

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

Carlos Giovani Souza Amado

**ANÁLISE DA LEI CONSUMERISTA E A SUA APLICABILIDADE NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NO COMÉRCIO VAREJISTA**

Bauru
2022

Carlos Giovani Souza Amado

**ANÁLISE DA LEI CONSUMERISTA E A SUA APLICABILIDADE NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NO COMÉRCIO VAREJISTA**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor
Ms Tales Manoel Lima Viálogo**

**Bauru
2022**

Amado, Carlos Giovani Souza

Análise da lei consumerista e a sua aplicabilidade nas relações de consumo no comércio varejista. Carlos Giovani Souza Amado. Bauru, FIB, 2022.

42f.

Monografia, Bacharel em direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Prof. Ms. Tales Manoel Lima Vialôgo

1. Direito do Consumidor. 2. Práticas Abusivas. 3. Supermercado. I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

Carlos Giovanni Souza Amado

**ANÁLISE DA LEI CONSUMERISTA E A SUA APLICABILIDADE NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO NO COMÉRCIO VAREJISTA**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito,**

Bauru, 18 de novembro de 2022.

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Ms. Tales Manoel Lima Viálogo

Professor 1: Ms. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

Professor 2: Ms. Ana Roberta Prado Montanher

**Bauru
2022**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por me abençoar com tantas coisas boas até hoje. A minha abençoada e querida família, onde encontramos primeiramente a palavra “amor”, onde aprendi também, lugar o qual se encontra fortalecimento e apoio verdadeiro até o último suspiro de minha vida.

Dedico este trabalho a meus pais, Valdemir e Ana Cláudia por sempre me ensinarem a sempre trabalhar duro em todos os pontos da minha vida, passando lições com muito amor e carinho. Aos meus irmãos, Paulo, Leonardo e Miguel, que sempre mostraram o maior significado de fidelidade e parceria que eu poderia ter. Ao grande amor que conheci há 6 anos, Giovanna, pessoa que sempre esteve comigo em todos os momentos importantes da minha vida, e sempre me orgulhou e motivou para me tornar uma pessoa melhor todos os dias.

Por fim, aos meus grandes amigos que conheci na faculdade, João Pedro Ribeiro, José Pedro Marques, Rafael de Souza, João Guilherme, Luiz Eduardo, obrigado por tornarem minha vida mais completa, podendo chamar vocês de irmãos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família pelo apoio não só na presente monografia, mas em todos os momentos importantes da minha vida. Ao meu grande orientador Tales Manoel Lima Vialôgo por toda atenção, paciência e os excelentes ensinamentos ao decorrer de todo o curso, assim como todos as motivações para seguimento à conclusão de trabalho que acabou tornando-se um grande desafio para mim. Agradeço também, aos meus professores e mestres, não somente relacionados a área jurídica, mas também aos “mestres de vida”. Todos necessitam do conhecimento, a educação será o caminho para que crescamos como seres humanos melhores e com nobreza de alma, como um todo.

A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.

(Rudolf Von Ihering)

AMADO, Carlos Giovanni Souza. **Análise da Lei Consumerista e a sua Aplicabilidade nas Relações de Consumo no Comércio Varejista**. 2022 42f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2022.

RESUMO

A presente pesquisa terá como principal objetivo, analisar a Lei n. 8.078/90, sendo o diploma referente ao Código de Defesa do Consumidor, e sua aplicação nas relações de consumo de supermercado. Buscando a devida análise a casos concretos e suas relações de igualdades nas aplicações para consumidor e fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei ordinária. Ele é a concretização daquela longa evolução que ocorreram no Brasil, observando assim a sua necessidade de implementação no ordenamento jurídico. Como imperativo constitucional, sua função principal é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado. Como dito, o Código de Defesa do Consumidor encontra-se na CFRB/88, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, na ADCT art. 48, e no capítulo da atividade econômica, entre os princípios da ordem econômica no art. 170 do CF/88. Pode-se definir o CDC como sendo instrumento legal que efetiva a defesa do consumidor, e assim sendo, sem esse imperativo constitucional, o CDC não passaria de uma folha de papel. O consumidor é um dos elementos que compõe a relação de consumo, juntamente com o fornecedor, focando aqui nos sujeitos da relação de consumo. E os outros dois elementos relacionados ao objeto das prestações ali surgidas, ou seja, produtos ou serviços. Como objeto de estudo, as práticas abusivas estão localizadas no art. 39 do CDC trazendo o rol exemplificativo, possuindo conceito jurídico como as ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. Diante deste conceito, no comércio varejista são comuns práticas abusivas em decorrência de vícios na oferta e serviços. O vício nada mais é do que a inadequação do objeto de consumo, podendo ser em produtos não duráveis ou duráveis, como veículos, roupas, alimentos e etc. a responsabilidade aqui é solidaria como dispõe o art. 18 do

Código de Consumidor. O mesmo artigo trata ainda quando o produto é sanável nos casos de vícios, sendo substituídos, restituídos ou abatidos proporcionalmente. Nestes casos, o consumidor pode acionar o direito que tem adquirido por conta própria, devidamente representado por um advogado, promotoria de justiça pode apresentar ação civil pública, ou o PROCON, o órgão fiscalizador atua com a devida necessidade e competência que possui como fiscalizador. Com base na breve apresentação feita, e considerando que o Código de Defesa Consumidor tem como principal função, assegurar e proteger os direitos dos consumidores, possuindo inclusive preceitos fundamentais, inclusos no Título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre como base o princípio da vulnerabilidade, como se dá a aplicabilidade do CDC nas relações de consumo de supermercado, quando caracterizada prática abusiva? Consegue o CDC equilibrar o exercício da livre iniciativa econômica com a proteção dos consumidores?

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Práticas Abusivas. Supermercado.

AMADO, Carlos Giovanni Souza. **Análise da Lei Consumerista e a sua Aplicabilidade nas Relações de Consumo no Comércio Varejista**. 2022 42f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2022.

ABSTRACT

The present research will have as main objective, to analyze the Law n. 8.078/90, the diploma referring to the Consumer Defense Code, and its application in supermarket consumer relations. Seeking the proper analysis of concrete cases and their equal relations in the applications for consumer and supplier. The Consumer Defense Code (CDC) did not arise by chance, nor did it result from a simple project like any ordinary law. It is the embodiment of that long evolution that took place in Brazil, thus observing its need for implementation in the legal system. As a constitutional imperative, its main function is to rebalance the forces of the subjects of the consumerist relationship, reduce consumer vulnerability and limit harmful market practices. As said, the Consumer Defense Code is found in CFRB/88, in the chapter on Fundamental Rights and Guarantees, in ADCT art. 48, and in the chapter on economic activity, among the principles of economic order in art. 170 of CF/88. The CDC can be defined as a legal instrument that effectively protects the consumer, and therefore, without this constitutional imperative, the CDC would be nothing more than a sheet of paper. The consumer is one of the elements that make up the consumption relationship, together with the supplier, focusing here on the subjects of the consumption relationship. And the other two elements related to the object of the services that appear there, that is, products or services. As an object of study, abusive practices are located in art. 39 of the CDC bringing the exemplary list, having a legal concept such as the actions or conduct of the supplier in disagreement with the standards of good conduct in consumer relations. In view of this concept, abusive practices are very common in retail trade as a result of defects in supply and services. Addiction is nothing more than the inadequacy of the object of consumption, and can be caused in non-durable or durable products, such as vehicles, clothes, food, etc. the responsibility here is joint and several as provided in art. 18 of the Consumer Code. The same article also deals with when the product is

