"teríamos uma *aplicação retroativa* do padrão ou de medida de responsabilidade, pois à luz do novo conhecimento e tecnologia responsabilizar-se-ia o fabricante por um defeito existente mais indetectável no estado da ciência e da técnica em momento anterior, o momento da distribuição do produto."

Posiciona-se, também, nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho, ao referir:

"ao fornecer no mercado consumidor produto ou serviço que, posteriormente, apresenta riscos cuja potencialidade não pôde ser antevista pela ciência ou tecnologia, o empresário não deve ser responsabilizado com fundamento nem na periculosidade (pois prestou informações sobre os riscos adequados e suficientes), nem na defeituosidade (porque cumpriu o dever de pesquisar)".

No tocante ao requisito técnico, salienta Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin que a análise do grau de conhecimento científico não é feita tomando por base um fornecedor em particular, aquilo que sabe a comunidade científica em determinado momento histórico.

Verifica-se que a doutrina entende ter o Código de Defesa do Consumidor adotado a teoria dos riscos de desenvolvimento e ressalta a necessidade de avaliação do grau de conhecimento científico, de acordo com a comunidade científica, à época da introdução do produto ou serviço no mercado de consumo.

### **2.10.2.3 Exercício regular de direito.**

O inciso I do artigo 188 do Código Civil prevê que o exercício regular de um direito reconhecido não constitui ato ilícito, afastando a responsabilidade civil. Muito embora o Código de Defesa do Consumidor silencie quanto ao exercício regular de direito, entende a doutrina que por ser ele ato lícito, afastada estará a responsabilidade do fornecedor.

Realizar cobrança, enviar um título vencido e não para cartório de protesto, com a conseqüente inclusão do nome do devedor em banco de dados, mesmo que provoquem transtornos ao

consumidor, são exemplos de exercício regular de direito do fornecedor e, portanto, de atos lícitos.

Contudo, vale ressaltar que, tais direitos devem ser exercidos pelo fornecedor atendendo aos ditames dos artigos 42 e 43 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o entendimento de Luiz Antônio Rizzato Nunes, o credor tem o direito de cobrar seu crédito do consumidor inadimplente, somente não podendo fazê-lo de forma abusiva. Tem a possibilidade até mesmo de ameaçar, "desde que tal ameaça decorra daquele regular exercício de cobrar; por exemplo, o credor remete carta ao devedor dizendo (ameaçando) que irá ingressar com ação judicial para cobrar o débito"

Assim, o exercício regular de um direito, por ser ato lícito, não dará ensejo a responsabilização do fornecedor. Somente haverá responsabilização caso o fornecedor viole os dispositivos que disciplinam a ação regular de cobrança e o cadastro de consumidores em bancos de dados, agindo de forma abusiva.

## CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da econômica, o Estado viu a necessidade de atuar no domínio econômico, praticando medidas político-econômicas em defesa do consumidor, a fim de coibir os abusos por ele sofridos em decorrência da relação de consumo.

A principal medida de proteção, foi a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, de 11.02.90.

Além do referido instituto, citamos outras formas de controle das abusividades praticadas contra o consumidor, como: pelo Judiciário, em suas decisões; pelo Ministério Público, representando os interesses individuais e coletivos; e pelos Órgãos de Defesa do Consumidor.

Estudamos também, a responsabilidade civil, que obriga a reparação pelo dano suportado, tanto material como moral, decorrentes da relação de consumo. E, as causas excludentes de responsabilidade.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a economia de mercado só pode prosperar, se o Estado intervém de forma positiva, através de seus órgãos, pelo próprio consumidor, e com normas protecionistas como o Código de Defesa do Consumidor, que veio para promover uma sociedade mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: Um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1397, 29 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9818>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *A competência nas ações coletivas do CDC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 245, 9 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4826>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O CDC e o STJ*. Jus Navigandi. Teresina, ano 11, nº 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9176>> Acesso em: 06 jul. 2009.

BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. *A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade econômica brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1306, 28 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9427>> Acesso em: 06 jul. 2009.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. *A relação jurídica de consumo: conceito e interpretação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10069>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

CARLOS, Larissa Freitas. *Os contratos e o Código de Defesa do Consumidor: algumas considerações acerca da nova teoria contratual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=705>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. *As cláusulas abusivas à luz da doutrina e da jurisprudência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3387>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

GOMES, Thiago Zioni. *Direito Econômico e Meio Ambiente*. Revista de Direitos Difusos, ano V, volume 24, Revista de Direitos Difusos (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP) em parceria com a ADCOAS: São Paulo, mar/abr 2004.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 29, mar. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=596>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. *O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4706>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. O direito à informação e os princípios gerais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3362>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

LE MOS, José Alexandre Silva. *O princípio da igualdade e o Direito do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

LONGONI KLEE, Antonia Espíndola. *Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. Revista Jurídica, órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 56, nº 368, Porto Alegre – Rio Grande do Sul: Notadez, junho 2008.

MACIEL, Larissa Fialho. *O instituto do consumo à luz do Direito Econômico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 381, 23 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5498>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

MATTOS, Francisco José Soller de. *O princípio da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=709>>. Acesso

NUNES, Rizatto. *Manual de monografia jurídica*. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. *Evolução histórica do Direito do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=687>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri – São Paulo: Manole, 2003.

PINTO, Henrique Alves. *Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 214, 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4792>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

QUEIROZ, Ricardo Canguçu Barroso de. *Vícios no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: diferenças*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=716>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

QUEIROZ, Victor Santos. *O conceito de consumidor na relação jurídica de consumo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=689>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

REIS, Antônio Carlos Tadeu Borges dos. *A defesa do consumidor em juízo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4489>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. Direito Econômico e Cidadania. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.20, out.1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=80>> Acesso em: 17 mar. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed., São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Michele Oliveira; DAUDT, Simone Stabel. *Aspectos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e excludentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1311, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9453>>. Acesso em: 11 nov. 2009

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Ordem Econômica e Financeira, Princípios Gerais, Exploração da Atividade Econômica pelo Estado*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, volume 11, nº 24, Recife – Pernambuco: ESMAPE, julho/dezembro 2006.

VON RONDOW, Cristian de Sales. Proteção constitucional do consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2694>> Acesso em: 08 set. 2009.

ZANELLO, Cristina. *Normas arrecadoras tributárias como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 16-80, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/junho 2008.

## ANEXO – JURISPRUDÊNCIA

### 1. Cláusula Abusiva.

#### **RECURSO ESPECIAL Nº 538.279 - SP (2003/0065880-0)**

MINISTRO : MASSAMI UYEDA  
 RECORRENTE : SOFIA HELENA TEIXEIRA DA SILVA  
 ADVOGADO : SÉRGIO LUIZ VENDRAMINI FLEURY FILHO E OUTRO(S)  
 RECORRIDO : BRADESCO SEGUROS S/A  
 ADVOGADO : CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E OUTRO(S)

#### **EMENTA**

DIREITO DO CONSUMIDOR - SEGURO-SAÚDE - CONTRATO ANTERIOR À LEI N.º 9.656/98 - EXCLUSÃO DE DOENÇA "CONGÊNITA" - PAGAMENTO DO PRÊMIO - AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS - CLÁUSULA ABUSIVA - DANO MORAL EXCLUÍDO - RECURSO PROVIDO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, proferiu voto-vista o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que discordava em parte do voto do Sr. Ministro Relator para excluir o dano moral, após o que, reposicionou-se o Sr. Ministro Relator para acompanhar o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Assim, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Fernando Gonçalves (art. 162, § 2º do RISTJ).

Brasília, 11 de março de 2008(data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

#### **RECURSO ESPECIAL Nº 538.279 - SP (2003/0065880-0)**

#### **RELATÓRIO**

##### **EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):**

Cuidam os autos, na origem, de ação de indenização ajuizada por SOFIA HELENA SOBREIRA TEIXEIRA DA SILVA contra a BRADESCO SEGUROS S/A, objetivando o pagamento das despesas médico-hospitalares resultante de tratamento a que foi submetido seu filho recém nascido, mais danos morais.

Alegou a autora, na inicial, que, em 12 de dezembro de 1994, deu à luz um filho, com peso e altura normais, sem problemas aparentes. Em 9 de janeiro de 1995, contratou, para o recém-nascido, um Plano de Seguro com a ré, preenchendo a Proposta de Seguro de Reembolso de Despesas de Assistência Médica e/ou Hospitalar, ocasião em que pagou a primeira parcela do prêmio.

Em 13 de janeiro de 1995, após incidente de vômito e desidratação, seu filho foi diagnosticado com *estenose hipertrófica do piloro*, necessitando submeter-se a imediata intervenção cirúrgica para correção do problema.

Solicitado o reembolso das despesas, a seguradora negou-se a efetuar o pagamento e cancelou unilateralmente o contrato, afirmando tratar-se de doença congênita não coberta pelo seguro.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que, tendo sido constatada, pela perícia médica, que se tratava de doença congênita, expressamente excluída do risco assumido pela seguradora, a indenização era indevida.

Apreciando apelação da autora, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou-lhe provimento, em aresto assim ementado:

*"Ementa: Seguro Saúde - Cláusula Contratual de exclusão - Possibilidade pela natureza do contrato - Artigos 1.432 e 1.460 do Código Civil - Improcedência - Decisão mantida - Recurso improvido" (fl. 443). Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.*

Inconformada, ainda, a autora interpõe o presente recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 535 do CPC e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta, em síntese, que o Tribunal quedou-se omissivo na apreciação da questão à luz do disposto no Código do Consumidor, que considera nulas as cláusulas abusivas inseridas em contrato de adesão.

Alega, ainda, que, *"de acordo com a Portaria SDE n.º 4º/98, são declaradas nulas de pleno direito às cláusulas contratuais que 'imponham em contrato de plano de saúde, firmados anteriormente à Lei n.º 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica"* (fl. 478).

Aduz, por fim, que deve ser considerada nula a cláusula que exclui da cobertura de contrato de saúde as lesões provenientes de má formação congênita, por impor a uma das partes vantagem exagerada em detrimento da outra, no caso, o consumidor, economicamente mais fraco. Insiste que, entender de modo diverso contraria a essência, o objetivo contratual e os interesses básicos presentes nesse tipo de relação contratual.

A recorrida apresentou contra-razões às fls. 492/505, afirmando, em síntese, que não chegou a ser firmado um contrato, mas, tão-somente, uma proposta de seguro. Insiste que tal fundamento não foi impugnado pelas razões de recurso especial, atraindo a incidência do enunciado 283/STF. Acrescenta, por fim, ser lícita a limitação dos riscos em contrato de seguro saúde.

É o relatório.

#### **RECURSO ESPECIAL Nº 538.279 - SP (20030065880-0)**

#### **EMENTA**

**DIREITO DO CONSUMIDOR - SEGURO-SAÚDE - CONTRATO ANTERIOR À LEI N.º 9.656/98 - EXCLUSÃO DE DOENÇA "CONGÊNITA" - PAGAMENTO DO PRÊMIO - AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS - CLÁUSULA ABUSIVA - DANO MORAL EXCLUÍDO - RECURSO PROVIDO.**

#### **VOTO**

#### **EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):**

Discute-se nestes autos a abusividade de cláusula contratual inserida em contrato de seguro-saúde, que exclui da cobertura a doença congênita.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que o acórdão recorrido confirmou a r. sentença de improcedência do pedido, na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pela recorrente, pelos fundamentos assim alinhados:

"Ora, no caso, não se pode perder de vista que a proposta, ainda que se possa entender como contrato, é de seguro, esta a sua natureza jurídica, não se cuidando de empresa de assistência médico-hospitalar ou de mero convênio médico. Tanto é assim, que atuando a recorrida no ramo de seguros, firmou contrato de seguro de assistência à saúde, no caso, para ser preciso, 'proposta de seguro de reembolso de despesas de assistência médica ou hospitalar' (fl. 30). Admitida essa proposta como contrato de seguro, 'aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato' (art. 1.432, do Código Civil), mostra-se possível a limitação do risco do seguro e, admissível essa limitação, o segurador não se obriga a responder por outros não previstos ou excluídos do contrato (art. 1.460, também do Código Civil). Mesmo sendo um contrato de adesão, não se pode, dada a sua natureza de típico contrato de seguro, alargar o âmbito do que foi objeto do seguro ou incluir o que ficou excluído de cobertura. O fato de ser um contrato de adesão, no sentido de ser um contrato do qual não resultou, para que fosse firmado, de um livre debate entre as partes, mas uma delas aceitou, tacitamente, cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra (CAIO MÁRIO, 'Instituições de Direito Civil', Forense, 8ª ed., vol. III, pág. 50); tal aceitação não exonera a parte contratante, por se um contrato de seguro, da limitação do risco, este inerente à natureza do contrato firmado, até porque, limitado o risco há, por certo, limitação do prêmio.

*Delineada essa natureza do contrato, nada autoriza que, limitado o risco, essa limitação pressuponha a culpa ou dolo do mais forte, como esta fosse necessária salvaguarda do mais fraco. Não se pode negar ao*

*poderoso, por ser a Justiça imparcial, o Direito que lhe cabe, a pretexto de amparo ao mais fraco, não obstante a fraqueza de sua pretensão jurídica. A jurisprudência tem admitido a exclusão cobertura securitária, devendo a Seguradora responder, tão-só, pelos riscos assumidos, não lhe cabendo acudir a situações não previstas no contrato (artigo 1.460 do Código Civil). O dever da Seguradora, então, é responder pelo risco assumido, não podendo o segurado reclamar indenização por aqueles não previstos, expressamente, no contrato (Ap. Cível n.º 266.159-2-SP, Relator Des. CELSO BONILHA). (...).*

*Quanto à enfermidade que vitimou o beneficiário da apólice, é mesmo de natureza congênita. Essa constatação nem é afastada pela recorrente em suas razões recursais, tanto que, seu próprio assistente-técnico afirmou que a 'estenose hipertrófica de piloro, moléstia de que foi portador o menor Igor, é de natureza congênita', mesma conclusão alcançada pelo Perito (fls 174). Ora, como ficou dito, não chegou a ser celebrado um contrato, mas mera proposta; se formalizado o contrato de seguro decorrente da proposta firmada entre as partes, estaria o tratamento de tal enfermidade congênita enquadrado na cláusula 7ª, letra 'i', do contrato padrão, que se encontra a fls. 250. Lícita essa exclusão, dada a natureza da proposta de seguro, a ação não mereceria acolhimento, como decidido pelo d. Juiz" (fls. 446/449).*

*Por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, sobre a omissão do art. 51 do CDC, assim se manifestou a Turma Julgadora a quo "O contrato, ou mesmo entendido aquele como proposta, sem dúvida é de seguro, e sendo assim, pelo que entendeu a Turma Julgadora, possível a limitação do risco, como, fundamentadamente, veio explicitado no acórdão embargado. No mais, ante essa modalidade de contrato, o que ficou referido no acórdão e nele sustentado, é a não ocorrência de abusividade na limitação do risco, tão só" (fl. 469).*

Inicialmente, afastam-se as alegações da seguradora-recorrida de que o aresto *a quo* teria negado a indenização por ausência de contrato. Das transcrições supra, constata-se que o Tribunal de origem considerou, em verdade, que, qualquer que fosse a hipótese, o fato de não haver previsão contratual para o pagamento do tratamento decorrente de doença congênita era suficiente para afastar o dever de indenização, declarando a licitude da cláusula contratual limitativa do risco, mesmo tendo em conta o Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, já decidiu esta Corte que a proposta obriga a seguradora, quando recebido o prêmio, fato que sequer foi ventilado pela recorrida. Nesse sentido, confira-se:

"SEGURO. VIGÊNCIA. PROPOSTA. A COMPANHIA DE SEGURO QUE RECEBE PARCELAS DO PREMIO RELATIVAS A UMA PROPOSTA DE SEGURO, NA QUAL ESTÁ CONSIGNADO QUE A DATA DA VIGÊNCIA DA COBERTURA CORRESPONDE A DA ASSINATURA DA PROPOSTA, NÃO PODE DEIXAR DE PAGAR A INDENIZAÇÃO PELO SINISTRO OCORRIDO DEPOIS, ALEGANDO QUE O CONTRATO SOMENTE SE PERFECTIBILIZA COM A EMISSÃO DA APÓLICE, POIS TODO O SEU COMPORTAMENTO FOI NO SENTIDO DE QUE O NEGOCIO JÁ ERA OBRIGATÓRIO DESDE ENTÃO. PRÁTICA ABUSIVA VEDADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, CUJOS PRINCÍPIOS DEVEM ORIENTAR A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.433 DO CCIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO" (REsp. n.º 79.090/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29.4.1996).

Note-se, ainda, que não foi reconhecida pelo aresto *a quo*, qualquer má-fé da seguradora na contratação do seguro, circunstância inadmissível de ser revista na via do recurso especial, em razão do óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte, *in verbis*: "*O simples reexame de prova não enseja recurso especial*". Oportuno ressaltar, ademais, que esta Corte tem posicionamento pacífico no sentido de que a má-fé, notadamente em contrato de assistência à saúde, não se presume, devendo estar provada nos autos. A propósito, assim já se decidiu:

"*Seguro saúde. Pagamento de indenização. Doença preexistente. Prova pela seguradora. Seguro em grupo. Precedentes da Corte. 1. A orientação da Corte está firmada no sentido de que a seguradora deve provar a má-fé do segurado, sendo certo que quando não realizado o prévio exame, não pode escusar-se do pagamento ao argumento de que haveria doença preexistente. 2. Recurso especial conhecido e provido*" (REsp. n.º 651.713/PR, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23.5.2005).

"*Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar*" (REsp. n.º 198.015/GO, relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 17.5.1999).

Dessa forma, para solucionar a controvérsia, necessário estabelecer as premissas delineadas pelas instâncias ordinárias: a) há proposta assinada pela consumidora e recebida pela seguradora com pagamento da primeira parcela do prêmio; b) inexistente má-fé da seguradora; c) o contrato é anterior à Lei n.º 9.656/1998.

O recurso especial começa por alegar violação do art. 535 do CPC. Outrossim, verifica-se a ausência de omissão, pois o acórdão recorrido expressamente afirmou que, não obstante a aplicação do Código do Consumidor à hipótese, a cláusula limitativa do risco da seguradora não era abusiva.

Assim, estando prequestionada a questão, passe-se ao exame da controvérsia.

Os contratos de seguro-saúde, hoje denominados planos de saúde ou de assistência médica, possuem como finalidade primordial o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor, sua família ou dependentes. É inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dada a sua massificação e a pouca ou nenhuma interferência de um dos contratantes - no caso, o consumidor - sobre os termos da avença, que são redigidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor.

Assim, caracterizado como contrato de adesão, resta saber se é lícito à prestadora de serviço excluir determinadas doenças do risco assumido.

A disciplina inovadora do Código de Defesa do Consumidor, instituiu nova forma de apreciação dos contratos denominados de adesão, exatamente em função da hipossuficiência de uma das partes da relação contratual. Visando o reestabelecimento do equilíbrio do contrato, atento à boa-fé objetiva que deve reger as relações das partes, o referido Código estabeleceu formas de interpretação que favorecem o consumidor, normalmente leigo quanto aos aspectos técnicos que envolvem o produto ou serviço contratado.

Essa é a lição de Nelson Nery Jr, *in verbis*:

*"Os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85, Código Civil); c) a 'cláusula geral de boa-fé' reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, 'caput' e n.º III, e 51, n.º IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem 'contra stipulatorem', em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação)" (in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, 7ª ed. revista e ampliada; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001; pp. 488/489).*

Para cumprir a finalidade de proteção do consumidor, o Código estabeleceu, ainda, no art. 51, em rol meramente exemplificativo, a nulidade das cláusulas contratuais consideradas "abusivas", caracterizadas, em síntese, por ensejar situação notoriamente desfavorável à parte mais fraca, promovendo, em consequência, o desequilíbrio na relação contratual.

São cláusulas que contrariam a boa-fé objetiva, estabelecendo obrigações consideradas iníquas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, ou, ainda, sejam incompatíveis com o escopo do contrato. Note-se que a abusividade é potencial, abstrata, e normalmente só aparece por ocasião da execução do contrato, quando o consumidor se frustra ao perceber que a sua expectativa quanto aos serviços a que tem direito não corresponde aos termos da avença. Nessa hora, é fundamental a atividade do intérprete, que terá a missão de analisar a eventual abusividade da cláusula no contexto do contrato.

Comentando a questão, Cláudia Lima Marques assevera que:

*"A abusividade das cláusulas do contrato de consumo é a violação de um dever de conduta (anexo, acessório ou principal) imposto pela boa-fé ou é a autorização contratual para uma prática abusiva que viole a boa-fé objetiva. Assim, pensando nos devedores dos fornecedores, incumpridos ou violados pela cláusula e em face da cláusula (por uma prática comercial abusiva que a cláusula tenta 'autorizar'), gostaríamos de reorganizar nossa análise, dividindo as cláusulas consideradas abusivas pela jurisprudência brasileira, nestes dez anos de CDC, entre as que: c.1. Violam deveres principais de prestação, deveres conexos à prestação ou deveres impostos pelo CDC; c.2. Violam deveres anexos de cooperação; c.3) Violam deveres anexos de informação; c.4. Violam deveres anexos de cuidado" (in Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., São Paulo: RT, 2004, p.802).*

O dever anexo de informação é particularmente importante no contrato de seguro-saúde, exurgindo como um dos principais norteadores para a interpretação do contrato e conclusão sobre eventual abusividade das cláusulas contratuais.

Com efeito.

As informações, nesse tipo de contrato, são fundamentais pois irão guiar a decisão do consumidor na escolha do seguro. Vê-se que, na maioria das vezes, dada a dificuldade de compreensão dos termos técnicos inseridos nesse tipo de contrato, é a publicidade e as explicações do corretor que definem o que o consumidor espera do serviço. Este, pessoa geralmente leiga, pressupõe a boa saúde sua e de seus dependentes. Por conseguinte, caso seja necessário o conhecimento de informações especializadas, a seguradora deve solicitar exame prévio. Mas, aceita a proposta e recolhido o prêmio mensal, não poderá alegar, *a posteriori*, com o fim de escusar-se da obrigação que assumiu, tratar-se de doença 'congénita' ou 'pré-existente' não informada, pois estas são normalmente desconhecidas ou consideradas irrelevantes pelo consumidor, a favor do qual milita uma presunção de boa-fé subjetiva.

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, por ocasião do julgamento do REsp. n.º 86.095/SP (DJ de 22.4.1996), alertou para o fato de o consumidor, na maioria das vezes, não ter condições sequer de compreender que não terá direito à cobertura de determinadas doenças ou procedimentos, por não entender o significado de certas palavras, como "*doenças infecto-contagiosas*", "*doença congênita*" ou "*doença crônica*", para citar o exemplo desses autos. Na oportunidade, afirmou, *in verbis*:

"O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que: 1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, 2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos".

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, não se pode deixar de considerar abusiva a cláusula que exclui doenças pré-existentes/congênicas nos contratos de plano de saúde.

Oportuno ressaltar, que, *in casu*, não se trata de interpretar cláusula contratual. A controvérsia, na verdade, transcende a mera discussão de aspectos redacionais, mas insere-se na constatação da legalidade ou ilegalidade da cláusula de exclusão de responsabilidade frente ao sistema de proteção inaugurado com o Código de Defesa do Consumidor e sua prevalência sobre o tradicional enfoque do contrato de seguro à luz do antigo Código Civil.

Vê-se fazer parte da própria natureza do contrato de seguro saúde a cobertura de todos os procedimentos necessários para a manutenção e preservação da saúde e da vida do beneficiário, não podendo ser admitida a exclusão de cobertura de determinadas doenças.

Ora, não é razoável permitir que, em um contrato, que tem como principal objetivo assegurar a saúde, entenda-se possível excluir esse ou aquele procedimento ou doença, porquanto o consumidor não é senhor das enfermidades que irá apresentar ao longo da vida. Mesmo males congênicos, muitas vezes, demoram anos para apresentar sintomas ou necessitar tratamento mais especializado. Como o consumidor poderá se assegurar, na data da contratação de um seguro, que não precisará de um transplante ou sofrerá um derrame ou apresentará insuficiência cardíaca em razão de um problema de nascença.

Em mais de uma oportunidade este Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a abusividade de determinadas cláusulas em contratos de assistência à saúde, por exemplo, que limitam o tempo de internação ou excluem as doenças infecto-contagiosas, como a AIDS, dos riscos assumidos, principalmente se não exigiu exames prévios para averiguar o estado de saúde do consumidor contratante. Nesse sentido, assim já se pronunciou esta Corte:

"SEGURO-SAÚDE. Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido." (REsp. n.º 234.219/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20.8.2001).

"PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. – 'É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.' (Súmula n. 302-STJ) Recurso especial conhecido e provido parcialmente (REsp. n.º 345.848/RJ, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 4.4.2005).

É certo que há precedente da colenda Terceira Turma desta Corte, REsp. n.º 319.707/SP, relator para o acórdão o eminente Ministro Castro Filho (DJ de 28.4.2003), no qual ficaram vencidos a relatora originária, Ministra Nancy Andrighi, e o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no qual afirmou-se, em síntese: *"Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que 'as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão'. Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato"*.

Assinale-se que, como asseverou o eminente Ministro Castro Filho, não estão proibidas, pela legislação consumerista, cláusulas limitativas do direito do consumidor. Todavia, insiste-se, tais limitações não podem ser tais que, restringindo a prestação do serviço, comprometam o próprio objeto do contrato, por colocarem em risco a própria vida e saúde do consumidor, que assinou o ajuste exatamente para protegê-las. Pode-se dizer que a diferença entre cláusula limitativa e cláusula abusiva é que a segunda objetiva excluir total ou parcialmente a responsabilidade por uma obrigação assumida contratualmente. Assim, é preciso verificar como a cláusula está inserida no contrato, sua redação, o grau de informação do consumidor sobre o seu conteúdo, na medida em que, na maioria dos casos, a entrega do contrato é posterior a assinatura da proposta e do pagamento inicial, pois a limitação imposta pode ferir o equilíbrio contratual e prejudicar a própria execução do negócio.

Com efeito.

Se o objetivo primordial de um contrato de assistência médica é a proteção e o cuidado com a saúde do consumidor, a seguradora ou o plano de saúde não pode, sem realizar prévios exames ou exigir, minimamente um atestado de saúde, pretender que o consumidor assine o contrato, pague as prestações e depois, veja-se frustrado na hora de receber o tratamento da enfermidade, sob a alegação de se tratar de mal "congênito", palavra cujo significado é ignorado por grande parcela da população.

Assim, exemplificadamente, a seguradora pode estabelecer um prazo para a solicitação do reembolso ou a necessidade de o pedido de atendimento cirúrgico estar instruído por laudo médico; pode, ainda, condicionar a aceitação da proposta de seguro à realização de exames prévios ou à apresentação de um atestado de saúde, mas não pode se negar ao tratamento da doença em si, razão principal da existência do contrato.

Com relação ao precedente da Terceira Turma, assinale-se que essa foi a orientação espelhada no voto vencido, que, *data venia*, deve prevalecer, por ser mais consentânea com a finalidade da legislação consumerista, que merece ser transcrita, *in verbis*:

*"O objeto ou a finalidade desse contrato é garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, através da assunção, pela seguradora, do dever de prestar serviços médicos necessário à cura, ou de reembolsar as despesas efetuadas para esse fim. (...)*

*O contrato é aleatório porque o cumprimento da obrigação do segurador depende de se e quando ocorra aquele evento danoso. Todavia, o segurador estará obrigado a indenizar o segurado pelos custos com tratamento médico adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade do seguro-saúde.*

*Assim sendo, a exclusão da cobertura, 'a priori', de determinado procedimento médico, ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado.*

*Por esses motivos, é de se concluir que a cláusula excludente, 'in casu', de cobertura de transplante de fígado, procedimento médico que se tornou, pela natureza da doença sofrida pela segurada, o único capaz de curá-la, e, até, de garantir sua vida, atenta contra o objeto do contrato, em si, frustra seu fim, restringindo os efeitos típicos do negócio jurídico, tornando-a inválida pelo disposto no art. 115 do Código Civil.*

(...)

*Existem, portanto, direitos subjetivos, de parte a parte: de um lado o direito à saúde, garantida pela assunção dos riscos pela seguradora, e, de outro, o direito ao lucro através da manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Ambos devem ser sopesados, para que se lhes possa garantir efetividade, observada a relevância de cada um para o ordenamento jurídico e para a sociedade.*

*A saúde é direito constitucionalmente assegurado. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contra-partida,*

*serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais. Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.*

*E o que se entende por serviço adequado é aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, através da viabilização do tratamento médico necessário e de qualidade, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada. No que diz respeito particularmente à prestação de serviço adequado pelas empresas de seguro-saúde e planos de saúde, já anotou o em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:*

*'Na Argentina, o chamado contrato de medicina prepaga enfrenta a matéria com a mesma angústia. Em obra recente GHERSI, WEINGARTEN e IPPOLITO ("Contrato de medicina prepaga", Editorial Astrea, 1993) advertem que as empresas prestadoras de serviços de assistência médica estão obrigadas a uma prestação eficiente, integral e ótima. Assim, é imprescindível que disponham de mecanismos suficientes para oferecer aos seus associados os serviços médicos a que tenham direito e em todo o momento em que estes os requeiram, isto é, devem ter condição de pôr em movimento todo o aparato médico-assistencial, quando seja necessário, e em tempo oportuno. (...)' (Revista Forense, Ano 90, Vol. 328, p. 315).*

*De fato, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário a tanto. Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à Empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as seguradoras, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas, sim, a este se adaptar. (...)*

*Desse modo, tendo em vista o respeito à natureza ou fim primordial do contrato ora examinado e a necessidade de se garantir maior efetividade ao direito à cobertura dos riscos à saúde - através do acesso ao tratamento médico necessário - que ao direito ao lucro pela manutenção do equilíbrio econômico do contrato -, é necessário concluir-se pela invalidade da cláusula que excluía da cobertura do seguro, os gastos com eventual transplante, sendo o único procedimento recomendado para tentar curar a segurada".*

Concluindo: considerando a inexistência de má-fé da segurada, a ausência de exames prévios e o pagamento da primeira prestação do prêmio, a seguradora é responsável pelo pagamento das despesas médicas advindas da cirurgia a que foi submetido o filho da autora.

Deixo de fixar qualquer indenização a título de dano moral, porquanto não apontado nenhum dispositivo violado relativo a dano moral.

Assim sendo, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento, com o propósito de julgar procedente o pedido de reembolso das despesas médicas referentes à cirurgia a que foi submetido o filho da recorrente. Face à sucumbência, arcará a recorrida com as custas processuais e os honorários advocatícios da recorrente, que são fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Ministro MASSAMI UYEDA

Relator

## **VOTO-VISTA**

### **O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:**

Cuida-se de recurso especial em que Sofia Helena Sobreira Teixeira defende que o acórdão recorrido vulnerou as disposições dos artigos 535, II, do Código de Processo Civil e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta a recorrente que os embargos declaratórios opostos ao acórdão recorrido deveriam ter sido acolhidos e que é ilegal a cláusula restritiva contida na proposta do seguro de saúde por ela assinado. Sustenta que tal cláusula atenta contra o objeto do contrato e impõe um desequilíbrio nas relações contratuais em seu desfavor.

O Ministro Relator conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, determinando que a recorrida proceda ao reembolso das despesas médicas referentes à cirurgia a que o filho da recorrente foi submetido, além de determinar o pagamento de R\$ 50.000,00 a título de danos morais.

A causa está assentada nos fatos a seguir expostos.

A recorrente ajustou com a recorrida contrato de seguro de saúde no qual previa-se o reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar. Dois dias após a assinatura da proposta e do respectivo recolhimento da primeira parcela do prêmio, o beneficiário de tal seguro, que é filho da recorrente, foi internado para realização de cirurgia em decorrência de doença congênita.

O Ministro Massami Uyeda, ao prover o recurso para concluir que “não se pode deixar de considerar abusiva a cláusula que exclui doenças preexistentes/congênicas nos contratos de plano de saúde”, fez rigoroso estudo da matéria, com o qual cabe-me apenas concordar, uma vez que não há nada que possa lhe ser acrescentado.

Ora, como restringir a cobertura de tratamentos de doenças tidas por congênicas apenas com base na declaração do consumidor de que não é dela portador se, na maioria das vezes, elas lhe são desconhecidas?

Na hipótese dos autos, a seguradora acatou a proposta formulada e aceitou o pagamento do prêmio sem realizar exame prévio. Assim, com razão o Ministro Relator ao dizer:

“Se o objetivo primordial de um contrato de assistência médica é a proteção e o cuidado com a saúde do consumidor, a seguradora ou o plano de saúde não pode, sem realizar prévios exames ou exigir, minimamente um atestado de saúde, pretender que o consumidor assine o contrato, pague as prestações e depois, veja-se frustrado na hora de receber o tratamento da enfermidade, sob a alegação de se tratar de mal 'congenito', palavra cujo significado é ignorado por grande parcela da população.”

Assim, concluindo com as mesmas palavras do voto condutor, se inexistente má-fé da seguradora, se não foram realizados exames prévios, se a seguradora aceitou o pagamento do prêmio, não pode ela restringir a cobertura a que faz jus a recorrente sob pena de ser esvaziado o objeto do contrato.

Todavia, discordo do Relator no que tange à fixação de indenização por danos morais. Duas razões levam-me a isso: a primeira está em que não houve devolução dessa questão no recurso especial e, sendo esse apelo de fundamentação vinculada, não se pode dar a ele ampla devolutividade, tal como no recurso de apelação. O segundo motivo assenta-se em que não há ilicitude na conduta da recorrida que enseje indenização por danos morais.

Ensina Sérgio Cavaleiri Filho que, em conformidade com o artigo 5º, V e X, da Constituição Federal, dano moral, em sentido estrito, deve ser visto como a **violação do direito à dignidade**, estando nela inserida a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, buscando a preservação de valores abraçados pela sociedade tais como a liberdade e honestidade.

Esse doutrinador sustenta que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, de forma que pode haver agressão à sua honra, sem que isso lhe cause dor e, mesmo assim, a indenização torna-se cabível; já a presença de dor sem lastro na violação de alguns desses valores protegidos, não resultará na indenização (Responsabilidade Extracontratual Subjetiva, 6ª edição, pág. 101).

Então, baseado nesses conceitos, não vejo em que a dignidade da recorrente tenha sido ultrajada.

Não obstante o entendimento de que, *in casu*, a cláusula restritiva questionada nestes autos deve ser afastada, não tendo validade jurídica, sob pena de esvaziar o objeto de contrato ajustado, não se pode olvidar dos fatos que informaram a presente causa. É certo que a recorrente contratou o seguro de saúde em questão na data de 9 de janeiro de 1995. O laudo pericial atesta que o beneficiário do seguro, filho da autora, foi internado em 11 de janeiro, após ter apresentado sintomas por três dias, ou seja, desde o dia 8, antes, portanto, da contratação.

Dessa forma, certo que, quando realizado o ajuste, o seu beneficiário já não estava bem de saúde, embora não se soubesse de que se tratava de doença congênita (os exames iniciais buscavam investigar a hipótese de infecção). Assim, em que pese a necessidade de a seguradora ter de exigir prévio exame, é certo que a recorrente já estava cientificada do fato de que não teria nenhuma restituição por tratamento de doenças preexistentes. Isso é o que comumente acontece, sendo certo que, praticamente, todas as seguradoras inserem em seus contratos tais cláusulas restritivas, que são afastadas apenas nas hipóteses em que os beneficiários buscam proteger-se, recorrendo ao Poder Judiciário.

Ora, na presente hipótese não se pode dizer que a recorrente desconhecisse que seu filho não estava bem; pode até ser que tenha contratado na esperança de conseguir cobertura do que fosse necessário ou simplesmente porque estava tendo despesas extras com o tratamento do filho; contudo, dizer que ignorava o fato ou que foi pega de surpresa com a recusa de cobertura e que isso lhe causou angústias que justifiquem indenização, não creio que seja uma hipótese plausível.

Assim, não há nesse contexto nenhuma agressividade à dignidade da recorrente que imponha o dever de reparação por parte da seguradora.

Se considerados os requisitos exigidos no artigo 159 do CC/1916 (equivalente ao art. 186 do Código Civil atual), quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita, mesmo assim, não há configuração de dano moral, pois a recusa da seguradora não foi injustificável, uma vez que comprovado que o beneficiário já não estava bem quando contratado o seguro.

Essa hipótese foi inclusive abraçada pelo Tribunal *a quo*, que afirmou ser "lícita essa exclusão, dada a natureza da proposta de seguro" (fls. 446/449).

Ante o exposto, somo meu voto ao do Ministro Relator para dar provimento ao recurso apenas para determinar o reembolso das despesas médicas referentes à cirurgia a que foi submetido o filho da recorrente, mas deixo de fixar qualquer indenização a título de dano moral – essa parte é a divergente.

É como voto.

#### **RECURSO ESPECIAL Nº 538.279 - SP (20030065880-0)**

#### **RETIFICAÇÃO DE VOTO**

#### **EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):**

Srs. Ministros, retifico meu voto proferido em 11/12/2007, que conhecia do recurso especial e dava-lhe provimento, para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento apenas para determinar o reembolso das despesas médicas referentes à cirurgia a que foi submetido o filho da recorrente, mas deixo de fixar qualquer indenização a título de dano moral, acompanhando o voto-vista proferido pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ministro MASSAMI UYEDA

Relator

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 22.09.2008, pesquisa em 17.11.2009).

## 2. Contrato Bancário.

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 699.352 - RS (20040153547-3)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO**

**AGRAVANTE : BANCO FINASA S/A**

**ADVOGADO : FERNANDO SANTOS ARENHART E OUTRO(S)**

**AGRAVADO : PAULO NUNES DA CRUZ JÚNIOR**

**ADVOGADO : HILTON BANDEIRA LOUZADA**

### EMENTA

Contrato bancário. Ação revisional. CDC. Aplicação. Súmula 297/STJ. Vedação da capitalização mensal de juros. Precedentes. Cobrança de comissão de permanência. Possibilidade. Aplicação das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Cumulação com encargos moratórios. Impossibilidade. Possibilidade de repetição do indébito, pois prescindível a demonstração do pagamento fundado em erro.

I - As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos bancários (Súmula 297/STJ).

II - É vedada a capitalização mensal dos juros, ainda que pactuada, salvo as expressas exceções legais (Súmula 93/STJ). Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121/STF.

III - A despeito da redação do inciso I da Resolução nº 1.129/86, a Segunda Seção deste Tribunal confirmou o entendimento das Turmas que a compõem, no sentido de ser vedada a cumulação da comissão de permanência com correção monetária (Súmula 30), com os juros remuneratórios (Súmula 296) ou quaisquer acréscimos decorrentes da mora, tais como os juros moratórios e multa (AgRg no RESP 712.801/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04.05.2005).

IV - Entendidas como conseqüências lógicas do pleito revisional, à vista da vedação legal ao enriquecimento sem causa, não há obstáculos à compensação e à devolução de valor pago indevidamente.

V - Agravo regimental desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 24 de maio de 2005 (Data do Julgamento)

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Relator

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra, cuja ementa se transcreve (fl. 450):

Contratos bancários. Ação revisional. Ausência de negativa de prestação jurisdicional. CDC. Aplicação. Súmula 297/STJ. Juros remuneratórios. Limite. Súmula 596/STF. Cobrança de comissão de permanência. Possibilidade. Aplicação das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Cumulação com encargos moratórios. Impossibilidade. Vedação da capitalização mensal de juros. Precedentes. Possibilidade de repetição do indébito, pois prescindível a demonstração do pagamento fundado em erro.

Recurso especial parcialmente provido.

Inconformado, interpõe o agravante o presente agravo regimental, insurgindo-se contra a aplicação do CDC aos contratos bancários, a possibilidade de compensação e repetição do indébito, a vedação da capitalização mensal dos juros e da cumulação da comissão de permanência com correção monetária, juros moratórios e multa contratual.

É o relatório.

### EMENTA

Contrato bancário. Ação revisional. CDC. Aplicação. Súmula 297/STJ. Vedação da capitalização mensal de juros. Precedentes. Cobrança de comissão de permanência. Possibilidade. Aplicação das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Cumulação com encargos moratórios. Impossibilidade. Possibilidade de repetição do indébito, pois prescindível a demonstração do pagamento fundado em erro.

I - As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos bancários (Súmula 297/STJ).

II - É vedada a capitalização mensal dos juros, ainda que pactuada, salvo as expressas exceções legais (Súmula 93/STJ). Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121/STF.

III - A despeito da redação do inciso I da Resolução nº 1.129/86, a Segunda Seção deste Tribunal confirmou o entendimento das Turmas que a compõem, no sentido de ser vedada a cumulação da comissão de permanência com correção monetária (Súmula 30), com os juros remuneratórios (Súmula 296) ou quaisquer acréscimos decorrentes da mora, tais como os juros moratórios e multa (AgRg no RESP 712.801/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04.05.2005).

IV - Entendidas como conseqüências lógicas do pleito revisional, à vista da vedação legal ao enriquecimento sem causa, não há obstáculos à compensação e à devolução de valor pago indevidamente.

V - Agravo regimental desprovido.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:

A irresignação não merece prosperar.