curable in cases of defects, being replaced, refunded or discounted proportionately. In these cases, the consumer can activate the right that he has acquired on his own, duly represented by a lawyer, the prosecutor can file a public civil action, or PROCON, the supervisory body acts with the due need and competence that it has as an inspector. Based on the brief presentation made, and considering that the Consumer Defense Code's main function is to ensure and protect consumers' rights, including fundamental precepts, included in the Title that deals with Fundamental Rights and Guarantees, always based on the principle of vulnerability, how does the CDC applicability in supermarket consumption relationships, when characterized as an abusive practice? Can the CDC balance the exercise of free economic enterprise with consumer protection?

Keywords: Consumer Law. Abusive Practices. Supermarket.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA CONSUMERISTA	13
2.1	Normas de Ordem Pública e Interesse Social	15
3	ELEMENTOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	17
3.1	Consumidor	17
3.1.1	Consumidor próprio, padrão ou estrito	17
3.1.2	Consumidor em sentido coletivo	21
3.1.3	Consumidor equiparado “bystander”	22
3.1.4	Consumidor amplo ou exposto	23
3.2	Fornecedor	24
3.3	Produto	25
3.4	Serviços	26
4	DAS PRÁTICAS ABUSIVAS	28
4.1	Responsabilidade por vícios na oferta de produtos e serviços	28
4.2	Práticas abusivas previstas no art. 39 do CDC	32
5	DAS CONDUTAS ABUSIVAS EM REDES DE MERCADOS E SUPERMERCADOS	34
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	
	APÊNDICES	
	ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa terá como principal objetivo, analisar a Lei n. 8.078/90, sendo o diploma em que é tratado o Código de Defesa do Consumidor, e sua aplicação nas relações de consumo de supermercado.

Na parte conceitual do trabalho, mais especificamente nos capítulos 2 e 2.1, foi visto que o Código de Defesa do Consumidor, possuindo sua essência de imperativo constitucional, foi introduzido ao ordenamento jurídico como instrumento de proteção ao consumidor e sua vulnerabilidade nas diversas relações de consumo existentes. A atual legislação consumerista também possui status de norma de ordem pública e interesse social, estabelecendo assim, a sua característica de norma cogente, mas sempre em busca do interesse social nas relações de consumo.

No capítulo 3 e seus subcapítulos, foi analisado as formalidades para a concessão de uma relação de consumo, ou seja, os elementos da relação de consumo, apresentando primeiramente as partes que envolvem uma obrigação de consumo, e logo as prestações de obrigações ou produtos para consumo.

No capítulo 4, foca nas práticas abusivas, sendo divididas primeiro no subcapítulo 4.1 sobre a responsabilidade do fornecedor por vícios na oferta de produtos e serviços, e no subcapítulo 4.2 sobre as práticas abusivas previstas no art. 39 do CDC, que traz um rol exemplificativo.

E como capítulo final e principal do trabalho, as condutas abusivas nas relações de consumo em supermercados. Sendo visto, analisado e trazendo uma opinião crítica sobre os entendimentos jurisprudenciais, julgados, condutas dos órgãos fiscalizadores e seus meios de comunicação e informação ao consumidor vulnerável.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA CONSUMERISTA

Nas relações de consumo estão presentes duas partes para sua concessão, fornecedor e consumidor, este sempre ocupou a parte mais frágil e vulnerável na relação de consumo, visto assim, veio a necessidade de uma tutela para o consumidor, fazendo com que houvesse uma igualdade maior. Ponto interessante a comentar, que na segunda fase dos Direitos Humanos, mais precisamente a segunda geração, o principal princípio fundamental a ser tratado foi a igualdade, ou seja, a fase de reclamar pelos direitos conquistados na primeira, e a exigir meios de defesa, entendendo-se aí o dever do Estado de possibilitar amplamente os meios para que referidos direitos se tornem efetivos.

Na década de 1980, o Brasil já possuía uma necessidade imediata de uma lei específica para defesa do consumidor, exemplos como o Código Civil de 1916, assim como demais normas do regime privatista, não conseguiam mais lidar com situações concretas. Essa conscientização foi levada para a Assembleia Nacional Constituinte, que acabou por optar por uma codificação das normas de consumo.

Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXII, determinou: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Com esse dispositivo constitucional, o Estado tem o dever de promover uma tutela para o consumidor, não sendo uma mera obrigação, a defesa do consumidor é um imperativo constitucional. Assim sendo, se é um dever o Estado, por outro lado, é um direito constitucional do consumidor. Assim esclarece no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o qual determinou: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” Como se vê, o dispositivo, além de estabelecer prazo para a elaboração da lei de defesa do consumidor, ainda lhe deu a denominação de Código de Defesa do Consumidor.

O constituinte originário, portanto, instituiu a defesa do consumidor como um imperativo constitucional do Estado e um direito fundamental do consumidor. Sendo uma grande conquista ao consumidor que até então não tinha vez, não tinha direitos, era apenas um número nas relações de consumo, passou a ser titular de direito fundamental. O Ministro Cezar Peluso, quando Presidente do Supremo

Tribunal Federal, concluiu o seu voto no Recurso Extraordinário nº 351.750, com magistral lição:

A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV). (PELUSO, Recurso Extraordinário nº 351.750, apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 23)

Portanto, a defesa do consumidor deveria possuir sua forma feita da lei. Assim, possuindo força de imperativo constitucional, o constituinte logicamente determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor. Assim inicia o ordenamento consumerista, deixando bem claro sua força constitucional desde a sua essência, no Art. 1º do CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Além das disposições constitucionais e como Direito Fundamental que é tratado o CDC, também é princípio geral de toda a atividade econômica. Incluída no art. 170, V, da Constituição, entre os princípios da ordem econômica, aplica-se a todo o capítulo da atividade econômica

A doutrina e jurisprudência evidenciam o CDC como um instrumento legal que efetiva a defesa do consumidor, assim sendo, sem o CDC, o imperativo constitucional não passaria de uma folha de papel. Cavalieri Filho exemplifica esse conceito usado pela doutrina:

o Código do Consumidor é um instrumento. Ninguém consegue fazer uma obra de arte, mesmo que seja o maior pintor ou escultor do mundo, um Miguel Ângelo, por exemplo, sem os instrumentos necessários – o pincel ou o cinzel. Por melhor que seja o médico, um Pitanguy da cirurgia estética, ele não consegue fazer uma intervenção cirúrgica delicada ou de alto risco sem o bisturi. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 23).

Sendo a lei constitucionalmente destinada à defesa do consumidor, o CDC é o instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade e outros mais.

Assim concluindo, a defesa do consumidor, na linha da expansão do fenômeno mundial do consumerismo, no Brasil ganhou status de princípio constitucional (CF, arts. 5º, XXXII; 170, V). O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, encontra fundamento na Constituição, pois regula um princípio constitucional a defesa do consumidor e foi editado por expressa determinação constitucional (ADCT, art. 48).

2.1 Normas de Ordem Pública e Interesse Social

Como disposto na proteção da lei consumerista, a presente norma de ordem pública e interesse social têm por fundamento a determinação constitucional feita ao Estado no sentido de promover a defesa do consumidor na forma da lei, fundamento este estabelecido entre os direitos e garantias fundamentais. Para ser mais claro, na cadeia de leis infraconstitucionais, o CDC não se encontra hierarquicamente acima das demais por uma relação de costumes, porém, quando se refere a norma de ordem pública e interesse social, acaba possuindo caráter preferencial.

As normas de ordem pública são aquelas de ordenam ou proíbem de um modo absoluto, sem admitir alternativa, possuem caráter de norma cogente ou imperativas, são indispensáveis e de observância necessária, não podem as partes alterar o conteúdo nelas estabelecidos, e o juiz deverá aplicá-las de ofício, ou seja, independente de manifestação do consumidor. Na citação de Cavalieri Filho mencionando Arruda Alvim:

tais normas de ordem pública, em função de sua inerente cogência, incidirão até mesmo e apesar da vontade contrária dos interessados” (Código do Consumidor comentado, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 16). São normas dotadas de imperatividade absoluta. “Nesses casos, à vontade individual se sobrepõe inderrogavelmente a vontade geral manifestada pelas normas de direito objetivo, que, dessarte, se qualificam como normas de ordem pública (ALVIM, 1995 apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 26).

As normas de interesse social possuem como principal função, atuar com equilíbrio nas relações sociais, pela desigualdade e razão pela qual têm por finalidade minimizar o interesse particular daqueles que possuem vantagem,

trazendo regramentos com normas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares.

3 ELEMENTOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Com conceito básico, define Cavalieri Filho de duas formas, os elementos de relação de consumo podem ser classificados de duas maneiras, subjetivas que são aquelas relacionadas aos sujeitos da relação de consumo, sendo aqui localizado os consumidores e fornecedores. A outra classificação é a objetiva, relacionadas ao objeto das prestações ali surgidas, encontrando aqui produtos ou serviços. (CAVALIERI FILHO. 2019, p. 84)

Vale ressaltar que o legislador quis esclarecer sobre os elementos da relação de consumo, contribuindo assim, na melhor interpretação da lei e de seu campo de incidência.

3.1 Consumidor

De maneira meramente introdutória, o conceito de consumidor é definido pela próprio CDC em seu artigo 2º, onde estabelece que é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Theodoro Junior expõe o seu conceito de consumidor, sendo aquele quem “age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial”. (THEODORO JUNIOR 2017, p.24)

3.1.1 Consumidor próprio, padrão ou estrito

Logo que a legislação consumerista foi promulgada, surgiu uma grande controvérsia em relação ao termo destinatário final, alguns dando uma interpretação e explicação mais extensiva possível, ao contrário de uma outra parte, que possuía uma posição mais restrita para chegar a uma explicação. Ao passo que essas controvérsias possuíram uma ampla discussão, dando origem a duas correntes distintas, que se tornaram conhecidas como corrente maximalista ou objetiva, sendo essa possuidora da mais extensa argumentação e interpretação de consumidor, e a corrente finalista ou subjetivista, a que adquiriu a interpretação mais direta.

A corrente maximalista ou objetiva, entende que para configuração de consumidor tomar êxito, basta que apenas ocorra um simples ato de consumo. Sendo assim, o destinatário final conceitua por tornar fim a relação jurídica, é aquele que retira um produto ou serviço e o utiliza, pouco importando ser pessoa física ou jurídica, e se irá usar para fim de lucro ou não, quando adquire o produto ou faz uso ao serviço, possuindo uma análise meramente fática. Dando ao bem ou ao serviço uma destinação final fática, a pessoa, física ou jurídica, profissional ou não, caracteriza-se como consumidora, pelo que dispensável cogitar acerca de sua vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômica (posição contratual inferior em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido).

Aos que defendem a corrente maximalista, os mesmos sustentam em última instância, que o CDC seria um Código geral de consumo, um Código para a sociedade de consumo, razão pela qual a definição do seu art. 2º, caput, deverá ser interpretada de forma extensiva para que as suas normas possam servir cada vez mais às relações de mercado (CAVALIERI FILHO 2019, p.86).

A corrente finalista ou subjetivista, trata da maneira mais restritiva a expressão destinatário final, ou o conceito de consumidor. Para ambos, só tem benéfico a tutela do CDC aquele que é vulnerável, e que a destinação final da aquisição de um bem ou utilização de serviço, satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou do utente, pessoa física ou jurídica, e ainda que não possua desenvolvimento em atividade comercial, não sendo admissível o consumo com vistas para reversão de lucros em atividade profissional ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial (CAVALIERI FILHO 2019, p.86).

Com base nesta corrente, pode-se resumir que o consumidor, resumidamente, é aquele que põe fim a um processo econômico, que retira o bem ou o serviço de circulação do mercado para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria. Por isso fala-se em destinatário final econômico, e não

apenas fático do bem ou serviço, haja vista que não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, mas deve haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal, a impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta.

Mas com um certo ponto, corrente subjetivista sofreu certo aprofundamento na medida em que se admitiu, a aplicação das normas do CDC a determinados profissionais e pequenas empresas, possuindo o nome de corrente finalista mitigada ou aprofundada, desde que se trate de consumo intermediário e fique demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Quer dizer, ao revés do preconizado pelos maximalistas, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço, apenas como exceção, e à vista da vulnerabilidade comprovada de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passando a considerar como consumidor.

Porém, o entendimento do STJ tem decidido, aplicando a corrente finalista mitigada ou aprofundada, embora adote uma posição mais restritiva de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, amparada pela noção de destinatário fático e econômico do bem, evidencia a regra nos casos em que mostra mais clara a vulnerabilidade do consumidor, ainda que profissional ou pessoa jurídica.

Na lição de Theodoro Junior é apresentado o entendimento jurisprudencial do STJ:

Esse foi o entendimento do STJ ao reconhecer a aplicação do CDC à relação travada entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares e uma costureira, que utiliza o equipamento para sua subsistência e de sua família:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.

(STJ - REsp: 541867 BA 2003/0066879-3, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 10/11/2004, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16.05.2005 p. 227 RDR vol. 31 p. 349 RSTJ vol. 200 p. 260) (THEODORO JUNIOR 2017, p.27).

Como se vê, ficou assentado no voto majoritário que o consumo intermediário não configura relação de consumo, de modo a conceituar como consumidor apenas a pessoa física ou jurídica que adquire os bens de consumo para uso privado fora da sua atividade profissional.