No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor, observe-se que o acórdão impugnado encontra-se em harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca de sua aplicabilidade aos contratos firmados junto a instituições financeiras (Súmula 297).

Com relação à capitalização mensal dos juros, o acórdão também está em sintonia com a ampla jurisprudência desta Corte que a entende vedada, mesmo quando pactuada, a não ser nas hipóteses expressamente previstas em lei, o que não é o caso destes autos. Nesse sentido: REsp 257.988-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 05/03/2001, Quarta Turma; REsp 189.426-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 15/03/1999, Quarta Turma. Incide, no ponto, a Súmula 121/STF. Ressalte-se, outrossim, a ausência de prequestionamento do art. 5º da Medida Provisória 1.963-17/2000, cuja matéria em nenhum momento foi ventilada pela Corte *a quo*, fato que atrai a incidência do disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF.

Quanto à comissão de permanência, conforme já ressaltado na decisão agravada, firmou-se o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte no sentido da permissão de sua cobrança, porém vedada a sua cumulação com correção monetária (Súmula 30), com os juros remuneratórios (Súmula 296) ou quaisquer acréscimos decorrentes da mora, tais como os juros moratórios e multa. Recentemente, a despeito da redação do inciso I da Resolução nº 1.129/86, a Segunda Seção confirmou esse entendimento no julgamento do AgRg no RESP 712.801/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04.05.2005, cuja ementa encontra-se assim redigida:

"Agravo regimental. Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Cumulação da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Precedentes da Corte.

1. Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 da Corte.

2. Agravo regimental desprovido."

No que concerne à compensação e à repetição do indébito, entende a jurisprudência desta Corte que são eles resultados lógicos do acolhimento do pleito revisional pelo Judiciário, ante a vedação legal ao enriquecimento sem causa. Ademais, já decidiu esta Superior Corte que, em se tratando de contrato de adesão, dispensável é a prova do erro no pagamento. Confirmam-se, *inter plures*:

"Segundo o ordenamento civil, quem recebe o que não lhe é devido tem o dever de restituir, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Reconhecida a ilegalidade de encargos previstos em contrato de adesão, cujas prestações são calculadas unilateralmente pelo credor, o atendimento do pedido de restituição de eventual saldo credor prescinde da prova do erro" (Resp 256.125/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., in DJ de 16.10.2000).

"Pagamento indevido. Prova do erro. Dúvida ou incerteza à época sobre o emprego do indexador pertinente. Art. 965 do Código Civil.

- Repetição de indébito acolhida, não só em face do enriquecimento sem causa do credor, mas também diante da incerteza ocorrente à época acerca do fator de atualização efetivamente aplicável ao caso. Dúvida que se equipara ao erro" (Resp 59.292/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., in DJ de 25/10/1999)  
Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 20.06.2005, pesquisa em 17.11.2009).

### 3. Transporte Aéreo.

**AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.004.741 - RJ (20080013809-1)**

**RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**

**AGRAVANTE: UNITED AIRLINES INC**

**ADVOGADO : RAFAEL FERNANDES GURJÃO TERCEIRO E OUTRO(S)**

**AGRAVADO : ANA LÚCIA DE SÁ MOREIRA MESQUISTA E OUTROS**

**ADVOGADO : MARCOS JOSÉ NOVAES DOS SANTOS**

#### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS. CDC. INCIDÊNCIA. DANO MORAL. QUANTIA ARBITRADA. RAZOABILIDADE.

1 - O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido da aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo de pessoas. Precedentes.

2 - Consoante entendimento pacificado nesta Corte, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso vertente.

4 - Agravo regimental desprovido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 29 de setembro de 2009 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

**AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.004.741 - RJ (20080013809-1)**

#### **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:**

Trata-se de agravo regimental interposto por UNITED AIRLINES INC em face de decisão que nega provimento ao agravo de instrumento.

Sustenta a agravante, em síntese, a inaplicabilidade do disposto na súmula 83/STJ à hipótese vertente. Alega que, fixado o *quantum* indenizatório em patamar elevado, se justifica a excepcional intervenção desta Corte para sua redução. Reitera a tese de afronta aos arts. 20 e 29 da Convenção de Varsóvia, aos artigos 19, 29 e 35 da Convenção de Montreal, bem como de dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

#### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):**

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido da aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo de pessoas.

Confira-se:

*"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS - ATRASO - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - DANO MORAL - SÚMULA 71/STJ - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - VALOR INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE.*

*I - Esta Superior Corte já pacificou o entendimento de que não se aplica, a casos em que há constrangimento provocado por erro de serviço, a Convenção de Varsóvia, e sim o Código de Defesa do Consumidor, que traz em seu bojo a orientação constitucional de que o dano moral é amplamente indenizável.*

II - A conclusão do Tribunal de origem, acerca do dano moral sofrido pelos Agravados, em razão do atraso do voo em mais de onze horas, não pode ser afastada nesta instância, por depender do reexame do quadro fático-probatório (Súmula 7/STJ).

III - Tendo em vista a jurisprudência desta Corte a respeito do tema e as circunstâncias da causa, deve ser mantido o quantum indenizatório, diante de sua razoabilidade, em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 903.969/RJ, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 03/02/2009)

**"AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. VÔO INTERNACIONAL. ATRASO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. APLICAÇÃO DO CDC. PROBLEMA TÉCNICO. FATO PREVISÍVEL. DANO MORAL. CABIMENTO. ARGUMENTAÇÃO INOVADORA. VEDADO.**

- Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de voo não se restringem àquelas descritas na Convenção de Varsóvia, o que afasta a limitação tarifada.

- A ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior.

- Em voo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar.

- Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores.

- Vedado no regimental desenvolver argumento inovador não ventilado no especial." (AgRg no Ag 442.487/RJ, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, DJ de 09/10/2006)

De outro lado, impende ressaltar que, consoante entendimento pacificado nesta Corte, o valor do dano moral só pode ser alterado nesta instância quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela, em que fixado em R\$ 8.000,00 (oito mil reais - para as três autoras), valor que não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência.

A propósito:

**"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE ADENTRAR O MÉRITO. SÚMULA 123 DO STJ.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que, em sede de recurso especial, só é admitida a revisão do quantum arbitrado a título de danos morais na hipótese em que ele tenha sido fixado em valor irrisório ou abusivo.

2. Não há como conhecer de recurso especial quando a controvérsia reclama o reexame de elementos fático-probatórios presentes nos autos, a teor do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Estando a decisão baseada no conjunto fático-probatório da causa para compor o quantum indenizatório, impossível se torna o confronto entre os paradigmas e o acórdão recorrido, porquanto a comprovação do pretendido dissenso dependeria do reexame da situação fática própria de cada julgamento, o que é inviável em sede de recurso especial 4. "A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais".

5. Agravo regimental desprovido. Aplicação de multa de 5% sobre o valor corrigido da causa". (AgRg no Ag 1137669/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, DJe 15/06/2009)

**"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. QUANTIA FIXADA. RAZOABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. TAXA. CÓDIGO CIVIL DE 1916. 6% AO ANO. CÓDIGO CIVIL DE 2002. 12% AO ANO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.**

I - Inviável o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do E. Supremo Tribunal Federal.

II - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto.

III - Em se tratando de responsabilidade contratual, devem incidir os juros de mora desde a citação, no patamar de 0,5% ao mês na vigência do Código Civil de 1.916, e a partir do advento do Código Civil de 2002 em 1% ao mês.

*Agravo Regimental provido". (AgRg nos EDcl no Ag 1025431/MG, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 19/12/2008)*

Nego provimento ao agravo regimental.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 19.10.2009, pesquisa em 17.11.2009).

#### 4. Cadastro de Inadimplentes.

**RECURSO ESPECIAL Nº 901.584 - RJ (20060249444-0)**

**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RECORRENTE : VANJA FERNANDES SOUZA**

**ADVOGADO : ANTONIO AUGUSTO DE SOUZA MALLET**

**RECORRIDO : SERASA S/A**

**ADVOGADO : RENATA FABIANA DE CAMPOS MORAES E OUTRO(S)**

#### **EMENTA**

Direito do Consumidor. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição de número de CPF em cadastro de inadimplentes realizada sem prévia comunicação. Registro realizado em desacordo com o art. 43, § 2º, do CDC. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro. Dano moral reconhecido.

*- O órgão mantenedor do cadastro restrição ao crédito é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de compensação por danos morais decorrentes do registro, sem prévia comunicação, de dados pessoais de consumidor.*

*- Hipótese em que o número do CPF do consumidor foi atribuído pelo credor a terceira pessoa e inscrito juntamente com o nome desta em cadastro restritivo.*

*- A alegação de que a ausência de envio da notificação decorreu de equívoco do credor no repasse de dados ao órgão mantenedor do cadastro restritivo não tem o condão de afastar a legitimidade deste último, a quem incumbe o dever de diligenciar no sentido de que o consumidor seja previamente notificado da abertura de registro no qual conste qualquer um de seus dados pessoais, inclusive o número do CPF.*

*- A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Precedente.*

Recurso especial provido para condenar a recorrida a pagar à recorrente compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vasco Della Giustina.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2009(data do julgamento)

**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

Relatora

#### **RELATÓRIO**

Cuida-se do recurso especial, interposto por VANJA FERNANDES SOUZA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

**Ação:** de compensação por danos morais, ajuizada pela recorrente em face da SERASA S/A, em virtude da inscrição, sem prévia notificação, do número de seu CPF em cadastro de restrição ao crédito.

Em contestação, a recorrida alegou a ausência de interesse de agir, em virtude da inexistência de apontamentos no nome da recorrente, bem como sustentou a sua ilegitimidade passiva.

Ressaltou, ainda, que a anotação realizada se baseou em informações prestadas pela credora, CREDICARD S/A, relativas não ao nome da recorrente, mas ao de Flávio Gomes da Cruz Martinho, ao qual foi atribuído pela credora número de CPF idêntico ao da recorrente. Assim, afirmou a recorrida que a negativação existente no cadastro restritivo dizia respeito a terceiro e não à recorrente.

Por fim, colacionou a recorrida documentos com o intuito de comprovar o envio ao endereço indicado pelo credor de comunicação a respeito da existência da pendência financeira.

**Sentença:** julgou improcedente o pedido, pois considerou que a recorrida não tem a obrigação de aferir a veracidade dos dados que lhe são fornecidos pelos credores que solicitam a inscrição dos dados de devedores em seu cadastro.

**Acórdão:** negou provimento ao apelo da recorrente, nos termos da seguinte ementa:

*"APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORRETA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. O SERASA NÃO É RESPONSÁVEL PELO CONTEÚDO DO APONTE PROMOVIDO POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, TENDO COMPROVADO QUE REMETEU A NOTIFICAÇÃO PARA O ENDEREÇO FORNECIDO. AUTORA QUE, ALÉM DE AJUIZAR A PRESENTE, PRETENDENDO OBTER DO SERASA INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL SOFRIDO, EM VIRTUDE DA NEGATIVAÇÃO INDEVIDA, AJUIZOU TAMBÉM AÇÃO CONTRA A EMPRESA QUE PROMOVEU O APONTE DESABONADOR, PRETENDENDO OBTER INDENIZAÇÃO PELO MESMO EVENTO DANOSO. OUTROSSIM, NÃO HÁ OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR POR PARTE DO SERASA QUE PROVIDENCIOU A NOTIFICAÇÃO NECESSÁRIA, PORÉM, CONSTANDO NESTA O NOME E ENDEREÇO DE TERCEIRA PESSOA, SENDO TAL INFORMAÇÃO FORNECIDA PELA PARTE CREDORA. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONHECIMENTO DO RECURSO PARA NEGAR PROVIMENTO." (fls. 319).*

Nos fundamentos do acórdão, foi consignado que os dados inseridos nos cadastros mantidos pela recorrida são enviados pelas instituições credoras, que, portanto, seriam as únicas responsáveis por eventuais incorreções nas informações fornecidas.

**Embargos de declaração:** interpostos pela recorrente, foram rejeitados (fls. 332).

**Recurso especial:** alega violação ao art. 43, § 2º, do CDC, além de apontar a existência de dissídio jurisprudencial. Em suma, requer que a recorrida seja condenada a compensar os danos morais oriundos da inscrição do seu número de CPF em cadastro restritivo sem prévia comunicação.

**Prévio exame de admissibilidade:** após a apresentação das contrarrazões da recorrida (fls. 455/462), foi negado seguimento ao recurso especial na origem (fls. 464/465), tendo sido determinada a subida dos autos principais no julgamento do Ag n.º 786.311/RJ, de minha relatoria.

É o relatório.

## VOTO

Cinge-se a matéria controvertida em definir se a entidade que mantém cadastro de restrição ao crédito pode ser responsabilizada pelos danos morais sofridos por consumidora que não foi previamente notificada da inscrição de seu número de CPF em cadastro restritivo, em virtude de equívoco nas informações passadas pelo credor ao órgão mantenedor do cadastro.

De início, é necessário destacar que a recorrida, o órgão mantenedor do cadastro, enviou correspondência para o endereço repassado pelo credor, conforme demonstra o acórdão recorrido:

*"A apelada, inclusive, remeteu a devida comunicação ao endereço indicado pelo credor, conforme comprova o documento de fls. 58, não sendo, pois o fato deste dado não ser verdadeiro que gera o defeito no serviço a indenizar a apelante." (fls. 321)*

Assim, neste julgamento será preciso perquirir se o envio dessa correspondência, ainda que não destinada à recorrente, atende à exigência prevista no art. 43, § 2º, do CDC, e se o órgão mantenedor do cadastro deve ou não conferir a veracidade das informações que lhe são passadas pelos credores quando estes solicitam a inscrição de dados dos seus devedores.

### I - Da legitimidade para compensar os danos morais na espécie.

Não obstante ter reconhecido que houve abalo moral em virtude da inscrição desabonadora realizada sem prévio conhecimento da consumidora, o TJRJ considerou que os únicos responsáveis pela veracidade das informações constantes nos órgãos restritivos são os credores que lhe repassam os dados dos consumidores, razão pela qual afastou a legitimidade passiva da SERASA S/A.

Esse entendimento fundamenta-se na premissa de que, por atuar como mero banco de dados compilador, o órgão mantenedor do cadastro simplesmente reúne os dados e possui apenas o dever de notificar o devedor, mediante o envio de correspondência para o endereço indicado pelo credor, para fins de cumprimento do disposto no art. 43, § 2º, do CDC.

Ocorre que a análise da legitimidade para figurar no pólo passivo das ações em que é pleiteada a compensação por danos morais decorrentes de inscrição em cadastro de inadimplentes exige um minucioso exame do tipo de equívoco que ensejou o abalo moral alegado pelo consumidor.

Assim, a depender do vício que macule a inscrição, ora a responsabilidade pelo equívoco cometido será atribuída ao credor, ora ao órgão que mantém o cadastro.

O credor sempre será parte legítima para figurar naquelas ações em que a compensação for requerida para reparar algum equívoco relacionado com a regularidade do débito que deu causa à inscrição. Dessa forma, se não havia dívida ou se a cobrança realizada era indevida, caberá ao credor responder perante o consumidor pelo abalo moral.

O órgão mantenedor do cadastro, por seu turno, possui obrigação diversa, imposta pelo art. 43, § 2º, do CDC, qual seja a de comunicar por escrito ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro **de dados pessoais e de consumo**.

Na hipótese dos autos, é pleiteada compensação em virtude da ausência de envio de comunicação à recorrente a respeito da inscrição de seu CPF no cadastro restritivo. Ou seja, um dado pessoal da recorrente passou a constar no banco de dados da recorrida, sem que a comunicação exigida por lei fosse realizada.

Assim, porque desrespeitada exigência legal concernente à regularidade da realização do registro no cadastro restritivo, cabe à recorrida figurar no pólo passivo da presente ação.

## **II - Da existência do dano moral.**

Nos recentes julgamentos dos Recursos Especiais n.º 1.061.134/RS e 1.062.336/RS, realizados em conformidade com o disposto no art. 543-C do CPC - Incidente de Recurso Repetitivo, a 2ª Seção do STJ posicionou-se no sentido de que: *"A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada."*

Da análise dos autos, observa-se que a recorrente não teve prévia ciência da inclusão do número do seu CPF no cadastro restritivo, nem tampouco existia prévia inscrição de dados seus devidamente realizada, circunstâncias que tornam inafastável o reconhecimento de dano moral.

Em que pese ter enviado correspondência ao titular do nome que foi inscrito (Flávio Gomes da Cruz Martinho), o fato é que nenhuma providência foi adotada no sentido de comunicar a recorrente a respeito da inserção de seu número de CPF no banco de dados.

O motivo que ocasionou a inserção equivocada dos dados é questão que diz respeito unicamente à entidade mantenedora do cadastro, que deve diligenciar pela correção e veracidade das informações que organiza e divulga.

Dados pessoais da consumidora foram inscritos sem prévia comunicação e essa circunstância, à luz da jurisprudência do STJ, mostra-se suficiente à configuração do dano moral.

Saliente-se, a propósito, que a mera conferência da titularidade do número do CPF levado a registro seria suficiente para evitar os danos causados à recorrente, que, sem ser avisada, teve extirpada a oportunidade de evitar que seu dado pessoal fosse levado ao registro desabonador.

## **III - Da fixação da compensação por danos morais.**

Verificada a existência do dano e constatada a legitimidade da recorrida para responder por ele, mostra-se possível a fixação, de pronto, do valor da compensação devida, mediante a aplicação do direito à espécie nos termos do art. 257 do RISTJ.

Em atenção aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, e conforme o posicionamento consolidado deste Tribunal, o valor da compensação por danos morais não deve ser fixado de forma ínfima, mas em patamar que compense adequadamente o lesado.

Desta forma, ante as peculiaridades da espécie, em que a recorrente foi surpreendida com a inscrição de dados seus em cadastro restritivo, considero ser justa a fixação do valor dos danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que será acrescida de juros legais desde o evento danoso e de correção monetária a partir desta data.

Forte em tais razões, CONHEÇO E DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial para condenar a recorrida a pagar à recorrente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de compensação pelos danos morais decorrentes da inscrição de seu número de CPF em cadastro restritivo, sem prévia comunicação.

Esta quantia será acrescida de juros legais desde o evento danoso e de correção monetária a partir desta data. Deverá a recorrida arcar, ainda, com os ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 02.10.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 5. Interrupção no Fornecimento de Energia Elétrica.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.948 - RN (2009/0134406-2)**

**RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**

**RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE**

**ADVOGADO : LAUMIR CORREIA FERNANDES E OUTRO(S)**

**RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

### EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA CONCESSIONÁRIA. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA PELO PROCON. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL. PRECEDENTES.**

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que: i) se anule o ato administrativo do Procon que deu ensejo à aplicação de multa à concessionária, ao argumento de que não foi instaurado processo administrativo prévio à imputação da sanção; ou ii) a redução da referida sanção para parâmetros condizentes com a realidade fática.

2. Consoante a documentação acostada aos autos pela própria impetrante, denota-se que o procedimento administrativo ensejador da cominação de multa, em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores, foi ultimado com estrita observância do devido processo legal e da ampla defesa, mormente porque a recorrente foi previamente notificada da realização da audiência de conciliação no Órgão Estadual de Defesa do Consumidor, que se deu antes mesmo da lavratura do auto de infração, tendo sido utilizados, inclusive, todos os recursos cabíveis na esfera administrativa.

3. No pertinente ao pedido de redução do valor da multa, também não se vislumbra o direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que o acolhimento da pretensão demandaria a abertura de dilação probatória, com vistas a verificar a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (artigo 57 do CDC), providência inviável na via estreita e excepcional do mandado de segurança. Precedentes: RMS 21.772/RN, Rel. Ministro Luiz Fux; RMS 21.818/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, RMS 22.029/RN, Rel. Ministro José Delgado)

4. Recurso ordinário improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, por motivo de licença, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2009(Data do Julgamento)

**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**

Relator

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):** Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Companhia Energética do Rio Grande do Norte (COSERN) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja ementa foi consolidada nos seguintes termos (fl. 102):

**CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA COSERN. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON.**

I – Na via do mandado de segurança é incabível a revisão da punição pecuniária para mensurar a graduação da multa, conforme a intensidade do ato violador, a vantagem obtida e a situação econômica do fornecedor do bem ou serviço, de acordo com o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, que para isto

demanda exame de provas, somente possível no campo instrutório, resultando, conseqüentemente, no não conhecimento do *writ* neste particular.

II – Se no transcorrer da apuração e aplicação da multa pelo órgão incumbido de proteger o consumidor (PROCON), a empresa reclamada foi regularmente notificada em diversas oportunidades, se defendeu por intermédio de advogado e interpôs recursos na esfera administrativa, não há que se falar em inobservância às regras constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

III - A multa oriunda do PROCON, chancelada pelo Secretário Estadual da Justiça e da Cidadania, cuja finalidade é a punição de caráter administrativo, não se vincula a avença efetivada na esfera judicial, que pôs fim à reivindicação do consumidor objetivando o ressarcimento de danos materiais e morais.

IV – Denegação o *mandamus*.

Versam os autos, originariamente, acerca de Mandado de Segurança impetrado pela COSERN contra ato perpetrado pelo Coordenador-Geral do Procon, Secretário do Interior, Justiça e Cidadania e pelo Procurador-Geral, todos do Estado do Rio Grande do Norte, consubstanciado na imposição de multa no valor de R\$ 3.724,35 (três mil, setecentos e vinte e quatro reais e trinta e cinco centavos), em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Na irresignação que ora se apresenta, aduz a recorrente que a aplicação da multa se deu sem observância dos artigos 5º, LV, da Constituição Federal e 57 do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que não houve instauração de processo administrativo prévio à imputação da referida sanção, o que caracteriza violação do direito líquido e certo da concessionária em submeter-se a julgamento justo e de acordo com a garantia constitucional do devido processo legal. Acaso devida, defende que a multa aplicada deve ser reduzida na proporção do prejuízo efetivamente suportado pelo consumidor.

Requer, ao final, o provimento do recurso com o fim de reformar o acórdão atacado para desconstituir a multa aplicada pelo Procon.

Apesar da devida intimação, o recorrido não apresentou contrarrazões ao Recurso Ordinário, conforme certidão de fl. 134.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 143-146, manifestou-se pelo não provimento do recurso, em ementa assim sintetizada:

**ADMINISTRATIVO. MULTA. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.**

1. Presentes nos autos registros que indicam ter sido à parte assegurada oportunidade de defesa, perde consistência a alegada ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

2. O acordo judicial não configura óbice à imposição da multa administrativa. Precedentes.

3. No mandado de segurança, somente é possível revisão de multa aplicada com violação de critério legal objetivo, e não a que exige avaliação de prova ou circunstâncias de fato. Precedentes.

4. Parecer pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.948 - RN (2009/0134406-2)**

### **EMENTA**

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA CONCESSIONÁRIA. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA PELO PROCON. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL. PRECEDENTES.**

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que: i) se anule o ato administrativo do Procon que deu ensejo à aplicação de multa à concessionária, ao argumento de que não foi instaurado processo administrativo prévio à imputação da sanção; ou ii) a redução da referida sanção para parâmetros condizentes com a realidade fática.

2. Consoante a documentação acostada aos autos pela própria impetrante, denota-se que o procedimento administrativo ensejador da cominação de multa, em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores, foi ultimado com estrita observância do devido processo legal e da ampla defesa, mormente porque a recorrente foi previamente notificada da realização da audiência de

conciliação no Órgão Estadual de Defesa do Consumidor, que se deu antes mesmo da lavratura do auto de infração, tendo sido utilizados, inclusive, todos os recursos cabíveis na esfera administrativa.

3. No pertinente ao pedido de redução do valor da multa, também não se vislumbra o direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que o acolhimento da pretensão demandaria a abertura de dilação probatória, com vistas a verificar a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (artigo 57 do CDC), providência inviável na via estreita e excepcional do mandado de segurança. Precedentes: RMS 21.772/RN, Rel. Ministro Luiz Fux; RMS 21.818/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, RMS 22.029/RN, Rel. Ministro José Delgado)

4. Recurso ordinário improvido.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):** Consoante relatado, pretende a empresa recorrente a concessão da segurança para que se anule o ato administrativo do Procon que deu ensejo à aplicação de multa em seu desfavor, decorrente da interrupção do fornecimento de energia elétrica a seus consumidores, ou, alternativamente, a redução da referida sanção para parâmetros condizentes com a realidade fática.

Aduz a recorrente, em síntese, que não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar quando da apuração da suposta infração, mas tão somente após a imposição da penalidade, senão vejamos (fls. 122):

"Destarte, nada obstante tenha sido facultada a esta Concessionária interpor impugnação à aplicação da multa, o PROCON/RN jamais estabeleceu o processo administrativo prévio e necessário para a apuração da suposta infração que teria originado a penalidade, havendo a Recorrente, por conseguinte, sido prejudicada em seu direito de defesa, sendo absolutamente impossível permitir-se, em um estado democrático, que o acusado da prática de uma infração, ainda que administrativamente, seja condenado sem que, previamente à imputação da sanção, possa expor suas alegações quanto à inexistência do fato ou às razões determinantes de sua ocorrência."

A irresignação, entretanto, não merece prosperar.

É que, consoante a documentação acostada aos autos pela própria impetrante, denota-se que o procedimento administrativo ensejador da cominação de multa, em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores, foi ultimado com estrita observância do devido processo legal e da ampla defesa, mormente porque a recorrente foi previamente notificada da realização da audiência de conciliação no Órgão Estadual de Defesa do Consumidor, que se deu antes mesmo da lavratura do auto de infração, tendo sido utilizados, inclusive, todos os recursos cabíveis na esfera administrativa.

Sobre o ponto, vale conferir o seguinte trecho do voto condutor do acórdão impugnado (fls. 107):

Pela leitura dos autos denota-se que no procedimento adotado pela Administração Estadual, via PROCON, órgão de proteção e defesa do consumidor, não ocorreu violação aos ditames constitucionais apontados pela impetrante, referente ao seu direito de defesa, porquanto logo na audiência prévia de conciliação a empresa esteve representada pelo preposto Eduardo Henrique Andrade de Lima, quando ouviu o protesto da consumidora que teve a energia de sua residência contada mesmo já tendo efetuado o pagamento da conta naquele momento e não concordou com a proposta de indenização por danos materiais e morais no valor de R\$ 2.000,00, tendo o caso sido encaminhado ao Juizado Especial onde houve o acordo (fls. 43/48).

Outrossim, no pertinente ao pedido de redução do valor da multa, também não se vislumbra o direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que o acolhimento da pretensão demandaria a abertura de dilação probatória, com vistas a verificar a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (artigo 57 do CDC), providência inviável na via estreita e excepcional do mandado de segurança.

Por oportuno, registra-se que esta Corte, em casos semelhantes, já teve a oportunidade de analisar as questões trazidas nestes autos, manifestando-se no mesmo sentido do aqui externado, consoante se vê nos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PENA DE MULTA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA.

**MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.**

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2. In casu, o contexto fático delineado nos autos, notadamente a documentação a ele colacionada, denota que o procedimento administrativo ensejador da cominação de multa, em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores, foi ultimado com estrita observância do devido processo legal e da ampla defesa, máxime porque a Recorrente foi notificada, tendo, inclusive, apresentado defesa escrita, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão recorrido:"(..) analisando de forma concatenada os documentos apresentados pela demandante, percebe-se que foi observado o devido processo, como demonstra o documento às fls. 68, onde se lê:"A COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE – COSERN, Concessionária do Serviço Público Federal de Distribuição de Energia Elétrica em todo o território do Estado do Rio Grande do Norte, por seu representante legal, vem, com fundamento no artigo 16 e seguintes do Decreto 13.378, de 12 de junho de 1997, apresentar DEFESA ao Auto de Infração do processo administrativo em epígrafe, interposto por esse Órgão Administrativo, referente à notificação para pagamento de multa, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos"(fls. 68). Ora, pela própria palavra utilizada em destaque pela impetrante percebe-se que a esta não foi negada a oportunidade de se defender.

Também ficou demonstrado que foi dado até direito a recurso da decisão da Junta Administrativa, pois às fls. 39-47 há petição dirigida ao Secretário Estadual de Interior, Justiça e Cidadania para que este reforme a anterior decisão do órgão inferior. (...)" fl. 153 3. Consoante assentando nesta Corte "A inobservância de forma não acarretará a nulidade do ato, se não houver prejuízo para a defesa" (art. 48 do Decreto 2.181/97), prejuízo esse que não ficou demonstrado na presente hipótese."(RMS 21.818/RN, DJ de 26.10.2006).

4. A pretensão atinente à redução do valor da multa in foco, aplicada em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores (art. 57 do CDC), encontra óbice na inadequação da via eleita ab origine. Precedentes da Corte: RMS 21.677/RN, DJ 22.03.2007 e RMS 22.196/RN, DJ 07.11.2006.

5. O Mandado de Segurança, nada obstante, reclama direito prima facie, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária. É que "No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626) 6. A "suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em relação aos quais há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor". (REsp 772.486/RS, DJ de 06.03.2006).

7. Recurso Ordinário desprovido (RMS 21.772/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008).

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PENA DE MULTA. PLENA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES.**

1. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2. A documentação juntada aos presentes autos demonstra que tais princípios foram plenamente observados, na medida em que a recorrente foi previamente notificada, antes mesmo da lavratura do auto de infração por intermédio do qual lhe foi imposta multa em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica aos seus consumidores, sendo diversas as oportunidades em que se opôs à referida penalidade.

3. "A inobservância de forma não acarretará a nulidade do ato, se não houver prejuízo para a defesa" (art. 48 do Decreto 2.181/97), prejuízo esse que não ficou demonstrado na presente hipótese.

4. O valor da multa aplicada, por levar em conta a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (art. 57 do CDC), não pode ser revisto em sede de mandado de segurança, pois exige dilação probatória.

5. Não se visualizando, no entanto, intuito protelatório nos embargos de declaração opostos na origem, mesmo porque a recorrente é a parte mais interessada na rápida solução da presente demanda, impõe-se seja afastada a multa aplicada com fundamento no art. 538, parágrafo único, do CPC.

6. Recurso em mandado de segurança parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, apenas para excluir a multa cominada com esteio no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (RMS 21.818/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 26/10/2006 p. 221).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO PROCON À CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. PROCEDIMENTO LEGAL PARA IMPOSIÇÃO DA PENALIDADE. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS DO ATO ADMINISTRATIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL PARA ANÁLISE DE REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão assim ementado (fl. 192):

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO COORDENADOR DO PROCON ESTADUAL. ACOLHIDA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO DA MULTA. ACOLHIMENTO. RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA IMPOSIÇÃO DA MULTA. DENEGAÇÃO DA ORDEM."

A recorrente apresenta argumentação assim arriada: a) não houve observância do procedimento necessário à imposição da penalidade, em detrimento da garantia constitucional do devido processo legal e do disposto no art. 57 do CDC;

b) inexistente o auferimento de vantagem e sendo leve a gravidade da infração, é impossível fixar a multa em patamar tão elevado, considerando-se apenas a condição econômica da recorrente; c) não foram preenchidas as formalidades mínimas exigidas pelo Decreto nº 2.181/97, quais sejam: data e hora da lavratura, assinatura da autoridade, possibilidade de defesa com seu prazo, o que exige o disposto no art. 35. Pugna pela reforma do decisório assinalando que, na hipótese de ser obrigada a pagar a multa, todos os consumidores arcarão com os ônus do desvio de uma quantia que poderia ser investida na melhoria da qualidade dos serviços prestados. Contra-razões sustentando a ausência de direito líquido e certo a ser protegido, pela absoluta legalidade do procedimento administrativo que observou estritamente o devido processo legal e o princípio do contraditório, não olvidando o direito de defesa do recorrente.

2. O procedimento administrativo formal que gerou a aplicação da penalidade foi absolutamente respeitado, permitindo à recorrente a realização de sua defesa sem ofensa alguma ao princípio constitucional do devido processo legal e seus desdobramentos: princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. O mesmo se diga em relação à alegada nulidade do auto de infração pela não-observância aos requisitos essenciais na sua formalização. O art. 48 do Decreto nº 2.181/97, que dispõe sobre as normas gerais para aplicação de sanções administrativas, é claro ao consignar que a inobservância de forma não acarretará a nulidade do ato se não houver prejuízo para a defesa.

4. Não é possível se analisar o pedido alternativo para redução do valor da multa, pois na via estreita do mandado de segurança não se admite dilação probatória.

5. Recurso ordinário não-provido (RMS 22.029/RN, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 23/10/2006 p. 259)

Isso posto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 14.09.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 6. Poder de Polícia (Procon).

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.103.826 - RN (20080245275-6)**

**RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**

**RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF**

**ADVOGADO : FRANCISCO JOÃO DE OLIVEIRA NETO E OUTRO(S)]**

**RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**PROCURADOR: MARJORIE ALECRIM CÂMARA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

### EMENTA

**ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON À EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. POSSIBILIDADE.**

1. A proteção da relação de consumo pode e deve ser feita pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC - conforme dispõem os arts. 4º e 5º do CDC, e é de competência do Procon a fiscalização das operações, inclusive financeiras, no tocante às relações de consumo com seus clientes, por incidir o referido diploma legal.
2. Recurso especial não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

### RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição da República de 1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região assim ementado (fl. 168):

**ADMINISTRATIVO. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA À EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. REDUÇÃO DE SEU VALOR DE R\$ 46.994,00 PARA R\$ 5.000,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DA PROPORCIONALIDADE.**

1. A competência dos órgãos estaduais e municipais responsáveis pela fiscalização das relações de consumo, como PROCONS, decorre do Poder de Polícia.
2. A imposição de multa, *in casu*, deu-se em decorrência do desrespeito pela apelante às determinações dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 33 do Decreto nº 2.181/97), uma vez que não logrou comprovar a inocorrência de má prestação de serviço ao reclamante.
3. A redução do valor atribuído à multa, determinada pelo *decisum* proferido pelo juízo de primeiro grau, de R\$ 46.994,00 para R\$ 5.000,00, encontra supedâneo no princípio da razoabilidade e no da proporcionalidade, motivo pelo qual não merece reparo.
4. Apelos improvidos.

No recurso especial, alega-se violação aos seguintes dispositivos: art. 56, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - CDC; art. 10, inc. IX, da Lei n. 4.595/64 e art. 5º, do Decreto n. 2.181/97. Diz a recorrente, em suma, que o Procon (órgão estadual) não tem competência para aplicar sanção administrativa contra a recorrente (empresa pública federal), porquanto tal competência, no âmbito administrativo, é do Banco Central do Brasil.

Não foram interpostas contra-razões (fl. 194).

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 195/196.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.103.826 - RN (20080245275-6)****EMENTA****ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON À EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. POSSIBILIDADE.**

1. A proteção da relação de consumo pode e deve ser feita pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC - conforme dispõem os arts. 4º e 5º do CDC, e é de competência do Procon a fiscalização das operações, inclusive financeiras, no tocante às relações de consumo com seus clientes, por incidir o referido diploma legal.
2. Recurso especial não provido.

**VOTO**

**O SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):** Não assiste razão à recorrente.

A matéria central cinge-se na verificação da possibilidade de imposição de multa pelo Procon às instituições financeiras, *in casu*, em face da Caixa Econômica Federal - CEF.

A Segunda Turma desta Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão controversa da presente ação, concluindo que a proteção da relação de consumo pode e deve ser feita pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC - conforme dispõem os arts. 4º e 5º do CDC, e é de competência do Procon a fiscalização das operações, inclusive financeiras, no tocante às relações de consumo com seus clientes, por incidir o referido diploma legal.

Confirmam-se os precedentes:

**ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR - PUBLICIDADE ENGANOSA - MULTA APLICADA POR PROCON A SEGURADORA PRIVADA - ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM, POIS A PENA SOMENTE PODERIA SER APLICADA PELA SUSEP - NÃO-OCORRÊNCIA - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SNDC - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA EM CONCORRÊNCIA POR QUALQUER ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PÚBLICO OU PRIVADO, FEDERAL, ESTADUAL, MUNICIPAL OU DISTRITAL.**

1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto n. 73/66, somente à Susep caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos implicaria verdadeiro bis in idem e enriquecimento sem causa dos Estados, uma vez que a Susep é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais.
2. Não se há falar em bis in idem ou enriquecimento sem causa do Estado porque à Susep cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura e simples, nos termos do Decreto n. 73/66. Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC que, nos termos do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor. Recurso ordinário improvido.

(RMS 23.967/BA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.4.2008)

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPANHIA DE SEGUROS. MULTA APLICADA PELO PROCON. LEGITIMIDADE.**

1. As atribuições da Susep e do Procon não são conflitantes, pois atuam em esferas distintas e totalmente conciliáveis.
2. A atuação da Susep limita-se à regulação, supervisão, fiscalização e incentivo das atividades de seguros, previdência complementar aberta e capitalização. Ainda que com sua atuação proteja os interesses dos consumidores desses serviços, a relação de consumo não é o objetivo de sua fiscalização, que está a cargo do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei 8.078/90.
3. Em razão de a recorrente firmar relações de consumo com seus clientes, está submetida à incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor e, por isso, sofre a fiscalização do Procon nesse aspecto.
4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 25.115/BA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.3.2008)

Com essas considerações, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 06.08.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 7. Tarifa de Água e Esgoto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.815 - SP (20080193402-2)**

**RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA**

**RECORRENTE: OCIMA LTDA.**

**ADVOGADO : JOSÉ MARCELO BRAGA NASCIMENTO E OUTRO(S)**

**RECORRIDO : SABESP**

**ADVOGADO : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)**

### EMENTA

**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. ENQUADRAMENTO NO REGIME DE ECONOMIAS. CULPA DA CONCESSIONÁRIA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO.**

1. O art. 42, parágrafo único, do CDC estabelece que "*o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*".

2. Interpretando o referido dispositivo legal, as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte de Justiça firmaram orientação no sentido de que "*o engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço*" (REsp 1.079.064/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 20.4.2009). Ademais, "*basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor*" (REsp 1.085.947/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 12.11.2008). Destarte, o engano somente é considerado justificável quando não decorrer de dolo ou culpa.

3. Na hipótese dos autos, conforme premissas fáticas formadas nas instâncias ordinárias, não é razoável falar em engano justificável. A cobrança indevida de tarifa de água e esgoto deu-se em virtude de culpa da concessionária, a qual incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias. Assim, caracterizada a cobrança abusiva, é devida a repetição de indébito em dobro ao consumidor, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC.

4. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Assistiu ao julgamento o Dr. Nelson de Menezes Pereira, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA

Relatora

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):**

Trata-se de recurso especial interposto por OCIMA LTDA com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

*"Água - Sistema de economias - Prédio comercial, porém com destinação específica para hospital - Incidência do disposto na Norma Interna nº 43, que prevê, para determinados estabelecimentos comerciais, como os hospitais, uma economia para cada 100m<sup>2</sup> de área construída - No período de outubro/1986 a dezembro/1996, a autora tinha direito à classificação como 110 (cento e dez) economias - Procedência da ação mantida, mas por outro fundamento - Preliminares da ré afastadas - Admissibilidade de repetição de indébito na forma simples, independentemente da prova do pagamento por erro, ou seja, aquele que recebeu o que não devia deve fazer a restituição, sob pena de enriquecimento indevido, pouco revelando a prova do erro no pagamento - Restituição simples em face da inexistência de prova de má fé - Sucumbência recíproca - Juros de mora já na vigência do atual CC - Taxa de 1% (um por cento) ao mês - Apelações da ré e da autora providas em parte."* (fl. 588)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 618).

Nas razões de recurso especial, a empresa recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts.: (a) 42, parágrafo único, do CDC, sob o argumento de que a cobrança indevida de tarifa de água ao consumidor final, fornecida pela concessionária, enseja a restituição em dobro; (b) 20, § 3º, e 21, parágrafo único, do CPC, sustentando, em síntese, que a parte contrária deve arcar com a totalidade dos ônus sucumbenciais devidos à recorrente.

Contrarrazões apresentadas às fls. 765/772.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.815 - SP (20080193402-2)**

### **VOTO**

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):**

Assiste razão à empresa recorrente.

(a) Relativamente ao direito à devolução em dobro, cumpre salientar que o Tribunal de Justiça estadual determinou a restituição dos valores cobrados indevidamente pela COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP -, com acréscimo de juros moratórios e correção monetária. Contudo, afastou a repetição em dobro, por entender que não ficou comprovada a má-fé da concessionária, o que afastava a aplicação do disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (fls. 588/602).

O art. 42, *caput* e parágrafo único, do CDC, estabelece, *in verbis*:

*"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*

*Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."*

Interpretando o referido dispositivo legal, as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte de Justiça firmaram orientação no sentido de que *"o engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço"* (REsp 1.079.064/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 20.4.2009). Ademais, *"basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor"* (REsp 1.085.947/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 12.11.2008). Destarte, o engano somente é considerado justificável quando não decorrer de dolo ou culpa.