No tocante ao conceito jurídico de consumidor padrão, Cavalieri Filho, apresenta características marcantes do consumidor, termo denominado por ele mesmo:

a) posição de destinatário fático e econômico quando da aquisição de um produto ou da contratação de um serviço. O destinatário fático, ainda que possa receber a tutela legal em virtude de outras situações, não estará incluído no conceito de consumidor padrão; b) aquisição de um produto ou a utilização de um serviço para suprimento de suas próprias necessidades, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, e não para desenvolvimento de outra atividade comercial, significa dizer, ausência de intermediação, de reaproveitamento ou de revenda; c) não profissionalidade, como regra geral, assim entendida a aquisição ou a utilização de produtos ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico desses bens ou serviços no âmbito de um comércio ou de uma profissão. Excepcionalmente, de se conferir ao destinatário fático, profissional, a qualidade de consumidor quando preencher, cumulativamente, duas condições, não presumíveis e, portanto, que devem ser cabalmente comprovadas pelo mesmo: (1) aquisição de um produto ou contratação de um serviço fora de seu campo de especialidade profissional ou comercial; e (2) pequena dimensão da empresa ou do profissional, de tal sorte que se evidencie a sua vulnerabilidade; d) vulnerabilidade em sentido amplo (técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e psíquica), isto é, o consumidor é reconhecido como a parte mais fraca da relação de consumo, afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem técnica ou econômica, pela pressão das necessidades, ou pela influência da propaganda. (CAVALIERI FILHO, 2019 p. 94)

Já Theodoro Junior apresenta dois elementos para caracterização do consumidor: “Devem estar presentes, destarte, dois elementos para a caracterização do consumidor: (i) a destinação fática e econômica do bem adquirido; e, (ii) a vulnerabilidade do adquirente”. (THEODORO JUNIOR, 2017 p. 26)

Theodoro Junior menciona Cláudia Lima Marques, para classificação dos tipos de vulnerabilidade:

Segundo Cláudia Lima Marques, pode-se verificar quatro tipos de vulnerabilidades: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. a) A vulnerabilidade técnica diz respeito à falta de conhecimentos específicos

sobre o objeto adquirido, o que facilita seja o consumidor enganado quanto às características do bem ou à sua utilização. Essa vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional, mas pode existir, também, para o profissional.²¹ O STJ, amparado pela vulnerabilidade técnica, já reconheceu a hipossuficiência de um freteiro, porque “excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica”.²² b) A vulnerabilidade jurídica ou científica, configura-se na falta de “conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”.²³ Essa hipossuficiência é presumida para o consumidor não profissional e pessoa física, não valendo para os profissionais e as pessoas jurídicas, “que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se”.²⁴ c) A vulnerabilidade fática ou socioeconômica é analisada em relação ao fornecedor, quando se encontra em posição de monopólio, fático ou jurídico. A essencialidade do serviço ou o seu poder econômico impõem sua superioridade a todos que com ele contratam.²⁵ d) A vulnerabilidade informacional é caracterizada pelo déficit informacional do consumidor, atingido, muitas vezes, pela manipulação das informações prestadas pelo fornecedor. “Se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um minus, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”. (LIMA MARQUES, 2005 apud THEODORO JUNIOR, 2017 p. 26)

Cláudia Lima Marques ainda destaca sobre a vulnerabilidade infracional em situações alimentares, ou seja, possuindo uma ausência de informações a respeito de um produto conter elementos geneticamente modificados.

3.1.2 Consumidor em sentido coletivo

Ainda no art. 2 do Código de Defesa do Consumidor, só que agora em seu parágrafo único, irá tratar do consumidor em sentido coletivo, não mais tratando daquele consumidor determinado e individualmente considerado consumidor, mas em um grupo de consumidores, aqueles indeterminados, que tenham intervindo em uma relação de consumo.

Na análise do referido artigo, além dos aspectos já tratados, o mesmo tem por conteúdo a universalidade, conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a determinado produto ou serviço. Com leitura devidamente feita, tal perspectiva é extremamente relevante e possível, como por exemplo, se já provado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à

universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídicos para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis.

Apresentada os aspectos gerais do referente assunto, deve-se verificar quanto mais evidente a tutela coletiva do consumidor apresenta quando levada em consideração, por exemplo, aos danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um automóvel que venha a ter graves defeitos de fabricação no sistema de freios, acabando por expor as vítimas a situação de total vulnerabilidade. E isso não somente em face de sua condição de inferioridade ante o fornecedor, como igualmente pelos frágeis instrumentos de defesa de que dispõem. Como Filomeno mesmo diz:

fragilidade essa decorrente da exigência, até hoje, de demonstração do dano sofrido, e do nexos causal entre o dano e o produto ou serviço e, o que é ainda mais angustiante, a culpa residente em negligência, imprudência ou imperícia do mesmo fornecedor. (FILOMENO, 2018, p. 93)

Assim conclui-se que o referido artigo, afirma o caráter difuso do direito do consumidor. Tem finalidade instrumental por excelência, pois destina-se a dar eficácia, à tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estabelecidos nos arts. 81 e seguintes do CDC.

3.1.3 Consumidor equiparado “bystander”

Como já visto, consumidor em regra, é aquele que se encontra em posição de vulnerabilidade no mercado de consumo e não profissionalmente, adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário fático e econômico desses produtos ou serviços.

Porém, a atual legislação apresenta a possibilidade para aqueles terceiros que não são consumidores, em sentido jurídico, que são equiparados a consumidores para possuir a tutela legal, ganhando força perante as disposições contidas no parágrafo único do art. 2º, e nos arts. 17 e 29. Esses dispositivos funcionam verdadeiramente como normas de extensão do campo de incidência originário do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, se colocaram sob o

manto protetivo deste os sujeitos nelas descritos. Desta forma, ficam igualmente amparados todos aqueles que, como dito, não se caracterizam consumidor padrão ao mandamento jurídico, estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser elas atingidos ou prejudicados. Os critérios são, estritamente objetivos e, novamente, o traço marcante continua a ser a vulnerabilidade, em todos os seus múltiplos aspectos.

O artigo 17 do CDC, apresenta a figura do consumidor bystander, possuindo assim a proteção consumerista, sendo estendida a terceiros que mesmo sem participar diretamente da relação de consumo, venham a ser vítimas de evento danoso decorrentes dessa relação. O mesmo artigo, equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo. Sendo a principal finalidade deste dispositivo é dar a maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

A regra do art. 17 do CDC, só será aplicada em face de uma pessoa física inserida de alguma forma em uma cadeia de consumo, e que seja vítima de um acidente de consumo.

Para melhor entendimento do conceito de consumidor apresentado, Theodoro Junior apresenta em seu livro, numa festa ingeriu bebida ou comida deteriorada, podendo agir em busca de reparação do dano sofrido, contra o fabricante da bebida ou contra o buffet que preparou os alimentos. Não importa que nenhuma relação direta tenha sido previamente estabelecida entre a vítima e os fornecedores em questão. (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 31)

Neste tocante, a conceituação de consumidor por equiparação, em casos de acidente de consumo, engloba os comerciantes que, ao manusearem o produto defeituoso, ficam feridos.

3.1.4 Consumidor amplo ou exposto

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, ainda no conceito de consumidor por equiparação, inclui todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais. Importante ressaltar, que a aplicação vale aos artigos 30 – 54 do CDC. Sendo assim, juntamente com o art. 17, apresenta como regra excepcionada da abrangência original do Código de Defesa do Consumidor, tendo

como principal objetivo alcançar a incidência da legislação consumerista para além dos trilhos limites da relação de consumo, deixando de lado a restrita aplicação dos conceitos de consumidor estampadas no caput do art. 2º e no caput do art. 3º.

Assim como nos demais conceitos de consumidores apresentado, não é diferente aqui a presença da vulnerabilidade do contratante, como vista de promover o equilíbrio contratual e a proteção da boa-fé, com aplicação das normas de proteção. Para melhor entendimento, como menciona Filomeno:

A sua finalidade é “equiparar a consumidor e, portanto, aplicar as regras sobre contratos e práticas comerciais do CDC, quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante, de modo que se justifique a equiparação em vista da finalidade de assegurar o equilíbrio entre desiguais. [...] Nestas situações, a aplicação do CDC, antes de se apresentar como imperativo de proteção do consumidor, converte-se em garantia de proteção do contratante vulnerável, com o objetivo de promover o equilíbrio contratual e a proteção da boa-fé, por intermédio das normas de proteção. (MIRAGEM, 2012 apud FILOMENO, 2018, p. 100)

O STJ vem tomando como base o conceito de consumidor por equiparação do artigo 29, para aplicação aprofundada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, assunto já tratado anteriormente.

3.2 Fornecedor

Agora será tratado da outra parte das relações de consumo, o fornecedor. O conceito deste, está devidamente exemplificado no art. 3º, caput, do Código de Defesa de Consumidor, sendo assim disposto: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Em uma primeira leitura comparando com o conceito jurídico de consumidor, o de fornecedor, apresentado em seu art. 3º caput, é bastante amplo. Na lição de Cavalieri Filho, “Fornecedor é gênero quer no que respeita ao sujeito em si (pessoa física ou jurídica; pública ou privada; nacional ou estrangeira), quer no que se refere às atividades que desenvolve e não por acaso.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 101)

José Geraldo Brito Filomeno, resume o conceito jurídico de fornecedor, em sua obra, sendo descrita assim: “E, nesse sentido, por certo, que são compreendidos todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de molde a atender às suas necessidades, pouco importando a que título” (FILOMENO, 2018, p. 101)

Aqui, o critério predominante para caracterização de fornecedor é desenvolver atividades tipicamente profissionais, com finalidades econômicas, sendo assim analisado, nos leva a entender que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com sua pretensão na satisfação de um fim econômico unitário e permanente.

Assim sendo, não se caracterizam relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas entre os não profissionais, casual e eventualmente, mas não tira as obrigações destes em relação aos deveres de lealdade, probidade e boa-fé.

3.3 Produto

Para que uma relação jurídica tenha início, necessita de um elemento em razão do qual a relação se constitui e sobre o qual recai tanto a exigência do consumidor, como a obrigação do fornecedor. Este elemento que inicia uma relação jurídica, o objeto da relação jurídica, será tanto um produto como um serviço.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe a definição em seu art. 3º, § 1º, produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Destarte, qualquer bem pode ser considerado produto, desde que tenha resultado em atividade empresarial em série de transformação econômica. Em relação aos bens de natureza agrícola, entende-se que serão incluídos pela tutela consumerista, desde que tenham sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico.

Referindo-se a bens móveis e imóveis, o Código de Defesa do Consumidor, busca significar que não apenas os bens móveis são material ou juridicamente consumíveis, ou seja, aqueles cujo uso importa destruição imediata da própria substância, ou considerados tais os destinados à alienação.

Em relação aos produtos imateriais, não possuem raridade estarem atrelados a serviços. Cavalieri Filho cita alguns exemplos “como, pacote turístico, mútuo

bancário, aplicação financeira, planos de capitalização com sorteio de prêmios, energia elétrica, gás, pacotes de telefonia etc.” (CAVALIERI FILHO 2019, p. 103)

Ainda o código consumerista, em seu art. 26, vem esclarecer a existência dos produtos não duráveis no inciso I, e dos produtos duráveis no inciso II. Diante do primeiro caso, podemos concluir que produtos duráveis, por sua vez, são os bens que não extinguem após o seu uso regular, ou seja, sua finalidade na sua criação, foi feito para durar, para ser utilizado várias vezes. Podemos dar o exemplo de carros, livros, roupas, imóveis e etc. Com tempo, maior ou menor, deixarão de atender às finalidades para as quais se destinam ou, sua eficiência ou capacidade para funcionamento, será reduzida.

Já no segundo caso, temos os produtos não duráveis, são aqueles bens que desapareceram, se destroem, que são consumidos imediatamente e acabam com o seu uso regular. Exemplos como alimentos, remédios, bebidas, ou paulatina, como caneta, sabonete.

3.4 Serviços

A segunda espécie de objeto de relações jurídicas consumeristas, possui sua definição no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

Como descrito pelo CDC, aqui o entendimento abrange qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor, prestada pelo fornecedor. Destarte, é de importância afirmar que, a principal característica marcante de serviços, para fins de proteção do consumidor, é a de que eles devem ser prestados mediante remuneração, diante de clara ressalva sobre as prestações de serviços decorrentes de contrato de trabalho, que nesse caso, acabam sendo regidas pelas leis trabalhistas.

O Código de Defesa do Consumidor, perante seu sistema protetivo, afasta da incidência da lei os serviços não remunerados uma vez que a remuneração pode se dar de duas maneiras, a direta quando o consumidor efetua o pagamento diretamente ao fornecedor, ou de maneira indireta, quando proporcionados

benefícios comerciais indiretos ao fornecedor, proporcionados da prestação de serviços apenas aparentemente gratuitos, visto que a remuneração já se encontra diluída e embutida em outros custos.

As atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, assim como expressa o CDC não deixando dúvidas, quer na prestação de serviços, quer na validação de mútuos ou financiamentos para aquisição de bens, são ajeitados perfeitamente no conceito amplo de serviços, sendo enquadrados sem dúvida no Código de Defesa do Consumidor.

Na lição de Filomeno, cita o conceito dado por Coelho sobre contratos bancários:

considera-se bancário o contrato cuja função econômica se relaciona com o conceito jurídico de atividade bancária, preceituado no art. 17 da Lei nº 4.595/64; por atividade bancária, entende-se a coleta, intermediação em moeda nacional ou estrangeira; esse conceito abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito; estabelecendo-se paralelo entre a atividade bancária e a industrial, pode-se afirmar que a matéria-prima do banco e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito, ou seja, a instituição financeira dedica-se a captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas). (COELHO, 1994, apud FILOMENO 2018, p. 104)

E na mesma lição ainda escreve “que o contrato bancário pode ou não se sujeitar ao Código de Defesa do Consumidor, dependendo da natureza do vínculo obrigacional subjacente”

Também podemos introduzir os serviços de natureza pública, uma vez que possuem regulação pelas normas consumeristas e ainda expressamente na Constituição Federal, no art. 22 do CDC, dispõe que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

4 DAS PRÁTICAS ABUSIVAS

Apenas de uma maneira introdutória do assunto que será tratado mais afundo com o andar da obra, as práticas abusivas serão encontradas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, que possuem o seu conceito jurídico, como as ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo.