Os referidos acórdãos estão, respectivamente, assim ementados:

**"CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. ENGANO JUSTIFICÁVEL. NÃO-CONFIGURAÇÃO.**

**1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a repetição dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se configurou a má-fé na conduta da SABESP, ora recorrida.**

**2. A recorrente visa à restituição em dobro da quantia sub judice, ao fundamento de que basta a verificação de culpa na hipótese para que se aplique a regra do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.**

**3. O engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço. Precedente do STJ.**

**4. Dessume-se das premissas fáticas do acórdão recorrido que a concessionária agiu com culpa, pois incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias.**

**5. In casu, cabe a restituição em dobro do indébito cobrado após a vigência do CDC.**

**6. Recurso Especial provido." (grifou-se)**

**"RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVOUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.078/90. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE NATUREZA CONDENATÓRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, DO CPC.**

*I - O Tribunal a quo afastou a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, que determina a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente nas relações de consumo, pela ausência de dolo (má-fé) do fornecedor. Entretanto, basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor.*

*II - No circunlóquio fático delimitado pelo acórdão recorrido, ressaí a não-demonstração, por parte da recorrida, da existência de engano justificável, tornando-se aplicável o disposto no artigo 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90. Precedentes: REsp nº 1.025.472/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 30/04/2008; AgRg no Ag nº 777.344/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 23/04/2007; REsp nº 263.229/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 09/04/2001.*

*III - Havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da condenação, nos termos do que dispõe o art. 20, § 3º, do CPC. Precedentes: REsp nº 874.681/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 12/06/2008; AgRg no Ag nº 516.249/PR, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 28/06/2004; AgRg no REsp nº 665.107/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 14/03/2005.*

*IV - Recurso especial conhecido e provido." (grifou-se)*

Na hipótese dos autos, conforme premissas fáticas formadas nas instâncias ordinárias, não é razoável falar em engano justificável. A cobrança indevida de tarifa de água e esgoto deu-se em virtude de culpa da concessionária que incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias. Assim, caracterizada a cobrança abusiva, é devida a repetição de indébito em dobro ao consumidor, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC.

Endossando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

**"TRIBUTÁRIO. TAXA DE ESGOTO. COBRANÇA INDEVIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONDOMÍNIO.**

*1. É inaplicável o Código de Defesa de Consumidor às relações entre os condôminos e o condomínio quanto às despesas de manutenção deste.*

*2. Existe relação de consumo entre o condomínio de quem é cobrado indevidamente taxa de esgoto e a concessionária de serviço público.*

*3. Aplicação do artigo 42 do Código de Defesa de Consumidor que determina o reembolso em dobro.*

*4. Recurso especial provido." (REsp 650.791/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.4.2006, grifou-se)*

**"ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

*1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados.*

*2. A empresa utiliza o produto como consumidora final.*

*3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.*

*4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.*

*5. Recurso provido." (REsp 263.229/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.4.2001, grifou-se)*

(b) Por fim, quanto aos honorários advocatícios, ressalte-se que, considerando a reforma do acórdão recorrido, no presente recurso especial, na parte em que havia sido afastada a repetição em dobro ao consumidor, o pedido formulado na exordial foi atendido em sua integralidade. Desse modo, deve ser afastada a sucumbência recíproca e, por conseguinte, restabelecidos os honorários arbitrados na r. sentença (fl. 355).

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 05.08.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 8. Plano de Saúde.

**AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.131.324 - MG (20080278113-0)**

**RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI**

**AGRAVANTE: QUALIMED LTDA.**

**ADVOGADO : BERNARDINO DE SOUZA COELHO NETTO E OUTROS**

**AGRAVADO : DISTAK MÓVEIS PERSONALIZADOS LTDA. – MICROEMPRESA**

**ADVOGADO : GERALDINO NEVES MURTA FILHO E OUTRO(S)**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE. REAJUSTE ABUSIVO CONFIGURADO. MATÉRIA JÁ PACIFICADA NESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83.

I - A variação unilateral de mensalidades, pela transferência dos valores de aumento de custos, enseja o enriquecimento sem causa da empresa prestadora de serviços de saúde, criando uma situação de desequilíbrio na relação contratual, ferindo o princípio da igualdade entre partes. O reajuste da contribuição mensal do plano de saúde em percentual exorbitante e sem respaldo contratual, deixado ao arbítrio exclusivo da parte hipersuficiente, merece ser taxado de abusivo e ilegal. Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de maio de 2009(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- Trata-se de Agravo Regimental interposto por QUALIMED LTDA em face da decisão de fls. 172/179 que negou provimento ao agravo de instrumento, aplicando-se a Súmula 83 desta Corte.

No mérito do presente recurso, a Agravante limita-se a reiterar as razões do Agravo de Instrumento. Insiste na tese de que, no caso em exame, o aresto utilizado pela decisão monocrática está equivocado. Assevera que existiu patente violação ao 535 do CPC e evidente negativa de vigência dos arts. 2º e 3º do CDC. Por fim, requer a reconsideração da decisão.

É o relatório.

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

2.- A Agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de infirmar a decisão agravada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos:

1.- *QUALIMED LTDA interpõe Agravo de Instrumento contra decisão (fl. 148/149) que negou seguimento ao Recurso Especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal interposto contra Acórdão (fl. 92/106) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que lhe foi desfavorável (RELATOR DES. ANTÔNIO DE PÁDUA).*

*Foram interpostos embargos de declaração, alegando omissão do acórdão recorrido, sendo, à unanimidade, rejeitados (fl. 115)*

2.- *No caso em exame, a Agravada ajuizou ação de revisão contratual em face da Agravante. O pedido foi julgado procedente em primeira Instância considerando abusivo o reajuste de 583,57% aplicado pela ré.*

*Inconformada, a Agravante apelou sem êxito. Por fim, a recorrente interpôs Recurso Especial em que alega violação dos artigos 535 do Código de Processo Civil; 2º e 3º do CDC e 35-G da Lei 9.656/98.*

*O Acórdão da apelação foi assim ementado:*

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA-MÉDICA - REAJUSTE DA CONTRIBUIÇÃO MENSAL - PERCENTUAL EXORBITANTE - ALTERAÇÃO UNILATERAL - INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONTRATUAIS - ABUSIVIDADE.** *A variação unilateral de mensalidades, pela transferência dos valores de aumento de custos, enseja o enriquecimento sem causa da empresa prestadora de serviços de saúde, criando uma situação de desequilíbrio na relação contratual, ferindo a igualdade o princípio da igualdade entre partes. O reajuste da contribuição mensal do plano de saúde em percentual exorbitante e sem respaldo contratual, deixado ao arbítrio exclusivo da parte hipersuficiente, merece ser taxado de abusivo e ilegal.*

*É o breve relatório.*

*3.- A irrisignação não merece prosperar.*

*Observe-se, de início, que não se viabiliza o especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. É que, embora rejeitados os embargos de declaração, verifica-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.*

*A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.*

*4.- Com relação a incidência do CDC bem como aos aumentos abusivos nos contratos dessa natureza e demais artigos tidos por violados, esta Corte assim já decidiu:*

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO OBJETIVANDO COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EXECUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR.**

*I - Com a edição da Súmula 321 desta Corte, não resta mais dúvida de que "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes" (DJ 5.12.05, p. 410).*

*II - Cuida-se de contrato típico de adesão, em cujo âmbito a jurisprudência repele a eficácia da cláusula de eleição de foro, na medida em que, via de regra, incidiria sua aplicação em detrimento do consumidor, havido como hipossuficiente na relação estabelecida.*

*III - Legítima a opção do beneficiário do plano de previdência privada em litigar no foro do seu domicílio, objetivando complementação da aposentadoria, conforme lhe autoriza o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.*

*IV - Incide, na espécie, a regra geral prevista no art. 575, II, do CPC, no sentido de que a execução de título judicial deve ter seu curso perante o Juízo prolator da sentença.*

*V - Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo suscitante, qual seja, o da 12ª Vara Cível de Santos - SP*

*(CC 78.765/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2008, DJe 07/04/2008)*

**DIREITO ECONÔMICO. CONVERSÃO, PARA URV, DE MENSALIDADES DE PLANO DE SAÚDE.** *As distorções apuradas quanto a aumentos abusivos de preços deviam, sim, ser coibidas pelo Ministério da Fazenda nos termos do artigo 36, § 1º, da Lei nº 8.880, de 1994; sem prejuízo, todavia, da atividade do Judiciário, mediante provocação dos interessados, que é ineliminável sempre que se tratar de aplicação da lei. Recurso especial não conhecido.*

*(REsp 123.066/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2000, DJ 09/10/2000 p. 140)*

*Portanto, é inafastável, in casu, a incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte, aplicável, também, aos recursos especiais interpostos pela alínea "a" do permissivo constitucional, segundo iterativa jurisprudência deste Tribunal, in verbis:*

*"Agravo no agravo de instrumento. Súmula nº 83/STJ. (...). Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional. - Nega-se provimento a agravo de instrumento quando o acórdão tido por violado adotou tese idêntica ao posicionamento do STJ. Agravo no agravo de instrumento não provido." (AgRgAg n.º 653.123/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 18.4.2005)*

5.- *Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo de Instrumento.*

*Intimem-se.*

3.- Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 03.06.2005, pesquisa em 17.11.2009).

## 9. Responsabilidade pelo Fato ou Vício do Produto ou Serviço.

**RECURSO ESPECIAL Nº 967.623 - RJ (2007/0159609-6)**

**RELATORA : MINISTRA NACY ANDRIGHI**

**EMBARGANTE : LAND RIO VEÍCULOS LTDA.**

**ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DE BRITO E OUTROS**

**EMBARGANTE : FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.**

**ADVOGADO : FERNANDA MENDONÇA DOS SANTOS FIGUEIREDO E OUTROS**

**EMBARGADO : MARCO ANTONIO BARROS BOTELHO**

**ADVOGADO : JULIANO REBELO MARQUES E OUTRO**

### EMENTA

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL.

- *No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação.*

- *Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.*

- *O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos.*

- *A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal.*

- *A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não.*

- *Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia.*

Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministro Massami Uyeda e Paulo Furtado, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votaram vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). FERNANDA MENDONÇA S. FIGUEIREDO, pela parte RECORRIDA: FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

## RELATÓRIO

### A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por MARCO ANTÔNIO BARROS BOTELHO, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da CF, contra acórdão proferido pelo TJRJ.

**Ação:** de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelo recorrente em desfavor de LAND RIO VEÍCULOS LTDA. e FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., ora recorridas.

Alega o recorrente ter adquirido na loja da primeira recorrida, pelo valor histórico nominal de R\$46.511,55 (então equivalente a US\$39.416,56), um veículo utilitário Land Rover Defender 110, fabricado pela segunda recorrida, o qual desde logo apresentou pontos de corrosão na carroceria, os quais em pouco tempo se alastraram, atingindo “*dobradiças, suporte do estepe, laterais traseiras, painel, portas, assoalho e outras partes*” (fls. 04).

**Sentença:** julgou procedentes o pedido inicial, “*para condenar as rés à substituição do veículo adquirido pelo autor e indicado nos autos e ao pagamento da quantia de R\$6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por danos morais*” (fls. 432/446).

**Acórdão:** o Tribunal *a quo* deu provimento ao apelo das recorridas (fls. 458/471 e 501/525), nos termos do acórdão (fls. 550/553) assim ementado:

*“Direito do consumidor. Vício do produto. Art. 18 do CDC. Responsabilidade objetiva do fabricante e do revendedor. Art. 25 do CDC. Pedido de substituição de veículo land rover adquirido em 25/9/98, por outro zero quilômetro, além de danos morais, julgado procedente.*

*Alegação de decadência equivocadamente afastada.*

*Verificação de corrosão em alguns parafusos ainda na concessionária. Realização de reparos na empresa co-ré, em 2/8/99, tendo os pontos de ferrugem reaparecido poucos meses após. Verificação de outros pontos de ferrugem em 26/12/00. Notificação da concessionária em 4/4/01. Contra-notificação em 3/5/01, requerendo seu comparecimento em 8/5/01 para análise do problema. Ajuizamento de medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas em 9/5/02. Decadência que se declara com base no art. 26 do II do CDC. Provimento dos recursos”.*

**Embargos de declaração:** interpostos pela concessionária co-recorrida (fls. 555/557) e pelo recorrente (fls. 558/560), tendo o Tribunal *a quo* negado provimento a este e dado provimento ao primeiro, consignando que “*os honorários, na presente hipótese, deve ser entendidos como sendo de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos rés apelantes*”.

**Recurso especial:** alega o recorrente em suas razões (fls. 567/578) que o acórdão hostilizado ofendeu os arts. 12, 18, 26 e 27 do CDC e divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, na medida em que a lide versa acerca da reparação dos danos causados por fato do produto, frente ao qual é inaplicável o prazo decadencial de 90 (noventa) dias.

**Prévio juízo de admissibilidade:** após a apresentação de contra-razões (fls. 583/601 e 602/614), a Presidência do Tribunal *a quo* negou seguimento ao recurso especial (fls. 616/619), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual dei provimento para determinar a subida destes autos (fls. 628).

É o relatório.

## VOTO

### A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a definir a natureza da imperfeição verificada no veículo adquirido pelo recorrente – se fato ou vício do produto – e, a partir daí, o prazo a que se encontra sujeito o direito de reclamar – decadencial de 90 (noventa) dias, por se tratar de bem durável, ou prescricional de 05 (cinco) anos.

Antes, porém, há questão preliminar a ser apreciada.

#### I. Do conhecimento do especial com fulcro no art. 105, III, “c”, da CF

Aduz a montadora co-recorrida que: (i) além do recorrente não ter apresentado certidão nem cópia autenticada dos acórdãos erigidos a paradigma, tampouco citado o repositório autorizado de

jurisprudência, oficial ou credenciado, de onde teriam sido extraídos; (ii) não realizou a demonstração analítica da semelhança entre estes e a hipótese dos autos.

Entretanto, ao contrário do que afirma a co-recorrida, o recorrente aponta a fonte oficial de publicação dos julgados divergentes, inexistindo, nesse aspecto, qualquer ofensa aos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ.

Por outro lado, do exame das razões recursais, constata-se que o recorrente de fato se furtou em cotejar analiticamente a decisão recorrida e os acórdãos alçadas a paradigma de maneira a caracterizar o dissídio de forma clara e precisa, descumprindo os ditames dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, o que impede o conhecimento do especial com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional.

## **II. Do mérito**

Como visto, o mérito deste recurso repousa na determinação da natureza da imperfeição apresentada pelo automóvel comprado pelo recorrente e do respectivo prazo para exercício do direito de reclamar.

### **(i) Da natureza do defeito constatado no veículo**

No sistema do CDC a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços.

Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação.

Conforme anotam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, “*haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade*” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Arts. 1º ao 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 1ª Ed., 2003, p. 225).

Partindo da classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade ou servibilidade.

Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. Em outras palavras, a insegurança é um vício de qualidade ou, para manter a terminologia do CDC, um defeito, que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia.

Na espécie, segundo consta da petição inicial, “*logo após a aquisição do veículo zero, ainda na concessionária, o autor notou superficiais e isolados pontos de corrosão em alguns parafusos*” (fls. 03), sendo que, após os devidos reparos, “*a corrosão não só voltou como alastrou-se por vários pontos do veículo*” (fls. 04) e, após ter submetido o automóvel a perícia judicial, o expert “*constatou a existência de diversos pontos de corrosão e concluiu que a causa foi a existência de defeitos de fabricação*” (fls. 06).

Induvidoso, portanto, tratar-se de um **vício de inadequação**, na forma do art. 12 do CDC, na medida em que as imperfeições apresentadas pelo produto impediram que o recorrente dele se utilizasse da forma esperada, sem contudo colocar em risco sua segurança ou a de terceiros.

### **(ii) Do prazo para o exercício do direito de reclamar**

Em linha com a iniciativa de bipartição da responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço, o CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança.

Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. Já a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos.

A lei é clara, não deixando margem à dúvida, sendo corroborada por diversos precedentes desta Corte, entre os quais destaco os seguintes: REsp 442.368/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 14.02.2005; REsp 575.469/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 06.12.2004; e REsp 114.473/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.05.1997, este último, inclusive, trazido pelo próprio recorrente.

No particular, portanto, tendo ficado caracterizada a existência de um vício de inadequação do produto e sendo este de fácil percepção, constatado em produto de natureza durável, tinha o recorrente 90 (noventa) dias para reclamar, contados, em tese, a partir da entrega efetiva do bem, a teor do que dispõe o § 1º do art. 26 do CDC.

Diante disso, o Tribunal de origem entendeu ter o recorrente decaído do seu direito, tendo em vista que o veículo foi adquirido em 25.09.1998, oportunidade em que, *“ainda na concessionária, o autor notou superficiais e isolados pontos de corrosão em alguns parafusos”* (fls. 03), sendo que a primeira reclamação somente foi formalizada em 02.08.1999, portanto mais de 10 (dez) meses depois, quando o automóvel foi levado à concessionária co-recorrida.

Contudo, há na espécie uma peculiaridade não atentada pelo TJ/RJ, que influencia diretamente no deslinde da controvérsia, consistente no fato de que, consoante admite a própria co-recorrida LAND RIO VEÍCULOS LTDA. às fls. 10 de suas contra-razões ao recurso especial (fls. 611), **o veículo possuía garantia de 01 (um) ano** dada pela montadora co-recorrida.

Trata-se da denominada garantia contratual, a qual, nos termos do art. 50 do CDC, *“é complementar à legal”*. A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal.

Em tal hipótese, no entanto, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto ao sentido dado à expressão “complementar” utilizada pelo legislador, isto é, se, havendo a dilação do prazo da garantia legal, deve este ser incluído ou somado ao prazo da garantia contratual.

Em verdade, a confusão decorre do fato da lei não ter fixado expressamente um prazo de garantia legal. O art. 24 do CDC limita-se a dispor que *“a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”*.

Como se vê, a garantia legal é de adequação e segurança, mas sem prazo. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. Em suma, não se deve confundir garantia de adequação e segurança com prazo de reclamação.

Ocorre que, diferentemente do que acontece com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a Lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual.

Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, inclusive para preservar a coerência com a estrutura de proteção idealizada pelo legislador.

Incidindo sobre a garantia contratual os mesmos prazos de reclamação da garantia legal, mantém-se inalterado o fiel da balança que pondera os direitos e obrigações entre fornecedores e consumidores, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia. Ademais, evita-se, de um lado, o tolhimento do direito de reclamação e, de outro, a criação de direito objetivo de poder reclamar a qualquer tempo pela garantia contratual.

Note-se que, ao contrário do que sustenta parte da doutrina e da jurisprudência, não se trata de somar o prazo legal ao contratual. Ainda que se possa atingir, conforme a hipótese, o mesmo resultado prático, tal solução implicaria em diferir o início da contagem do prazo decadencial do art. 26, § 1º, do CDC, para depois do encerramento da garantia contratual, circunstância que não encontra nenhum subsídio ou respaldo legal.

No particular, resta incontroverso que a montadora co-recorrida confere ao veículo em questão uma garantia de 01 (um) ano. Portanto, tendo o utilitário sido adquirido em 25.09.1998, esta garantia vigeu até 25.09.1999. Sendo assim, pelo raciocínio supra, qualquer vício de adequação constatado nesse período poderia ser reclamado pelo recorrente até 24.12.1999.

Ora, segundo consta do próprio acórdão vergastado, *“em 02/08/99 fez [o recorrente] reclamação à concessionária, à vista do processo de corrosão verificado na parte interna e externa da carroceria”* (fls. 552). Logo, o direito de reclamar foi exercido dentro do prazo. Aliás, o recorrente sequer extrapolou o prazo da garantia contratual, pois se insurgiu menos de 11 (onze) meses após a aquisição do veículo.

Seja como for, de lá para cá, nenhuma das recorridas resolveu o problema de maneira satisfatória, culminando no ajuizamento da medida cautelar de produção antecipada de provas, no bojo da qual foram confirmadas as alegações do recorrente.

Assim, ao entender pela decadência do direito de reclamar do recorrente, o Tribunal de origem, ignorando a existência de garantia contratual, violou o art. 26 do CDC, na sua interpretação conjugada com o art. 50 do mesmo diploma legal.

Vencida a base jurídica do acórdão recorrido, bem como considerando que o presente processo já tramita há mais de dez anos, cabe ao STJ aplicar o direito à espécie, com fundamento no art. 257 do RISTJ e na Súmula nº 456 do STF, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional que seria aplicável, tão-somente, a uma eventual Corte de Cassação.

Nesse aspecto, verifico que a decisão de 1º grau de jurisdição merece ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Forte em tais razões, CONHEÇO do recurso especial e lhe DOU PROVIMENTO, para restabelecer a sentença de fls. 432/446.

## **VOTO-VENCIDO**

### **O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:**

1.- O recorrente moveu, distribuindo-a no dia 26.8.2003 (fls. 2), ação de indenização "por danos materiais e moral", com fundamento no art. 18 do Cód. de Defesa do Consumidor (cf. inicial, fls. 8 e 9), ação de indenização contra a concessionária vendedora e a fabricante de um veículo *Land Rover Defender*, que adquiriu no dia 25.9.1998, veículo que veio a apresentar problemas de corrosão, notados em alguns parafusos ainda na concessionária vendedora. Realizaram-se reparos na mesma concessionária, mas, acentuando-se e propagando-se a corrosão, o recorrente notificou a vendedora no dia 2.5.2000 (fls. 120) e promoveu produção antecipada de prova (Laudo do Perito Judicial, 12.4.2003, fls. 43), pedindo a substituição do veículo por outro veículo "zero quilômetro" ou "subsidiariamente", a "condenação das rés à restituição do valor pago, com a devida correção e acréscimo dos juros legais" bem como a indenização "por danos morais", além das verbas decorrentes da sucumbência (fls. 15).

O Juízo de 1º Grau deferiu inicialmente a antecipação da tutela, por decisão que, contudo, foi reformada por Acórdão proferido em Agr. Instr. 2004.002.0751 e 204.002.07503, Rel. Des. ANTONIO SALDANHA PINHEIRO (fls. 338-349).

A ação foi julgada procedente, por sentença proferida pela Juíza MARIA ISABEL P. GONÇALVES (30.11.2005, fls. 432-446), mas, por Acórdão de que Relatora a Desª LEILA MARIANO, foi dado provimento a apelação, acolhida "a prejudicial de decadência, extinguindo-se o processo na forma do art. 269, IV, do CPC", com inversão dos ônus sucumbenciais e fixados honorários advocatícios em R\$ 5.000,00, na forma do art. 20, par. 4o., do CPC (Acórdão de 26.8.2006, fls. 550-553).

2 - O Recurso Especial fundamentou-se no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal.

É o relatório.

3.- A tese de que o prazo decadencial deve iniciar-se a partir do término do prazo da garantia contratual é absolutamente correta e nesse ponto meu voto acompanhou integralmente o entendimento da D. Maioria.

Mas, a meu ver, essa tese não podia ser julgada neste caso, porque as partes não a trouxeram ao processo e, portanto, não houve, sobre ela, devido processo legal e contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV).

Além disso, se a tese da somatória dos prazos de garantia contratual e decadencial pudesse ser julgada e proclamada nestes autos, não se poderia julgar, desde já, a matéria de fundo, inclusive o debate fático subjacente sobre os defeitos e a demora de acionar, e eventual uso do veículo no período, para se chegar à procedência mediante o simples restabelecimento da sentença, sem ofensa ao devido processo legal e ao contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), porque o Acórdão *sub judice* neste Recurso Especial, não havia entrado no julgamento da matéria de fundo, mas apenas acolhido "a prejudicial de decadência, extinguindo-se o processo na forma do art. 269, IV, do CPC", de forma que, à proclamação da tese de soma das garantias, o processo deveria ter sido anulado, para novo julgamento pelo Tribunal de origem.

Por isso, repita-se, neste caso, meu voto deixava de examinar a tese de somatória dos prazos contratual e de acionamento, conquanto dela não divergisse; e por isso, nestes autos, meu voto negava provimento ao Recurso Especial do autor -- atento a que o julgamento, *data venia*, não podia desbordar daquilo que lhe fora devolvido pelo recurso e pelo debate contraditório das partes.

4.- Na análise das matérias efetivamente submetidas, tem-se quanto ao fundamento na alínea "a" do art. 105 da Constituição Federal, sem sucesso o Recurso Especial.

A questão é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, como se vê do tratamento, absolutamente adequado, dado ao tema pelo voto da E. Relatora e como se depreende da petição inicial.

Com efeito, a petição inicial centrou a matéria em exame no Código de Defesa do Consumidor, ao narrar os fatos de acordo com os sua regência ao referir-se, por duas vezes, ao art. 18 desse Código. Não se referiu nenhuma vez ao Código Civil (de 1916) como fundamento legal da pretensão. Nem veio, a inicial, redigida de modo a dirigir o foco da pretensão a causa de pedir extraída do Código Civil, conquanto nela, além da referência central aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, tenha havido, também, referência, "em passant", a dispositivo do Código Civil de 1916, dispositivo, entretanto, lançado suplementar secundariamente, introduzindo referência de mero acabamento da frase, claramente genérica e, por isso, cedendo diante da especificidade da invocação central do Código de Defesa do Consumidor.

Atente-se a que essa referência genérica ao art. 159 do Código Civil veio após a localização da causa no sistema do Código de Defesa do Consumidor mediante a invocação dos seus arts. 6º, VI, 14 e ss. (fls. 2), seguindo-se explicitação da inserção no sistema deste, mediante a alusão expressa, uma vez, ao seu art. 12, e, por duas vezes, ao seu art. 18, salientando-se que o primeiro dispositivo foi introduzido na peça inicial sob o destacado título de "3- Fundamento para a responsabilidade objetiva: Código de Defesa do Consumidor" e invocação da responsabilidade objetiva (fls. 7), e que o segundo dispositivo foi apontado como fundamento a "5- Direito a um novo veículo" (fls. 9), constante, ainda, da citação jurisprudencial transcrita (fls. 9).

5.- Ademais, o julgamento da questão de fundo lidava com matéria fática, que ainda não havia sido enfocada pelo Tribunal de origem, de maneira que irrecusável a surpresa para as partes, especialmente para a parte vencida, ante o julgamento de tese cujo conhecimento não havia sido devolvido e de situação fática que não havia sido objeto de pronunciamento judicial no Acórdão.

6.- E, quanto às questões propriamente devolvidas a julgamento pelo Recurso Especial, *data venia*, não havia como julgar a controvérsia fora dos limites do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, lembrando-se que a opção por ele, consciente e documentadamente realizada, certamente terá sido objeto de análise e preferência do autor – dadas as vantagens processuais decorrentes do enquadramento no microsistema de defesa do consumidor, especialmente, realcem-se, a inversão do ônus da prova e a supressão de análise à conta de responsabilidade subjetiva, pontos que normalmente pesam, e muito, em prol do consumidor.

A consciência da opção, no caso, fortalecia-se ante a qualidade do autor, pois não é, o autor, ora Recorrente, pessoa de instrução deficiente e jejuna nas coisas jurídicas, tanto que de vivência no meio judiciário, na qualidade de Oficial de Justiça, e adquirente de veículo cujo custo evidenciava tratar-se de pessoa de bom nível econômico-social.

A localização da matéria no Código de Defesa do Consumidor definitivizou-se, além disso, com a exposição pelo recorrente, no Recurso Especial, de que o Acórdão recorrido teria ofendido artigos do Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 12, 18 e 27), e não possíveis dispositivos do Código Civil (fls. 567-578).

7.- No sistema do Código de Defesa do Consumidor é que deveria, pois, ser vista a tese relativa à prescrição.

Não há dúvida, e nesse sentido também é o voto da E. Ministra Relatora, de que se trata de pretensão fundada em existência de vício de inadequação de produto de natureza durável, de fácil percepção, de maneira que o prazo para reclamar era de 90 (noventa) dias, nos termos do art. 26, par. único, do Código de Defesa do Consumidor.

Não houve alegação, na inicial e no Recurso Especial, de que esse prazo de 90 dias devesse ser contado a partir do término do prazo de garantia, que era de um ano. Daí se segue que não havia como analisar, nestes autos, repita-se, a tese de que o prazo decadencial de 90 dias começaria a correr do término do prazo de um ano, de garantia.

Nem houve, nos autos, exposição de tese menor, que desviasse o foco da questão de vício do produto para a deficiente prestação do serviço de conserto dos defeitos trazidos pelo veículo, de maneira que também essa matéria não pode ser, agora, apreciada.

O desvio do foco da questão para as duas últimas teses (a de soma do prazo de garantia ao prazo de decadência e a de vício do serviço, de que se extraísse a contagem do prazo decadencial apenas a partir da

última tentativa de correção dos defeitos – matéria questionável na prova, pois houve, no caso, reparos realizados por oficina não autorizada) encontraria vedação na Súmula STJ 182.

Circunscrita a matéria ao Código de Defesa do Consumidor, não houve, ademais, demonstração de violação dos dispositivos legais invocados (CDC, arts. 12 e 27, e CPC, arts. 535 e 131), incidindo, portanto, a Súmula STJ 284.

8.- Quanto à fundamentação na alínea “c”, o simples cotejo dos Acórdãos citados pelo recorrente leva à concluir que não foi julgada a mesma tese destes autos em sentido diverso.

A alegação, aliás, nem mesmo foi amparada pelo voto da E. Ministra Relatora, à evidência do descabimento.

9.- Pelo exposto, pelo meu voto, em que pese concordar em tese com a soma dos prazos de garantia e para o acionamento, não a aplicava ao caso em espécie, por não trazida pelas partes na devolução recursal, e, se superado esse óbice, não julgava de plano a matéria de fundo, e, ainda, não ultrapassava a matéria preliminar, de modo que, com imenso respeito pelo entendimento da D. Maioria, nego provimento ao Recurso Especial.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 967.623 - RJ (2007/0159609-6)**

### **VOTO-VISTA**

#### **EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:**

1. Os autos dão conta de que Marco Antonio Barros Botelho ajuizou, em 26 de agosto de 2003, ação de indenização por danos materiais e morais contra Land Rio Veículos Ltda. e Ford Motor Company Brasil Ltda., precedida de produção antecipada de provas, alegando que, em 25 de setembro de 1998, adquiriu um veículo zero quilômetro da marca Land Rover Defender 110. Ainda na sede da concessionária, notou pontos de corrosão superficiais e isolados em alguns parafusos, que foram imediatamente reparados mediante pintura, mas transcorridos poucos meses após a execução dos serviços, novos pontos de ferrugem apareceram, alastrando-se por várias partes, tais como, dobradiças, suporte do estepe, laterais traseiras, painel, portas e assoalho. Notificou extrajudicialmente a concessionária para a reparação do problema, sem que qualquer providência tivesse sido tomada. Propôs, por isso, esta ação, requerendo a substituição do veículo por outro de igual modelo, zero quilômetro, ou a restituição do valor pago devidamente corrigido, e, ainda, a condenação por danos morais e despesas com a produção antecipada de provas (fl. 02/16).

A MM. Juíza de Direito Dra. Maria Isabel P. Gonçalves julgou procedente o pedido, condenando as Rés "*à substituição do veículo adquirido pelo autor e indicado nos autos e ao pagamento da quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por danos morais, devidamente atualizado a contar da sentença e acrescido de juros legais a contar da citação*" (fl. 446).

O tribunal *a quo*, relatora a Desembargadora Leila Mariano, reconhecendo o decurso do prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, extinguiu o processo com julgamento do mérito (fl. 550/553).

As razões do recurso especial dizem violados os arts. 12 e 27 do Código de Defesa do Consumidor, arrolando precedentes que caracterizariam a divergência jurisprudencial (fl. 567/578).

A relatora, Ministra Nancy Andrigli, entendeu que, embora seja aplicável à espécie o prazo do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, o seu decurso só começa a correr após o término do prazo da garantia contratual de um ano e, antes disso, o consumidor exerceu o direito de reclamação. Votou, assim, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para o prosseguimento do julgamento.

Já o Ministro Sidnei Beneti divergiu da Relatora porque "*não houve alegação, na inicial e no recurso especial, de que esse prazo de 90 dias devesse ser contado a partir do término do prazo de garantia, que era de um ano*".

2. "*O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação*" - está dito no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor - "*caduca em (...) II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis*".

O pressuposto da incidência da norma é, portanto, o de que os vícios sejam aparentes ou de fácil constatação.

Na espécie havia vícios aparentes e foram constatados, nada importando que tenham sido reparados, porque defeitos da mesma natureza se manifestaram posteriormente e foram acusados pelo consumidor, em diversas oportunidades (fl. 437).

Por esses fundamentos, acompanho na conclusão o voto da eminente Relatora.

#### **VOTO-VOGAL**

##### **EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Dou provimento ao recurso especial e mantenho a sentença.

#### **VOTO-VOGAL**

##### **EXMO. SR. MINISTRO PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA):**

Sr. Presidente, também não vejo, **data venia**, como analisar o prazo decadencial sem considerar a data da aquisição do veículo, a data de expiração da garantia legal contratual. Ainda que o acórdão não tenha versado sobre isso, não tenho como examinar o problema da decadência sem examinar essas circunstâncias. Tenho de considerar, para efeito de fixar o **dies a quo** desse prazo. E, no caso específico, o veículo foi adquirido no dia 25 de setembro de 1998. A garantia vigorou, portanto, até 24 de dezembro de 1999. Qualquer vício de adequação constatado nesse período poderia, portanto – isso é matemático – ser reclamado pelo recorrente até 24 de setembro de 1999. Quero dizer a V. Exa. que ele reclamou não só dentro do prazo; insurgiu-se menos de onze meses após a aquisição do veículo.

Portanto, considerado isso, a reclamação poderia ser exercida até 24 de dezembro de 1999. E, segundo o próprio acórdão, em 2 de agosto de 1999 fez o recorrente reclamação à concessionária; logo, exerceu o direito dentro do prazo.

E irei mais adiante – aliás, a Sra. Ministra Nancy Andriighi ressalta no voto:

"O recorrente sequer extrapolou o prazo da garantia contratual, pois se insurgiu menos de onze meses após a aquisição do veículo."

**Data venia** do entendimento de V. Exa., não vejo como deixar de afastar essa decadência reconhecida pelo Tribunal de origem.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 16.10.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 10. Sistema Financeiro da Habitação.

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.014.562 - RJ (2007/0298716-3)**

**RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN**

**AGRAVANTE: JOCEANE MARIA DE JESUS NUNES DA SILVA**

**ADVOGADO : ELIEL SANTOS JACINTHO E OUTRO(S)**

**AGRAVADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF**

**ADVOGADO : MARCELO VASCONCELLOS ROALE ANTUNES E OUTRO(S)**

### EMENTA

CONSUMIDOR. REVISÃO CONTRATUAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE VALORES PAGOS A MAIOR. PENALIDADE PREVISTA NO ART. 42 DO CDC. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem procedeu à revisão das prestações e do saldo devedor de contrato de financiamento imobiliário regido pelo Plano de Equivalência Salarial do SFH e determinou o abatimento do valor pago a maior nas parcelas vincendas.
2. A recorrente se insurge contra a negativa da restituição em dobro do montante indevidamente cobrado, ao argumento de que tal medida independe da existência de má-fé ou de culpa da parte contrária.
3. A ressalva quanto ao erro justificável, constante do art. 42, parágrafo único, do CDC, afasta a aplicação da penalidade nele prevista de forma objetiva, dependendo, ao menos, da existência de culpa. Precedentes do STJ.
4. Agravo Regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2008(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):** Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 335):

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CDC. APLICABILIDADE. PÉS/CP. COMPROMETIMENTO DE RENDA. OBSERVÂNCIA O PACTUADO. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO. INPC. NULIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL MUTUÁRIA. DISCUSSÃO DO DÉBITO PELA VIA JUDICIAL.

- Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar o procedimento extrajudicial sem a notificação pessoal da mutuária.
- Aos contratos de mútuo habitacional, aplica-se o CDC, sendo possível a revisão, e consequente nulidade, das cláusulas consideradas abusivas.
- É inaplicável a TR como índice de correção do saldo devedor, devendo ser utilizado o INPC, visto que reflete melhor o poder aquisitivo da moeda
- Ainda que se entenda pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, o procedimento executório há de ser anulado, seja em razão da verificação de um vício insanável, qual seja a falta de notificação pessoal da devedora, seja porque a parte insurge-se contra valores indevidamente cobrados.
- Recurso da Caixa Econômica Federal improvido.
- Recurso de Joceane Maria de Jesus Nunes da Silva provido.

A agravante insiste em que houve violação dos arts. 14 e 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, por ter sido negada a restituição em dobro dos valores pagos a maior. Argumenta que a demonstração de má-fé da recorrida é irrelevante, porque a sua responsabilidade é objetiva (fls. 446-447).

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):** O Tribunal de origem determinou o recálculo das parcelas do contrato de financiamento firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, para que seja observada a proporção prestação/tenda.

A questão posta no Recurso Especial cinge-se à negativa de restituição em dobro dos valores pagos a maior. No tocante a esse ponto, o acórdão recorrido possui o seguinte fundamento (fl. 330):

Quanto à devolução em dobro dos valores pagos indevidamente, tem-se que a mesma é devida, consoante o disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, faz-se imprescindível a demonstração de má-fé por parte daquele que efetuou a cobrança de forma indevida, o que não restou configurado no presente caso, razão pela qual não há de ser acolhida tal pretensão.

Insurgindo-se contra tal entendimento, a recorrente alega violação dos arts. 14 e 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, ao argumento de que "a responsabilidade do fornecedor de serviço deve ser apurada de forma objetiva (...), i.e., independentemente da existência de culpa, o que torna irrelevante a demonstração de má-fé por parte da CEF" (fl. 349).

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor carece de prequestionamento, porquanto o acórdão recorrido não aborda a responsabilidade de fornecedores de serviço por danos causados aos consumidores, questão, aliás, estranha à que se discute nos autos. Incidência, nesse particular, da Súmula 282/STF.

A *quaestio iuris* limita-se à restituição em dobro prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Registro que a recorrente não discute qual o elemento subjetivo hábil a ensejar a restituição em dobro do valor pago a maior, nem mesmo o ônus da prova. **A sua tese é de que a aplicação da penalidade em comento independe da existência de má-fé ou de culpa.**

A ressalva ao final do mencionado dispositivo afasta, de forma cabal, a sua pretensão. De acordo com a norma, se a cobrança de valor maior decorrer de engano justificável, descabe a repetição em dobro. *A contrario sensu*, a aplicação da referida penalidade não pode ser feita de forma objetiva.

Conforme tive oportunidade de consignar, em trabalho doutrinário, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição tratada no dispositivo em comento. Nessa esteira, consignei que "o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 408).

Há precedentes do STJ no sentido de que a aplicação da referida penalidade depende, ao menos, de culpa por parte daquele que fez a cobrança indevida. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. TAXA DE ESGOTO. TARIFA COBRADA INDEVIDAMENTE. INEXISTÊNCIA DE REDE COLETORA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. PRECEDENTES.

1. A norma do parágrafo único do art. 42 do CDC tem o nítido objetivo de conferir à devolução em dobro função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor.

2. Constatada, por perícia, a inexistência de rede de esgotamento sanitário, a repetição em dobro dos pagamentos efetuados a título de tarifa de esgoto é medida que se impõe.

3. Nem a cobrança indevida resultou de fato alheio à esfera de controle do fornecedor nem se verifica boa-fé quando, a despeito da constatação do expert, a empresa insiste em defender a cobrança, sem prejuízo de não haver-se desincumbido do ônus de comprovar a inexistência de má-fé ou de culpa.

4. Precedentes: REsp 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 09.04.01, REsp 650.791/RJ, DJU de 20.04.06, AgRg no Ag 507.312/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e Ag 777.344/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 16.02.07.

5. Recurso especial provido.

(REsp 817.733/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 25/05/2007 p. 393)

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.078/90. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE NATUREZA CONDENATÓRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, DO CPC.

I - O Tribunal a quo afastou a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, que determina a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente nas relações de consumo, pela ausência de dolo (má-fé) do fornecedor. Entretanto, basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor.

(...)

(REsp 1085947/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TR. PAGAMENTOS MENSAIS PARCIAIS. IMPUTAÇÃO AOS JUROS E AO PRINCIPAL. TAXA DE JUROS. LIMITES. PAGAMENTOS EFETUADOS A MAIOR. COMPENSAÇÃO COM PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS DO FINANCIAMENTO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS (CDC, ART. 42). IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA DA CEF. MATÉRIA CONTROVERTIDA.

(...)

9. O art. 42 do CDC não se aplica à hipótese dos autos, porque, como se depreende da ressalva posta na parte final do seu parágrafo único, a imposição da penalidade de restituição em dobro depende da existência, pelo menos, de culpa por parte daquele que exige valores indevidos. Ora, não se pode considerar culposa a conduta da Caixa na aplicação de normas em torno das quais se estabeleceu intensa controvérsia jurisprudencial, como é o caso daquelas disciplinadoras dos contratos firmados no âmbito do SFH.

(...)

(REsp 710.183/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006 p. 254)

Concluo, portanto, que as razões da recorrente não evidenciam violação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**

(fonte: STJ, www.stj.jus.br, jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 24.03.2009, pesquisa em 17.11.2009).

## 11. Associação de Defesa do Consumidor.

**RECURSO ESPECIAL Nº 991.154 - RS (2007/0224993-8)**

**RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON**

**RECORRENTE : ANADEC – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR**

**ADVOGADO : RONNI FRATTI E OUTRO(S)**

**RECORRIDO : GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA GVT**

**ADVOGADO : MÁRCIA ZOGBI VITÓRIA E OUTRO(S)**

### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - LEGITIMIDADE ATIVA - DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as associações estabelecidas de acordo com o art. 82, IV, do CDC, possuem legitimidade ativa para propor ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, sem necessidade de autorização dos associados. Precedentes.

2. Recurso especial provido, para afastar a ilegitimidade ativa e determinar o prosseguimento da ação na instância de origem.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 18 de novembro de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:** – Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 125):

PROCESSO COLETIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Carece de legitimidade a associação que propõe ação civil pública para proteger direitos individuais homogêneos e não junta com a petição inicial a relação nominal dos associados a serem abrangidos pela medida buscada.

Desproveram o apelo. Unânime.

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados (fl. 160).

Irresignada, aponta a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 81, III, e 82, IV, do CDC, sustentando, em síntese, que é parte legítima para a defesa de direitos individuais homogêneos, sendo desnecessária a apresentação de rol de associados para o ajuizamento de ação coletiva em defesa dos consumidores.

Afirma, ainda, que o Tribunal *a quo* a enquadrou em lei que a ela não se aplica, uma vez que o art. 81, III, do CDC, não estabelece regras sobre a necessidade de apresentação de "listagem de associados" para legitimar uma ação cujo escopo seja a defesa de interesses e direitos dos consumidores, a título coletivo, e o art. 82 menciona como legitimados concorrentes para aforamento de ações deste tipo *as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, DISPENSADA A AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR.*

Com as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

### VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora):** – Prequestionada a questão em torno dos dispositivos legais invocados pela recorrente e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, examino o mérito do recurso especial.

Esta Corte firmou entendimento de que as associações estabelecidas de acordo com o preceituado no art. 82, IV, do CDC, são dotadas de legitimidade ativa para propor ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, sem necessidade de autorização dos associados.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. IDENTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS. DESNECESSIDADE. DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE.

- A ação coletiva é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes.

**- Independentemente de autorização especial ou da apresentação de relação nominal de associados, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, gozam de legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva.**

- É regular a devolução do prazo quando, cessado o impedimento, a parte prejudicada demonstra a existência de justa causa no quinquídio e, no prazo legal, interpõe o Recurso. Na ausência de fixação judicial sobre a restituição do prazo, é aplicável o disposto no art. 185 do CPC.

- A prerrogativa assegurada ao Ministério Público de ter vista dos autos exige que lhe seja assegurada a possibilidade de compulsar o feito durante o prazo que a lei lhe concede, para que possa, assim, exercer o contraditório, a ampla defesa, seu papel de 'custos legis' e, em última análise, a própria pretensão recursal. A remessa dos autos à primeira instância, durante o prazo assegurado ao MP para a interposição do Especial, frustra tal prerrogativa e, nesse sentido, deve ser considerada justa causa para a devolução do prazo.

Recurso Especial Provido.

(REsp 805.277/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 08/10/2008)

AÇÃO COLETIVA PARA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - ASSOCIAÇÕES - LEGITIMIDADE ATIVA.

- As associações instituídas na forma do Art. 82, IV, do CDC, estão legitimadas para propositura de ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos (CDC, Art. 81, III). Para tanto não necessitam de autorização dos associados.

- A autorização de associados só é necessária nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações (Art. 2º-A, parágrafo único, da Lei 9.494/97).

(REsp 879773/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2008, DJe 13/05/2008)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Ação coletiva. Legitimidade.

1. Nos termos do art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, as associações devidamente constituídas possuem legitimidade ativa para defender os interesses de seus associados, estando ínsita a autorização para tanto.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 541334/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 03/05/2004 p. 155)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 226803/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 18/11/2002 p. 210)

Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. Associações. Legitimidade.

As associações a que se refere o artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor têm legitimidade para pleitear em juízo em favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, ainda que não sejam seus associados.

(REsp 157713RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2000, DJ 21/08/2000 p. 117)

Ação coletiva. Mensalidades escolares. Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 55094. Legitimidade ativa das associações de pais de alunos.

1. O fato de ter sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivo da Medida Provisória nº 55094, não acarreta qualquer óbice para que a associação de pais de alunos possa ingressar em Juízo com o objetivo de defender seus associados com relação ao pagamento de mensalidades escolares.

2. Nos termos do art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, as associações devidamente constituídas possuem legitimidade ativa para defender os interesses de seus associados, estando ínsita a autorização para tanto.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 132906MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2003, DJ 25/08/2003 p. 295)

Com essas considerações, **dou provimento ao recurso especial**, para afastar a ilegitimidade ativa da recorrente e determinar o prosseguimento da ação na instância de origem.

É o voto.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 15.12.2008, pesquisa em 17.11.2009).

## 12. Telefonia.

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.013.934 - MG (2007/0289338-7)**

**RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA**

**AGRAVANTE: ROGERIO CICCARI**

**ADVOGADO : ABEYLARD VIEIRA E OUTRO(S)**

**AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A**

**ADVOGADO : BRENO CALDEIRA RODRIGUES E OUTRO(S)**

### EMENTA

ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. DETALHAMENTO DOS PULSOS ALÉM DA FRANQUIA.

1. A observância do cronograma de aperfeiçoamento do sistema de "bilhetamento" das chamadas com prazo inicial previsto para 1º de agosto de 2007, consoante a Resolução nº 432/06, não caracteriza o descumprimento das normas da Anatel.
2. *A mens legis*, ao determinar a data inicial, teve em mira proporcionar às concessionárias um período para se adaptarem às novas regras.
3. Não obstante seja direito básico do consumidor a informação clara e adequada acerca dos serviços prestados, não restava outra opção às empresas de telefonia senão conformarem-se às determinações emanadas pela Anatel e às cláusulas de seu contrato de concessão, deixando de realizar o "bilhetamento" das chamadas e inserindo nas contas dos usuários os valores referentes aos pulsos que excederem a franquia. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção.
4. Agravo regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão assim ementada:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. DETALHAMENTO DOS PULSOS ALÉM DA FRANQUIA.

1. A observância do cronograma de aperfeiçoamento do sistema de 'bilhetamento' das chamadas com prazo inicial previsto para 1º de agosto de 2007, consoante a Resolução nº 432/06, não caracteriza o descumprimento das normas da Anatel.
2. *A mens legis*, ao determinar a data inicial, teve em mira proporcionar às concessionárias um período para se adaptarem às novas regras.
3. Não obstante seja direito básico do consumidor a informação clara e adequada acerca dos serviços prestados, não restava outra opção às empresas de telefonia senão conformar-se às determinações emanadas pela Anatel e às cláusulas de seu contrato de concessão, deixando de realizar o 'bilhetamento' das chamadas e inserindo nas contas dos usuários os valores referentes aos pulsos que excederem a franquia. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção.
4. Recurso especial não provido" (fl. 732).

O agravante defende que, "ao não atuar com transparência, deixando de produzir informações claras, detalhadas e precisas sobre a prestação de seus serviços, a Agravada não está atuando de acordo com os mais basilares preceitos consumeristas, deixando de prestar um serviço público adequado" (fl. 742).

É o relatório.

### EMENTA

#### ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. DETALHAMENTO DOS PULSOS ALÉM DA FRANQUIA.

1. A observância do cronograma de aperfeiçoamento do sistema de "bilhetamento" das chamadas com prazo inicial previsto para 1º de agosto de 2007, consoante a Resolução nº 432/06, não caracteriza o descumprimento das normas da Anatel.
2. *A mens legis*, ao determinar a data inicial, teve em mira proporcionar às concessionárias um período para se adaptarem às novas regras.
3. Não obstante seja direito básico do consumidor a informação clara e adequada acerca dos serviços prestados, não restava outra opção às empresas de telefonia senão conformarem-se às determinações emanadas pela Anatel e às cláusulas de seu contrato de concessão, deixando de realizar o "bilhetamento" das chamadas e inserindo nas contas dos usuários os valores referentes aos pulsos que excederem a franquia. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção.
4. Agravo regimental não provido.

#### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** Inexistem razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal, motivo pelo qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, abaixo transcritos:

"O Decreto nº 4.733/03, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações, estabeleceu em seu artigo 7º a obrigatoriedade da discriminação a partir de 01.01.06 dos pulsos excedentes além da franquia relativa às chamadas locais e de longa distância nacional e internacional:

*'Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:*

.....  
*X- a fatura das chamadas locais deverá, com ônus e a pedido do assinante, ser detalhada quanto ao número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada;*

*XI - a fatura das chamadas de longa distância nacional e internacional deverá, sem ônus para o assinante, informar o número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada'.*

Com arrimo na competência estatuída pela Lei nº 9.472/97 para regular o regime tarifário em cada modalidade de prestação de serviço de telecomunicações, a Anatel editou sucessivamente as Resoluções nºs 341/03, 423/05, 426/05.

Em atenção ao disposto no Decreto nº 4.733/03, estas Resoluções amparam o novo sistema de tarifação, que impôs o 'bilhetamento' das chamadas – processo de registro dos atributos que caracterizam uma chamada telefônica, tais como o código de acesso dos assinantes de origem e destino, data, horário de início e duração – somente a partir de 1º de agosto de 2006, ou seja, posteriormente ao período no qual foram recolhidos os valores que se pretende repetir na presente ação.

Em 23 de fevereiro de 2006, a Anatel editou a Resolução nº 432, que adiou 'pelo prazo de doze meses, as datas constantes do item 8 da Norma para Alteração da Tarifação do Plano Básico do Serviço Telefônico Fixo Comutado na Modalidade Local Prestado em Regime Público, aprovada pela Resolução 423 de 6 de dezembro de 2005' – art. 1º.

Ou seja, o prazo para que as prestadoras de serviços 'bilhetassem' as chamadas passou de 1º de agosto de 2006 para 1º de agosto de 2007. Vedou-se, ainda, a 'implementação das tarifação por minuto, nos Planos Básicos das concessionárias do STFC na modalidade local, em data anterior a 1º de março de 2007' – art. 2º.

Como se denota da exegese das normas ora transcritas, a discriminação pormenorizada das chamadas apenas passou a ser possível a partir de 1º de agosto de 2007, uma vez que as concessionárias encontravam-se impedidas de alterar a tarifação de pulso para minuto até a data de 1º de março de 2007.

Ademais, malgrado existir relação de consumo entre as concessionárias de serviços públicos e seus respectivos usuários, nos termos do artigo 22 da legislação consumerista, não se pode ignorar que a demanda encontra-se submetida às regras de direito administrativo e regulamentações estipuladas pela Agência Nacional de Telecomunicações que se aplicam à concessão de serviços públicos.

Outrossim, o detalhamento da conta, antes do prazo estipulado pela Agência reguladora, além de violar a orientação constante em suas Resoluções, geraria custas adicionais à recorrente não previstos no contrato de concessão firmado com a União, causando desequilíbrio na equação econômico-financeira da avença.

Por fim, o artigo 7º do Código do Consumidor deve ser interpretado no sentido de que as normas desse *Codex* não excluem as provenientes de regulamentos específicos expedidos pela Anatel, nos exatos termos do que dispõe o artigo 1º do Decreto nº 3.896/01, segundo o qual os serviços de telecomunicações, independentemente do regime jurídico ou interesse abrangido na relação, orientam-se exclusivamente pelas normas editadas pela referida Agência.

Este posicionamento foi consolidado no âmbito da Primeira Turma desta Corte, a exemplo dos seguintes precedentes: REsp 974.258/RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 10.12.07; REsp 969.600/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 22.11.07; REsp 925523/MG, Min. José Delgado, DJ de 30.08.2007.

Em momento mais recente, na assentada do dia 11.12.07, a Segunda Turma também veio a adotar entendimento semelhante, como evidenciam o AgREsp 928.752/MG, Relator o Ministro Humberto Martins, e o REsp 976.568/MG, Relatora a Ministra Eliana Calmon, acórdãos pendentes de publicação" (fls. 733-735).

Nada havendo a acrescentar, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

### VOTO-VENCIDO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:** Sr. Presidente, peço vênha para divergir do entendimento adotado pela Turma.

Sobre os temas da assinatura básica mensal e da necessidade de detalhamento dos pulsos "além da franquia" nas contas dos usuários do Serviço de Telefonia Fixa Comutado, consignei meu entendimento em sentido contrário ao pacificado na Seção nos votos-vista que proferi, respectivamente, no Recurso Especial 911.802/RS, Primeira Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ de 1º.9.2008, e no Recurso Especial 947.721/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 18.03.2008 (a íntegra dos julgados pode ser conferida no site do STJ – [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)). Transcrevo as ementas dos meus votos:

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. ILEGALIDADE. AQUISIÇÃO DE FRANQUIA DE PULSOS. IMPOSIÇÃO DE LIMITES QUANTITATIVOS SEM JUSTA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VANTAGEM EXAGERADA. OFENSA AO ART. 51, § 1º, I, DO CDC E AOS ARTS. 2º, I, E 3º, III, DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO AMPLO ACESSO AOS SERVIÇOS, DA GARANTIA DE TARIFAS E PREÇOS RAZOÁVEIS E DA VEDAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA E DESEQUILÍBRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL. ART. 51, § 1º, II E III, DO CDC.

1. A cobrança de assinatura básica mensal nos contratos de telefonia fixa residencial deve ser analisada à luz de seis princípios fundamentais, todos referidos expressamente na LGT - Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97): a) o da função social da propriedade, da empresa e do contrato; b) o da defesa do consumidor; c) o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; d) o da redução das desigualdades sociais; e) o da modicidade das tarifas e preços; e f) o da vedação de discriminação.

2. A idéia bifurcada de *justiça* e de *solidariedade* (art. 3º, I, da CF) espalha-se pelo ordenamento jurídico brasileiro e lhe serve de fundação mais profunda, colocando-se na origem dos princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição), da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil) e da função social do serviço de interesse coletivo (art. 127, VIII, da LGT).

3. No contrato – sobretudo nas redes de contrato e, com maior vigor, nos contratos de prestação de serviços públicos -, por trás de cada contratante individual encontra-se um pressuposto da solidariedade e da justiça, verdadeira barreira de defesa do contratante débil diante de abusos dos atores econômicos.

4. Ao Judiciário incumbe zelar por essa área resguardada, a qual se pode denominar de *zona intocável da solidariedade e da justiça*, que, como paradigma de controle judicial dos contratos, aplica-se com maior razão aos contratos de telefonia e às suas cláusulas, em decorrência do volumoso e incontestável conteúdo público dessas avenças, manifestação da sociedade de informação em que vivemos.

5. A telefonia fixa residencial é típico contrato de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º).

6. Não é só com linguagem estritamente principiológica que se manifestou o legislador de 1997. Dentre todos os princípios de regência da LGT, um foi expresso na forma de dever - claro e direto - pelo Congresso Nacional: o da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços.

7. Uma vez que o legislador verbalize um dever estatal, compete ao Judiciário fiscalizá-lo e cobrar seu cumprimento. Seria descabido que, diante da violação de uma obrigação da Administração, o juiz se quedasse inerte, incapaz de encontrar um meio-termo entre substituir o administrador e ignorar o administrador. A omissão judicial dessa natureza equivaleria a *excesso negativo de poder*.

8. A fiscalização do cumprimento do princípio *jurídico* da modicidade ou razoabilidade de tarifas e preços pelo STJ não se confunde com incursão proibida no universo dos fatos (Súmula 7). É comum, na prática da Corte, que situações extremadas de destempero absurdo dos destinatários da norma transmudem aquilo que seria um controle judicial de fato ou de fatos em controle judicial de direito, como demonstram situações-limite no campo do valor de danos morais, da cláusula penal e dos honorários advocatícios.

9. Cabe ao Judiciário apreciar as tarifas de telefonia à luz do interesse social no amplo acesso ao serviço público (art. 2º, II, e art. 3º, I, da LGT), no respeito aos direitos do consumidor-usuário (arts. 5º e 127 da LGT) e no cumprimento da função social do contrato e do serviço de interesse coletivo (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, e 127, III, da LGT).

10. Não se exige do STJ, no âmbito da assinatura-básica, mensuração exata do montante que deve ser cobrado pelo serviço prestado, mas tão-somente a emissão de juízo, no atacado, acerca da falta de suporte lógico e jurídico de um valor por um serviço que não é prestado, ou é prestado de forma inevitável (separando-se objeto do serviço e pressupostos técnico-materiais do serviço) ou, ainda, é prestado acessoriamente, embora ao custo de operação principal.

11. Nos contratos de *qualificação unitária*, a obrigação acessória segue a principal, o que implica dizer que quem paga pela obrigação principal leva o acessório. É a máxima *accessorium sequitur principale*. E se a obrigação é em si indivisível, não se pode fragmentar o seu preço (*major pars ad se minorem trahit*).

12. As peculiaridades da natureza técnica da telefonia fixa ensejam sua classificação como *serviço de consumo ou benefício plurissubjetivo*, em oposição à classe majoritária dos *serviços de consumo ou benefício unissubjetivo*. Naquele, o encontro do consumidor com seu fornecedor é, em regra, na companhia de outro ou outros consumidores. Nesta, ao revés, o consumidor espera que o fornecedor do serviço o atenda, de preferência melhor que aos outros, pois a natureza jurídica do objeto contratado admite a monopolização dos benefícios do serviço.

13. À ANATEL compete regular os contratos de telefonia. No Direito brasileiro, a atividade normativa da Administração - em Decretos, Resoluções e outros atos - não se limita, ao contrário do que defende boa e tradicional doutrina, às hipóteses em que a norma administrativa nada mais faz do que reproduzir literalmente o texto da lei aprovado pelo Parlamento. Por outro lado, a atividade "regulamentar" *lato sensu* não se exaure na figura do Decreto (art. 84, IV, da Constituição Federal). Conseqüentemente, o princípio da legalidade não impede que o administrador, orientado pelas diretrizes genéricas e abstratas traçadas pela lei, dê visibilidade, consistência e particularidade a direitos e obrigações (muitas vezes estabelecidos pela própria Constituição) com ela compatíveis.

14. A competência da ANATEL é para fixar preços e tarifas dentro das modalidades ou categorias previamente estabelecidas em lei; jamais para criar, artificial, descuidada, ou maliciosamente, serviços inexistentes, não previstos na LGT, e, a partir daí, admitir a cobrança por prestações que já integram o objeto da obrigação principal.

15. No que tange à telefonia fixa residencial, a LGT somente alberga a distinção entre a) serviço de telefonia *stricto sensu* e b) serviço de telefonia de valor adicionado (art. 60, § 2º). Não é lícito à ANATEL inovar nesse quadro, com repercussão no padrão tarifário. As normas de proteção dos sujeitos vulneráveis devem ser interpretadas em seu favor (= *favor debilis*), não se admitindo que levem à criação, direta ou indireta, de obrigações.

16. A assinatura básica é uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais. Nisso, duplamente viola o art. 3º, da LGT: inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina "quanto às condições de acesso e fruição do serviço" (inciso II). Numa palavra, é o cavalo-de-tróia da exclusão digital.

17. Em síntese, conclui-se que a cobrança da assinatura básica: a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da ANATEL ao prevê-la em Resolução; b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; c) infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que "ofende os princípios fundamentais do sistema

jurídico a que pertence" (art. 51, § 1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela OFERTA do serviço, lembre-se!) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da ANATEL).

18. Recurso Especial não provido. (Recurso Especial 911.802/RS, 1ª Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ de 1º.09.2008).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADO. DISCRIMINAÇÃO DE PULSOS. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 6º E 31, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E DO ART. 3º, IV, DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. DIREITO À INFORMAÇÃO. CRIAÇÃO DE VAZIOS DE LEGALIDADE EM FAVOR DAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA. DISTINÇÃO ENTRE FORMULAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E APLICAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS LEGISLADAS. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA LEAL. PROVA DIABÓLICA.

1. A complexidade técnica ou operacional de uma atividade, produto ou serviço não deve amedrontar ou acanhar o Poder Judiciário na sua nobre missão constitucional e legal de controlar práticas comerciais abusivas, pois do contrário criar-se-iam no mercado, pela via transversa, *vazios de legalidade*, imunes à interferência judicial e, pior, à incidência da lei que, nos Estados democráticos, espera-se seja aplicável a todos.

2. Distinção que se deve fazer entre *formulação judicial de políticas públicas* e *aplicação judicial de políticas públicas legisladas*, editadas pelo Congresso Nacional, freqüentemente com linguagem minuciosa e inequívoca.

3. As concessionárias de telefonia são, para todos os fins, *fornecedoras*, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (*rectius*, consumidores) caracterizam *relação jurídica de consumo*, nos termos do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

4. Os objetivos, princípios, direitos e obrigações previstos no CDC aplicam-se integralmente aos serviços de telefonia, fixa ou não.

5. Um dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, é "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço" (art. 6º, III, do CDC).

6. O *direito à informação* também foi explicitamente abraçado pela Lei Geral das Telecomunicações – LGT (art. 3º, IV, da Lei 9.472/1997).

7. Derivação direta do princípio da transparência e, remota, dos princípios da boa-fé objetiva, da solidariedade, da vulnerabilidade do consumidor, e da concorrência leal, o *dever de informação adequada* incide nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e vincula tanto o fornecedor privado como, com maior razão, o fornecedor público, inclusive o concessionário.

8. Só respeitam o princípio da transparência, em sua plenitude, as informações que sejam "corretas, claras, precisas, ostensivas" e que indiquem, nessas mesmas condições, as "características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados" do produto ou serviço, objeto da relação jurídica de consumo (art. 31 do CDC).

9. No regime do CDC, além de cumprir a expectativa legítima do consumidor quanto à segurança e adequação aos fins a que se destina, o serviço deve agregar todas as informações necessárias à sua correta utilização e à fiscalização (pelo Estado, pelos consumidores e pelos concorrentes) do seu conteúdo e preço.

10. A ausência, na conta telefônica, de discriminação detalhada dos pulsos que excedam a franquia mensal macula a prestação do serviço com o *vício de qualidade por inadequação*, conforme o teor dos arts. 20 e 22 do CDC.

11. Infração também ao art. 3º, inciso IV, da LGT, segundo o qual é direito do usuário a "informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços".

12. Viola frontalmente o escopo do CDC e da legislação de telecomunicações a ressuscitação judicial da regra arcaica e injusta do *caveat emptor* (= o consumidor que se informe), sobretudo quando dele se exige a produção de prova que está em poder do fornecedor ou só este tem condições técnicas de gerar e exhibir.

13. Impor ao sujeito vulnerável o ônus da prova diabólica é a antítese do Estado Democrático de Direito, lastreado não só no reconhecimento da vulnerabilidade de certas categorias de pessoas, mas também, em particular, na procura de mecanismos para remediá-la, no âmbito substantivo e processual.

14. Querer que o consumidor comprove que não excedeu os pulsos da sua franquia mensal equivale a transformar seu *direito à informação* em *dever de informar-se*, inversão de valores e pólos na relação jurídica de consumo, sintoma de aberto desprezo pelo escopo e sistema do CDC e da LGT.

15. O *direito de defesa* do consumidor é refém do *direito à informação*. Onde for negado este, inviabilizado ou enfraquecido estará aquele, pois a prática judicial rejeita a impugnação no atacado de contas e cobranças.

16. São ilegais os atos administrativos normativos e as práticas comerciais que, direta ou indiretamente, afastem, reduzam, mitiguem, condicionem ou inviabilizem o dever de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor, ressalvadas as exceções previstas em lei.

17. O dever de informar no CDC é incondicionado e incondicionável, por isso mesmo sempre gratuito. Cobrar por informações obrigatórias ou que sejam acessórias ao negócio principal é tolher o direito à informação do consumidor e simboliza perversa distorção do Estado Social pelo capitalismo selvagem.

18. Recurso Especial não provido.

É como **voto**.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 04.12.2009, pesquisa em 17.11.2009).

### 13. Fornecimento de Combustíveis.

**RECURSO ESPECIAL Nº 981.883 - RS (2007/0213002-0)**

**RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**RECORRIDO : POSTO GAROUPA LTDA.**

**ADVOGADO : FELIPE KLEIN GOIDANICH E OUTRO(S)**

#### **EMENTA**

**RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. LUCRO ABUSIVO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ.**

1. Trata-se de recurso especial contra acórdão que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, para não deferir a antecipação de tutela e a inversão do ônus da prova. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul alega no presente recurso especial a negativa de vigência ao art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90, na parte referente ao pressuposto da hipossuficiência. Sustenta que muitos consumidores são atingidos pela continuidade da comercialização de combustíveis com preços abusivos. Contra-razões pugnando para que o recurso especial não seja recebido por ser incabível e, no mérito, seja julgado totalmente não-provido. A 3ª Vice-Presidência do TJRS admitiu o recurso especial. Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial para reformar a decisão recorrida, à luz do art. 6º, inciso VIII, do CDC.

2. A Corte de origem, após análise do conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu que não restaram comprovados os pressupostos (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90) para a inversão do ônus da prova no presente caso.

3. Para se chegar à conclusão contrária ao acórdão recorrido e reconhecer a necessidade da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como defende o recorrente, necessário se faz revolver a prova dos autos, o que, no caso, afigura-se inviável nesta seara, em face do enunciado da Súmula n. 07 desta Corte de Justiça, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Recurso especial não-conhecido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de maio de 2008 (Data do Julgamento)

#### **RELATÓRIO**

**O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator):** Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao Agravo de Instrumento nestes termos ementado (fl. 771):

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. ABUSIVIDADE NO PREÇO.**

Caso em que a alegação de abusividade no preço dos combustíveis, levando a uma margem de lucro, também abusiva, não encontra suficiente amparo nos autos. Tal conclusão se reforça diante do princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da Constituição Federal e reforçado no seu art. 173, § 4º. Quanto mais, diante do art. 4º, "b", da Lei da Economia Popular que admite margem de lucro de até 20%. Assim, não havendo como estabelecer a margem bruta de lucro de 14,1% no fornecimento de combustíveis aos consumidores, tomando-se como base o preço de aquisição junto à distribuidora, como pretende o agravante. Tudo, à vista do disposto no art. 84, § 3º, do CDC e não havendo justificado receio

de ineficácia do provimento final. Por outro lado, também não é de restar deferida a inversão do ônus da prova, à luz do art. 6º, VIII, do CDC.

**AGRAVO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO.**

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul alega no presente recurso especial a negativa de vigência ao art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90, na parte referente ao pressuposto da hipossuficiência. Sustenta que muitos consumidores são atingidos pela continuidade da comercialização de combustíveis com preços abusivos (fls. 782/792).

O *Parquet* Estadual ajuizou Ação Coletiva de Consumo contra o Posto Garoupa Ltda, com objetivo de apurar a existência da prática de preços exorbitantes no fornecimento de combustíveis, por postos revendedores de Porto Alegre, bem como a abusividade na elevação do preço da gasolina comum, no “feriadão” de Páscoa do ano de 2004.

O juízo de primeiro grau, em decisão interlocutória, indeferiu a antecipação da tutela pretendida e a inversão do ônus da prova, ante a razoabilidade das teses defensivas (fl. 712).

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento, com pedido liminar, contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada e o pedido de inversão do ônus da prova, formulado com fundamento no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para que o agravado se desincumbisse do ônus de provar que não lesou os consumidores e a legislação consumerista (fls. 02/28).

O acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento por entender que o Ministério Público, na qualidade de substituto processual dos consumidores, não se mostra hipossuficiente, para ensejar a inversão do ônus da prova, à luz do que dispõe o art. 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Contra-razões apresentadas às fls. 795/800, pugnando para que o recurso especial não seja recebido por incabível e, no mérito, seja julgado totalmente desprovido.

A 3ª Vice- Presidência do TJRS admitiu o recurso especial (fls. 811/812).

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial, para reformar a decisão recorrida, à luz do art. 6º, inciso VIII, do CDC (fls. 818/823).

É o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 981.883 - RS (2007/0213002-0)**

### **EMENTA**

**RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. LUCRO ABUSIVO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ.**

1. Trata-se de recurso especial contra acórdão que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, para não deferir a antecipação de tutela e a inversão do ônus da prova. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul alega no presente recurso especial a negativa de vigência ao art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90, na parte referente ao pressuposto da hipossuficiência. Sustenta que muitos consumidores são atingidos pela continuidade da comercialização de combustíveis com preços abusivos. Contra-razões pugnando para que o recurso especial não seja recebido por ser incabível e, no mérito, seja julgado totalmente não-provido. A 3ª Vice-Presidência do TJRS admitiu o recurso especial. Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial para reformar a decisão recorrida, à luz do art. 6º, inciso VIII, do CDC.

2. A Corte de origem, após análise do conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu que não restaram comprovados os pressupostos (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90) para a inversão do ônus da prova no presente caso.

3. Para se chegar à conclusão contrária ao acórdão recorrido e reconhecer a necessidade da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como defende o recorrente, necessário se faz revolver a prova dos autos, o que, no caso, afigura-se inviável nesta seara, em face do enunciado da Súmula n. 07 desta Corte de Justiça, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Recurso especial não-conhecido.

### **VOTO**

**O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO:** O recurso não merece ser conhecido.

Alega o Ministério Público recorrente ofensa ao seguinte dispositivo da Lei n. 8.078/90:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

.....

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

A tutela antecipada foi pleiteada para determinar que a parte requerida se abstinhasse de praticar preços abusivos, não ultrapassando a margem bruta de 14,1% no fornecimento de combustíveis aos consumidores, tomando como base o preço de aquisição junto à distribuidora. Formulou-se pedido de inversão do ônus da prova, para determinar que o réu ora recorrido, comprovasse que não causou lesão aos consumidores. Os pedidos não foram deferidos.

O voto condutor do acórdão recorrido, que negou provimento ao agravo de instrumento quanto ao pedido de inversão do ônus da prova, objeto do recurso especial, ficou desta forma sumariado (fls. 772v/773):

Tudo, à vista do disposto no art. 84, § 3º, do CDC e não havendo justificado receio de ineficácia do provimento final. Por outro lado, também não é de restar deferida a inversão do ônus da prova, à luz do art. 6º, VIII, do CDC.

De um lado, porque a prova apresentada não permite considerar verossímil a alegação contida na inicial (fls. 31/58), ainda mais, como dito, diante das mencionadas ponderações do Posto agravado, em sua contestação (fls. 275/354).

De outro lado, porque a matéria, em discussão, não leva a caracterizar eventual hipossuficiência, seja econômica ou técnica, já que o Ministério Público agravante, como se depreende do conteúdo do inquérito civil, teve acesso e terá, na via judicial, aos dados necessários ao desfecho da ação coletiva.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Transcrevo, oportunamente, o voto do Des. Paulo Sérgio Scarparo, que acompanhou o relator do aresto em questão (fls: 775v/776):

Quanto à inversão do ônus da prova, de igual modo, acompanho o Relator.

Isso porque, embora possível a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público em ação coletiva de consumo, é imprescindível para tanto, que demonstre o *Parquet* fundadas dificuldades para demonstrar os fatos por ele alegados, o que, *in casu*, não se verifica, pois, como demonstra a robusta documentação acostada aos autos, especialmente a cópia do Inquérito Civil Público 180/2004, tem o agravante plenas condições de arcar com o ônus probatório que lhe é imposto pelo inc. I do art. 333 do CPC.

Com essas breves considerações, acompanho o eminente Relator, votando, portanto, pelo **desprovimento do recurso**.

O voto divergente, do Des. Umberto Guaspari Sudbrack, que entendeu ser possível o deferimento da inversão do ônus da prova ao Ministério Público Estadual, está assim redigido (fls. 774/775v):

Relativamente à inversão do ônus da prova, igualmente entendo deva ser deferida no caso dos autos.

A medida prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, visa à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, devendo ser admitida quando um dos seus requisitos forem satisfeitos, a saber, a verossimilhança das alegações ou reconhecida a hipossuficiência.

Rizzatto Nunes, *in Curso de Direito do Consumidor*, entende que o significado de hipossuficiência disposto no *Codex Consumerista* não é econômico, é técnico. O conceito de vulnerabilidade é que abrange a fragilidade econômica e técnica do consumidor. A hipossuficiência para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, “tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc”.

*In casu*, não há dúvida quanto à hipossuficiência técnica dos consumidores tutelados na Ação Coletiva de Consumo, independentemente de o autor da demanda, parte, seja o Ministério Público de Estado do Rio Grande do Sul, que atua como mero substituto processual daqueles.

Sobre o tema, Hugo Nigro Mazzilli, na obra *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, destaca:

Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto processual.

Assim, vai invertido o ônus probatório no feito. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Admissível a inversão do ônus da prova de que dispõe CDC, em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, atuando esse como substituto processual em defesa dos interesses dos consumidores hipossuficientes. Ainda que fosse considerado ausente o requisito da hipossuficiência, tal não se aplica ao órgão ministerial pois esse age em defesa do interesse público, e do hipossuficiente, trazendo carga de verossimilhança nas alegações expendidas, representada pelo Inquérito Civil instaurado. Decisão reformada.

AGRAVO PROVIDO.

(Agravo de Instrumento nº 70013436878, 18ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 10/11/05).

Ante tais comemorativos, dou provimento ao agravo.

A questão nodal seria saber se houve violação a dispositivo de lei federal, quanto à decisão interlocutória que não deferiu a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa dos consumidores de combustíveis em juízo.

Ocorre que, a Corte de origem, após análise do conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu que não restaram comprovados os pressupostos (art. 6º, III, da Lei n. 8.078/90) para a inversão do ônus da prova no presente caso, como se extrai do voto do relator do aresto vergastado:

*"De um lado, porque a prova apresentada não permite considerar verossímil a alegação contida na inicial (fls. 31/58), ainda mais, como dito, diante das mencionadas ponderações do Posto agravado, em sua contestação (fls. 275/354). De outro lado, porque a matéria, em discussão, não leva a caracterizar eventual hipossuficiência, seja econômica ou técnica, já que o Ministério Público agravante, como se depreende do conteúdo do inquérito civil, teve acesso e terá, na via judicial, aos dados necessários ao desfecho da ação coletiva." (fl. 772v).*

Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido e reconhecer a necessidade da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como defende o recorrente, necessário se faz revolver a prova dos autos, o que, no caso, afigura-se inviável nesta seara, em face do enunciado da Súmula n. 07 desta Corte de Justiça, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nessa linha de compreensão, cito os seguintes julgados:

CONTRATO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUNTADA DE DOCUMENTOS PELO BANCO-RÉU. POSSIBILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 7.

"O Juiz pode ordenar ao banco réu que apresente cópia do contrato e do extrato bancário. Em assim fazendo, inverte o ônus da prova e facilita a defesa do consumidor em Juízo." (REsp 264.083/ROSADO).

- A inversão do ônus da prova por depender da apreciação de fatos e circunstâncias é imune ao recurso especial. Incide a Súmula 7. (AgRg no REsp 725141/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 12.12.2007, p. 415).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. CONTEÚDO FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS PERICIAIS. PRETENSÃO DE ATRIBUIR-SE O ÔNUS DE PAGAMENTO À PARTE CONTRÁRIA. DESCABIMENTO.

I - A inversão do ônus probatório não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência o que, se concedida, não acarreta, de qualquer modo, o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as

consequências jurídicas pertinentes.

II - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 884407/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 05.11.2007, p. 278).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SFH. INDENIZAÇÃO. DEMORA NA LIBERAÇÃO DA HIPOTECA. SÚMULA N. 7/STJ. APLICAÇÃO DO CDC. INTERESSE RECURSAL AUSENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação adotada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos, ex vi do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Atendida a pretensão das partes quando do julgamento prolatado na Corte *a quo*, falta-lhes interesse em recorrer quando da interposição do especial.

3. A inversão do ônus da prova pode ser determinada em contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, quando estiverem presentes os pressupostos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso especial não-conhecido. (REsp 577074/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 23.05.2007, p. 252).

**PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA - ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.**

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.

- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. (REsp 881651/BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 21.05.2007, p. 592).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 05.06.2008, pesquisa em 17.11.2009).

#### 14. Instituição de Ensino.

**RECURSO ESPECIAL Nº 699.371 - RJ (20040151331-0)**

**RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA**

**RECORRENTE: ARY CALDAS PINHEIRO**

**ADVOGADO : JOSÉ JUAREZ GUSMÃO BONELLI E OUTRO(S)**

**RECORRIDO : SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTÁCIO DE SÁ**

**ADVOGADO : ALFREDO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(S)**

#### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MESTRADO. NÃO RECONHECIDO PELA CAPES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INDENIZAÇÃO. ART. 535 DO CPC. SÚMULAS 282 E 284/STF, 7 E 211/STJ.

1. Não se configura ofensa ao art. 535 do CPC se os embargos de declaração foram opostos para fins de prequestionamento, quando inexistente omissão, contradição ou obscuridade no julgado. Incidência da Súmula 284/STF.
2. Ausência de prequestionamento dos arts. 150 do CC/16, 5º da LICC, 20, parágrafo único, II e § 2º, 42, parágrafo único, do CDC, 21 da Lei nº 8.691/93, com a redação dada pelo art. 21 da MP nº 2.048, 1.059 do CC/16 e 602 do CPC, por não terem sido objeto de análise pelo Tribunal de origem.
3. Para o conhecimento do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, faz-se necessário que a norma infraconstitucional tida como contrariada tenha sido objeto de análise pela instância de origem, sob pena de não ser conhecido por ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.
4. A simples oposição de embargos de declaração com o fito de prequestionar dispositivos legais não tem o condão de atender ao requisito do prequestionamento, se o Tribunal de origem, ao não os acolher, deixa de proferir juízo de valor sobre a matéria. Aplicação da Súmula 211/STJ.
5. A pretensão de rever *quantum* indenizatório demanda o reexame de provas, com nova apreciação do conjunto fático-probatório, vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.
6. Recurso especial não conhecido

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

#### **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, deu parcial provimento à apelação cível, em acórdão conformado nos seguintes termos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR - CURSO DE MESTRADO NÃO RECONHECIDO OFICIALMENTE - IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA - CURSO NÃO AUTORIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DANOS MATERIAIS CAUSADOS AO MESTRANDO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO APELO, APLICADA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA" (fl. 281).

Os embargos de declaração opostos por Ary Caldas Pinheiro foram rejeitados em decisão monocrática acostada à fl. 294, que foi, posteriormente, objeto de irresignação por meio de agravo de instrumento (fls. 296-298).

Com apoio no artigo 530 do Código de Processo Civil, Ary Caldas Pinheiro apresentou embargos infringentes, os quais foram julgados pelo Tribunal *a quo* em aresto assim ementado:

**"EMBARGOS INFRINGENTES. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MESTRADO. CANCELAMENTO DO RECONHECIMENTO OFICIAL. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO.**

Admitido pela embargada, em sua peça de bloqueio, que partiu dela a opção pelo cancelamento do reconhecimento do curso de mestrado junto à CAPES, curso este ministrado a diversos alunos que tinham suas expectativas voltadas para o aperfeiçoamento e ascensão profissional, assim como para a melhoria de suas condições de vida, é extrema de dúvida de que tal fato gerou no embargante um sentimento de frustração e sofrimento, eis que passou alguns anos de sua vida se dedicando à pesquisa acadêmica sem que pudesse, de uma ora para outra, dispor de um diploma que lhe assegurasse progressão em sua área de trabalho.

Dano moral configurado, na esteira de precedentes desta Corte Estadual de Justiça" (fl. 344).

Não se conformando, com apoio na alínea "a" do permissivo constitucional, interpôs recurso especial, alegando que houve contrariedade aos artigos 150 do Código Civil de 1916 c/c o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, parágrafo único, 20, inciso II e § 2º c/c o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, 21 da Lei nº 8.691/93, com a redação dada pelo artigo 21 da Medida Provisória nº 2.048, 1.059 do Código Civil de 1916, 535, inciso II, e 602 do Código de Processo Civil.

O recorrente sustenta, inicialmente, que o acórdão recorrido foi omissivo quanto ao "exame explícito dos artigos infraconstitucionais" suscitados na razões recursais. Diz que "impunha-se a manifestação explícita do egrégio Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração interpostos, sobre os artigos de lei invocados pelo recorrente, com emissão de juízo de valor acerca deles, exatamente para abrir a via estreita deste recurso especial, o que não foi feito, esquivando-se, pois, de completar a prestação jurisdicional".

Entende o recorrente que a indenização foi fixada em valor que se encontra em patamar não razoável diante da frustração suportada. Registra:

"(...) entendeu o v. acórdão regional por deferir a título de dano moral a importância equivalente a 200 salários mínimos para o autor-recorrente. Data venia, afigura-se, especificamente no caso dos autos, módica a referida quantia, quer seja analisado sob o aspecto da função compensatória, quer seja analisado sob o aspecto da punição, pois não possui o necessário caráter inibitório, punitivo ou compensatório que deve revestir a indenização em comento" (fl. 354).

O recorrente afirma que, ao lhe ser negada restituição em dobro dos valores referentes às despesas que efetuou, o acórdão atacado contrariou o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. No tocante ao limite de dois anos fixado para término da indenização por lucros cessantes, período que o Tribunal entendeu suficiente para que seja feito novo curso, o recorrente assevera:

"Ora, não parece acertado o entendimento do eg. Tribunal de origem, até porque não encontra respaldo legal, já que transfere ao recorrente toda a obrigação de consertar as trapalhadas decorrentes da ilícita e injusta conduta da ESTÁCIO, simplesmente sugerindo que o mesmo novamente faça tudo que já fez em outra instituição (prova de ingresso, curso de créditos, elaboração e defesa de tese...) e, com isso, obtenha o que ela prometeu e não empreendeu, isto é, o diploma de mestre em gestão ambiental reconhecido pela CAPES/MEC" (fl. 364).