4.1 Responsabilidade por vícios na oferta de produtos e serviços

A diante, iremos tratar do vício estabelecido pelo Código de Defesa do Consumido, entretanto inicialmente requer muito cuidado para não confundir vício com defeito ou fato do produto. Presente no art. 12 do CDC, decorre de um defeito do produto ou do serviço, porém o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, assim causando um dano material ou moral. O artigo deixa bem claro que a reponsabilidade do defeito será somente o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Deste modo, podemos concluir que o defeito compromete a segurança do produto ou do serviço. Cavalieri Filho dispõe um dos critérios para a definição de defeito: “Um dos critérios utilizados na definição de defeito é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar sua utilidade”. (CAVALIERI FILHO, 2019 p. 314)

O vício, disposto no art. 18 do CDC, seria o defeito menos gravoso, limitado ao produto ou ao serviço, ou seja, um defeito que apenas causa o mau funcionamento ou não funcionamento, enquanto o “fato” se refere à segurança do consumidor, o “vício” está ligado a uma inadequação do objeto de consumo. Este defeito menos agravante, pode ser causado em produtos duráveis como veículos, roupas, eletrodomésticos etc. Ou não duráveis, como aquisição de alimentos com prazo de validade vencido, ou peso não condiz com o dito na embalagem, ou ainda produto deteriorado, e etc. O art. 18 do CDC dispõe: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem

ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.” Ou seja, podemos ver que não é apenas o fornecedor originário que responde, mas todos aqueles que participaram de alguma forma, no que se refere à colocação dos produtos à disposição dos consumidores.

Na lição de Filomeno, para melhor exemplificação do art. 18:

É muito comum, designadamente em matéria de produtos de consumo duráveis (telefones celulares, por exemplo, e outros produtos eletrodomésticos, sobretudo mais sofisticados), que o fornecedor imediato – ou seja, o lojista, comerciante, importador etc. – diga ao consumidor-reclamante que protesta contra um mau funcionamento, que o problema é do seu fornecedor originário. Resta evidente que, na verdade, o problema é dois. Tanto assim que não apenas há a concessão de termos de garantia, pelo fabricante, como também deve ele manter uma rede de oficinas de reparos ou autorizadas de sua marca. Até porque resta ainda mais do que claro que caberá ao comerciante, caso venha a ser compelido (vide considerações abaixo) a receber de volta um aparelho com relação ao qual não houve possibilidade de correção do vício, ressarcindo o consumidor da quantia paga, o direito de regresso em face de seu vendedor fornecedor originário. (FILOMENO, 2018 p. 294)

Após explicação apresentada por Filomeno, o parágrafo 1º do art. 18 traz exatamente a regularização do vício do produto, quando sanável, no prazo de 30 dias. Porém, quando devolvido o produto ao consumidor, vendo esse apresentar o mesmo problema, poderá o consumidor fazer uso das hipóteses do § 1º do CDC os quais são, I - substituição do produto por outro da mesma espécie; II - restituição da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - abatimento proporcional no preço.

Seguindo no referido artigo, o parágrafo 2º, traz a disposição e possibilidade de as partes ampliarem ou reduzirem o prazo, não inferior a 7 dias, e não superior a 180. em se tratando de contrato por adesão, o prazo deverá ser convencionado em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor, caso contrário aplicar-se-á o prazo legal de 30 dias.

O parágrafo 5º vem tratar dos produtos “*in natura*”, sendo os produtos de origem vegetal ou animal, que podem ser consumidos em seu estado natural, sem necessidade de qualquer industrialização, exemplos como frutas, legumes em seu estado natural podem tranquilamente serem consumidos. Neste caso, será responsável pelo vício o fornecedor imediato, exceto quando identificado seu produtor, hipótese está em que haverá solidariedade. O consumidor possui algumas

alternativas nestes casos, como abatimento proporcional no preço; complementação do peso ou medida; substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo; restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Agora, mais à frente do Código de Defesa do Consumidor, dentro do capítulo sobre práticas comerciais, iniciada pelo artigo 29, trazendo suas disposições gerais, a seção seguinte irá tratar sobre a oferta, disposta pelos artigos 30 a 35 do ilustríssimo código.

O art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meios de comunicação com relação a produtos e serviços, oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Trazendo assim o mencionado artigo, o princípio da vinculação, usando a expressão descrita na obra de Filomeno “prometeu, tem de cumprir” (FILOMENO, 2018 p. 299). Ou seja, quando veiculada uma oferta, ou até mesmo uma mensagem publicitária, fica assim obrigado o anunciante a contratar com os eventuais consumidores, os exatos serviços ou produtos descritos na publicação.

O artigo 31, completando a definição de oferta, vem tratar das informações apresentadas nas ofertas, as mesmas sendo asseguradas de maneira clara, precisa, esclarecendo bem suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados. Contudo, há hipótese de vício na informação, neste caso, se o fornecedor não cumprir ou recusar a cumprir qualquer dos requisitos destacados no art. 31 do CDC, estaremos diante de uma vício na informação, assim sendo possível a aplicação do art. 35 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Em seguida, o art. 32 traz a oferta de componentes e peças para reposição, dispondo que deverão os fornecedores responsabilizados, assegurar a oferta de

componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, depois de cessadas a produção ou importação, por período razoável de tempo, na forma da lei.

A oferta via telefone, que apresenta o art. 33 do CDC, se constitui como proibida se a oferta ou bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor. Em se tratando de responsabilidade pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, será respondida pelo fornecedor de produtos ou serviços, assim como estabelece o art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.

Os artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor, falaram sobre a publicidade, segundo conceito de Filomeno, “publicidade vem a ser a mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especificamente treinados e preparados para tanto, e veiculados igualmente por meios de comunicação de massa mais sofisticados” (FILOMENO, 2018 p. 296). Ainda, Filomeno dispõe as finalidades específicas para publicidade tornar todos os seus efeitos, “: (1) tornar um produto ou serviço conhecidos do público-alvo-potencial-consumidor; (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviços anunciados.” (FILOMENO, 2018 p. 296)

O Código de Defesa do Consumidor dispõe claramente, em seu art. 36, que a publicidade deverá ser veiculada de tal forma que o consumidor, a identifique fácil e imediatamente. E no parágrafo único do mesmo artigo, podemos encontrar o princípio da transparência e fundamentação da mensagem publicitária, dispondo que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Logo em seguida, o art. 37 vem tratar da publicidade enganosa ou abusiva, sendo a primeira modalidade explicada no parágrafo 1º, dispondo que: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Cavalieri Filho apresenta em sua obra dois tipos de publicidade enganosa, a comissiva e a omissiva. “Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor

afirma algo que não corresponde à realidade do produto ou serviço, algo que não existe, capaz de induzir o consumidor em erro.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 164).