Assevera o recorrente que a indenização pretendida tem caráter alimentar, já que deixou de receber de seu empregador o adicional a que teria direito caso obtivesse a titulação de mestre. Registra também que o "ilícito contratual é manifesto, tanto assim é que houve reconhecimento de indenização em favor do recorrente". Pugna pela majoração da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da condenação, para o patamar de 20%.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme atesta a certidão à fl. 429.

A Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá também interpôs recurso especial, cujo processamento foi indeferido na origem (fl. 424), ante a intempestividade da regularização do preparo.

O Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de origem não admitiu o recurso especial, por entender que não houve ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil e que incide o teor das Súmulas 7/STJ e 284/STF. O recurso especial interposto por Ary Caldas Pinheiro não foi admitido na origem, por incidência da Súmula 7/STJ, contudo subiram os autos a esta Corte, em razão do provimento dado ao agravo de instrumento interposto.

O Ministério Público Federal manifestou-se nos termos do parecer assim sumariado:

"CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INDENIZAÇÃO - CURSO DE MESTRADO EM FASE DE CREDENCIAMENTO JUNTO AO CAPES/MEC - CONHECIMENTO PRÉVIO PELOS MESTRANDOS - PREVISÃO DE DEMORA NA REGULAR EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA APÓS CONCLUSÃO DO CURSO - FATO SUPERVENIENTE - CANCELAMENTO UNILATERAL DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CURSO JUNTO AO CAPES - QUEBRA DA EXPECTATIVA PELOS MESTRANDOS GERANDO FRUSTRAÇÃO E SOFRIMENTO - DANO MORAL CONFIGURADO - Parecer pelo provimento do REsp" (fl. 457).

É o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 699.371 - RJ (20040151331-0)**

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MESTRADO. NÃO RECONHECIDO PELA CAPES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INDENIZAÇÃO. ART. 535 DO CPC. SÚMULAS 282 E 284/STF, 7 E 211/STJ.

1. Não se configura ofensa ao art. 535 do CPC se os embargos de declaração foram opostos para fins de prequestionamento, quando inexistente omissão, contradição ou obscuridade no julgado. Incidência da Súmula 284/STF.
2. Ausência de prequestionamento dos arts. 150 do CC/16, 5º da LICC, 20, parágrafo único, II e § 2º, 42, parágrafo único, do CDC, 21 da Lei nº 8.691/93, com a redação dada pelo art. 21 da MP nº 2.048, 1.059 do CC/16 e 602 do CPC, por não terem sido objeto de análise pelo Tribunal de origem.
3. Para o conhecimento do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, faz-se necessário que a norma infraconstitucional tida como contrariada tenha sido objeto de análise pela instância de origem, sob pena de não ser conhecido por ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF.
4. A simples oposição de embargos de declaração com o fito de prequestionar dispositivos legais não tem o condão de atender ao requisito do prequestionamento, se o Tribunal de origem, ao não os acolher, deixa de proferir juízo de valor sobre a matéria. Aplicação da Súmula 211/STJ.
5. A pretensão de rever *quantum* indenizatório demanda o reexame de provas, com nova apreciação do conjunto fático-probatório, vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.
6. Recurso especial não conhecido

### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** O recurso especial tem como recorrente Ary Caldas Pinheiro e como recorrida a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá, sociedade civil sem fins lucrativos. Reconheço a competência da Turma para o julgamento da causa, observando que, embora se trate que esta causa quanto responsabilidade civil da instituição de ensino por haver oferecido curso de mestrado em que se mostra impossível, o fundamento do pedido acha-se indissolúvelmente vinculado à competência delegada do Poder Público, por tratar-se de instituição de nível superior, nos termos do art. o artigo 9, § 1º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Passo, pois, à análise da espécie. Cuida-se de ação cominatória com pedido de tutela específica e perdas e danos na qual o autor objetiva:

"(1) *initio litis e inaudita altera pars*, seja concedida liminarmente a tutela específica, para que a ré cumpra a obrigação de fazer, consistente na expedição, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, do diploma de mestre para o autor, com validade em todo o território nacional, ou seja, devidamente reconhecido pela CAPES, fixando-se uma multa correspondente a R\$ 500,00, em favor do autor, por dia de atraso no cumprimento da determinação judicial por parte da ré;

(2) seja convolado em definitivo o provimento específico antecipado de cumprir a obrigação de fazer acima requerida, mediante a prolação de sentença de procedência;

(3) independentemente do cumprimento da obrigação de fazer supra, considerando-se a morosidade e intempestividade da expedição do respectivo título de mestre, a reparação dos danos materiais, conforme comprovação e provas da instrução dos prejuízos financeiros demonstráveis e, por arbitramento, os restantes, aí incluídos os danos imprevisíveis, notadamente os seguintes danos:

- indenização equivalente ao adicional de 35% sobre o seu salário base, que deixou de receber do Centro de Tecnologia Mineral, órgão vinculado ao Ministério de Ciência e Tecnologia, a contar de data em que

defendeu a sua tese até a efetiva entrega do diploma devidamente reconhecido pela CAPES, com os reflexos patrimoniais daí decorrentes (13<sup>os</sup> salários, + 1/3, etc.), conforme fundamentação supra e apuração em liquidação de sentença;

(4) de forma sucessiva, caso seja impossível a expedição da perquirida titulação, com validade nacional, ou seja, caso não haja possibilidade de a UNESA cumprir a pretensa obrigação de fazer, seja tal obrigação convertida em perdas e danos, para o fim de condená-la a reparar da forma mais ampla possível os danos materiais causados aos autores, notadamente os seguintes:

- devolução dos valores pagos a título de mensalidade, durante todo o curso, bem como indenização pelos valores despendidos com a orientação do Mestrado, tudo em dobro (inteligência do art. 42, do CDC), a serem apurados em liquidação de sentença;

- despesas efetuadas com transporte, alimentação e material de pesquisa adquirido para viabilizar a realização e término do curso, a serem apuradas em liquidação de sentença;

- indenização equivalente à perda do adicional ao salário a que teria direito de receber da Centro de Tecnologia Mineral, órgão vinculado ao Ministério de Ciência e Tecnologia, caso fosse o 'título de mestre' devidamente reconhecido pela CAPES, no percentual de 35% incidente sobre o salário percebido mensalmente, com os reflexos patrimoniais daí decorrentes (13<sup>os</sup> salários, férias + 1/3, etc.), contar da data em que defendeu sua tese até a data de sua provável sobrevida (70 anos), conforme fundamentação supra e apuração em liquidação de sentença;

(5) além dos danos acima identificados, deve a UNESA ser condenada nos demais danos materiais suportados pelo autor, conforme a comprovação documentada e provas da instrução processual dos prejuízos financeiros demonstráveis e, por arbitramento, os restantes, aí incluídos os danos imprevisíveis (inadimplemento absoluto), como estabelecem os artigos 1.536, § 1º, e 1.553 do Código Civil;

(6) seja a UNESA condenada em indenização por danos morais causados ao autor, a ser arbitrada por V.Exa., haja vista a intensa frustração, o profundo constrangimento e a inusitada humilhação que lhes foram impostas, observando-se a capacidade econômica da ré) de sorte que a mesma não conclua ter valido a pena praticar o ilícito empreendido e reflita antes de fazer com terceiros o que cruelmente fez com os autores) servindo de prevenção coercitiva;

.....  
(8) as verbas integrantes da condenação devem ser acrescidas, a partir da data em que o autor defendeu a sua tese, de juros de mora e juros compostos, art. 962 e 1544, do Diploma Civil (súmula 54 do STJ), mais correção monetária (REsp 33.05702-RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro), despesas judiciais ocorridas e honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o montante final da indenização a ser arbitrada" (fls. 22-23).

O Juiz singular julgou o pedido procedente em parte, condenando a ré ao pagamento das seguintes verbas:  
"1) 35% (trinta e cinco por cento) sobre o vencimento básico do autor (art. 24 da MP nº 2048/2000 - fl. 47 verso), inclusive 13º salário e férias, até a data em que o autor complete 70 (setenta) anos de idade ou até que emita o competente título de mestre ao mesmo;

2) o equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, tendo-se por base o salário mínimo nacional.

O valor estabelecido no item '1' supra é devido desde a aprovação do autor no curso, devendo incidir a partir de outubro de 1999 (fl. 24).

A primeira verba deve ser corrigida monetariamente e ambas acrescidas de juros moratórios simples de 0,5% ao mês contados desde a conclusão do curso, ou seja, setembro de 1999 (fl. 34).

Considerando haver sido acolhida a pretensão do autor em sua maior parte, condeno a ré ao pagamento de 70% (setenta por cento) das despesas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 10% sobre o valor da causa" (fl. 198).

A Décima Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, deu parcial provimento à apelação do autor e negou provimento à apelação da ré, assim concluindo:

"Meu voto, pois, é no sentido de dar provimento parcial ao primeiro apelo para situar a condenação no dano patrimonial consistente no pagamento do percentual de 35% (trinta e cinco por cento) pelo período de dois anos a partir da data em que foi dado o curso por concluído, incluídas as verbas de 13º salário e das férias, acrescido o montante do valor da correção monetária e juros de 0,5% ao mês até o efetivo desembolso, e a restituição das mensalidades devidamente corrigidas, sendo também expungida a condenação em danos morais, negado provimento ao segundo apelo.

Ante o acolhimento parcial do primeiro apelo exsurge a sucumbência recíproca, devendo cada parte suportar os honorários de seus respectivos advogados e as custas devem ser partilhadas entre os sucumbentes" (fl. 284).

Os embargos de declaração foram rejeitados em decisão monocrática à fl. 294.

Os embargos infringentes opostos foram acolhidos para, "reformando parcialmente o v. acórdão profligado, restabelecer a indenização por danos morais arbitrada na sentença de 1º grau, assim como os ônus sucumbenciais" (fl. 348).

O recorrente em suas razões recursais aponta ofensa aos artigos 150 e 1.059 do Código Civil de 1916 c/c o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, parágrafo único, 20, inciso II e § 2º c/c o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, 21 da Lei nº 8.691/93, com a redação dada pelo artigo 21 da Medida Provisória nº 2.048 e 535, inciso II, e 602 do Código de Processo Civil.

Deve ser analisada, inicialmente a suscitada afronta ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil. O recorrente entende que o aresto atacado incorreu em omissão ao não examinar explicitamente os artigos infraconstitucionais invocados nos embargos de declaração, asseverando:

"Note-se que não pretendeu o recorrente rediscutir argumentos que embasaram as razões de decidir, mas sim que as teses do recorrente fossem enfrentadas sob o ângulo dos artigos 159, do CC de 16, artigo 5º, LICC, parágrafo único, do artigo 42 e artigo 20, inciso II e § 2º, ambos do CDC, art. 21, da Lei 8.691/93 (redação dada pelo art. 24, MP 2048/2000), art. 1.059, do CC de 16 e, finalmente, os artigos 535, II e 602, ambos do CPC" (fls. 352-353).

Como visto, o recorrente pretendeu, ao opor os embargos de declaração na origem, obter o prequestionamento dos dispositivos legais suscitados, para propiciar a interposição do recurso especial.

Em verdade, o recorrente não especificou em que consistiria o vício alegado, tendo apenas afirmado que a Corte de origem, ao rejeitar os embargos, teria incidido no vício de omissão, deixando de apontar qual teria sido a omissão, contradição ou obscuridade constante do acórdão recorrido, bem como os motivos pelos quais o Tribunal *a quo* estaria obrigado a se manifestar a respeito da legislação que se buscou o prequestionamento.

Ocorre que os embargos de declaração para fins de prequestionamento apenas são cabíveis caso presente uma das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

É nesse sentido o entendimento desta Corte, como se observa do seguinte precedente:

**"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. Ausentes as hipóteses de omissão, obscuridade ou contradição, não há como prosperarem os embargos de declaração, tampouco imprimir-se-lhes efeitos modificativos.

2. 'Esta c. Corte já tem entendimento pacífico de que os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só serão admissíveis se a decisão embargada ostentar algum dos vícios que ensejariam o seu manejo – omissão, obscuridade ou contradição' (EDcl no MS n. 10.286, Terceira Seção, Ministro Félix Fischer).

3. Embargos declaratórios rejeitados" (EDcl no MS 11.038/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 12.02.07).

Se no aresto recorrido não existia omissão, obscuridade ou contradição, ou pelo menos não foram esses vícios demonstrados pela recorrente no recurso especial, agiu com acerto o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos de declaração. O simples fato de terem sido opostos com propósito de prequestionamento não gera direito ao embargante de vê-los acolhidos.

Nesse ponto, incide, por analogia, a Súmula 284/STF, segundo a qual:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Não há, portanto, nenhuma omissão a ser sanada.

Observa-se que os artigos 150 do Código Civil de 1916, 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 20, parágrafo único, inciso II e § 2º, 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, 21 da Lei nº 8.691/93, com a redação dada pelo artigo 21 da Medida Provisória nº 2.048, 1.059 do Código Civil de 1916 e 602 do Código de Processo Civil não foram objeto de análise pelo acórdão atacado.

Para o conhecimento do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, faz-se necessário que a norma infraconstitucional tida como contrariada tenha sido objeto de análise pela instância de origem, sob pena de não ser conhecido por ausência de prequestionamento.

A ausência de prequestionamento atrai o óbice da Súmula 282 da Suprema Corte:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Assim, malgrado a oposição de embargos de declaração com o fito de prequestionar os referidos dispositivos, o Tribunal de origem não os acolheu, deixando de proferir juízo de valor sobre a matéria, oportunidade em que incide o teor também do disposto na Súmula 211/STJ, que impede o conhecimento do recurso:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Por oportuno, destaca-se ser pacífico o entendimento deste Tribunal sobre a exigência do prequestionamento, ainda que a questão federal tenha surgido quando do julgamento no Tribunal de origem.

Esse é o entendimento pacífico desta Corte, conforme o seguinte julgado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO - PROVA PERICIAL REQUERIDA - AUSÊNCIA DO DEPÓSITO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS APÓS INTIMAÇÃO - AGRAVO RETIDO - PRECLUSÃO CARACTERIZADA - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. O Tribunal local não analisou a questão da prescrição e não deu enfoque quanto a ele em nenhum momento. A despeito da oposição dos declaratórios, nada foi decidido quanto a isto. Incidência da Súmula 211/STJ.

Recurso especial conhecido em parte e provido" (REsp 802.416/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 12.03.07).

Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: REsp 549.849/CE, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 04.12.06; AgRg no REsp 730.039/SP, Relator o Ministro Franciulli Netto, DJU de 04.09.06.

Em suma, não enseja interposição de recurso especial matéria que não foi ventilada no acórdão atacado e que tampouco foi objeto de análise em sede de embargos de declaração.

Mesmo que ultrapassados tais óbices ao conhecimento do recurso especial, constata-se que a pretensão recursal, em última análise, cinge-se ao aumento do *quantum* indenizatório, seja relativo aos danos materiais, seja aos morais.

Todavia a conclusão a que chegou o acórdão recorrido baseou-se na avaliação do magistrado e de seu livre convencimento, ancorado nos aspectos fáticos que emergiram do processo, ou seja, para decidir como decidiu valeu-se das circunstâncias factuais constantes dos autos, como se depreende do seguinte trecho do voto condutor:

"O fato em si não agride a personalidade, nem afeta o equilíbrio psíquico, tudo comprovado pelos fatos e documentos extraídos dos autos, daí exsurgindo a inoccorrência de dano mora, mesmo porque se trata de inadimplemento contratual que dá ensejo as perdas e danos materiais" (fl. 283).

Disso decorre que a pretensão do recorrente demanda o reexame de provas, com nova apreciação do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 desta Corte:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Assim, não há como afastar a incidência da Súmula 7 deste Tribunal, uma vez que o recurso especial não é a via adequada para reexame de matéria fática.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

É como voto.

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 25.10.2007, pesquisa em 17.11.2009).

## 15. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

**RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**

**RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER**

**R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS**

**ADVOGADO : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E OUTROS**

**RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

*- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.*

*- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).*

*- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.*

*- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.*

*- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*

*- Recursos especiais não conhecidos.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, não conhecer de ambos os recursos especiais. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora p/ Acórdão

**RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**

**RELATÓRIO**

**EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):**

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs *ação civil pública* contra B-Sete Participações S/A, respectivos administradores, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antonio Lunardelli Neto, e conselheiros, Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, bem assim contra Administradora Osasco Plaza Shopping S/C Ltda., para vê-los condenados

*"... a reparar os danos morais elou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido aos 11 de junho de 1996 no Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes, mediante indenização, cuja extensão deverá ser apurada em liquidação de sentença, a ser promovida pelos interessados e legitimados (art. 97 do CDC); bem como a pagar todas as verbas da sucumbência"* (fl. 67, 1º vol.).

O MM. Juiz de Direito Dr. Manoel Barbosa de Oliveira julgou procedente o pedido

*"... para condenar os réus, nos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) a reparar os danos morais e ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido em 11 de junho de 1996 nas dependências do Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e ou dependentes, indenização cujo montante deverá ser apurado em liquidação de sentença de acordo com o art. 97 da Lei 8.078/90"* (fl. 1.437, 8º vol.).

A Egrégia Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador José Osório, reformou, em parte, a sentença para *"afastar a responsabilidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano"* (fl. 2.023, 11º vol.).

Lê-se no julgado:

*"Trata-se do grave acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping, em 11.06.96, consistente em explosão por acúmulo de gás em espaço livre entre o piso e o solo, acarretando a danificação de mais de 40 lojas e locais de circulação, resultando em 40 mortos e mais de 300 feridos"* (fl. 2.002, 11º vol.).

*"Convém lembrar que o acidente se deu em hora do almoço, às 12:15 h, em época de muito movimento, às vésperas do 'dia dos namorados', nas imediações da 'praça de alimentação', local destinado a bares, restaurantes e lanchonetes, e naturalmente procurado por freqüentadores de shopping, funcionários e fregueses de lojas, bem como por vizinhos"* (fl. 2.003/2.004, 11º vol.).

*"Entre o Shopping e os freqüentadores estava estabelecida autêntica relação de consumo. Como sujeito ativo, o freqüentador, credor do serviço ofertado. Como sujeito passivo, o Shopping, devedor da prestação do serviço. O objeto dessa relação é a própria prestação do serviço. O fato jurídico deflagrador da relação é o ingresso do freqüentador no ambiente em que os serviços eram ofertados. E o quarto elemento da relação (para usar o mesmo critério do Prof. Leães) é a garantia, consistente no amparo que a ordem jurídica dá à relação.*

*Com a ocorrência da explosão, brotaram novas e numerosíssimas relações jurídicas, agora típicas relações de débito e crédito, de natureza patrimonial, ligadas ao dever de indenizar, com fundamento, entre outros, nas disposições do CDC.*

*As interpretações dos apelantes, segundo as quais não há relação de consumo entre Shopping e consumidor, levam, data venia, a resultado absurdo com grave ofensa ao mínimo de realismo jurídico indispensável a qualquer decisão.*

*O evento danoso sofrido por pessoas que foram convidadas a consumir e que ocorreu dentro de um templo, de uma Catedral do Consumo, seria considerado – através de sutis argumentos – alheio ao ambiente jurídico de consumo.*

*A propósito da concepção moderna e realista sobre a natureza e a atuação dos Shoppings, veja-se o que disse o então Desembargador, e hoje o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em artigo de doutrina:*

*'Assim, o shopping center é uma atividade empresarial, configurando uma unidade de serviços, que integra em espaço determinado o empreendedor, os lojistas e o público, daí decorrendo relações jurídicas típicas entre o empreendedor, os lojistas e o público' – fl. 97 destes autos. RT 651/237" – (fl. 2.007, 11º vol.).*

*"Também não há que se falar em cerceamento de defesa ou ausência do devido processo legal, pois a prova pretendida dizia respeito exatamente à demonstração de inoccorrência de ato ilícito praticado pelos réus inócua, no caso"* (fl. 2.008, 11º vol.).

*"O fato fundamental – ocorrência da explosão e os danos daí decorrentes – é expressamente admitido pelos réus, que também aceitam as conclusões do laudo técnico do Instituto de Criminalística – fl. 1513 e ss.*

*Assim, não havia necessidade de produção de outras provas, tendo em vista os critérios lógicos, rigorosamente corretos, seguidos pela r. sentença, ou seja, adoção da responsabilidade objetiva consagrada pelo CDC.*

*Não houve igualmente cerceamento de defesa pela circunstância de o julgamento antecipado haver impedido os réus de provar a ocorrência de fato de terceiro a ponto de excluir o dever de indenizar.*

*Os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova. A produção dessa prova no presente processo é inócua e prejudicial à defesa dos consumidores" (fl. 2.009, 11º vol.).*

*"A preliminar de ilegitimidade ativa por parte do M.P. também não procede.*

*Diz o art. 81 do CDC:*

*'A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

*Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de (...).*

*III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

*Assim, existe previsão legal para a defesa coletiva de direitos individuais decorrentes de origem comum.*

*Para tal defesa está legitimado o Ministério Público, nos termos do artigo seguinte – art. 82, I (vide, fl. 2.059, 12º vol.).*

*Em consonância com tais preceitos, o art. 117 do CDC fez inserir na Lei da Ação Civil Pública – L. 7.347/85, mais um artigo (nº 21), a saber:*

*'Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o CDC, dispositivos esses que tratam da defesa do consumidor em Juízo – art. 81 e seguintes'.*

*Assim, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, dúvida não há quanto à legitimidade do M.P. para a propositura da presente ação. Ainda que individuais e disponíveis os direitos das vítimas, são eles homogêneos, isto é, decorrentes de origem comum" (fl. 2.011, 11º vol.).*

*"Os apelantes apegam-se à frase 'no que for cabível' constante do referido art. 21 da Lei 7.347/85, entendendo que não cabe, no presente processo, a atuação do M.P., que estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas.*

*A falha grave e irremediável da defesa dos apelantes e da opinião dos doutos pareceristas está na circunstância de haverem considerado isoladamente as relações jurídicas que se estabeleceram entre ofensor e vítimas.*

*Na verdade, não se trata de mera somatória de fatos isolados e de danos individuais.*

*Talvez por isso defesa e parecerista tenham chegado à surpreendente conclusão de que 'não houve impacto de massa' – fl. 1.530.*

*Num átimo, surgiram mais de 300 (trezentas) vítimas diretas.*

*Quantos mais precisariam morrer, ou sofrer ferimentos, para haver 'impacto de massa' ?*

*Embora utilizando-se de expressões como 'lamentável evento', 'trágica explosão', etc., só se cuidou da análise teórica e asséptica da individualidade e indisponibilidade dos interesses e direitos feridos.*

*Ignorou-se o fator catástrofe, que impõe tratamento jurídico diverso para todo o episódio e suas conseqüências.*

*Todas as vítimas passam a formar um grupo definível por um ponto comum, ou seja, o mesmo fato jurídico lesante. Nessas condições, muitas vezes até surgem associações dos infelizes.*

*Fatos de tal envergadura, quando oriundos de ato ou falha humana, lesam também uma infinidade de direitos difusos.*

*Foi o que se verificou no caso dos autos. Serviços hospitalares congestionados, serviços de socorro e de transporte com enorme sobrecarga, o mesmo se podendo falar dos serviços policiais, de trânsito, etc" (fl. 2.010/2.012, 11º vol.).*

"O fato de os arts. 127, caput, e 129, III, da C.F., atribuírem ao M.P. a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada. Tanto é assim que o inciso IX do mesmo art. 129 dispõe que o M.P. poderá

*'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade' (...).*

*E como se viu dos ns. 3.4 e 4.1 retro, nada mais compatível com a finalidade do M.P. do que atuar eficazmente no contexto da tragédia que abalou gravemente a ordem social.*

*Na verdade, basta a leitura do caput do art. 127 (defesa dos interesses sociais) para verificar que está presente a legitimidade do M.P. e que o art. 21 da Lei 7.347/85 nada tem de inconstitucional.*

*Não é demais lembrar que a C.F.188 foi enfática na defesa do consumidor: considera-a uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII); ordena que ele, consumidor, seja esclarecido a respeito de tributos incidentes sobre mercadorias e serviços (art. 150, § 5º); eleva sua defesa à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170, V); e ainda estabeleceu prazo curto para elaboração do CDC – art. 48 das DD.TT.*

*Assim, deve ser afastada qualquer interpretação restritiva que aponte rumo contrário a tão claras disposições constitucionais" (fl. 2.0142.015, 11º vol.).*

*"Os apelantes apagam-se agora na excludente de responsabilidade prevista no art. 14, § 3º, inciso II, ou seja, culpa exclusiva de terceiro. Isto porque a causa real e específica da tragédia estaria nos vícios de construção, de fiscalização de obra e de fornecimento de GLP e respectiva assistência técnica. Entendem os apelantes que não puderam fazer prova desses fatos, os quais, aliás, seriam suficientes para afastar a procedência da ação" (fl. 2.0162.017, 11º vol.).*

*"Eventual sucesso dos apelantes nas demonstrações pretendidas, ou seja, mesmo se fossem aceitas a culpa e conseqüente responsabilidade da construtora, da fiscalizadora e da fornecedora de GLP, em nada estaria afetada a pretensão do autor em demandar contra os ora apelantes, como nenhuma repercussão haveria na esfera de direito das vítimas em relação aos mesmos apelantes.*

*As vítimas são consideradas consumidoras porque convidadas a entrar num ambiente de compras e pertencente e administrado pelas rés. Evidente o fornecimento de serviços relativos ao lazer, à diversão, à oportunidade de compras. Nesse ambiente existem vias e praças, que não são dos lojistas nem do Poder Público. São do próprio shopping. Esses serviços deviam ser fornecidos em condições de segurança, e não o foram. Essa segurança devia ser prestada pelas rés, indiferente e inócuo – nas relações entre vítimas e réus – procurar terceiros, eventuais causadores, ou co-participantes do evento danoso.*

*O fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima.*

*Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo.*

*É o que aconteceria se o dano proviesse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa.*

*O fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento" (fl. 2.0172.018).*

*"No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e conseqüente condenação dos diretores e conselheiros, assiste razão aos apelantes, em pequena parte.*

*Segundo o art. 28, caput, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando não houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.*

*Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração ao dizer:*

*'Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores'.*

*Trata-se aqui de circunstância francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores, consoante já foi dito no item 2.2 retro.*

*Compreendem-se facilmente as razões de justiça e de equidade que moveram o legislador, consciente ou inconscientemente, na imposição do preceito supra.*

*As graves e nocivas conseqüências do acaso, da fortuna, melhor dizendo, do azar – inócorrentes as excludentes previstas no art. 14 – não devem ser suportadas por uma só das partes envolvidas no negócio de consumo mas também pelas pessoas dos diretores da empresa fornecedora.*

*Mesmo não aparecendo sinal de fraude, abuso ou ilicitude, essas pessoas, se necessário, são chamadas a contribuir, economicamente, para a reparação do dano. É um desdobramento a mais, imposto pelo direito positivo, da velha teoria do risco criado.*

*Não há a menor dúvida de que as vítimas também não agiram com culpa. Só tiveram má-sorte. E má-sorte muito superior à dos administradores, os quais, quando muito, só terão perdas patrimoniais.*

*O vulto da demanda e a decisão de procedência levam à conclusão de que existe – de alguma forma, como diz a lei – obstáculo ao ressarcimento se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas.*

*São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral.*

*Verifica-se de imediato, ictu oculi, que a liquidação vai encontrar valor vultoso" (fl. 2.019/2.021, 11º vol.).*

*"Se os elementos constantes dos autos são suficientes para a desconsideração da pessoa jurídica, não são aptos, todavia, para que os administradores sejam tidos desde logo como devedores solidários.*

*O fundamento da condenação não está na culpa ou na ilicitude de seus atos. Está no risco, na responsabilidade que independe de culpa, consagrada pelo CDC.*

*Não se pode, portanto, cogitar, nesta demanda, de solidariedade de origem legal, como, por exemplo, a do art. 1.518. Nem mesmo a dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC, pois em todas essas hipóteses sempre se tem em conta a existência de mais de um causador efetivo do dano, ou cúmplice.*

*No caso dos autos – como proposta e desenvolvida a demanda – as pessoas dos administradores não podem ser vistas como 'causadoras' efetivas do evento. São responsáveis pela reparação sob outro fundamento, que a mera causalidade ou cumplicidade, nos termos do referido § 5º do art. 28, termos esses que não prevêem hipótese de solidariedade, que não pode ser presumida.*

*A meditação em torno do art. 28 e seus parágrafos leva à convicção de que a responsabilidade prevista no § 5º só pode ser de natureza subsidiária" (fl. 2.021/2.022, 11º vol.).*

*Seguiram-se embargos de declaração (fl. 2.039/2.045 e 2.047/2.052, 11º vol.).*

*Daí o presente recurso especial, interposto por B. Sete Participações S/A e Outros, com base no artigo 105, inciso III, letras 'a' e 'c', da Constituição Federal, por violação dos artigos 6º, 330, I, 331 e 535, II do Código de Processo Civil, do artigo 25, IV da Lei nº 8.625, de 1993, dos artigos 2º, 3º, § 2º, 14, § 3º, II, e 28, caput, e § 5º, da Lei nº 8.078, de 1990, artigo 20 do Código Civil e artigo 158, I e § 1º, 1ª parte, da Lei nº 6.404, de 1976, e por divergência jurisprudencial (fl. 2.145/2.208, 12º vol.).*

*O Ministério Público Federal, na pessoa do eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, opinou "pelo desprovimento do recurso" (fl. 2.432, 13º vol.).*

## **RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**

### **VOTO**

#### **EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):**

Recurso especial interposto por B. Sete Participações S/A, Administradora Osasco Plaza Shopping S/C Ltda., Gian Paolo Zantotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli

*Legitimidade do Ministério Público*

*Letra 'a'*

*Artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993 e artigo 6º do Código de Processo Civil*

O Tribunal *a quo* decidiu que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, resulta da conjugação do artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a ação civil pública, com o artigo 81 da Lei nº 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A teor do primeiro:

"Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor"

Por força do segundo:

"Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".  
*"Ainda que individuais e disponíveis os direitos das vítimas"* - está dito no voto do eminente Desembargador José Osório – *"são eles homogêneos, isto é, decorrentes de origem comum"* (fl. 2.011, 11º vol.).

As razões do recurso especial sustentam que:

*"Semelhante interpretação jurisdicional afronta, todavia, os artigos 127, caput, e 129, incs. III e IX da CF (cuja violação constitui objeto do Recurso Extraordinário, sem prejuízo de apreciação incidenter tantum nesta sede), e, na órbita do direito federal, o artigo 25, IV, 'a', da Lei 8.625, de 1993 (Lei Orgânica do MP) e o artigo 6º do Código de Processo Civil"* (fl. 2.155/2.156, 12º vol.).

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

"Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Já o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, dispõe:

"Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

Quer dizer, B. Sete Participações S/A e Outros atacam o julgado, por meio de recurso extraordinário e de recurso especial, no ponto em que ele reconheceu a legitimação do Ministério Público Federal para a tutela de direitos individuais disponíveis.

O tema, evidentemente, não é de natureza infraconstitucional, pouco importando que o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal tenha um *clone* legal, como seja, o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993.

A respectiva matriz está na Constituição Federal (art. 127, *caput*), e só o Supremo Tribunal Federal pode decidir a respeito.

*"Em casos como este"* – anotei em 'O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional' - *"a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário duplica a discussão em sedes diferentes, uma só delas, o Supremo Tribunal Federal, decidindo definitivamente a causa - e com essa peculiar circunstância de que o recurso especial e o recurso extraordinário, então, versam sobre a mesma matéria à base de idênticas razões, que só diferem na invocação das normas alegadamente contrariadas; num, textos de lei, noutro, da Constituição Federal"* (Revista Renovar nº 11, p. 31/39).

Aqui é disso que se trata. As razões do recurso especial foram decalcadas do recurso extraordinário (fl. 2.069/2.075, 12º vol.), e, não obstante o seguimento deste tenha sido negado, a respectiva decisão foi atacada por agravo de instrumento (fl. 2.390, 13º vol.).

Observação: O artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, não foi prequestionado (fl. 2.057/2.060, 12º vol.), a despeito de provocação expressa nos embargos de declaração (fl. 2.041/2.042, 11º vol.). As razões do 1º recurso especial dizem contrariado o artigo 535 do Código de Processo Civil (fl. 2.161/2.162, 12º vol. A se entender que o acórdão recorrido deva ser confrontado com o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, impõe-se a anulação do julgado por ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. }

Do ponto de vista do artigo 6º do Código de Processo Civil, a seguir transcrito, o recurso especial está prejudicado.

"Art. 6º - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Aqui o Tribunal *a quo* declarou que o Ministério Público está autorizado, por lei, a tutelar direitos individuais homogêneos disponíveis.

Letra 'c'

REsp nº 59.164-3, MG, Relator o Ministro Cesar Rocha

Nesse caso, a Egrégia 1ª Turma *conheceu e negou provimento* (sic) a recurso especial interposto, *pela letra 'a'*, contra acórdão que decidira que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor ação civil pública, cujo objeto era *"a fixação da responsabilidade ... pelos danos sofridos pelas vítimas do desmoronamento de terras ocorrido na Vila Barraginha"* (RSTJ nº 78, p. 115 - fl. 2.211, 12º vol.).

À parte a técnica processual, que não coincide com aquela adotada pelas demais Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em que o conhecimento do recurso especial pela letra 'a' implica o respectivo provimento, aquela Turma, *data venia*, decidiu a causa sob o prisma constitucional, *in verbis*:

*"Mas conheço do recurso pela alegada ofensa aos arts. 81, caput, e parágrafo único, II e III, 82, I e 117 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e arts. 1º, IV e 21 da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), ainda que deixando assinalado (sic) se fosse feito um exame rigoroso quanto à sua admissibilidade, o recurso, em verdade, não poderia ser conhecido.*

*É que, em real verdade, todo o fundamento do bem lançado r. acórdão hostilizado tem um sabor nitidamente constitucional, eis que as suas judiciosas razões estão amparadas pelos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988"* (op. cit., p. 116 - fl. 2.212, 12º vol.).

Lê-se no acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Corrêa de Martins:

*"Observem-se as disposições do art. 129 e respectivos incisos e parágrafos. É indubitável que dentre as funções institucionais do Ministério Público se insere a promoção, ou iniciativa, do inquérito e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, segundo o inciso III. Já, antes, o art. 127, caput, incumbe à elevadíssima instituição a defesa, dentre o mais que proclama, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

*A recente Lei nº 8.625, de 12.02.93 (Lei Orgânica do Ministério Público), dispôs, no seu art. 25, inc. IV, alínea 'b', praticamente a mesma coisa, apenas acrescentando, ao lado dos interesses coletivos e dos interesses individuais indisponíveis (combinação dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal), a defesa dos interesses 'individuais homogêneos', como alvo de atuação do Ministério Público pela Ação Civil Pública.*

*Destarte, a dita ação é atribuição do Ministério Público, na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos) como resulta da combinação das disposições mandamentais acima citadas com a disposição da lei infraconstitucional também referida"* (ib., p. 116 – fl. 2.212, 12º vol.).

Há, portanto, divergência entre os acórdãos, mas sobre matéria constitucional, que não pode ser resolvida em recurso especial.

*REsp nº 219.673, SP, Relator o Ministro Garcia Vieira*

Aqui o assunto tratado não diz respeito à relação de consumo, e sim à relação tributária, tendo o acórdão decidido que *"O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores"* (fl. 2.214, 12º vol.) – tudo sem a menor condição de caracterizar a divergência jurisprudencial.

*Relação de consumo*

*Letra 'a'*

*Artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990*

O Tribunal *a quo* decidiu que os shoppings prestam serviços.

*"As interpretações dos apelantes, segundo as quais não há relação de consumo entre Shopping e consumidor, levam, data venia, a resultado absurdo com grave ofensa ao mínimo de realismo jurídico indispensável a qualquer decisão.*

*O evento danoso sofrido por pessoas que foram convidadas a consumir e que ocorreu dentro de um templo, de uma Catedral do Consumo, seria considerado – através de sutis argumentos – alheio ao ambiente jurídico do consumo"* (fl. 2.007, 11º vol.).

As razões do recurso especial dizem:

*"Ao enveredar por essa trilha ... a decisão malferiu o art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990. Com efeito, o que está na lei é que o consumidor é 'toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, sendo curial notar que, segundo José Geraldo Brito Filomeno – citado pela sentença para justificar a 'amplitude' do que seja o consumidor moderno – o conceito legal de consumidor se restringe ao aspecto exclusivamente econômico:*

*'Conceito de Consumidor – Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial"* (fl. 2.168/2.169, 12º vol.).

*Data venia*, isso implica subtrair da realidade um trecho importante, como se os Shoppings só se relacionassem com os respectivos lojistas.

O Ministro Menezes Direito surpreendeu o artificialismo dessa interpretação restritiva, dizendo que *"seria de todo inexplicável que esta unidade nova no mundo dos negócios tivesse tratamento jurídico apenas em uma das pontas"* (RT nº 651, p. 237 – fl. 97, 1º vol.).

*"Hoje"* – está dito, com acerto, no acórdão recorrido – *"já não se tem qualquer dúvida de que o shopping fornece lazer aos seus freqüentadores, que circulam livremente por suas vias e praças, sejam ou não adquirentes de produtos fornecidos pelas lojas, individualmente. O shopping faz propaganda e promoções em nome e em benefício próprio, tudo para que haja grande número de freqüentadores a circular por vias e praças internas, de forma a dar animação e aumentar a potencialidade das vendas das diversas lojas, de cujas receitas participa diretamente o shopping, conforme se vê dos contratos de locação"* (fl. 2.003, 11º vol.).

Letra 'c'

REsp nº 171.283, PR, Relator Ministro Garcia Vieira

Aqui a Egrégia 1ª Turma conheceu e negou provimento a recurso especial interposto pela letra 'a' (sic, vide o que a respeito foi dito retro), mantendo acórdão que declarara a ilegitimidade do Ministério Público para, em ação civil pública, pedir a devolução de valores pagos por adquirentes de lotes à empresa do ramo imobiliário (fl. 2.220/2.259, 11º vol.).

A divergência, alegadamente, resultaria de trecho do voto do Ministro Demócrito Reinaldo, a cujo teor *"compradores de terrenos ... não adquirem nem utilizam produto ou serviço como destinatários finais e, por isso, mesmo, não intervêm em relação de consumo. De certo que terreno não é produto nem serviço"* (fl. 2.172, 11º vol.).

Sem razão.

A um, porque o adquirente de um terreno e o freqüentador de *shopping center* estão em situações fácticas diferentes.

A dois, porque esse acórdão já está superado por precedente da Corte Especial, que reconheceu ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a indenização de adquirentes de imóveis, lesados por cláusula contratual (EREsp nº 141.191, SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ, 1º.08.2000).

REsp nº 97.455, SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo

Nesse recurso especial, a Egrégia 1ª Turma decidiu que *"o contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei"* (fl. 2.173, 11º vol.).

Nada mais é preciso dizer, para desqualificar a pretendida divergência.

Letra 'a'

Artigo 3º e § 2º da Lei nº 8.078, de 1990

O Tribunal *a quo* decidiu que os freqüentadores dos *shoppings* são consumidores, ainda que não façam compras nas respectivas lojas.

*"Todavia"* – dizem as razões do recurso especial – *"o simples passante não pode ser considerado consumidor do shopping, porque evidentemente não adquire ou utiliza produto nem contrata serviço como destinatário final. Da mesma forma, na outra ponta, o shopping não fornece serviços de distração e lazer. Distração e lazer, embora possam resultar de uma prestação de serviços, não são serviços em si (depois de pagar o ingresso, o consumidor entra no parque de diversões, desfruta dos brinquedos e, assim, se distrai, etc.)"* – fl. 2.174, 11º vol.

Salvo melhor juízo, o acórdão recorrido respondeu a isso, com vantagem:

*"Esse tema (da onerosidade de alguns serviços prestados pelos shoppings) já pode ser tido como definitivamente resolvido no direito brasileiro. Mesmo antes da vigência do CDC, firmou-se jurisprudência no sentido de que as empresas, particularmente as de supermercado e as de shopping center, devem indenizar as vítimas de furto de veículo em seus estacionamentos, haja ou não remuneração pela estadia.*

*Essa orientação consolidou-se na súmula nº 130 do STJ, a saber:*

*'A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento'.*

*O exame dos acórdãos referidos pela súmula revela o uso de expressões como 'ainda que gratuito'; 'serviço prestado no interesse do próprio incremento do comércio'; 'ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair a clientela'; 'atrair clientes'; tudo a deixar clara a existência de uma 'remuneração indireta' em favor da empresa.*

*Em suma, a atração de clientes e o fornecimento de vantagens não é considerado ato gratuito ou de liberalidade. O dano sofrido pelo cliente vai ser reparado segundo os princípios rígidos do ato oneroso e não do ato de liberalidade" (fl. 2.005, 11º vol.).*

*Julgamento antecipado da lide*

*Letra 'a'*

*Artigo 14, § 3º, II da Lei nº 8.078, de 1990 e artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil*

O Tribunal *a quo* decidiu que, ainda quando fosse demonstrada a culpa da construtora do shopping, e/ou da empresa que fiscalizou a obra e/ou daquela que forneceu o gás, a responsabilidade de B. Sete Participações S/A e Outros subsistiria.