O segundo tipo seria a publicidade enganosa por omissão, sendo conceituada por Cavalieri Filho “Na publicidade enganosa por omissão, o anúncio deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer o que é (Benjamin, ob. cit., p. 328)” (CAVALIEIRI FILHO, 2019 p. 164)

Já no parágrafo 2º do art.37 do CDC, apresenta a publicidade abusiva: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

No art. 38 do CDC, estaremos diante do princípio da inversão do ônus da prova, sendo neste caso, que aquele quem patrocina a publicidade tem o encargo de provar a sua veracidade independentemente de qualquer determinação do juiz.

4.2 Práticas abusivas previstas no art. 39 do CDC

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, traz um rol exemplificativo de condutas que acabou por chamar de práticas abusivas. Essas condutas abusivas ainda são praticadas por redes de supermercados, que veremos no próximo capítulo.

Analisando o referido artigo, a maioria das práticas abusivas são praticadas quando atuadas na fase pré-contratual, fazendo com que possam ser examinadas agora.

O inciso I, procura tratar sobre a venda ou operação casada: “I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;”

Recusa de fornecimento tratadas nos incisos II e IX dispõem que o fornecedor não pode se recusar a prestar serviço que esteja habilitado a fazê-lo ou fornecer

produtos que tenha em estoque, a qualquer consumidor que se disponibilizar a pagá-lo.

No inciso III e parágrafo único, a remessa de produto ou fornecimento de serviço sem prévia solicitação na relação de consumo a iniciativa deve ser sempre do consumidor. De acordo com o parágrafo único do art. 39 do CDC, o serviço prestado e o produto entregue sem a solicitação expressa do consumidor serão considerados amostras grátis.

O inciso VI expressa a execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes. E o inciso VII dispõe que não pode o fornecedor passar a terceiros informações ou dados pessoais que depreciem o consumidor.

5 DAS CONDUTAS ABUSIVAS EM REDES DE MERCADOS E SUPERMERCADOS

Neste capítulo, será tratado das práticas abusivas mais corriqueiras e análises de casos concretos, entendimentos jurisprudenciais, as atuações dos órgãos fiscalizadores na proteção ao consumidor perante as práticas abusivas do comércio varejista.

Com base nos capítulos anteriores, sabemos que o consumidor possui todas as devidas proteções que regem pelo Código de Defesa do Consumidor, sabemos que os produtos colocados pelos supermercados a disposição do consumidor não poderão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, dar as informações necessárias aos consumidores, higienizar os utensílios no fornecimento de produtos, também podemos citar as causas de responsabilidade pelos vícios dos produtos, nos casos previstos nos artigos 18 e 19. Todos esses pontos já citados, comentados e agora lembrados, serão analisados a partir dos casos concretos trazidos aqui.

De início, no primeiro caso, o consumidor adquiriu um produto com prazo de validade ultrapassado, como acontece em vários supermercados, e somente percebeu o ocorrido após consumir o produto em sua casa. O autor assim, voltou ao supermercado solicitando a troca, mas que nada foi resolvido, podendo verificar aqui a omissão por parte do supermercado. O réu contestou, negando todas os argumentos apresentados pelo autor, e ainda afirmando que foi realizada a troca, mas não foi assim que entendeu a magistrada, dando procedência ao pedido de indenização pelo autor. Segue caso a baixo:

(TJ-DF 0702650-67.2020.8.07.0014 DF 0702650-67.2020.8.07.0014, Relator: GILMAR TADEU SORIANO, Data de Julgamento: 11/11/2020, Terceira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 16/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

CIVIL. AQUISIÇÃO E INGESTÃO DE ALIMENTO COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO HÁ UM DIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM PROPORCIONAL. RECURSO IMPROVIDO. I. Aquisição, em 22.12.2019, de dois pacotes de pães para? cachorro quente? Aduz o consumidor que o produto estava mais? seco? do que o de costume, momento em que notou que a data de validade teria vencido em 21.12.2019. Teria voltado, então, ao supermercado, sem lograr à resolução da controvérsia. Registrou, ainda, ocorrências em? sites? especializados, serviço de atendimento ao cliente e no PROCON. II. Recurso interposto

contra a sentença de parcial procedência dos pedidos (indenização de R\$ 500,00 por danos morais). A matéria devolvida à Turma Recursal restringe-se à majoração do valor fixado a título de compensação por danos extrapatrimoniais. III. A questão de direito material deve ser dirimida à luz das normas protetivas do CDC (Arts. 6º e 14). IV. Na medida em que o juízo monocrático é o principal destinatário das provas, sobretudo à eleição dos critérios quantificadores do dano moral, apenas seria viável a reforma desse quadro se flagrante o ferimento ao princípio da proporcionalidade, o que não se divisa no caso concreto. V. Nesse passo, o valor da condenação mostra-se suficiente a compensar os dissabores decorrentes da defeituosa prestação de serviço (fornecimento de produto com prazo de validade vencido há um dia), além de ser condizente às circunstâncias do caso concreto. Ademais, ainda que se reconheçam os incontestes aborrecimentos e angústia ocasionados ao recorrente, não se evidencia que os fatos tenham causado consequências mais gravosas, a respaldar a pretendida majoração da condenação. VI. Deve-se, pois, manter a estimativa razoavelmente fixada (R\$ 500,00), porquanto guardou correspondência com o gravame sofrido (CC, art. 944), além de sopesar as circunstâncias do fato, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico da medida, tudo com esteio no princípio da proporcionalidade. VII. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada por seus fundamentos. Condenado o recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça ora deferida (Lei nº 9099/95, Arts. 46 e 55 c/c CPC, Art. 98, § 3º).

O Código de Defesa do Consumidor, deixa bem esclarecedor as regras sobre as práticas abusivas contra o consumidor. Mas, nem todos os casos serão iguais ao comentado no parágrafo anterior, ou seja, para que aconteça uma regularização das práticas abusivas pelo supermercado, nem sempre o consumidor terá que consumir um produto impróprio ou verificar que o preço na gôndola diverge quando passado no caixa, acionando os seus direitos ou até mesmo uma indenização. Daí entra o órgão fiscalizador, o chamado PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor), que tem por função a de orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias de consumidores, fiscalizar previamente os direitos dos consumidores e, quando for o caso, pode aplicar multas, conforme dispõe a Lei Estadual nº 9.192/95.