*"Se" – lê-se nas razões do recurso especial – "a lei é clara em dizer que o fornecedor não será responsabilizado se provar a culpa exclusiva de terceiro (cfr. art. 14, § 3º, II, do CDC), então, quando o acórdão afirma que, mesmo se fossem aceitas as culpas das três autoras envolvidas, 'nenhuma repercussão haveria', está arrostando o disposto nesse tópico legal que autoriza a isenção de responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese de culpa exclusiva de terceiro.*

*O acórdão nega uma conseqüência que a lei expressamente concede (a exoneração de responsabilidade) e recusa a possibilidade de se obter essa exoneração, denegando o direito dos Rectes. de provar a culpa exclusiva dessas terceiras" (fl. 2.184, 12º vol.).*

O exato dimensionamento da questão exige que se defina quem é o *terceiro* referido no artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal *a quo*, acertadamente, identificou esse terceiro no seu sentido estrito, *in verbis*:

*"O fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima.*

*Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo.*

*É o que aconteceria se o dano proviesse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa.*

*O fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento" (fl. 2.017/2.018, 12º vol.).*

Nessa linha, o julgamento antecipado da lide está plenamente justificado, sem qualquer ofensa aos artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil, porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo, B. Sete Participações S/A e Outros da responsabilidade.

*Letra 'c'*

*REsp nº 8.839, SP, Relator o Ministro Waldemar Zveiter*

A Egrégia Terceira Turma decidiu que, girando a controvérsia em torno dos fatos, o MM. Juiz de Direito não poderia ter indeferido a prova pericial, requerida por ambas as partes (fl. 2.265/2.274, 13º vol.).

*RE nº 108.770-6, RJ, Relator o Ministro Carlos Madeira*

O Supremo Tribunal Federal anulou o processo, nesse precedente, porque os fatos eram *"não só pertinentes, mas relevantes"* e, não obstante as partes tivessem confluído, *"pelo menos, no pedido de perícia para quantificar os prejuízos alegados pelo autor"*, a causa foi julgada antecipadamente (fl. 2.287, 13º vol.).

*REsp nº 13.515-0, PR, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo*

A Egrégia Quarta Turma decidiu que o juiz deve *"permitir a produção de provas pelas partes fundamentalmente requeridas que, em razão da pertinência e relevância dos fatos a que se referem, possam influir decisivamente na solução do litígio"* (fl. 2.290, 13º vol.).

*REsp nº 85.037, MA, de que fui relator*

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo porque não é caso de julgamento antecipado da lide, *"quando a documentação que instrui a petição inicial é insuficiente à demonstração do direito do autor, que requereu a produção de provas, e quando, concomitantemente, o réu nega esse direito, protestando por infirmá-lo na dilação probatória"* (fl. 2.305, 13º vol.).

*REsp nº 39.786-3, SP, Relator o Ministro Pádua Ribeiro*

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo, porque o juiz se precipitou *"ao decidir a lide antecipadamente, sem dar oportunidade às rés de produzir as provas requeridas, nas respectivas contestações, especialmente a prova pericial, equívoco esse endossado pelo acórdão recorrido"* (fl. 2.331, 13º vol.).

Todos os acórdãos acima resumidos, indicados como paradigmas, partiram do pressuposto de que a prova era *necessária* ao desate da lide. Na espécie, e do ponto de vista do acórdão recorrido, a prova era *inútil*, porque não influenciaria o desfecho da causa – circunstância suficiente para descaracterizar a alegada divergência jurisprudencial.

*A responsabilidade dos administradores e dos conselheiros*

*Letra 'a'*

*Artigos 28, caput, e § 5º da Lei nº 8.078, de 1990, artigo 20 do Código Civil e artigo 158, I e § 1º, primeira parte, da Lei nº 6.404, de 1976*

O Tribunal *a quo* decidiu que os administradores, aí incluídos os conselheiros de B. Sete Participações S/A, respondem subsidiariamente pelos danos causados, independentemente "*de fraude, abuso ou ilicitude*" (fl. 2.020, 11º vol.).

Lê-se no voto condutor:

*"No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e conseqüente condenação dos diretores e conselheiros, assiste razão aos apelantes, em pequena parte.*

*Segundo o art. 28, caput, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando*

*houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.*

*Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração ao dizer:*

*'Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores'.*

*Trata-se aqui de circunstância francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores, consoante já foi dito no item 2.2. retro" (fl. 2.019/2.020, 11º vol.).*

*"O fato" – dizem as razões do recurso especial – "é que o acórdão, apesar de não reconhecer 'qualquer comportamento inadequado juridicamente (por parte dos administradores), considerou isoladamente a expressão 'qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento', do § 5º do artigo 28, para entendê-la como 'circunstância francamente objetiva' e culminou por atingir o patrimônio dos Rectes., membros do Conselho de Administração da B. Sete Participações S/A, ferindo não só o art. 28, caput, e seu § 5º, do CDC, mas também o disposto no art. 20 do Código Civil e o na Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 158, I e seu § 1º, 1ª parte" (fl. 2.199, 12º vol.).*

No magistério de Pontes de Miranda:

*"Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem" (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo I, p. 288).*

O artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver "*abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*".

A desconsideração também será efetivada quando houver "*falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*".

Candido Dinamarco, com apoio em Fábio Ulhoa Coelho, observou que:

*"Na realidade o caput do art. 28 está cuidando da responsabilidade direta dos sócios, em matéria que conceitualmente não se integra no fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica. É regra comum de direito societário a de que os sócios respondem em nome próprio (e não por desconsideração) quando atuem com abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos societários ou quando pratiquem, na qualidade de sócios, certos atos ilícitos. Tal ilicitude é sempre de direito societário e, para ter a conseqüência descrita no art. 28, sequer seria necessário este" (parecer – fl. 1.692/1.693, 9º vol.).*

E concluiu:

*"... quando a lei manda desconsiderar a personalidade jurídica como meio de remover obstáculos ao ressarcimento (CDC, art. 28, § 5º) as formas pelas quais se houverem criado tais obstáculos não podem ser os mesmos fatos dos quais haja emergido a obrigação de indenizar. Interpretação contrária significaria – tanto quanto a que se repudiou no tópico precedente – haver por derogada a regra da*

*autonomia das pessoas jurídicas em face dos sócios (CC, art. 20) e a limitação da responsabilidade nas sociedades anônimas ou por quotas" (parecer, fl. 1.694, 9º vol.).*

No mesmo sentido, o parecer de Waldírio Bulgarelli (fl. 864890, 5º vol.):

*"Afora, pois, os casos de falência ou insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração, os demais casos arrolados como fatos a serem subsumidos pela norma se referem a figuras a bem dizer delituosas, e note-se, que tenham sido utilizados contra o consumidor, ou como diz a própria lei, no § 5º do art. 28 cit., como obstáculos.*

*Tecnicamente, em termos de redação legislativa trata-se de uma daquelas chamadas pela doutrina, hoje, regras de decisão, cabendo ao juiz, aliás, como em outras que o Código contém, como a da inversão da prova, etc., decidir perante o caso concreto" (fl. 884, 5º vol.).*

Com efeito, sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fático do artigo 28, *caput*, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica – nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, *verbis*:

"§ 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Na técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do *caput*.

Recurso especial interposto por Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto

*Letra 'a'*

*Artigo 535 do Código de Processo Civil*

As razões do recurso especial sustentam que:

*"... o v. acórdão, acolhendo parcialmente os recursos, afastou a responsabilidade solidária das pessoas físicas, por reconhecer a inexistência de indício de conduta ilícita. Manteve, porém, a desconsideração da personalidade jurídica, mas por outro fundamento de fato: o de que estaria configurado o obstáculo ao ressarcimento a que alude o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, posto que o patrimônio das empresas envolvidas seria incompatível com o vulto que atingirão as indenizações.*

*Como se verifica, a questão foi examinada exclusivamente à luz do dispositivo do CDC, sem enfrentar a sua compatibilização com as normas regentes da matéria, expressamente discutidas no recurso e, ainda, com a introdução de um novo fundamento de fato, que não havia sido objeto da decisão de 1º grau, não tendo sido, pois, submetido ao contraditório.*

*De sorte que, ante à falta de manifestação explícita sobre os pontos de direito questionados, os recorrentes, por cautela, pedem preliminarmente ao E. Tribunal determinar a remessa dos autos ao Juízo local, a fim de suprir as omissões apontadas, com a prolação de nova decisão em torno dos embargos declaratórios opostos" (fl. 2.343/2.344, 13º vol.).*

Ora, essas razões estão prejudicadas pela conclusão de que o artigo 28, § 5º da Lei nº 8.078, de 1990 só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*.

Quer dizer: a omissão não tem repercussões, porque o Tribunal *a quo* aplicou a norma que, a seu juízo, incidiu.

*Artigo 20 do Código Civil, Artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, Artigo 158 da Lei nº 6.404, de 1976, Artigos 596, 458, III e 515, § 1º do Código de Processo Civil*

A tese de mérito foi acolhida no exame do 1º recurso especial (L. 8.078/90, art. 28), de modo que já não há interesse nas questões processuais (CPC, arts. 458, III, 515, § 1º, e 596).

Voto, por isso, no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, ao 1º recurso especial, bem assim de conhecer e de dar provimento ao 2º recurso especial para excluir Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, assim como Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, dos efeitos da condenação.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**

### **VOTO-VISTA**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:**

O Ministério Público de São Paulo ajuizou ação civil pública para defender as vítimas do trágico acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping, em decorrência de violenta explosão. Para a inicial, é consumidor o usuário ou frequentador do shopping center, no caso, todas as vítimas da explosão, destacando, ainda, os aspectos da responsabilidade civil que justificam a indenização e a legitimidade do Ministério Público.

Pede, finalmente, que *“sejam os réus condenados, noas exatos termos do art. 95 do CDC, a reparar todos os danos morais elou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido aos 11 de junho de 1996 no Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes, mediante indenização, cuja extensão deverá ser apurada em liquidação de sentença, a ser promovida pelos interessados e legitimados (art. 97 do CDC); bem como a pagar todas as verbas da sucumbência”*.

A sentença (fls. 1409 a 1437, vol. 8) julgou procedente o pedido nos termo do pedido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação dos réus *“apenas para a finalidade de afastar a responsabiidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano, confirmando-se, no mais, a r. sentença, por seus sólidos fundamentos”*. Entendeu o acórdão recorrido: **a)** que a questão está submetida ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 2º e 3º, § 2º); **b)** a sentença está bem fundamentada, deixando claro que foi aplicado o Código de Defesa do Consumidor, alcançando a teoria da responsabilidade objetiva, dispensadas as provas ligadas à demonstração de culpa, inexistente qualquer afronta aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 131 e 458 do Código de Processo Civil ; **c)** não existe cerceamento de defesa ou ausência do devido processo legal, *“pois a prova pretendida dizia respeito exatamente à demonstração da inocorrência de ato ilícito praticado pelos réus, inócua, no caso”*, sendo que *“não houve igualmente cerceamento de defesa pela circunstância de o julgamento antecipado haver impedido os réus de provar a ocorrência de fato de terceiro a ponto de excluir o dever de indenizar”*, vez que estão eles sendo demandados *“em razão de responsabilidade própria”*; **d)** não cabe a denunciação à lide porque não admitida *“na temática do CDC”*; **e)** a inicial não é inepta, preenchendo os requisitos legais, optando pela responsabilidade objetiva e referindo-se às mortes e ferimentos; **f)** o Ministério Público é parte legítima nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, presente o art. 21 da Lei nº 7.347/85; **g)** *“são ingratas as tentativas dos réus de argüir preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir e de levantar a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei da Ação Civil pública, de forma a entender que o M.P. não podia pleitear direitos individuais disponíveis”*; considerou o acórdão recorrido que o *“fato de os arts. 127, caput, e 129, III, da C.F., atribuírem ao M.P. a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada”*, mencionando o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal, lembrando que o art. 21 nada tem de inconstitucional e que a própria Constituição é enfática na defesa dos direitos do consumidor; **h)** no mérito, a ação é de *“manifesta procedência”*, admitida a relação de consumo; a insistência dos recorrentes sobre a culpa exclusiva de terceiro não colhe porque, como já afirmado, são eles *“demandados em razão de responsabilidade própria, originária da relação de consumo estabelecida entre as vítimas e os titulares do shopping”*; o *“fato de terceiro só é considerado excludente de responsabiidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima”*, ou seja *“que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo”*, assim se o dano *“provisse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa”*; no caso, o fato de terceiro alegado pelos apelantes *“prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento”*; **i)** têm razão os apelantes, em pequena parte, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, que só cabe, segundo o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, quando houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, havendo para tanto necessidade de dilação probatória, mas aplicou o § 5º do mesmo artigo, impondo-se a responsabilidade subsidiária, afastando-se, portanto, a responsabilidade solidária.

Os embargos de declaração foram rejeitados, feita, apenas, correção de erro material. Foram interpostos dois especiais.

O eminente Relator, Ministro **Ari Pargendler**, conheceu e proveu os especiais para excluir dos efeitos da condenação Gian Paolo Zanoto, Ubirajara Kyrillos, Maria Carla Lunardelli, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antonio Lunardelli Neto.

Quanto ao primeiro recurso, o eminente Relator: **a)** considerou que o tema da legitimidade do Ministério Público foi desafiado no plano constitucional, não sendo tema de natureza infraconstitucional; **b)** entendeu que existe relação de consumo porque o shopping não se relaciona apenas com os lojistas, mas, também, com os seus frequentadores, afastando a alegada violação do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor diante da jurisprudência consolidada da Corte de que o supermercado e o shopping center

respondem pelo furto de veículo em seu estabelecimento mesmo sem que haja remuneração pelo estacionamento; **c)** não vislumbrou cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide “*porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo B. Sete Participações S/A e outros da responsabilidade*”; **d)** não há incidência do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor porque está ausente o suporte fático do art. 28, **caput**, considerando, ainda, que na “*técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do caput*”. Para o Relator não há dissídio, tal e qual explicitou sob cada item, analisando os paradigmas apresentados.

Quanto ao segundo recurso, o eminente Relator: a) afastou a violação do art. 535 do Código de Processo Civil no que concerne à responsabilidade solidária dos administradores porque foi a questão examinada à luz do Código de Defesa do Consumidor, “*sem enfrentar a sua compatibilização com as normas regentes da matéria, expressamente discutidas no recurso e, ainda, com a introdução de um novo fundamento de fato, que não havia sido objeto da decisão de 1º grau, não tendo sido, pis, submetido ao contraditório*”; **b)** estão prejudicadas as razões apontadas “*pela conclusão de que o art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078, de 1990 só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do caput*”; **c)** acolhida a tese de mérito, não há mais interesse nas questões processuais.

Vamos examinar o primeiro recurso especial.

O ponto inaugural é sobre a ilegitimidade ativa do Ministério Público, apontando-se como violado o art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93 e 6º do Código de Processo Civil. Como vimos, o ilustre Relator desqualificou a argüição infraconstitucional considerando que o tema foi posto no plano da Constituição Federal.

A leitura do acórdão recorrido demonstra que houve a configuração da legitimidade ativa na cobertura da existência de direitos individuais homogêneos, “*assim entendidos os decorrentes de origem comum*”, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, lembrando que para tanto ganhou a Lei nº 7.347/84 o acréscimo do art. 21. E identificou a origem comum na explosão ocorrida e que provocou os danos objeto do pedido de reparação. Mas, o certo é que o acórdão recorrido cuidou de desafiar, basicamente, a alegação dos apelantes no sentido de que a atuação do Ministério Público “*estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas*”, tudo para apresentar a inconstitucionalidade do citado art. 21, “*de forma a entender que o M.P. não podia pleitear direitos individuais disponíveis*”. No ponto, considerou o acórdão recorrido que o “*fato de os arts. 127, caput, e 129, III, da C.F., atribuírem ao Ministério Público a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada*”, invocando o inciso IX do mesmo art. 129 que dispõe poder o Ministério Público “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)*”, nada sendo mais “*compatível com a finalidade do M.P. do que atuar eficazmente no contexto da tragédia que abalou gravemente a ordem social*”. Para o acórdão recorrido, “*basta a leitura do caput do art. 127 (defesa dos interesses sociais) para certificar que está presente a legitimidade do M.P. e que o art. 21 da Lei nº 7.347/85 nada tem de inconstitucional*”.

Já se sabe que modernamente a tendência tem sido a de ampliar o sistema de tutela dos interesses difusos ou coletivos. Tratando do mandado de segurança coletivo, antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, **Ada Pellegrini Grinover**, ofereceu preciosa lição:

*“A doutrina já se havia encarregado de fazer a distinção entre interesses difusos e coletivos, que agora a Constituição incorpora, referindo-se-lhes no art. 129, III. Não há dúvida de que tanto os interesses difusos como os coletivos pertencem à categoria dos metaindividuais, sendo todos indivisíveis, e titularizando-se em porções mais ou menos amplas da coletividade. A diferença consiste em que se entende por difusos aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas que são apenas por circunstâncias de fato, contingentes ou variáveis, como as de habitarem a mesma região ou o mesmo bairro, participarem de certos empreendimentos, consumirem determinados produtos. Situam-se nessa espécie interesses espalhados e muito amplos, p. ex., os que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.*

*Já nos interesses chamados coletivos, existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo: como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou classe.*

*Mas tanto na primeira como na segunda categoria, claramente exsurge a posição dos detentores de direitos individuais, titularizados nas mãos daquelas pessoas que sofrem uma lesão ou um perigo de lesão em decorrência do dano, real ou potencial, coletivamente causado. São esses direitos individuais tão*

*homogêneos, por sua origem comum, que também se lhes pode dar tratamento coletivo: inserem-se aqui a reparação do dano pessoalmente sofrido em virtude de relações de consumo ou da lesão ecológica, a pretensão de todos os contribuintes de determinado tributo à declaração de sua inconstitucionalidade etc. A esses direitos pelo menos em um segundo momento, o sistema de **common law** há muito tempo vem dando tratamento coletivo, por intermédio das **class actions**. O mesmo se dá, no Brasil, a partir da nova Constituição, com os direitos dos filiados a partidos políticos, dos sindicalizados, dos pertencentes a entidades associativas, espontâneas ou compulsórias, a associações as mais diversas. O Projeto do Código de Defesa do Consumidor, aprovado no Senado, explicita a técnica adequada ao tratamento coletivo desses direitos individuais' (Revista de Processo 57/99)".*

Da mesma forma, esta Corte tem considerado a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, considerando a presença de interesse social relevante, assim, por exemplo, quando decidiu no caso dos trabalhadores das minas de Morro Velho “*submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde*”. Na ocasião, assinei no meu voto o magistério de mestre Barbosa Moreira que destacou que “*alarga-se em medida notável o âmbito de atividade do Ministério Público, investido por sucessivos diplomas legais de legitimação para agir em juízo na defesa de direitos e interesses que nem sempre ultrapassam as divisas do terreno privado*” (Revista da Faculdade de Direito da UERJ, RENOVAR, Rio, nº 3, 1995, pág. 311/312). Destaquei, ainda, a lição de **Milton Flaks** no sentido de que “*não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover 'a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, III) tout court (e não os 'interesses coletivos ou difusos indicados em lei')*” (RDA, RENOVAR, 190/65). Assim, relevei que a “*interpretação que se está acolhendo para prover o especial e afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria*” (REsp nº 58.682/MG, de minha relatoria, DJ de 16/12/96).

No presente caso, o especial, como assinalou o eminente Relator, cuidou de apontar a interpretação acolhida pelo acórdão recorrido como violadora dos artigos 127, **caput**, e 129, III e IX, da Constituição Federal, trazendo, no plano infraconstitucional, a alegação de que violado o art. 25 da Lei nº 8.625/93. Mas não há como desafiar a regra do art. 25 da Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que menciona direitos individuais indisponíveis e homogêneos. E não há porque expressamente o fundamento da legitimidade não está, segundo o acórdão recorrido, na disciplina infraconstitucional, mas, sim, no marco do art. 127, **caput**, da Constituição Federal e da constitucionalidade do art. 21 da Lei nº 7.347/85. Se o acórdão recorrido traz a legitimidade da matriz constitucional não tem relevância a exegese infraconstitucional, mesmo porque a referência ao Código de Defesa do Consumidor está, tratando-se de ação civil pública, como se trata, no berço da inovação trazida pelo art. 21, acrescido à Lei nº 7.347/85 pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor. Impugnada a constitucionalidade, rechaçada pelo acórdão recorrido, o plano recursal é do extraordinário. E em tal situação, o especial não tem condições de passagem.

O segundo ponto do especial alcança a existência da relação de consumo, apontando o especial violação dos artigos 2º e 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Pretendem os recorrentes, em bem lançadas razões, amparadas em pareceres de mestres de reconhecido talento, que o conceito de consumidor na disciplina do Código está vinculado ao aspecto econômico, atingindo a cadeia do ciclo econômico, a tanto equivale a expressão “*destinatário final*”. Tenho que a opinião de **Barros Leães**, citada no especial, bem resume a natureza da forte impugnação apresentada. Escreve o ilustre doutrinador que “*se nos ativermos aos exatos termos da lei, e não nos perdermos em meras lucubrações, o simples freqüentador que parqueia o seu automóvel no estacionamento (gratuito) de um **shopping center**, adentra seu recinto e circula pelo **Mall**, percorrendo as suas galerias, praças e corredores para os quais se abrem as lojas, inclusive visitando-as, sem adquirir ou se utilizar de bens ou serviços, não se torna, **ipso facto**, um consumidor, pelo menos para efeito da lei protetora, que expressamente requer a realização desses atos de aquisição ou de uso para que uma pessoa assuma essa condição (art. 2º, **caput**). A lei não agasalha, assim, os conceitos de 'consumidores potenciais', 'consumidores virtuais', e quejandos, que vicejam em textos sociológicos, políticos, ou literários*”.

A sempre proveitosa leitura de trabalho doutrinário do eminente jurista **Barros Leães**, contudo, no caso, não me leva a com ele concordar quando descarta a qualidade de consumidor para aquele que frequenta um shopping center.

Em outra oportunidade, procurei demonstrar que o “*shopping center é uma atividade empresarial, configurando uma unidade de serviços, que integra em espaço determinado o empreendedor, os lojistas e o público*”. Anotei, ainda, que o shopping center, “*deve ser compreendido como uma unidade. Sendo assim, a sua existência no mundo jurídico há de repercutir não apenas na natureza das relações que se desenvolvem no plano da sua organização (constituição, relações com os comerciantes, res sperata, controle sobre a produtividade das lojas, manutenção do **tenant mix**), mas, também, no plano dos consumidores (facilidades oferecidas pela concentração, segurança, estacionamento). Seria de todo inexplicável que esta unidade nova no mundo dos negócios tivesse tratamento jurídico apenas em uma das pontas*” (RT 651/237). Na realidade, o shopping center é, sem sombra de dúvida, uma unidade de serviços, o que significa que como entidade jurídica é um fornecedor de serviços com relação ao público que o frequenta. O serviço está aí identificado com a oferta concentrada de alternativas de compra e lazer para os seus frequentadores, que, portanto, adquirem a natureza de consumidores de tais serviços. O consumidor, assim o frequentador, usa o serviço oferecido pelo shopping center, havendo outra relação jurídica entre este frequentador e as lojas e serviços que se encontram em seu interior. Há, portanto, na minha compreensão, uma relação de consumo, na modalidade de serviço, entre o frequentador do shopping e a entidade jurídica respectiva e uma relação de consumo entre esse mesmo frequentador e as entidades jurídicas que se encontram reunidas naquele espaço determinado. Não há como aceitar que exista, apenas, relação jurídica entre o shopping center e as empresas instaladas dentro dele. Negar a relação jurídica do shopping center, como unidade de serviços, e os frequentadores é negar a realidade. Com isso, creio, fica afastada a impugnação apresentada no especial no sentido de que “*o simples passante não pode ser considerado consumidor do 'shopping', porque evidentemente não adquire ou utiliza produto e nem contrata serviço como destinatário final. Da mesma forma, na outra ponta, o 'shopping' não fornece serviços de distração e lazer. **Distração e lazer**, embora possam resultar de uma prestação de serviços, **não são serviços em si** [depois de pagar o ingresso, o consumidor entra no parque de diversões, desfruta dos 'brinquedos' e, assim, se distrai etc]*”. E fica porque está demonstrado, pelo menos na minha compreensão, que o shopping é em si mesmo uma unidade de serviços e, portanto, tem com o frequentador uma relação de prestação de serviços específica, sendo o frequentador o destinatário final da prestação.

O argumento bem argamassado do especial, em torno do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é que não haveria remuneração. Sem dúvida, impressiona, porque o acesso ao shopping, de fato, não está condicionado ao pagamento de uma remuneração direta determinada. A “*renda auferida pela empreendedora é estritamente vinculada ao recebimento do valor maximizado do **aluguel dos espaços locados***”, segundo afirmam os recorrentes. Já defendi o entendimento de que a remuneração direta tornava-se indispensável para a configuração da relação de consumo nos termos do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no caso das cadernetas de poupança. Mas tal entendimento não prevaleceu na Segunda Seção, admitindo-se, então, a possibilidade da existência de uma remuneração indireta. No ponto, o voto condutor da douta maioria deduziu as razões que se seguem:

“*Não procede o argumento utilizado, com o fim de descaracterizar a relação de consumo, de que os depósitos em caderneta de poupança não são remunerados.*

*Conquanto os clientes, titulares das cadernetas de poupança, não paguem diretamente às instituições financeiras pelos depósitos efetuados, o fato é que os bancos obtêm a sua remuneração do próprio uso do dinheiro dos poupadores, aplicando livremente no mercado financeiro um percentual máximo determinado pelo Banco Central do Brasil, repassando apenas parte do lucro auferido aos verdadeiros donos do numerário.*

*Nessa ciranda financeira, tenho por certo que os bancos depositários são remunerados por todos os seus serviços – muitas vezes regamente, diga-se de passagem – inclusive pelos depósitos em caderenetas de poupança.*

*O negócio é tão lucrativo que eles se servem, para angariar clientela, de todos os meios que têm à sua disposição, investindo pesado na propaganda e no marketing, inclusive com slogans que fazem expressa referência a seus produtos e serviços como sendo os mais vantajosos do mercado.*

*Portanto, as relações existentes entre clientes e a instituição financeira, nelas incluídas as cadernetas de poupança, apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo” (REsp nº 106.888/PR, Relator o Ministro **Cesar Asfor Rocha**, DJ de 05/8/2002).*

Reconhecida a possibilidade da remuneração indireta, dúvida não pode haver sobre a ausência de violação do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A frequência do público, efetivamente, rende remuneração indireta ao shopping center, constitui a sua clientela, sem a qual o êxito do empreendimento não existe, daí a propaganda institucional do próprio shopping, na mesma toada das instituições financeiras, como indicado no precedente da Segunda Seção antes mencionado.

O outro ponto dos recorrentes é sobre a violação dos artigos 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, 330, I, e 331 do Código de Processo Civil ao argumento do cerceamento de defesa para a prova da culpa exclusiva de terceiro. O ilustre Relator entendeu justificado o julgamento antecipado *“porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo, B. Sete Participações S/A e outros da responsabilidade”*.

Anoto que diversos especiais foram interpostos contra decisão do Tribunal local que indeferiu a denunciação à lide da Construtora Wysling Gomes Ltda. e B.R.R. Gerenciamento e Planejamento SC Ltda. afastando a incidência do art. 70, III, do Código de Processo Civil. Nesta Turma a decisão foi mantida com base nas Súmulas nºs 05 e 07 da Corte, ademais de considerar-se a jurisprudência que não admite a denunciação quando a denunciante quer eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro (REsp nº 191.139-SP, de minha relatoria, DJ de 15/5/2000; no mesmo sentido o REsp nº 172.231/SP, Relator o Ministro **Waldemar Zveiter**, DJ de 29/5/2000). Na Segunda Seção, o AgRgAg nº 200.239/SP, de minha relatoria, DJ de 02/5/2000), não chegou a ser julgado diante de ofício do Juiz de Direito da Quinta Vara Cível da comarca de Osasco comunicando que foi homologado acordo celebrado entre as partes.

Sem dúvida, o art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor prescreve a excludente de responsabilidade quando o fornecedor de serviços provar a responsabilidade exclusiva da vítima ou de terceiro. Mas, a meu sentir, o que se vai examinar, no caso, é se o julgamento antecipado acarretou cerceamento de defesa, presente a disciplina dos arts. 330, I, e 331 do Código de Processo Civil. O acórdão recorrido, de fato, cuidou da alegação dos apelantes sobre o art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor quando enfrentou o mérito, concluindo por afirmar que a *“existência do fato e o resultado danoso não são negados – Fls. 1513. A responsabilidade, como já foi dito, é de natureza objetiva, isto é, independe da demonstração de culpa, nos termos do art. 12 do CDC”*. Asseriu também que *“os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria, originária da relação de consumo estabelecida entre as vítimas e os titulares do shopping”*, para considerar que o *“fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento”*. E quando enfrentou a preliminar de cerceamento de defesa, o acórdão recorrido entendeu que os *“réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova. A produção dessa prova no presente processo é inócua e prejudicial à defesa dos consumidores”*.

Como sabido, o fato de terceiro que não exonera a responsabilidade é aquele que com o serviço guarda conexão, como se tem reconhecido, à sociedade, quando se desafia a responsabilidade do transportador (por todos o REsp nº 40.152/SP, Relator o Ministro **Nilson Naves**, DJ de 10/10/94). No presente feito, o acórdão recorrido considerou, de acordo com as circunstâncias fáticas, que a responsabilidade da empresa recorrente não seria alcançada pelo fato de terceiro, ou seja, ausente a culpa exclusiva de terceiro, daí a inocuidade da prova e, via de consequência, a ausência de cerceamento de defesa. Com essa base empírica, o acórdão recorrido não pode ser revisado na plataforma do recurso especial.

Finalmente, o especial enfrenta a questão da responsabilidade dos administradores, com base na desconsideração da personalidade jurídica. Sobre o tema, peço vênias aos eminentes colegas para manifestar algumas considerações.

Na vida econômica, os conflitos não podem ser eternizados, sob pena de absoluta inutilidade da prestação jurisdicional. Do mesmo modo, o emaranhado de leis causa facilidades para manobras de toda a ordem, beneficiando os espertos e criando dificuldades aos honestos, que cumprem as suas obrigações. Mais

grave ainda, dá ensanchas ao inadimplente de escapar ileso, deixando um vácuo na relação econômica, pela utilização de meios capazes de enredar o sistema de direito positivo.

É nesse contexto que se deve examinar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. E a sua origem está bem vinculada ao panorama antes delineado. Formalmente, foi o direito inglês que inaugurou a proteção contra a fraude na atividade econômica, por meio do chamado "*Companies Act*", de 1929, que estabeleceu a competência da Corte para declarar que todos os que participaram, de forma consciente, da fraude constatada no curso da liquidação de uma determinada sociedade, seriam considerados responsáveis, direta e ilimitadamente, pela obrigação. Mas no direito norte-americano, desde o século XVI, já existiam instrumentos para evitar atos fraudulentos, aparecendo nos primeiros anos do século vinte o denominado "*Uniform Fraudulent Conveyance Act*", e já nos oitenta a revisão no "*Uniform Fraudulent Transactions Act*". Ganhou fôlego a teoria, conhecida no direito anglo-saxão como "*disregard of legal entity*", espreado-se pela Alemanha com a "*durchgriff der juristischen personen*", pela Itália com o "*superamento della personalità giuridica*", pela França com a "*misé a l'ecart de la personnalité morale*". No direito brasileiro, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nasce para desafiar a regra do art. 20 do Código Civil: "*As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*". Como bem ensina **Fábio Ulhoa Coelho**, a manipulação da autonomia das pessoas jurídicas é o instrumento para a realização da fraude contra credores. Mas o mesmo autor, no seu Curso de Direito Comercial, adverte, acertadamente, que a desconconsideração da personalidade jurídica não deve ser olhada como a destruição do instituto da autonomia entre a sociedade e seus membros, mas, sim, como meio para corrigir o seu mau uso, afirmando: "*O objetivo da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude*" (Saraiva, 1999, págs. 34/35).

**Rubens Requião**, considerado o introdutor da doutrina no Brasil, lembrando a tese de **Rol Serick**, da Faculdade de Direito de Heidelberg, esclarece, logo, que não se trata de "*considerar ou declarar nula a personalidade jurídica, mas de torná-la ineficaz para determinados atos*" (Curso, Saraiva, 21ª ed., pág. 283). Para **Requião**, "*a doutrina, pouco divulgada em nosso País, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade comercial*" (pág. 284).

O que se deve considerar no trato doutrinário da desconconsideração da personalidade jurídica é a sua utilização apenas para evitar o abuso ou a fraude, todas as vezes que a personalidade jurídica da sociedade comercial, na forma do art. 20 do Código Civil, for utilizada como instrumento para prestigiar aquele que manipula a pessoa jurídica com o objetivo de fugir do adimplemento de uma dada obrigação. Vale, por isso mesmo, a advertência feita por **Fábio Ulhoa Coelho**, no sentido de que a doutrina como tal é aquela, que ele denomina de "*maior*", "*que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto*". Assim, a "*menor*", isto é, aquela "*que se refere à desconconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é considerar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade*".

A meu sentir, no plano doutrinário, a desconconsideração da personalidade jurídica cabe quando houver a configuração de abuso ou de manipulação fraudulenta do princípio da separação patrimonial entre a sociedade e seus membros. O que se quer é evitar a manipulação da autonomia patrimonial da sociedade como meio de impedir, fraudulentamente, o resgate de obrigação assumida nos termos da lei. E, assim mesmo, a doutrina não conduz à extinção da sociedade, que permanece existindo regularmente, mas, tão-somente, afasta a separação patrimonial em uma determinada circunstância. Valho-me, ainda uma vez, da lição de **Fábio Ulhoa Coelho**: "*Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a consideração da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à desconconsideração da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para revelar o oculto por trás do véu da pessoa jurídica*". **Juan Dobson** mostra que todos os autores "*que consideram o problema da desconconsideração (desestimación) da personalidade jurídica, outorgam um papel preponderante à fraude*", anotando que **Rol Serick**, "*que escreveu indiscutivelmente uma obra fundamental sobre o tema, coloca a fraude em lugar primordial. Entende que só se pode prescindir da personalidade jurídica quando haja*

*abuso dela, e só haverá abuso quando se intente com ela burlar uma lei, quebrar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros”* (El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado), Depalma, 1991, pág. 178). E Alexandre Couto Silva, destaca que na “*aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a regra geral mais comumente citada é a determinada pelo Juiz Sanborn no caso United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. : '[Uma] companhia será considerada uma pessoa jurídica como regra geral, e até que suficiente razão contrária apareça; mas, quando a noção de pessoa jurídica é usada para derrotar a ordem pública, justificar o injusto, proteger a fraude, ou amparar o crime, o direito irá considerar a companhia como uma associação de pessoas*” . E, citando o “*leading case*” Bartle v. Home Owners Cooperative (1955) “*no qual a companhia foi formada simplesmente para evitar a responsabilidade pessoal dos acionistas, mas sem a intenção de que esta servisse de instrumento para perpetrar a fraude, o abuso ou, mesmo, realizar injustiça. 'A lei permite a formação de um negócio para a proposta de escapar da responsabilidade pessoal. De forma geral, a doutrina da 'desconsideração da personalidade jurídica' é invocada para prevenir fraude ou para alcançar a justiça'. Mas no presente caso não houve fraude, informações falsas que levam ao erro e nem ilegalidade”* (Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro, LTR, págs. 58/59 e 60).

Como sabido, o objetivo maior da desconsideração da personalidade jurídica é responsabilizar o sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. Mas, isso não quer dizer que não possa ocorrer o contrário, ou seja, o afastamento da autonomia patrimonial para responsabilizar a sociedade por dívida do sócio, desde que caracterizada a manipulação fraudulenta.

Esses lineamentos básicos da doutrina bem revelam que a aplicação jurisprudencial é de fundamental importância para que se possa aferir bem a extensão por ela alcançada no direito brasileiro. Só recentemente, com o Código de Defesa do Consumidor, art. 28, é que houve a previsão positiva da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, usada pelos Tribunais, inicialmente, no campo tributário. É certo que alguns autores a identificam já na Consolidação das Leis do Trabalho, que prescreve a responsabilidade solidária das empresas componentes de determinado grupo econômico com relação às obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Por outro lado, o Código Tributário Nacional, nos arts. 124 e 135, contém disciplina sobre a responsabilidade solidária. Mas, **Alexandre Couto Silva** entende que no “*Direito Tributário não se pode afirmar a existência de dispositivos que consagrem a desconsideração da personalidade jurídica*” (cit., pág. 119). O mesmo se pode dizer da disciplina das instituições financeiras com a responsabilidade solidária dos administradores, no caso das liquidações, embora limitada ao montante do passivo descoberto da instituição, nos termos do art. 15 do Decreto-lei nº 2.321/87. Sobre este último aspecto, escreve **Flávia Lefèvre Guimarães** que a “*previsão legal de responsabilidade solidária dos sócios para a garantia dos créditos de difícil recuperação, protege as finanças públicas – dos correntistas e aplicadores pequenos, médios e grandes -, evitando-se o desrespeito ao direito de propriedade, e apropriação indébita dos valores depositados nas instituições financeiras, bem como os efeitos nefastos no que respeita à segurança e estabilidade do sistema financeiro nacional, garantindo-se, em última instância, a função social do instituto da pessoa jurídica*” (Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais, **Max Limonad**, pág. 42). Mas é o Código de Defesa do Consumidor que trata, pela primeira vez, da doutrina com o nome pelo qual ficou conhecida.

Logo no Título I, que cuida dos direitos do consumidor, a Seção V, do Capítulo IV, que trata da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, regula a desconsideração da personalidade jurídica, com o seguinte comando, contido no **caput**: “*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*”. E, no § 5º, estabelece o Código de Defesa do Consumidor que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica “*sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”. O Código de Defesa do Consumidor prescreve, ainda, a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas pelas obrigações decorrentes do Código, a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas e a responsabilidade por culpa das sociedades coligadas.

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor enfrentam forte crítica formulada por **Fábio Ulhoa Coelho**. O ilustre comercialista e também comentador do Código de Defesa do Consumidor afirma que

*“tais são os desacertos do dispositivo em questão (art. 28), que pouca correspondência há entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto legal e a doutrina nenhum proveito trará à aplicação do novo Código; ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos”.*

Vale a pena refletir sobre a crítica formulada. De fato, a disciplina positiva não acompanhou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, oferecendo um contorno diferente e muito mais abrangente, particularmente, se considerado o § 5º do art. 28, que autorizou a desconsideração sempre que houver obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor. Na verdade, é necessário muita cautela para que a regra que protege o consumidor não provoque o esvaziamento do art. 20 do Código Civil e, com isso, um desequilíbrio da atividade econômica com o enfraquecimento da organização empresarial, que em uma economia de mercado é a base do desenvolvimento.

De todos os modos, não acredito que seja possível desconhecer a disciplina positiva, entregando a prestação jurisdicional com uma interpretação que atravanque o direito que se quis assegurar para proteger o consumidor. E, nesse sentido, a jurisprudência vai ser de fundamental importância para a correta aplicação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, tal e qual foi para a introdução da doutrina no Brasil. **Genácia da Silva Alberton**, em trabalho publicado na revista Estudos Jurídicos (vol. 24, nº 61), assinalou que a *“desconsideração é resultado de uma construção jurisprudencial, correspondendo à técnica de suspensão da eficácia da pessoa jurídica no caso concreto quando verificado que a mesma, em fraude à lei ou por abuso de direito, foi desviada da função para a qual foi criada”*. A autora, Juíza, também considerou que o Código de Defesa do Consumidor *“apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da personalidade jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado”*, para criticar a disciplina no sentido de que *“a impossibilidade de ressarcimento, por si só, não pode ser motivo para a desconsideração se o ato da sociedade não extrapolar o objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva”*. Com isso, concorda que *“há pouca correspondência entre a desconsideração da pessoa jurídica prevista no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e a teoria do 'disregard'.* Omitiu-se, inclusive, a fraude como causadora da desconsideração. Pelo menos isso não fica claro, embora possa ser inserido na hipótese do § 5º. Por outro lado, há inclusão de hipóteses de simples responsabilização do administrador que nada tem a ver com a desconsideração da pessoa jurídica”.

Um dos autores do anteprojeto, **Zelmo Denari**, comentando o art. 28, afirma que há pressupostos *“que primam pelo ineditismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas”*, ademais de introduzir uma novidade, *“pois é a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em consideração a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão da má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica”* (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, 4ª ed., 1994. pág. 158).

De todos os modos, o certo é que a disciplina do consumidor representa a forma pela qual o direito positivo brasileiro recebeu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e, por isso mesmo, devemos tratar de oferecer a melhor interpretação possível para tornar eficaz esse poderoso instrumento para defender o cidadão, tantas vezes lesado por maquinações realizadas com o só objetivo de prejudicar o ressarcimento de prejuízos, o adimplemento de obrigações lícitamente assumidas.

O primeiro aspecto a merecer a atenção do intérprete é a natureza da regra no que concerne a sua aplicação pelo Juiz. A meu sentir, o **caput** do art. 28 não comporta outra interpretação que a de ser uma faculdade do Juiz, dependente, portanto, de seu prudente critério. É certo que a jurisprudência, tal e qual aconteceu com as medidas cautelares, poderá inclinar-se pela obrigatoriedade diante da presença dos pressupostos constantes do dispositivo. Assim, se estiverem eles presentes, ao Juiz não restará senão aplicá-la quando requerida pela parte. Mas, não creio que seja este o melhor caminho. O que está prescrito é que o Juiz poderá, o que quer dizer que no seu prudente critério repousou o legislador a aplicação da desconsideração.

Outra questão é saber se o ato do Juiz depende de pedido da parte. E, a meu juízo, não depende a aplicação do art. 28 de requerimento da parte. Se houver a presença das situações descritas no **caput**, em detrimento do consumidor, o Juiz poderá fazer incidir o dispositivo, independentemente de requerimento da parte. O que provoca a incidência da desconsideração é a existência de prejuízo para o consumidor.

Havendo o prejuízo, está o Juiz autorizado a fazer valer o art. 28. Nesse sentido, opina **Genacéia da Silva Alberton**, embora releve o princípio da iniciativa da parte. Para **Genacéia**, “*como as situações embasadoras da desconsideração podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica independentemente de postulação da parte autora. Tal postura não irá colidir com o princípio da iniciativa da parte, pois essa se refere à propositura da demanda. Por outro lado, estará preservado o princípio da congruência porque a tutela jurisdicional será prestada no âmbito do pedido*”. E conclui: “*Observe-se que a norma do art. 28 é uma norma dispositiva dirigida precipuamente ao juiz. Tendo em vista o caráter protetivo do Código do Consumidor, se presentes as circunstâncias previstas no art. 28, o julgador tem a possibilidade de penetrar na personalidade jurídica para atingir pessoas físicas que dela fazem parte, não sendo a autonomia da personalidade jurídica óbice à solução justa do conflito*” (ob cit.). **Alexandre Couto Silva** considera “*bastante positiva essa tentativa de Alberton de adequar a desconsideração da personalidade jurídica ao processo. É de se notar a argumentação quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente quanto à afirmação de que a parte que será atingida pelos efeitos da sentença e por ela alcançada estaria acompanhando a ação, direta ou indiretamente, por estar protegida pela personalidade da pessoa jurídica da qual se utilizou e de onde acompanhou todo o decorrer do processo, ciente de todos os rumos que este tomava*” (cit., pág. 132). Vale lembrar que o art. 50 do projeto de Código Civil, que autoriza o Juiz a decidir “*que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”, depende de requerimento da parte ou do Ministério Público, “*quando lhe couber intervir no processo*”.

Neste feito, o ponto crucial é o do alcance do § 5º do art. 28. A redação do dispositivo autoriza a interpretação literal de que a sua incidência não depende dos pressupostos constantes do **caput**. Nele está escrito: “*Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”. Assim, poderia ser aplicada a desconsideração apenas verificada a situação de entrave ao ressarcimento dos prejuízos causados. Em trabalho publicado na coletânea coordenada por **Fernando Facury Scaff** (Estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira, LTR e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, “A Disregard Doctrine no Código de Defesa do Consumidor, págs. 351 e segs.), Suzy Elizabeth Cavalcante Koury rebate as críticas feitas ao § 5º, principalmente aquela feita por Zelmo Denari (teria havido um equívoco remissivo no veto do Presidente, que recaiu no § 1º quando deveria versar o § 5º), para asserir que a boa interpretação do dispositivo, que já vem sendo aplicado pelos Juízes, “*é no sentido de que não basta ter havido prejuízo ao consumidor, mas que tal prejuízo tenha decorrido de abuso da forma da pessoa jurídica*”. Na minha avaliação, realmente, o § 5º autoriza uma interpretação literal amplíssima. Mas, não enxergo nele vício capaz de torná-lo pernicioso, à medida que a jurisprudência sempre encontra um caminho que limita os excessos e consolida uma interpretação temperada de modo a fazer com que a incidência do § 5º seja confinada aos limites do interesse do consumidor, mas diante da configuração de maquinação para burlar o ressarcimento do prejuízo. A expressão “*de alguma forma*” deve ser interpretada na linha mestra da doutrina, ou seja, para evitar que o devedor, por manobra ilícita, escape da obrigação de pagar o que é devido.

Com essas razões, dúvida não tenho em acompanhar também neste ponto o voto do ilustre Relator, subscrevendo as suas razões no que concerne ao exame do dissídio.

Quanto ao segundo recurso especial, fincado na fundamentação antes deduzida, eu acompanho, igualmente, o voto do Senhor Ministro **Ari Pargendler**.

Em conclusão: eu conheço do primeiro recurso especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e conheço e dou provimento ao segundo recurso especial, na mesma direção.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**

### **VOTO-VISTA**

#### **EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:**

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra as sociedades empresárias recorrentes (locadora e administradora do centro comercial) e seus administradores, visando o ressarcimento dos danos morais e patrimoniais sofridos pelas vítimas do desabamento do Shopping Center em Osasco/SP.

O Juiz reconheceu a responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque a explosão teria decorrido de ato ilícito.

O TJSP conferiu parcial provimento ao recurso dos réus para reconhecer a responsabilidade subsidiária dos sócios administradores, com fulcro no art. 28, § 5º, do CDC, cuja redação é a seguinte:

*"Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

...

*§ 5. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".*

O i. Relator, Min. Ari Pargendler, acompanhado, em voto-vista, pelo i. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, proveu o primeiro recurso especial, e, em parte, o segundo recurso especial, para determinar a exclusão dos sócios administradores Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos, Maria Carla Lunardelli, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, porque "o art. 28, § 5 da Lei n. 8.078, de 1990, só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*".

Para o i. Relator, o "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" não depende, tão-somente, da "necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores", mas está condicionada ao reconhecimento de uma das hipóteses previstas no "caput" do art. 28, porque não goza de autonomia, e, assim, não seria correta a assertiva do acórdão estadual de que há "nova hipótese ensejadora da desconsideração", e nem se trataria de "circunstância francamente objetiva", "independentemente de atuação culposa por parte dos administradores".

Reprisados os fatos, aprecio o recurso.

Recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS:

**A) DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

(violação aos arts. 6º do CPC e 25, inc. IV, 'a', da Lei 8625/93 e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 6º do CPC restou devidamente prequestionada.

Regula os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor (art. 81):

*"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

*Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*

*I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.*

*II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.*

*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."*

Segundo o escólio de HUGO NIGRO MAZZILLI:

*"Difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Compreendem grupos menos determinados de pessoas entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.*

*"Coletivos são interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum.*

*"Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.*

*"Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato."*

E distingue o em. Autor os direitos coletivos e os individuais *homogêneos*, assim expondo:

*"Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais, sendo os prejuízos individualizáveis (interesses individuais homogêneos)".* ("A Defesa dos interesses difusos em juízo", 6ª ed., São Paulo: RT).

Ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, na obra "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor" (São Paulo: RT, 2001):

*"Legitimidade do MP. Pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF 129, III, legitima o MP para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF, 129, IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva **tour court**) são, **ex vi legis**, de interesse social (CDC 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social."*

...

*"O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O parquet não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC, 82, I, por autorização do CD 129 IX e 127 "caput")."*

Leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI que:

*"não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. **Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de promover o desenvolvimento equilibrado do país e de servir os interesses da coletividade"**. ("O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", RF 333/128). [Sem grifos no original].*

Igualmente, elucida a em. Doutrinadora ADA PELLEGRINI GRINOVER:

*"Não bastasse a legitimação a toda e qualquer ação coletiva, conferida ao Ministério Público pelo art. 82, ao qual o art. 91 faz remissão, o próprio art. 92 reforça a idéia da titularidade do "parquet" para o processo tratado no capítulo ora em exame.*

Apesar disso tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do MP para a defesa de interesses difusos e coletivos. Nem tem bastado, para essa tendência, o argumento da extensão de funções do MP a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o MP, nos termos do art. 127, CF, é preordenado à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.

E, na mesma linha, aduz-se também a circunstância de, a admitir-se a legitimação do MP para casos que tais, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade.

Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneo, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da

interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais, não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesse ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição.

(...) Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneo impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito, que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência do dano pessoal, seu nexó etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença e quantificar o montante da indenização. Respeita-se, assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser "fruir" do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o "exercerá" ("in" Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

Por sua vez, leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

"Já no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre da sua natureza (que é individual!) e sim de duas circunstâncias essenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número de pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face da reinserção no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei nº 8.952/94); b) de outro lado, o fato desses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário."

ADA PELLEGRINI GRINOVER ("O Processo em Evolução", Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, p. 425) afirma que "as ações de classe norte-americanas, que haviam declinado numericamente na década passada, estão ganhando novo e redobrado impulso, exatamente no campo das reparações individuais, por força dos denominados *mass tort cases*: assim ocorreu com as vítimas do asbesto, que já são mais de 87.000 e cujas pretensões são freqüentemente agrupadas perante tribunais federais e estaduais. A mesma poderosa tendência, que nos Estados Unidos da América levou à revitalização das *class actions* no campo da responsabilidade civil, faz-se sentir em outros países pertencentes ao sistema de *common law*... Tudo a demonstrar a necessidade de os sistemas processuais modernos se abrirem à reparação coletiva de danos individuais, permitindo o tratamento eficiente de numerosos casos de responsabilidade civil".

A legitimidade do Ministério Público estadual decorre do art. 127, "caput" da C.F.-88, que, ao criá-lo como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, não arrolou, de modo taxativo, a sua atuação institucional, que pode ser complementada por diplomas legais, sem usurpação da competência do legislador constituinte.

Sendo a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", por extensão do art. 81, parágrafo único do CDC e seu art. 82, I, tem o Órgão ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum, norma que se coaduna com o disposto no art. 25, inc. IV, alínea 'a', da Lei n. 8.625/93.

Isto porque não é a natureza disponível e divisível - esta aliás ínsita aos direitos individuais -, que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo. Constatada a origem comum dos mesmos, exsurge o interesse social na sua proteção, que se transforma no divisor de águas entre o direito individual, na sua dimensão particular, e aquele visto sob ótica comunitária, coletiva; ou, na esteira dos ensinamentos de TEORI ZAVASCKI, é de se notar a relevância social dos interesses subjetivos

individuais de origem comum, porque considerados "em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental".

Este entendimento lavrei no REsp 286.732 (ação civil pública ajuizada pelo MPERJ e MPF em face da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, Santa Cruz Seguros S/A e outros, objetivando coibir a majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde que foi autorizada pela SUSEP e promovida pelas fornecedoras do serviço de seguro-saúde, em detrimento de direito coletivo de todos os consumidores de serviços de seguro, para devolução das importâncias recebidas do percentual de 17% acima da média em URV dos prêmios de novembro de 1993 e fevereiro de 1994) e no REsp 334.829 (ação civil pública ajuizada pelo MPDFT contra Massa falida da ENCOL S/A e BEMGE - Banco do Estado de Minas Gerais, para anulação da cláusula dos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção que dispunha sobre a possibilidade da obra em construção e o terreno respectivo ser dado em garantia de financiamento pela construtora, e anulação da cláusula que constituiu em garantia hipotecária as unidades autônomas dos referidos edifícios).

Assim, com amparo na doutrina abalizada e seguindo precedentes jurisprudenciais desta Corte, é de se concluir pela legitimidade ativa do Ministério Público.

#### **B) DA INCIDÊNCIA DO CDC - EQUIPARAÇÃO DOS TRANSEUNTES EM SHOPPING CENTER À NOÇÃO DE CONSUMIDOR**

(violação aos arts. 2º e 3º, § 2º do CDC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência dos arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC restou devidamente prequestionada.

Reconhece a doutrina que o art. 2º do CDC é insuficiente para abranger como consumidor somente aquele que adquire o produto como destinatário final, porque a interpretação teleológica do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 17 do CDC, conduz à compreensão de que também são considerados consumidores, ainda que não participem diretamente da relação de consumo, os denominados pela doutrina e jurisprudência norte-americana de *bystander*. Abrange o conceito de *bystander* aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidos em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo.

O shopping center oferece à sociedade um serviço determinado, distinto dos serviços e bens ofertados pelos lojistas, consistente na oferta de segurança, lazer e conforto àqueles que pretendem ou adquirir bens e serviços dos lojistas instalados no local, ou simplesmente transitar pelas galerias como forma de distração e lazer, sendo equiparados pela abrangência do estabelecido no art. 17, que os equipara a consumidores.

Assim considerado, pode-se afirmar que todo e qualquer frequentador de shopping, tenha ou não interesse em adquirir bens ou serviços, é consumidor nos termos do art. 2º do CDC, porque adquire, como destinatário final, o serviço de segurança, lazer e conforto ofertado pelo shopping center.

Por sua vez, o fato de o administrador do shopping não cobrar dos frequentadores preço pelo ingresso em suas dependências não conduz à conclusão de que o serviço ofertado pelo shopping center seja de natureza gratuita, porquanto o intuito oneroso, ainda que indireto, é evidente, dada a relação existente entre o conforto e a segurança do shopping, de um lado, e a promoção das vendas de bens e serviços dos lojistas instalados ao longo das galerias, de outro.

E, ainda que não se considerasse o frequentador como destinatário final do serviço prestado pelo *shopping center*, deve-se observar o art. 17 do CDC, o qual equipara à noção de consumidor todas as vítimas do fato do serviço.

Nesses termos, acompanho o i. Min. Relator para reconhecer que são consumidores todos os frequentadores de galerias de shopping center, tenham ou não o intuito de adquirir bens e serviços dos lojistas instalados.

#### **C) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE**

(violação aos arts. 14, § 3º, do CDC e 330, inc. I, e 331 do CPC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 330 do CPC restou devidamente prequestionada.

Acompanho, nesse aspecto, o voto do i. Min. Relator, ao fundamento de que a existência, ou não, de culpa de terceiro, não afasta, no processo em análise, a responsabilidade dos recorrentes, o que corrobora a adequação do julgamento antecipado da lide.

#### **D) DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA**

(violação aos arts. 28, *caput*, e § 5º, do CDC, 20 do CC/16 e 158, inc. I e § 1º, primeira parte, da LSA - recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS)

(violação aos arts. 20 do CC/16, 158 da LSA, 10 do Decreto 3708/19, 458, inc. III, 515, § 1º e 596 do CPC - recurso de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS)

A questão relativa à incidência do art. 28, *caput* e § 5º, do CDC, restou devidamente prequestionada.

Acerca da responsabilidade dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em que pese o brilhantismo da tese adotada pelo i. Min. Relator, considero algumas observações pertinentes, em especial no que respeita aos contornos atuais do instituto da desconconsideração e a disciplina adotada pelo CDC a respeito.

A teoria da desconconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconconsideração.

A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova do desvio de finalidade faz incidir a **teoria (maior) subjetiva da desconconsideração**. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a **teoria (maior) objetiva da desconconsideração**. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.

A teoria maior da desconconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.

A **teoria menor da desconconsideração**, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a **teoria menor da desconconsideração** foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei nº. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º).

O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo i. Min. Relator, sugere uma "circunstância objetiva". Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

É certo que a doutrina pátria se divide dentre aqueles que aplaudem a inovação e aqueles que entendem que as razões do veto do § 1º do art. 28 do CDC deveriam ser destinadas ao § 5º, esse sim, sob a ótica de parte representativa de vozes autorizadas, sem razão de ser porque a desconconsideração da pessoa jurídica está associada ao ilícito, ao desvirtuamento e abuso da forma social.

Existem argumentos também no sentido de que a topografia do § 5º do art. 28 significaria a dependência do seu preceito ao reconhecimento de "abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social", e à novel disposição de "má administração" causadora de "falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica".

Sem embargo das argutas preleções, fato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o "caput" do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica.

Não são válidos os argumentos de que as razões de veto deveriam ser dirigidas ao § 5º e de que não se conceberia sua existência autônoma dissociada do preceito veiculado no “caput” do art. 28 da Lei n. 8.078/90.

Essa linha de raciocínio é meramente acadêmica, e a lei, uma vez sancionada, ganha vigência e eficácia a partir de sua publicação, transcorrida a “vacatio legis”. A lei, aplicada com prudência, encontrará seus próprios limites por meio da atividade interpretativa dos Tribunais, não sendo aconselhável que se ceife a iniciativa legislativa de plano, iniciativa essa que conferiu novos contornos ao instituto da desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Devem sim, ao invés de se limitar o debate a conjeturas de topografia do parágrafo 5º e pretensas razões de veto, o artigo 28 e seus parágrafos da Lei n. 8.078/90 ser interpretados sistematicamente, a par da legislação vigente.

A tese, ora acolhida, de que a **teoria menor da desconconsideração** aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC.

E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a **teoria maior subjetiva da desconconsideração**, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a **teoria menor da desconconsideração**, em especial se considerado for a expressão “*Também poderá ser desconconsiderada*”, o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconconsideração.

Ao acolher a **teoria menor**, dúvida não há em se considerar que o § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90 ampara um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, o qual se coaduna com o princípio geral da Ordem Econômica, como positivado pela CF/88, que prevê a defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V).

No processo em análise, o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: “São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral”. Verifica-se, de imediato ‘*ictu oculi*’, que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000 (dez mil reais), como se lê à fl. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular”.

Há de se considerar que, afóra os interesses dos consumidores tutelados pela ação civil pública, ainda há os dos lojistas, o que importará, eventualmente, em maior incursão no patrimônio das sociedades rés.

Verificado, portanto, o estado de insolvência e a incidência do CDC, deve ser acolhida a **teoria menor da desconconsideração**, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados.

#### E) DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ADMINISTRADORES E SÓCIOS

O TJSP considerou ser subsidiária a responsabilidade dos sócios e administradores indicados, ao fundamento de que a incidência da teoria da desconconsideração não constitui hipótese de responsabilidade solidária, a qual resulta da lei ou do contrato.

A despeito de ser a responsabilidade subsidiária regra geral de Direito Societário (CC/02, art. 1024), deve-se observar que a sua incidência depende, claramente, da existência de separação patrimonial entre a sociedade e os sócios (CC/02, art. 1022 e CC/16, art. 20).

Verificada, entretanto, a desconconsideração da pessoa jurídica, afasta-se a separação patrimonial e, por conseqüência, a responsabilidade subsidiária, porquanto desconSIDERAR a pessoa jurídica implica responsabilizar, direta e pessoalmente, os sócios e administradores indicados, como se estas pessoas tivessem assumido, em nome próprio, as obrigações imputáveis à pessoa jurídica.

Deve-se observar, entretanto, que tal questão não foi impugnada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual não recorreu do acórdão prolatado pelo TJSP, o que afasta, de plano, a possibilidade de reforma nesse aspecto.

Recurso especial de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS:

#### F) DA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO

(violação ao art. 535, inc. II, do CPC)

Sustentam os recorrentes que o TJSP foi omissivo ao não se manifestar sobre os pressupostos de incidência do art. 28 do CDC, em especial sobre o argumento de que o § 5º desse dispositivo possui incidência subordinada à verificação dos pressupostos do *caput* do art. 28.

Deve-se observar, entretanto, que o TJSP foi claro ao analisar a incidência do dispositivo citado ao caso concreto, ponderando-se com clareza os argumentos e as teses confrontantes.

Acompanho o i. Min. Relator, a fim de afastar a existência de omissão na hipótese.

Forte nestas razões, pedindo a mais respeitosa vênia aos eminentes votos divergentes, NÃO CONHEÇO de ambos os recursos especiais.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (20000097184-7)**

### **EMENTA**

*Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa.*

*I - A defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, havendo interesse social relevante, enseja legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública.*

*II - Os casos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não foram taxativamente enumerados no Código de Defesa do Consumidor, de maneira que é possível considerar o § 5.º do art. 28 como hipótese autônoma e independente das previstas no caput.*

*III - Recursos especiais não conhecidos.*

### **VOTO-VISTA**

**EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:** O Ministério Público de São Paulo propôs ação civil pública visando à reparação dos danos causados pela explosão ocorrida no Osasco Plaza Shopping. O juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos e, desconsiderando a personalidade jurídica da empresa, determinou que seus administradores respondessem solidariamente pela condenação, pois o acidente teria decorrido de ato ilícito.

Em apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a desconsideração da personalidade jurídica, mas entendeu que a responsabilidade dos administradores não era solidária, mas subsidiária. O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos:

*"I - Responsabilidade civil. Explosão em shopping center. Relação de consumo. Dever de indenizar independentemente de culpa. Ação procedente.*

*II - Ação civil pública. Direitos individuais. Catástrofe. Relevância de direitos sociais em jogo. Legitimidade do Ministério Público. Constitucionalidade do art. 21 da Lei 7.347/85.*

*III - Denúnciação da lide. Inconveniência e proibição. Cerceamento de defesa inócurrenente.*

*IV - Fato de terceiro. Excludente não verificada.*

*V - Desconsideração da pessoa jurídica. Previsão legal. CDC, art. 28, § 5.º. Responsabilidade subsidiária e não solidária. Recurso provido somente nesta última parte" (fl. 1.996).*

Contra esse aresto - integrado pelo de fls. 2.056/2.060, proferido em embargos de declaração - interpõem recurso especial B. SETE PARTICIPAÇÕES S.A., ADMINISTRADORA OSASCO PLAZA SHOPPING S/C LTDA., GIAN PAOLO ZANOTTO, UBIRAJARA KYRILLOS e MARIA CARLA LUNARDELLI (fls. 2.145/2.208), bem como MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO, RICARDO KYRILLOS e ANTONIO LUNARDELLI NETTO (fls. 2.339/2.360).

No primeiro recurso, são apontados como malferidos o art. 20 do Código Civil, os arts. 6.º; 330, I; 331 e 535, II, do Código de Processo Civil, os arts. 2.º; 3.º, § 2.º; 14, § 3.º, II; e 28, *caput* e § 5.º da Lei n.º 8.078/90, o art. 25, IV, "a", da Lei n.º 8.625/93, o art. 158, I e § 1.º, da Lei n.º 6.404/76. Também se procura demonstrar dissídio jurisprudencial.

No outro recurso são tidos por ofendidos os arts. 458, III; 515, § 1.º; 535, II e 596 do Código de Processo Civil, o art. 20 do Código Civil, o art. 10 do Decreto n.º 3.708/19, o art. 158 da Lei n.º 6.404/76 e art. 28, *caput*, da Lei n.º 8.078/90.

De toda a argumentação desenvolvida em torno desses dispositivos, minuciosamente analisada nos votos anteriores, sobressaem os temas da legitimidade ativa do Ministério Público para a presente ação e o da desconsideração da personalidade jurídica com base nas disposições do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

A questão da legitimidade ministerial, assim como registrado no voto do relator, foi resolvida também com base nas disposições do Capítulo IV do Título IV da Carta Magna. O aspecto constitucional já foi objeto do apropriado recurso extraordinário.

Ainda assim, nada impede que se reexamine a matéria sob o aspecto da legislação infraconstitucional de regência, o que passo a fazer. Serão observados, inclusive, os preceitos da Constituição, pois com atenção a esta é que se devem interpretar as demais leis.

O art. 81, III, do CDC, combinado com o art. 82, I, do mesmo diploma, confere ao Ministério Público a legitimidade para intentar ação em defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. O art. 117 do CDC acrescentou o art. 21 à Lei de Ação Civil Pública. Não se pode argumentar que, mediante simples leis ordinárias, alargou-se o campo de atribuições do *parquet*, delimitado na Constituição. É que o art. 129, inciso IX, da Lei Maior, estabelece que o Ministério Público deve exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Dessa maneira, resta afastada a taxatividade do rol daquele dispositivo ou do art. 127.

Sobre o tema, citam-se os seguintes precedentes:

*"O art. 21 da Lei 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, legitimando o MP, extraordinariamente e como substituto processual para exercitá-la (art. 81, § ún., III, da Lei 8.078/90)" (STJ-RT 720/289).*

*"Quando a Lei 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente" (RSTJ 95/93).*

Ademais, a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, desde que haja interesse social relevante, enseja a propositura de ação coletiva. E conforme realçado no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *"esta Corte tem considerado a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, considerando a presença de interesse social relevante"*. O eminente Ministro ainda leciona que *"afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria"*.

Nem se argumente, outrossim, que por versar a presente demanda sobre direitos disponíveis, restaria afastada a legitimidade ativa do autor da ação.

A legitimidade, no caso, se fundamenta no fato de se tratar de relações de consumo, encontrando previsão legal na Lei n.º 7.347/85, art. 1.º, II, art. 21 e, como dito, no art. 82, I, do CDC. E a maioria das disposições legais atinentes às relações de consumo são encontradas na Lei n.º 8.078/90, que estabelece normas de ordem pública e interesse social, o que implica dizer que são inderrogáveis pela vontade dos envolvidos. No CDC são estatuídas as regras para possibilitar o cumprimento ao disposto nos arts. 5.º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal, que erigiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica.

Consoante observado no acórdão recorrido, o *"legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, abrangendo coletivamente direitos individuais homogêneos e de origem comum, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais ou situações de reflexos na sociedade, como o caso em julgamento, e não apenas como solução das lides"* (fl. 2.030).

É certo que a segurança das vítimas já foi atingida e sua integridade físico-moral abalada, de maneira que buscam apenas a reparação patrimonial. Porém, não se deve olvidar que a indenização por dano moral, em casos que tais, objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a reincidirem nos mesmos atos danosos (Resp. n.º 283.319, DJ de 11/6/2001). Na espécie, não se afasta o fim de desestimular a ameaça à incolumidade física ou mesmo à vida do público consumidor, bens indisponíveis.

Ressalte-se que a relação de consumo restou configurada e mereceu cuidadosa análise nos outros votos. Com efeito, não é por mera liberalidade que o Shopping Center autoriza o trânsito de pessoas em suas dependências, para o que são até mesmo incentivadas.

Registre-se, ainda, que a ação civil pública é um instrumento moderno do ordenamento jurídico-processual brasileiro e, bem manejado pelo Ministério Público, é um excelente contributo à afirmação da

democracia, porquanto facilita o acesso à Justiça, sem, contudo, afogar ainda mais os órgãos encarregados de aplicá-la.

No que se refere ao delicado tema da interpretação do art. 28 do CDC, houve divergência de votos, o que ensejou meu pedido de vista. Transcrevo o dispositivo na parte que interessa à presente discussão:

*"Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

*§ 5.º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".*

O eminente relator, Ministro Ari Pargendler, houve por bem em afastar a desconsideração, por entender ausentes as hipóteses do *caput* do citado artigo. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito asseverou que, para se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa com base no § 5.º do art. 28, seria necessário constatar a manobra ilícita tendente a burlar a obrigação de pagar o que devido.

A ilustre Ministra Nancy Andrighi concluiu que o conteúdo do § 5.º do artigo em comento configura hipótese autônoma de desconsideração da pessoa jurídica. Observa que *"a melhor interpretação deve ser dissociada do requisito 'má administração' dos sócios administradores, contido no caput"*. Por conseguinte, a personalidade jurídica poderia ser desconsiderada se ocorrente a hipótese do § 5.º, independentemente do que previsto na cabeça do artigo.

Todavia, a Ministra também asseverou que *"desconsiderar a pessoa jurídica, a despeito da controvérsia sobre o alcance do § 5.º, do art. 28 do CDC, dependerá sempre da apuração de circunstâncias fáticas, além de a indenização estar liquidada e o processo de execução na fase da excussão patrimonial. Esse é o momento único para o julgador constatar a presença do obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos, quer pela má administração ou por outros motivos"*.

De fato, com a devida vênia do entendimento em contrário e a despeito da advertência acerca do veto que teria incidido erroneamente sobre o § 1.º, penso que o § 5.º trata de nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

É certo que, de ordinário, vale a fórmula de acordo com a qual *"o parágrafo está subordinado ao caput"*. Entretanto, esta não pode ter valor absoluto. A forma pode influenciar a interpretação da norma, mas nem sempre define o conteúdo da lei.

Evidencia a independência do § 5.º com relação ao *caput* a expressão que o introduz, ou seja, *"também poderá ser desconsiderada"*. Assim, mesmo não ocorrendo as hipóteses enumeradas no *caput*, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica quando sua personalidade constituir obstáculo ao ressarcimento dos consumidores lesados. De outra forma, seria indiscutível a inutilidade do texto do § 5.º, pois é óbvio que, ocorrendo alguma ou algumas das hipóteses do *caput*, poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, independentemente de haver ou não obstáculo à reparação. O intérprete poderia dizer, com acerto: houve abuso de direito, então o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica, antes mesmo de perquirir acerca do obstáculo que a personalidade possa causar ao ressarcimento do prejuízo aos consumidores.

Entendimento outro valeria por considerar sem préstimo a disposição. Cumpre ainda indagar: Havendo o dano, reconhecida a responsabilidade (objetiva, no caso), identificadas as vítimas e havendo, também, o referido obstáculo, não se poderia desconsiderar a personalidade somente porque inócenas as hipóteses do *caput*? Os riscos da atividade comercial ficariam a cargo apenas dos consumidores e não dos empresários que - ainda que de boa-fé - se resguardam atrás da pessoa da empresa? Mais justo seria que os ônus da atividade, em casos como o de que se cuida, sejam suportados por aqueles que a empreenderam.

Por outro lado, o entendimento aqui esposado não faz letra morta do art. 28, *caput*. Reconhecer a autonomia do § 5.º não significa afastar a do *caput*. Ocorrendo apenas uma das hipóteses deste ou a hipótese do parágrafo, a pessoa jurídica pode ser desconsiderada, conforme o prudente arbítrio do juiz.

Além disso, a enumeração do art. 28 é exemplificativa, não havendo, pois, porque vincular o suporte fático do § 5.º a outro. A previsão da segunda parte do *caput*, por exemplo, não depende da ocorrência do que previsto na primeira parte. Tanto é assim que nada impediu a jurisprudência de tratar do assunto, antes mesmo de ser positivado no CDC.

Não obstante as valiosas observações a respeito da evolução da *disregard doctrine* constantes destes autos, inclusive dos votos anteriores, nada impede a constatação de que a legislação consumerista tenha ido além da tradicional doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, estudada principalmente em Direito

Comercial. É o próprio Zelmo Denari, citado pelos recorrentes, que afirma ser "*a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em consideração a configuração da fraude ou do abuso de direito*" (in CDC comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 6.<sup>a</sup>, 1999, p. 208).

De qualquer sorte, não há nada a indicar uma tipologia fechada, taxativa, para as hipóteses ensejadoras da aplicação da teoria da desconsideração. Como afirma Marçal Justen Filho "*não se trata, quando se enfoca a desconsideração, de 'punir a má-fé', por exemplo - senão de reprimir a disfunção. Se tal disfunção resulta de uma intenção imoral ou juridicamente reprovável, trata-se de outra questão*" (Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro, apud Guilherme Fernandes Neto, *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*, Brasília Jurídica, 1999).

E Fábio Ulhoa Coelho também advertiu:

*"Finalmente, não se deve esquecer das hipóteses em que a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica prescinde da ocorrência da fraude ou de abuso de direito. Somente diante do texto expresso da lei poderá o juiz ignorar a autonomia da pessoa jurídica, sem indagar da sua utilização com fraude ou abuso de direito"* (Desconsideração da personalidade jurídica, apud CDC comentado pelos autores do anteprojeto, *ob. cit.*, p. 208).

Não há nisso um completo esvaziamento da regra do art. 20 do Código Civil, já que a hipótese de que ora se cuida envolve relação de consumo e, como visto, a defesa do consumidor é tida como um dos pilares da ordem econômica, o que justifica o tratamento normativo especial.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* examinou o obstáculo à reparação dos danos, deixando registrado o que se segue:

*"O vulto da demanda e a decisão de procedência levam à conclusão de que existe - de alguma forma, como diz a lei, - obstáculo ao ressarcimento se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas.*

*São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral. Verifica-se de imediato, ictu oculi, que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fls. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000 (dez mil reais), como se lê a fls. 74 do mesmo volume do já referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.*

*Para chegar a conclusão tão evidente, conhecida de qualquer do povo, o juiz não precisa de perícia.*

*Por isso mesmo, pode ter desde logo como ocorrente a hipótese do art. 28 do CDC e ter por desconsideradas as pessoas jurídicas das rés.*

*Nem se recomenda que tal decisão fique para a execução, aumentando os riscos da efetiva reparação. Ainda mais agora em que a procedência da ação é confirmada em segundo grau. (Sem falar no empenho redobrado que os administradores terão para que as próprias sociedades paguem a dívida...)"* (fls. 2.020/2.021).

Em sede de recurso especial, é inviável rever tais conclusões, diante do disposto na Súmula n.º 7 desta Corte.

Ainda que assim não fosse, impende ainda considerar que, apesar de ter sido consignado no acórdão recorrido que para demonstrar as circunstâncias do art. 28, *caput*, seria necessário o exame de prova (fl. 2.019), tal não ocorre. A questão de fato tratada nos autos se refere à explosão ocorrida no Shopping de Osasco, tendo sido, inclusive, reconhecida a responsabilidade objetiva dos recorrentes. O fato é notório e prescinde de provas, sendo que sua existência, evidentemente, em momento algum foi negada.

Portanto, apesar de ter o acórdão recorrido consignado o contrário, observa-se que não há necessidade de provas para que se entenda como ocorrente uma das hipóteses do *caput* do art. 28, qual seja, o ato ilícito. No caso, tratou-se de evento (explosão e desabamento) contrário a direito e imputável a alguém com capacidade delitual (a empresa cuja personalidade se desconsiderou).

Postas tais considerações, seja pela autonomia da hipótese prevista no § 5.º do art. 28 do CDC, seja pela ocorrência de hipótese prevista no *caput* do mesmo dispositivo, voto pelo não conhecimento dos recursos.

## VOTO-VISTA

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO:** Trata-se, originalmente, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em relação a B-SETE PARTICIPAÇÕES S/A, respectivos administradores e conselheiros, e ADMINISTRADORA OSASCO PLAZA SHOPPING SC LTDA,

visando condená-los a reparar os danos morais e materiais sofridos pelas vítimas da explosão ocorrida no dia 11 de junho de 1996, no Osasco Plaza Shopping, com o valor da indenização a ser apurado em ulterior liquidação de sentença.

Julgado procedente o pedido, apelaram os réus, e a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformou, em parte, a sentença para “*afastar a responsabilidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano.*” (fl. 2.023, 11º vol.).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 2.039/2.045 e 2.047/2.052 - 11º vol.).

No recurso especial interposto pelas empresas (fls. 2.145/2.208), afirma-se violação aos artigos 6º, 330, I, 331 e 535, II, do Código de Processo Civil; 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93; 2º, 3º, § 2º e 14, § 3º, II, e 28, *caput* e § 5º da Lei nº 8.078/90; 20 do Código Civil e 158, I, § 1º, 1ª parte, da Lei das Sociedades Anônimas.

Sustentam ilegitimidade ativa do Ministério Público, sob o fundamento de que o uso da ação civil pública estaria limitado à proteção dos interesses difusos e coletivos e que, no âmbito do direito federal, a legitimação do *Parquet* para ingressar com a referida ação teria sido dilatada tão-somente para amparar direitos individuais indisponíveis. Assim, ressaltam que o acórdão guerreado, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos disponíveis, teria incorrido em afronta aos dispositivos supracitados. Também colacionaram julgados na tentativa de demonstrar o dissídio pretoriano.

Argumentam, por outro lado, que a pessoa que ingressa em um *shopping center* e não adquire nem utiliza produto ou serviço como destinatário final não pode ser considerada consumidora, daí não se justificar a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente.

Também afirmam que o julgamento antecipado da lide teria caracterizado cerceamento de defesa, porquanto, tendo a lei estabelecido textualmente que o fornecedor não poderá ser responsabilizado se provar a culpa exclusiva de terceiro, não poderia a câmara julgadora decidir a demanda sem que lhes fosse dada a oportunidade de provar a culpa exclusiva de terceiros, responsáveis pela construção e fiscalização do *shopping*.

Por fim, acrescentam que, na hipótese, não seria possível a condenação dos membros do conselho de administração da empresa B - Sete Participações S/A, na medida que a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ser operada sem que houvesse a prática de ato ilícito ou fraude por parte das pessoas físicas.

No segundo recurso especial (fls. 2.339/2.360), interposto pelos sócios administradores, os recorrentes sustentam, preliminarmente, contrariedade aos artigos 535, II, 458, III, 515, § 1º, e 596 do Código de Processo Civil; 28 do Código de Defesa do Consumidor; 20 do Código Civil; 10 do Decreto nº 3.708/19, e 158 da Lei nº 6.404/76.

Ponderam que o acórdão combatido não dirimiu a controvérsia à luz das normas regentes da matéria, restringindo a análise das questões ao disposto no citado artigo 28 da lei consumerista. Daí a necessidade do retorno dos autos ao tribunal estadual, para que seja proferida nova decisão, com o suprimento das omissões indicadas.

Asseveram ter a pessoa jurídica existência distinta da dos seus membros, e que os sócios-gerentes só respondem solidária e ilimitadamente para com a sociedade e terceiros pelo excesso de mandato ou em face de atos praticados com violação do contrato ou da lei, situação que afirmam não se encontrar presente na espécie, razão pela qual haveria de ser observada a regra geral de limitação de responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica.

Narram que a decisão colegiada teria afrontado o artigo 158 da Lei nº 6.404/76 – aplicável subsidiariamente às sociedades por cota de responsabilidade limitada – já que o administrador não poderia ser pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, destacando que o artigo 596 da legislação processual civil é expresso ao consignar que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, a não ser nos casos previstos em lei.

Também destacam que o acórdão hostilizado teria conferido interpretação literal ao § 5º, divorciada do comando inserto no *caput*. Alegam que a desconsideração da personalidade jurídica tem caráter excepcional, aplicável apenas mediante a ocorrência de fraude ou abuso de direito através do uso da personalidade jurídica como forma de obstaculizar a aplicação da lei, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Por derradeiro, observam que, mesmo sendo considerada legítima a interpretação dada ao referido § 5º, a manutenção da desconsideração da pessoa jurídica por fundamento diverso do mencionado na decisão singular constituiria novo fundamento de fato, sobre o qual seria indispensável instrução probatória na instância inferior. Assim, apontam afronta aos artigos 458, III, e 515, § 1º, do Código de Processo Civil, porquanto não tiveram oportunidade de demonstrar a inocorrência do que restara presumido no acórdão quanto à insuficiência do patrimônio das pessoas jurídicas para indenizar os danos apurados.

Designado relator, o eminente Ministro Ari Pargendler proferiu voto no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, aos recursos, para, afastando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, excluir Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, assim como Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto dos efeitos da condenação, entendimento que foi secundado pelo Ministro Menezes Direito.

Inaugurando dissidência, no ponto, o voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi, que recebeu a adesão do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

A fim de melhor examinar a matéria, solicitei vista dos autos.

Tendo em vista a inter-relação entre as teses veiculadas em ambos os recursos, passo a julgá-los conjuntamente, deixando para enfrentar, por último, a questão relativa à desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar do único tema que suscitou divergência nos julgamentos precedentes.

De início, registro que o acórdão hostilizado não padece das omissões apontadas, mostrando-se insubsistente a alegação de que a controvérsia teria sido analisada apenas à luz do Código de Defesa do Consumidor, sem adentrar o órgão julgador na legislação indicada pelas partes. Em verdade, a jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento de que, na entrega da prestação jurisdicional, o tribunal não está obrigado a enfrentar todos os questionamentos suscitados pelas partes, se já tiver encontrado fundamento suficiente para motivar a decisão.

Não vislumbro, outrossim, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão de não lhes ter sido oportunizado provar a ocorrência de fato de terceiro a excluir o seu dever de indenizar, porquanto entendeu o magistrado *a quo*, a meu sentir de forma escorreita, que “*os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova.*”

Com efeito, para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova, faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, também não vinga a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministério Público para a propositura da presente demanda, tendo em vista o que dispõem os artigos 81, III, e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor, que prevêm a legitimidade do órgão ministerial para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, que pode ser de fato ou de direito, e desde que esteja configurada a relevância social. Leia-se:

“*Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*”

*Parágrafo único: a defesa coletiva será exercida quando se tratar de :*

(...)

*III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

*Art. 82 – Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:*

*I – O Ministério Público.”*

Em consonância com esses dispositivos, registre-se que o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor introduziu na Lei da Ação Civil Pública o artigo 21, que guarda o seguinte teor:

“*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o CDC, dispositivos esses que tratam da defesa do consumidor em Juízo – art. 81 e seguintes.*”

Em linha de princípio, apenas os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do Ministério Público. Não obstante, em determinadas situações, a relevância social da tutela perseguida a título coletivo

dos interesses ou direitos individuais homogêneos atribui ao *Parquet* a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo se tratando de direitos disponíveis, uma vez que há interesse geral da sociedade na solução do litígio, além de a discussão estar relacionada à segurança dos cidadãos.

A propósito, observa *Rodolfo de Camargo Mancuso*:

*“(...) a nota da indisponibilidade (CF, art. 127, caput) pode, ainda, derivar do próprio interesse social em que seja prevenida a atomização dos conflitos coletivos, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com os efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga ao Judiciário, duração excessiva dos feitos, risco de decisões qualitativamente diversas. No ponto, Nery e Nery sustentam que a ação civil pública movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia erga omnes da coisa julgada (CDC, art. 103, III), evitando-se decisões conflitantes.” (Ação Civil Pública, São Paulo, Ed. RT, 7ª ed, pg. 115).*

Outro não é o pensamento de *Hugo Nigro Mazzilli*:

*“A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.*

*Assim, se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à coletividade como um todo deve o Ministério Público assumir sua tutela.”*

Seguindo essa linha de raciocínio, a jurisprudência desta Corte reconheceu a existência de relevância social, admitindo a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão envolvendo regularização de loteamento destinado a moradias populares (Resp 404.759/SP, DJ 17/02/2003, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), decretação de nulidade de determinadas cláusulas tidas como abusivas em contrato bancário de abertura de crédito (Resp 292.636/RJ, DJ 16/09/2002, Rel. Min. Barros Monteiro), contrato de prestação de serviço por TV a cabo (Resp 308.486/MG, DJ 02/09/02, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito), tutela de direitos de adquirentes de apartamentos residenciais (Resp 187.668/DF, DJ 18/03/2002, Rel. Min. Ari Pargendler), fixação e cobrança de mensalidades escolares (Resp 168.881/DF, DJ 14/09/98, Rel. Min. Barros Monteiro), entre outros.

Assim, conforme enfatizou o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza no parecer ministerial de fls. 2.419/2.432,

*“(…), os shoppings são freqüentados por um número cada vez maior de pessoas e famílias que, visando maior comodidade e segurança, utilizam os bens e serviços colocados à disposição dos consumidores. Por tal razão, o shopping center é atualmente considerado o principal centro de consumo da sociedade. Logo, a explosão em local freqüentado por milhares de pessoas gerou, indubitavelmente, uma sensação de insegurança coletiva. Por tal razão, é evidente o interesse de toda a coletividade de ver ressarcidas as vítimas diretas da explosão.”*

Colho, ainda, no âmbito do acórdão recorrido, os seguintes argumentos:

*“ No caso, a origem comum foi a explosão verificada em 11.06.96.*

*Os apelantes apegam-se à frase 'no que for cabível' constante do referido art. 21 da Lei nº 7.347/85, entendendo que não cabe, no presente processo, a atuação do MP, que estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas.*

*A falha grave e irremediável da defesa dos apelantes e da opinião dos doutos pareceristas está na circunstância de haverem considerado isoladamente as relações jurídicas que se estabeleceram entre ofensor e vítimas.*

*Na verdade, não se trata de mera somatória de fatos isolados e de danos individuais.*

*(...)*

*Ignorou-se o fator catástrofe, que impõe tratamento jurídico diverso para todo o episódio e suas conseqüências.*

*Todas as vítimas passam a formar um grupo definível por um ponto comum, ou seja, o mesmo fato jurídico lesante. Nessas condições, muitas vezes até surgem associações dos infelizes.*

*Fatos de tal envergadura, quando oriundos de ato ou falha humana, lesam também uma infinidade de direitos difusos.*

*Foi o que se verificou no caso dos autos. Serviços hospitalares congestionados, serviços de socorro e de transporte com enorme sobrecarga, o mesmo se podendo falar dos serviços policiais, de trânsito, etc. A notícia extravasou a comunidade de Osasco (por si só), atingiu o país todo e repercutiu no exterior. A sensação de medo e de insegurança foi facilmente perceptível em toda Grande São Paulo, pelo menos, particularmente, entre os milhões de frequentadores de shoppings.*

*Em tal ambiente, impõe-se necessariamente a atuação do Ministério Público da maneira mais eficaz possível. E a forma mais eficaz, para o caso, aquela que mais tranqüiliza a sociedade abalada pelo evento, é a que busca reparar pecuniariamente os prejuízos sofridos pelas vítimas diretas.”*

Quanto à assertiva de ausência de relação de consumo também não assiste razão aos recorrentes. O empreendedor e a administradora do *shopping* ostentam a qualidade de fornecedores na medida que centralizam num único local várias lojas, áreas de lazer e descanso, colocando à disposição dos consumidores bens e serviços – inclusive amplamente divulgados através de anúncios publicitários do próprio *shopping* -, com o escopo de atrair um número cada vez maior de frequentadores. Dedicam-se à organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados no complexo (*tenant mix*), percebendo os lucros respectivos, sendo evidente a autêntica relação de consumo estabelecida com os frequentadores.

Esse entendimento, aliás, encontra ressonância na doutrina, consoante se infere da lição de *Fábio Ullhôa Coelho*:

*“O que distingue o empresário do shopping center dos empreendedores imobiliários em geral é a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo (tenant mix). A idéia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços. Em outros termos, deve haver um planejamento da distribuição da oferta, uma relativa organização da competição interna. Assim, as locações dos espaços devem atender às múltiplas necessidades do consumidor, de sorte que não faltem certos serviços (banco, correio, cinema, lazer, etc), mesmo quando há uma atividade central desenvolvida pelo shopping center (moda, utilidades domésticas, material de construção, etc).*

(...)

*Um empreendedor de shopping center, por sua vez, organiza o tenant mix, isto é, fica atento às evoluções do mercado consumidor, à ascensão ou decadência das marcas, às novidades tecnológicas e de marketing, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no seu complexo. Tudo com o objetivo de atrair o consumidor.”* (Manual de Direito Comercial, São Paulo, 2003, 14ª ed., Saraiva, ps. 67/68).

Nesse mesmo sentido, conforme observa *Waldírio Bulgarelli*, citado por *José Geraldo Brito Filomeno*, ao comentar a obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:

*“o consumidor aqui pode ser considerado como 'aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos', conceituação tal que, como se observa, não se ocupa apenas da aquisição efetiva de produtos e serviços, mas também com a potencial aquisição dos mesmos.”* (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro, 2001, 7ª ed., pg. 34).

Confluyente com esse entendimento, observa a Professora *Cláudia Lima Marques* que *“o CDC utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja a de dividir os indivíduos entre consumidores (art. 2º, caput) e pessoas equiparadas a consumidor (parágrafo único do art. 2º). No campo extracontratual, o CDC considera suas normas aplicáveis a 'todas as vítimas do evento danoso' causado por um produto ou serviço, segundo dispõe o seu art. 17.”*

Nesse passo, evidencia-se a subsunção da hipótese fática à norma prevista no artigo 17 do citado diploma legal, que disciplina a responsabilidade reparatória perante terceiros, denominados nos países da *common law* como *bystanders*, vale dizer, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, que vêm a sofrer prejuízos em razão do evento danoso, aqui representados por todos aqueles que se encontravam nas dependências do referido centro comercial e que vieram a sofrer as conseqüências desse trágico acidente.

Em consonância com essa orientação, as vítimas não são, ou não necessitam ser consumidores *stricto sensu*, mas a elas é aplicada a tutela especial do Código do Consumidor por determinação legal do referido dispositivo, já que os equipara aos consumidores.

Quanto ao tema de fundo, conforme anunciei, o Ministro *Ari Pargendler*, ao relatar o processo, proferiu voto no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, a ambos os recursos, para determinar a exclusão

dos mencionados sócios administradores do pólo passivo da demanda, à consideração de que o Código de Defesa do Consumidor só autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, se verificar uma das seguintes condições descritas no *caput* do artigo 28: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ao concluir o seu voto, salientou o ilustre ministro relator:

*“(…), sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fático do artigo 28, caput, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica – nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, verbis:*

*‘§ 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.’*

*Na técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do caput.”*

Seguindo essa linha de entendimento, acompanhando o voto do relator, o Ministro Menezes Direito ponderou que, embora o § 5º autorize uma *“interpretação literal amplíssima”*, voltada para a proteção do interesse do consumidor, a sua aplicação dependerá de estar configurada uma *“maquinação para burlar o ressarcimento do prejuízo”*, vez que, *“A expressão ‘de alguma forma’ deve ser interpretada na linha mestra da doutrina, ou seja, para evitar que o devedor, por manobra ilícita, escape da obrigação de pagar o que é devido.”*

Com vista dos autos, a Ministra Nancy Andriighi inaugurou divergência, ao consignar que *“O referido dispositivo, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo e. Ministro Relator, sugere uma ‘circunstância objetiva’. A nosso ver, contudo, a melhor interpretação deve ser dissociada do requisito da ‘má administração’ dos sócios administradores, contido no caput. Isso porque, no § 5º, expressamente, o legislador estendeu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por outras razões, sem enumerá-las, taxativamente, sendo o suficiente que causem ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’.”*

Esse entendimento, afastando a relação de dependência do § 5º com o *caput* do artigo 28, foi reforçado, também em voto vista, pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, aos seguintes argumentos:

*“Evidencia a independência do § 5º com relação ao caput a expressão que o introduz, ou seja, ‘também poderá ser desconsiderada’. Assim, mesmo não ocorrendo as hipóteses enumeradas no caput, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica quando sua personalidade constituir obstáculo ao ressarcimento dos consumidores lesados. De outra forma, seria indiscutível a inutilidade do texto do § 5º, pois é óbvio que, ocorrendo alguma ou algumas das hipóteses do caput, poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, independentemente de haver ou não obstáculo à reparação. O intérprete poderia dizer, com acerto: houve abuso de direito, então o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica, antes mesmo de perquirir acerca do obstáculo que a personalidade possa causar ao ressarcimento do prejuízo dos consumidores.”*

Inegavelmente, não é das mais felizes a redação do artigo 28 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor. Tanto que, quebrada a técnica legislativa, não há outra forma de validar o parágrafo 5º senão acoplando-o diretamente como complemento do *caput*.

De outro lado, sem que haja necessidade de reprisar todo o esboço histórico sobre o qual se desenvolveu a teoria da *disregard doctrine*, entre tantas outras denominações, missão já desenvolvida com extrema competência nos votos que me precederam, é de se lembrar, que, entre nós, uma conferência proferida por *Rubens Requião*, no fim da década de 60, é considerada como marco inicial sobre o tratamento do tema. É ainda de se destacar que, na tentativa de sistematizar o instituto em nosso país, conferindo melhor compreensão aos seus lineamentos, doutrinadores de escol, como *Fábio Ulhoa Coelho*, preferiram adotar a formulação subjetivista de Serick - responsável pela sistematização do instituto na Alemanha -, mas, com menor ênfase ao elemento intencional, para melhor adequá-la aos postulados da teoria do abuso do direito. Assim, enfatiza o respeitado doutrinador, que, salvo ante expressa disposição da lei, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente pode ser ignorada se esta houver sido utilizada fraudulenta ou abusivamente, devendo o ilícito caracterizar-se pelo uso da própria autonomia subjetiva da pessoa jurídica. Porém, sem prejuízo da contribuição de *Fábio Konder Comparato*, que adota o critério objetivo, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social.

O tema, indiscutivelmente, suscita grande dificuldade, seja por seu caráter inovador, seja pela falta de consenso na doutrina e na jurisprudência, quanto aos critérios a serem observados na sua aplicação, já que, sendo produto de construção jurisprudencial, nascido nos países de direito consuetudinário (Inglaterra e Estados Unidos), sua aplicação em outros países esbarra na dificuldade de elaborar um conceito abrangente, capaz de abarcar todas as hipóteses. Diante dessa dificuldade, cabe ao Judiciário a árdua missão de averiguar, com equilíbrio e bom-senso, em cada caso concreto, a possibilidade da sua aplicação, pavimentando o tortuoso caminho de interpretação da norma jurídica.

A esse fim, não podemos perder de vista que, se, por um lado, não podemos fazer tábula rasa do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, consagrado no artigo 20 do Código Civil, por ser ele indispensável ao incremento da atividade econômica no país, por outro, não podemos nos olvidar da especial atenção dispensada pelo legislador à defesa dos direitos do consumidor, erigidos que foram à garantia fundamental e princípio da ordem econômica, nos termos dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal.

Assim, conforme a observação de *Cláudia Lima Marques*, “*O reflexo desta doutrina no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas.*”

Em relação à sistemática protetiva do Código, pondera, ainda, a festejada consumerista gaúcha:

“*Em outras palavras, ao aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O Código de Defesa do Consumidor não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.*”

Atento a essa verdadeira mudança de paradigmas, implementada a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, criou o legislador, pela norma do § 5º do artigo 28, uma nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a partir de um critério objetivo, e a correlação desse parágrafo com o *caput* do mencionado artigo, avulta da própria literalidade da sua redação, ao dispor, textualmente, que “**Também** poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica...” (grifei), indicando o advérbio em referência expressa condição de equivalência ou similitude em relação ao *caput*, a fim de facultar ao julgador, mesmo fora das situações ali descritas, desconsiderar a pessoa jurídica, quando sua existência constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Entender-se de outro modo, significaria retirar-lhe toda a eficácia, já que, diante de alguma das situações descritas no *caput* já seria possível levantar o véu da pessoa jurídica para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, independentemente de haver qualquer obstáculo à reparação aos consumidores, sendo de se ressaltar que a alegação de que teria havido “*equivoco remissivo*”, ao recair o veto presidencial sobre o § 1º quando deveria ter recaído sobre o §5º, não se compadece com o nosso sistema de direito positivado, no qual a lei vale por aquilo que está escrito. Daí presumir-se que o legislador não insere no texto palavras inúteis.

Em consonância com o já expendido, não vislumbro nenhum empeco à sua convivência simultânea com a regra do *caput*, podendo o julgador trabalhar com as duas hipóteses, sendo de se assinalar que o próprio Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, ao comentar o referido dispositivo pontifica: “*O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito.*” (grifei) (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro, 2001, Ed. Forense Universitária, 7ª ed., p. 212).

Essa orientação, visualizando no referido preceito normativo hipótese objetiva de desconsideração da personalidade jurídica, encontra ressonância em outros diplomas legais, de que é exemplo a Lei nº 9.605/98, versando sobre as “sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, cujo artigo 4º assim dispõe:

“*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*”

Na área do Direito do Trabalho, também existem decisões aplicando a *teoria da despersonalização* na execução de créditos trabalhistas, uma vez constatada a insuficiência do patrimônio societário para honrar tais compromissos.

Na hipótese em apreço, é de se salientar, reconheceu o acórdão recorrido existir obstáculo ao ressarcimento, se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas, pois que “*são 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral*”, tendo anotado, ainda, o Des.

José Osório, em seu bem fundamentado voto, que “*O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fls. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como se lê a fls. 74 do mesmo volume do já referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.*”

Por fim, alinhando-me, ainda, à consideração feita pelo Ministro Antônio de Pádua, ao final do seu voto, no sentido de que a situação narrada poderia se subsumir até mesmo a uma das hipóteses do *caput* do artigo 28, qual seja, de ato ilícito, autorizando que os sócios fossem chamados a responder com seu patrimônio pessoal.

Como é de conhecimento geral, ato ilícito é aquele praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no artigo 186 do novel Código Civil, que assim prescreve:

*“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.*

Esse dispositivo sucede, com maior amplitude, o artigo 159 do Cód. Civil anterior, que dizia:

*“ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”*

O ato ilícito é fonte de obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado, em decorrência da infração a um dever de conduta, por meio de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, da qual resulte dano para outrem.

Por esse prisma, o elemento subjetivo da culpa é o dever descumprido, representado, no caso vertente, de forma omissiva, na modalidade da negligência, ao deixarem os recorrentes de promover as medidas suficientes e necessárias para detectar, previamente, o vazamento do gás, antes que adviesse a tragédia, fato esse que independe de prova nos autos, vez que a ocorrência da explosão e os danos dela decorrentes foram expressamente admitidos pelos réus, que também aceitaram as conclusões do laudo técnico do Instituto de Criminalística.

Caracterizado, assim, o ato ilícito, também por esse fundamento se justificaria a desconsideração da pessoa jurídica.

Ante o exposto, com a máxima vênia e costumeiras ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso.

É o voto.

Ministro CASTRO FILHO

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 29.03.2004, pesquisa em 17.11.2009).

## 16. Dano Moral e Estético.

**RECURSO ESPECIAL Nº 782.433 - MG (20050154850-7)**

**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO SIDNEI BENETI**

**RECORRENTE: SOUZA CRUZ S/A**

**ADVOGADO : ÁLVARO SÉRGIO FRAZÃO MONTENEGRO E OUTROS**

**RECORRIDO : MAURÍCIO CARNEIRO ELIAN**

**ADVOGADO : ANTONIO RIBEIRO ROMANELLI E OUTRO(S)**

### EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO NO CASO CONCRETO.

I - Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

II - Tratamento do caso como "danos causados por fato do produto ou do serviço prestado" (CDC, art. 27).

III - Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil.

IV - Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico.

Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, renovando o julgamento, após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, não conhecendo do recurso especial, e do voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, e mantidos os votos anteriormente proferidos, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Votaram com o Sr. Ministro Sidnei Beneti os Srs. Ministros Ari Pargendler e Massami Uyeda.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 04 de setembro de 2008(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator p' acórdão

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):**

Cuida-se de recurso especial interposto por SOUZA CRUZ S.A., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJMG.

**Ação:** de indenização por danos morais ajuizada por MAURÍCIO CARNEIRO ELIAN, ora recorrido, em desfavor da recorrente, em virtude de males que alega decorrerem do tabagismo.

Aduz que, induzido pelas propagandas veiculadas pela recorrente, acabou por consumir seus cigarros, vindo a se viciar em virtude das *substâncias* agregadas "*para provocar a rápida e definitiva dependência*".

**Sentença:** declarou extinto o processo, com o julgamento do mérito, afirmando estar prescrita a pretensão do autor, com fulcro no art. 27 do CDC.

**Acórdão:** deu provimento ao apelo do recorrido (fls. 1.036/1.040), nos termos do acórdão (fls. 1.116/1.123) assim ementado:

*"INDENIZAÇÃO – TABAGISMO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA.*

*Não tendo a pretensão do autor se fundado em vícios do produto, deve ser afastado o prazo prescricional previsto no art. 27 do CODECOM, aplicando-se o lapso ordinário do direito civil".*

**Recurso especial:** alega a recorrente em suas razões (fls. 1.126/1.138) que o acórdão hostilizado violou o art. 27 do CDC e divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, na medida em que a lide versa sobre acidente de consumo.

**Prévio juízo de admissibilidade:** após a apresentação de contra-razões (fls. 1.160/1.164), a Vice-Presidência do Tribunal *a quo* negou seguimento ao especial (fls. 1.166/1.167), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual dei provimento para determinar a subida destes autos (fls. 1.169). É o relatório.

## VOTO

### A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a determinar o prazo prescricional aplicável à hipótese dos autos - indenização por dano moral causado pelo tabagismo - se o de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC ou o de 20 (vinte) anos contido no art. 177 do CC/16.

Inicialmente, ressalto que, ao contrário do que consta do acórdão vergastado, a pretensão do autor, ora recorrido, de fato fundamenta-se em suposto defeito de segurança e informação do produto, nos termos do art. 12 do CDC, na medida em que, segundo consta da petição inicial, além do consumo dos cigarros fabricados pela recorrente ter sido causa determinante dos danos ocorridos à sua incolumidade física e psicológica, a empresa de tabaco prestou informações insuficientes e inadequadas sobre os efeitos nocivos dos seus produtos.

Consta do acórdão vergastado que “*apesar de o requerente ter começado a fumar aos 9 (nove) anos, somente aos 32 (trinta e dois) anos tomou conhecimento dos prejuízos e do seu causador, isto é, nos idos de 1989, portanto, há aproximadamente 14 (quatorze) anos antes da propositura da ação*” (fls. 1.121) (grifei).

A Lei nº 8.078/90 foi publicada no Diário Oficial da União em 12.09.1990, com uma *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, cujo término deu-se em **11.03.1991**, data da efetiva entrada em vigor do CDC.

Portanto, o conhecimento do dano e de sua autoria se deu de 01 (um) a 02 (dois) anos antes do CDC entrar em vigor, quando então vigia o CC/16, cujo art. 177 dispunha que “*as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos (...), contados da data em que poderiam ser propostas*”.

Dessa forma, a despeito de se tratar de norma especial, para que se possa concluir pela incidência, na espécie, do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC, ter-se-á que admitir a aplicação retroativa deste diploma legal, ainda que, como fez o juiz de primeiro grau, se conte o prazo tão somente da entrada em vigor da lei.

Não se pode olvidar que a CF/88 adotou, como regra geral do sistema, o princípio da não-retroatividade da lei, admitindo-se, por outro lado, a sua retroatividade como exceção. Assim o fez ao prescrever em seu art. 5º, XXXVI, que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Não outro o sentido imposto pelo comando legal constante do art. 6º da LICC, segundo o qual “*a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”.

Destarte, em princípio, o fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência. Trata-se de regra geral de direito intertemporal, de incidência imediata e inexorável da lei. Se está em vigor, portanto apta para incidir, e o fato nela previsto ocorre, dá-se a incidência, vale dizer, o fato ganha imediatamente a significação jurídica que a lei vigente lhe atribui.

Acrescente-se, por oportuno, que não há necessidade de dispositivo expresso fixando essa incidência imediata. A norma que inclui artigo nesse sentido terá caráter meramente explicitante. Sua ausência não faz com que as leis silentes sobre a questão intertemporal sejam retroativas. Uma lei que nada diz a respeito de sua aplicação a fatos ocorridos antes do início de sua vigência, a estes evidentemente não se aplica, a não ser quando a situação regulada seja, por natureza, envolvente daqueles fatos, como ocorre, por exemplo, com a anistia.

Não obstante a regra geral de irretroatividade, a questão que se põe é saber se, por ser norma de ordem pública, o CDC se aplicaria retroativamente àquelas situações já consumadas.

Nesse aspecto, Caio Mário da Silva Pereira anota que “quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública” (*Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 149).

A partir dessas ponderações, conclui-se que o CDC não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública. O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico

perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o legislador constituinte admitir como regra a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar expressamente tal situação no próprio texto constitucional.

Sendo assim, os fatos já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei consumerista, não são atingidos por sua força e autoridade legislativa. Evidentemente, as normas de incidência imediata, como é o caso do CDC, atingem, além de fatos ocorridos já no decorrer de sua vigência, também situações não definitivamente concluídas ou os efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados. Nessas hipóteses, porém, não se tratará de efeito retroativo da lei, senão da própria aplicação imediata dela.

Outro não é o entendimento consolidado nesta Corte, que já decidiu reiteradas vezes que, a despeito de ser norma de ordem pública, os dispositivos do CDC não se aplicam a situações consolidadas antes de sua vigência, justamente por não trazer em si a faculdade de desconstituir atos e fatos jurídicos formalizados sob a égide de norma anterior.

Diversos são os julgados nesse sentido, valendo destacar os seguintes: REsp 570.755/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ de 18.12.2006, AgRg no REsp 489.858/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 17.11.2003; REsp 439.880/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 17.11.2003; e REsp 194.531/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 27.03.2000; este último assim ementado, no que pertine à espécie:

*“O art. 27 do Código de Defesa do Consumidor não alcança o prazo prescricional em curso quando do ajuizamento da ação, não se aplicando o Código aos fatos anteriores a sua vigência.”*

Do quanto exposto até aqui, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, dada a sua irretroatividade, devendo incidir, portanto, a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, vigente à época em que o recorrido teve conhecimento do dano e de sua autoria.

Ressalto, por oportuno, a inaplicabilidade à espécie do REsp 304.724/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.2005, que cuidou de hipótese semelhante à dos autos e no qual ficou assentado que *“a prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do Art. 177 do CC/16”*.

Isto porque, naquele processo, não havia certeza quanto à data em que o autor teria tido ciência do dano, o que impossibilitou dizer se tal circunstância havia ou não ocorrido sob a égide do CDC.

Por outro lado, não obstante tenha acompanhado o voto do i. Min. Humberto Gomes de Barros, melhor refletindo sobre o assunto, me parece que não se pode generalizar a regra de especialidade do CDC, que deve ser relativizada e interpretada em consonância com o seu art. 7º, o qual estabelece uma interface da lei consumerista com o sistema geral de defesa do consumidor.

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. O denominado “direito do consumidor” tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor.

Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, *“o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7.º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro”* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 185).

Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral, mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção do parte hipossuficiente da relação de consumo.

Na espécie, não cabe dúvida que o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 177 do CC/16, que fixa um prazo prescricional de 20 (vinte) anos, devendo, também por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

## VOTO-VISTA

### O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- O Recurso Especial foi interposto por SOUZA CRUZ S/A, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra Acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (Rel. Juíza EULINA DO CARMO ALMEIDA), o qual, dando provimento à Apelação interposta pelo autor, ora recorrido, afastou a prescrição quinquenal do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor acolhendo a prescrição vintenária do Cód. Civil/1916, e anulou sentença de ação movida pelo ora recorrido (inicial datada de 10.1.2003 e autuada a 14.3.2003), fumante desde os nove anos de idade e padecente de “tromboangiíte obliterante”, que o levou à perda de extremidades das mãos e pés, com várias intervenções cirúrgicas e amputações, inclusive de dedos e da perna direita, visando à condenação da ré, ora recorrente, indústria fabricante de cigarros, ao pagamento de “uma compensação por danos morais, em face dos enormes sofrimentos do autor, cujo montante deverá ser fixado na forma dos ensinamentos doutrinários acima, e acrescido de juros de mora e demais consectários de direito”, bem como à “condenação do réu ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios” (sic fls. 16).

2.- O autor alega a violação do art. 27 do CDC, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, “iniciando-se o prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria” (CDC, art. 27, parte final), e divergência de julgados relativos a acidente de consumo, no caso, o tabagismo, que teria levado aos danos físicos de monta alegados na inicial e vistos nas fotos trazidas ao processo.

Informou o autor que teve consciência da moléstia, decorrente do tabagismo, no ano de 1983, vindo, entretanto, a ajuizar o processo apenas no ano de 2003, quando já em vigor o Cód. de Defesa do Consumidor, cuja *vacatio legis* foi de noventa dias (CDC, Lei 8.078, de 11.7.1990).

3.- A sentença focalizou a questão do prazo prescricional, única matéria ora em exame, expondo que, segundo o autor:

“O diagnóstico ocorreu, segundo o próprio autor, quando ele tinha trinta e dois (32) anos de idade, ou seja, no ano de 1989, já que nasceu em 1957 (cf. f. 21).

*“Tendo o Código de Defesa do Consumidor entrado em vigor no ano de 1990, a partir de então se iniciou o prazo de cinco anos para a propositura da ação.*

*“Apesar disto, esta ação somente foi ajuizada em janeiro de 2003 (cf. bilhete de distribuição às f. 51), quando já decorrido o prazo prescricional.*

*“Prescrita, portanto, encontra-se a pretensão ao autor, o que conduz à extinção do processo, com julgamento do mérito, a teor do disposto no item IV do artigo 269 do Código de Processo Civil” (fls. 1013).*

O Acórdão ora recorrido, contra o qual não interpostos Embargos de Declaração, por sua vez, sobre o ponto em análise, assim expôs segundo o voto da E. Relatora:

*“Colhe-se da exordial, portanto, que o sustentáculo do pedido apóia-se nos efeitos nocivos que o uso do cigarro causa à saúde, na periculosidade inerente ao seu consumo, não sendo alegado qualquer defeito na produção deste. Ao contrário, é informado que o perfeito funcionamento das substâncias (“agentes nocivos”, no dizer do suplicante), as quais são agregadas à matéria-prima do bem, foram a causa dos males discorridos na peça de ingresso.*

*“A ausência de súplicas quando ao mau funcionamento, juntamente com a afirmativa de que os males decorrentes das características essenciais do objeto consumido, afastam a incidência do disposto no artigo 27 do CDC.*

*“Assim, o prazo aplicável à espécie há de ser o ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos, pelo que não é possível cogitar-se da ocorrência da prescrição.*

*“Neste sentido é da jurisprudência: ‘Prescrição quinquenal do art. 27, do CDC, não incidente, por não estar, a reparação perseguida na inicial, calcada em defeito do produto, mas nas características essenciais do mesmo’ TJRS, Ap. 70006270508, 5ª CC, rel. Des. LÉO LIMA, j. 18/9/2003.*

*“Apesar de o requerente ter começado a fumar aos 9 (nove anos), somente aos 32 (trinta e dois) anos tomou conhecimento dos prejuízos e do seu causador, isto é, nos idos de 1989, portanto, há aproximadamente 14 (quatorze) anos antes da propositura da ação.*

*“Cumpra ressaltar, ainda, que apesar de a ação ter sido proposta já na vigência do Novo Código Civil, são incabíveis na espécie as disposições deste, como preceitua o seu artigo 2028: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada’ (fls. 1120-1121).*

E o voto do E. Revisor, Juiz FRANCISCO KUPIDLOWSKI, veio a ajuntar, expressamente:

*“Também dou provimento ao apelo, na esteira do voto da eminente Juíza Relatora, e, com a consideração de que, na espécie, o cerne do pedido indenizatório não é o vício ou defeito no cigarro e, sim, o vício causado pelo seu uso e as seqüelas e moléstias dele decorrentes, o que torna inaplicável, para efeito de prescrição, a norma insculpida no artigo 27 da Lei Consumerista” (fls. 1122-1123).*

É o relatório.

4.- O autor moveu a ação invocando expressamente a regência do Código de Defesa do Consumidor, isto é, ubicando o caso integralmente em seu sistema e no disposto no art. 27 do mesmo Código. O Recurso Especial interposto pela ré funda-se na negativa de vigência do art. 27 do CDC, que estabelece a prescrição quinquenal para “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado”, cuja regência foi negada pelo Acórdão recorrido, que, salientando não haver o autor apontado nenhum defeito na fabricação dos cigarros, mas, sim, “males decorrentes das características essenciais do objeto consumido”, concluiu pela incidência do prazo prescricional de vinte anos (CC/1916, art. 177), “por incidência do prazo prescricional ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos”.

Não está posta em exame agora, neste recurso, a data a partir da qual o autor teria tido conhecimento da ação nociva do cigarro sobre a sua saúde, data essa fixada pelo autor no ano de 1989 (pois afirma que começou a fumar aos nove anos de idade e que somente aos trinta e dois anos tomou conhecimento dos prejuízos causados pelo cigarro à sua saúde), matéria que ficaria para exame da sentença, à volta dos autos ao 1º Grau.

A alternativa em questão é esta: - Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado”, cuja ação indenizatória é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990)", ou: são “males decorrentes das características essenciais do objeto consumido”, cuja ação indenizatória é regida pelo prazo prescricional ordinário de vinte anos, segundo o Cód. Civil/1916"?

Embora a definição da tese para o caso dos autos, pressuponha a imersão profunda na prova, após exaurimento das fontes probatórias (cuja produção ainda não se possibilitou, pois ocorreu julgamento antecipado da lide, sem prévia prova pericial e testemunhal), tem-se que a fixação do prazo prescricional é decorrência do enquadramento da hipótese fática no art. 27 do CDC, efetuada pela própria petição inicial deste processo.

5.- Ao menos um precedente deste Tribunal é no sentido do enquadramento da hipótese no art. 27 do CDC. Nesse sentido foi o julgamento do Resp 304724-RJ, 3ª. T., Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, em que se adiantou que “a prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/16”.

Meu voto segue a orientação do precedente, mantendo o enquadramento fático e a prescrição nos termos do art. 27 do CDC.

Essa é, sem dúvida, a melhor orientação, pois, por um lado, preserva a higidez da manifestação jurisprudencial do Tribunal e, por outro, erige marco divisor, pela prescrição, entre os casos anteriores e os posteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor.

No caso concreto, o autor firmou ter tido conhecimento dos efeitos nocivos do tabagismo em 1989, isto é, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor. Teve ele dez anos para acionar com fundamento no art. 159 do Código Civil/1916 e não o fez. Vigente o Código de Defesa do Consumidor a partir do ano de 1990, teve o autor cinco anos em seguida para acionar e novamente não o fez. Isso já em meio à notória ênfase da divulgação, por todos os meios de comunicação social, dos efeitos nocivos do cigarro.

Apenas veio a acionar em janeiro de 2003 (cf. bilhete de distribuição às f. 51), treze anos após a edição do Código de Defesa do Consumidor. Infelizmente, o autor deixou transcorrer tempo enormemente excessivo antes de trazer a Juízo a sua pretensão, já encontrando, então, fechadas as portas da litigância pela prescrição.

Nunca é demais lembrar que, no mundo moderno, em que a comunicação celeremente informa a respeito dos fatos e dos direitos, os prazos prescricionais vêm sendo encurtados, não mais sendo razoável imaginar a demorada circulação das informações, que levava aos prazos longos dos tempos da promulgação do Código Civil de 1916. Por isso, o novo Código Civil/2002, veio a encurtar os prazos prescricionais, inclusive o prazo ordinário, fixando o prazo máximo em dez anos, que já, por si só, bem interior ao tempo em que o autor se quedou inerte. É claro que o novo prazo prescricional do Código Civil de 2002 não regeria o caso, mas impossível deixar de atentar ao vetor interpretativo que resulta do fenômeno do encurtamento dos prazos prescricionais evidenciado pelo Novo Código Civil.

6.- Não se cuida de rejeição de pretensa retroatividade do prazo prescricional do Código de Defesa do Consumidor, nem de ultratividade do prazo prescricional do Código Civil de 1916, mas, sim, de pura e simples regência do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor, a partir de sua vigência, para hipótese concreta já qualificada pela jurisprudência da Corte como subsumida no mesmo art. 27 do aludido Código. Nem pode ser extraída do art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor conclusão que arrede a prescrição no prazo do seu art. 27, em processo em que a pretensão do autor foi expressamente fundamentada no mesmo art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor e não na regra geral do Código Civil. Não há no caso como misturar os sistemas do Cód. de Defesa do Consumidor e do Cód. Civil/1916, de modo a duplamente beneficiar o litigante autor -- ou seja, com a prescrição maior do Cód. Civil/1916 e com os diversos institutos especiais de favorecimento do consumidor, especialmente a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

Em suma, a tese que, pelo meu voto, deve reger o caso de ação ajuizada com expresse fundamento no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, é a da primeira alternativa (n. 3, supra): "Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são "danos causados por fato do produto ou do serviço prestado", cuja ação indenizatória de dano moral é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990)".

Aplica-se, pois, o art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) à pretensão a indenização formulada pelo autor, de danos resultantes de moléstia causada ou agravada pelo tabagismo por longo tempo, mesmo que constatada anteriormente a esse Código, fixado o prazo prescricional de cinco anos, contado a partir da data em que o Código aludido entrou em vigor.

7.- Pelo exposto, com o maior respeito pelo voto da E. Relatora, meu voto dá provimento ao Recurso Especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do art. 105, II, da Constituição Federal, restabelecendo-se a sentença que julgou extinto o processo ante o reconhecimento da prescrição, mantidos os consectários legais da sucumbência, tal como fixados pela sentença (fls. 1014).

Ministro SIDNEI BENETI

## **RECURSO ESPECIAL Nº 782.433 - MG (2005/0154850-7)**

### **VOTO-VISTA**

#### **EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:**

1. Os autos dão conta de que Maurício Carneiro Elian ajuizou ação de indenização por danos morais contra Souza Cruz S/A em razão dos terríveis males que lhe foram causados pelo consumo de cigarros. Segundo a inicial, o tabagismo ocasionou-lhe tromboangiíte obliterante, cujo agravamento da doença levou-lhe a amputar os dedos das mãos, os pés e, após, a perna direita. Alegou que, além dos sofrimentos causados pelas cirurgias, padece de outros prejuízos de ordem moral, tais como, dores provocadas pela prótese, noites insones, necessidade de auxílio da esposa para satisfazer às necessidades fisiológicas básicas, pressões psicológicas à esposa devido à sua doença mutilante, dificuldade de deslocamento para o tratamento da doença, constrangimentos e humilhações (fl. 02/17).

O MM. Juiz de Direito Dr. Maurílio Gabriel Diniz, reconhecendo a incidência do prazo prescricional quinquenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, extinguiu o processo com julgamento do mérito (fl. 1.011/1.014).

Lê-se na sentença:

*"O referido Código, em seu artigo 27, determina que 'prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria'.*

*No caso em exame, o autor Maurício Carneiro Elian, na exordial, afirmou que, após consulta com um angiologista, foi diagnosticado que estaria sofrendo de 'tromboangiíte obliterante', decorrente do consumo de cigarros, e que ele, 'não obstante as recomendações médicas e por mais esforços que fizesse, não conseguia livrar-se daquele insidioso, e mais que isso, imperioso vício' (cf. f. 4).*

*Este diagnóstico ocorreu, segundo o próprio autor, quando ele tinha trinta e dois (32) anos de idade, ou seja, no ano de 1.989, já que nasceu em 1.957 (cf. f. 21).*

*Tendo o Código de Defesa do Consumidor entrado em vigor no ano de 1.990, a partir de então se iniciou o prazo de cinco anos para a propositura da ação.*

*Apesar disto, esta ação somente foi ajuizada em janeiro de 2.003 (cf. bilhete de distribuição, às f. 51), quando já decorrido o prazo prescricional.*

*Prescrita, portanto, encontra-se a pretensão do autor, o que conduz à extinção do processo, com julgamento do mérito, a teor do disposto no item IV do artigo 269 do Código de Processo Civil" (fl. 1.013).*

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relatora a Juíza Eulina do Carmo Almeida, deu provimento à apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

**"INDENIZAÇÃO - TABAGISMO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA.**

*Não tendo a pretensão do autor se fundado em vícios do produto, deve ser afastado o prazo prescricional previsto no artigo 27 do CODECOM, aplicando-se o lapso ordinário do direito civil" (fl. 1.116).*

Lê-se no acórdão recorrido:

*"... em sua inicial, requer a reparação pelos danos decorrentes da conduta culposa da recorrida, baseando-se em dispositivos do direito civil e fundamentando sua pretensão no fato de ter se tornado viciado:*

*'... por substâncias específicas que as empresas fabricantes de cigarros (entre as quais, a ré) agregam para provocar a rápida e definitiva viciosa dependência' (f. 3).*

*Colhe-se da exordial, portanto, que o sustentáculo do pedido apóia-se nos efeitos nocivos que o uso do cigarro causa à saúde, na periculosidade inerente ao seu consumo, não sendo alegado qualquer defeito na produção deste. Ao contrário, é informado que o perfeito funcionamento das substâncias ('agentes nocivos' no dizer do suplicante), as quais são agregadas à matéria-prima do bem, foram a causa dos males discorridos na peça de ingresso.*

*A ausência de súplicas quanto ao mau funcionamento, juntamente com a afirmativa de que os males decorrentes das características essenciais do objeto consumido, afastam a incidência do disposto no artigo 27 do CDC.*

*Assim, o prazo aplicável à espécie há de ser o ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos, pelo que não é possível cogitar-se da ocorrência de prescrição" (fl. 1.120/1.121).*

As razões do recurso especial alegam violação do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, bem como divergência jurisprudencial (fl. 1.125/1.138).

A Relatora Ministra Nancy Andrighi votou no sentido de não conhecer do recurso especial, dela divergindo o Ministro Sidnei Beneti que, reconhecendo a incidência do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, votou pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

2. Sabido que o julgamento do recurso especial não vai além dos fatos reconhecidos pelo tribunal *a quo*, a base empírica a ser considerada para esse efeito é a de que o diagnóstico da doença de Maurício Carneiro Elian remonta ao ano de 1989 (*sentença*, fl. 1.013; *acórdão*, fl. 1.121).

À época, o Código de Defesa do Consumidor inexistia, resultando que a respectiva disciplina não pode retroagir, seja para dirimir o mérito da lide, seja para regular o prazo prescricional da ação.

Por esse fundamento, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento.

**VOTO-VOGAL****EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Nesse momento, é como sempre digo: se há um exemplo característico e uma solidão, a solidão da alma, é a solidão do juiz, porque deve, nesse momento, consultar a sua consciência, os fundamentos jurídicos, a sua formação, a sua convicção e, até mesmo, eventualmente, a sua intuição e, depois de tomada essa decisão - isso eu faço por mim mesmo - deixar na mão de Deus, porque essa é a inspiração que se tem.

É claro que este julgamento é um julgamento pioneiro que está deitando diretrizes, inclusive jurisprudenciais, para todo o País, quer dizer, a natureza institucional, a função institucional do nosso Tribunal, da Corte, é fazer isso, a uniformização da jurisprudência, adequá-la à interpretação do direito infraconstitucional e, nesse traço do direito infraconstitucional, a todo o momento estamos tangenciando a própria Constituição.

Então, quando a Sra. Ministra Nancy Andrichi diz que "se fosse o caso, deveria ter excepcionado", penso com todo o respeito que não seja tarefa do legislador, porque se o legislador tivesse que, a todo o momento, disciplinar a conduta dos que estão sob o império da lei, primeiro não haveria necessidade do Judiciário; segundo, deixaríamos um programa de computador, e sairia muito mais rápido, mas, penso eu, sem essa possibilidade de analisarmos o espírito humano.

Com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrichi, admiro muito o trabalho de V. Exa., uma arauta, sempre altaneira no sentido de defesa do consumidor, também me alinhando a isso, mas não a ponto de chegar e dizer que esse sistema faz tábula rasa do art. 27.

Acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Ministro MASSAMI UYEDA

(fonte: STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), jurisprudência, publicado no Diário da Justiça de 20.11.2008, pesquisa em 17.11.2009).