Com as preliminares apresentadas, um caso julgado pelo TJ-SP, trazia uma situação onde o PROCON, impôs uma multa no valor de R\$ 1.086.148,79 para o ATACADÃO S.A, sendo o motivo de terem exposto à venda produtos sem prazo de validade, com informação ilegível e com prazo vencido, além da constatação de duas etiquetas de preços no mesmo item. Foi movida pelo Supermercado ação anulatória sobre a multa imposta pelo PROCON, mas o juiz entendeu que não havia

qualquer ilegalidade da multa imposta, e o estabelecimento deveria ser penalizado. O caso ainda foi apelado, mas ainda entendeu o desembargador Alves Braga Junior que a multa foi imposta de maneira correta, decretando o pagamento da multa a ser paga pelo Supermercado. Segue ementa abaixo:

(TJ-SP Apelação nº 1029351-07.2021.8.26.0053, 16/05/2022 **Relator: Desembargador** Alves Braga Junior)

(BRASIL, 2022)

APELAÇÃO. NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO PROCON. Pretensão à anulação de auto de infração e procedimento administrativo. Exposição de produtos com prazo de validade vencido, borrado e ausente. Atribuição de preços distintos para o mesmo item. Práticas abusivas dos arts. 18, § 6º, I, e 31, caput, do CDC c.c. art. 9º, III e VII, do Decreto 5.903/06. Ausência de ilegalidade no auto de infração e no procedimento administrativo. Multa devida. Inteligência dos arts. 56, I, e 57, do CDC. Cálculo com base nos critérios previstos na Portaria Procon 57/2019. Previsão legal da infração e sanção. Correlação entre os preceitos primário e secundário, que revela a proporcionalidade da pena. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Aplicação do art. 85, § 3º, do CPC, com fixação em percentuais do escalonamento para cada faixa, nos termos do art. 85, § 3º, I, II e III, e § 5º, do CPC. Impossibilidade de arbitramento por equidade. Entendimento consolidado pelo e. STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.850.512/SP, REsp 1.877.883/SP, REsp 1.906.623/SP e REsp 1.906.618/SP, Tema 1.076). RECURSO DESPROVIDO.

Como já sabemos, o consumidor possui todas as suas devidas proteções, mas em alguns casos fica evidente uma certa abusividade por parte do consumidor. Neste caso, foi mais uma vez encontrado produto fora do prazo de validade que constava na embalagem, neste caso o produto era uma cesta básica. Diferentemente do consumidor do primeiro caso, neste, o consumidor verificou que o produto estava vencido quando passava no caixa, imediatamente comunicou os funcionários e pediu para que fosse entregue de forma gratuita, o que não foi aceito pela gerencia do estabelecimento.

O relator do processo nº 0822070-88.2017.815.0001, desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, explicou que para a configuração do dano moral é imprescindível a demonstração de uma situação que inflija no autor uma dor profunda, chegando a atingir o sentimento íntimo e pessoal de dignidade do indivíduo. Desse modo, podemos verificar que a simples constatação de um produto vencido no estabelecimento, não configura indenização ao consumidor, claro que o produto vencido na gôndola constitui um ilícito consumerista, pois se trata de

produto impróprio para consumo, mas não garante ao consumidor reparação civil se a compra não foi efetuada. Neste caso, a simples troca da mercadoria estava assegurada ao consumidor. Segue ementa abaixo:

(TJ-PB, APELAÇÃO CÍVEL 0822070-88.2017.8.15.0001, 08/03/2021, Relator: Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho)

(BRASIL, 2022)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. PRODUTO VENCIDO. COMPRA NÃO EFETIVADA. AUSÊNCIA DE CONSUMO. MERO DISSABOR. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. DESPROVIMENTO DO APELO. - Para que se reconheça o cabimento da indenização, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

- No caso de constatação de produtos vencidos no caixa do supermercado, sem a realização da compra e consumo, não há que se falar em dano moral. - Na hipótese em disceptação, a recorrente vivenciou meros dissabores, os quais não podem ser elevados à condição de abalo moral ou sofrimento íntimo. VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime.

O próximo caso que será comentado, apresenta várias irregularidades em razão de divergências nos preços dos produtos nas gondolas e caixas. O Ministério Público da Bahia, publicou uma notícia que tratava – se do Maxxi Supermercados, onde eram encontradas várias irregularidades em relação a produtos com divergência de preços, produtos impróprios para consumo humano, promovendo oferta enganosa e outras irregularidades. Com isso, a Promotora de Justiça, ajuizou uma ação civil pública, requerendo que a justiça determine que o Maxxi Supermercados não comercialize qualquer tipo de produto que seja impróprio ao consumo, sobretudo em decorrência da sua conservação em temperatura inadequada; e que não anuncie bens de consumo com preço de gôndola divergente daquele cobrado nos caixas e leitores eletrônicos, a fim de não induzir os consumidores a erro. Também solicita que o acionado repare todas as irregularidades listadas pelo Vigilância Sanitária Municipal.

(MIRANDA, Milena. 07/03/2022).

Com os casos apresentados, fica notório que ainda estão presentes várias abusividades e irregularidades dos supermercados, mas a atuação do PROCON e do Poder Judiciário, fiscalizando e punindo conforme prevê a lei, obrigando a pagar

indenização ou multa, ajudam a proteção que estão garantidas aos consumidores. Por outro lado, nem todos os casos de abusividades e irregularidades são julgados, podemos ter certeza que todos os dias acontecem práticas abusivas, e muitas vezes os consumidores nem sabem que possuem tais direitos, cabendo aos operadores do direito, que possuem um conhecimento jurídico e uma capacidade de interpretação da lei com mais propriedade, o dever de zelar pela garantia de segurança jurídica.

No cenário atual, os consumidores de classe social mais baixa, apenas estão preocupadas com o que poderão comprar, e não buscam uma informação mais profunda de seus direitos. Sendo assim, o PROCON deveria agir com mais propriedade e iniciativa, e buscando facilitar mais o acesso para os consumidores em busca das suas tutelas, priorizando mais em informação e o contato físico com os consumidores, que nem todos possuem acesso à internet. Todavia, alguns casos concretos mostram a abusividade do consumidor, como foi apresentado em um dos julgados.

Sendo assim, de certo que pode ocorrer de o consumidor abusar de um direito, assim como o fornecedor também pode abusar em não cumprir suas obrigações legais, ou mesmo contratuais, devendo o direito do consumidor sempre visar a garantia da boa-fé de ambos, tendo como vetor de harmonização de princípios e diálogo de fontes, a proteção da parte mais frágil e vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir o presente trabalho, foram feitas as pesquisas e análises mais pertinentes acerca da Lei 8.078/90, porém, sem obviamente atender a todos os assuntos relativos ao tema.

De início, é imprescindível que a obrigação ao Estado, de promover o Código de Defesa do Consumidor como dispôs a Constituição Federal de 1988, se mostrou de extrema importância e necessidade de ter um diploma específico para a proteção ao consumidor. Também fica notório o quanto o Direito do Consumidor é essencial para o Estado, já que a Constituição Federal que é a viga mestre do nosso ordenamento jurídico dispõe em diferentes artigos a importância do Direito do Consumidor, visto também para o capítulo da atividade econômica, onde classifica o consumidor como um dos princípios de toda a atividade econômica. O Direito do Consumidor tem sua importância nas relações sociais, assim como o dever de manter o equilíbrio e garantir a segurança principalmente do consumidor nas relações de consumo, já que o Código de Defesa do Consumidor ainda possui status de norma de ordem pública e de interesse social, que seria as normas já estabelecidas no ordenamento jurídico, não abrindo possibilidade para as partes modificarem, e o interesse social em proteger a parte mais vulnerável, mas sempre com objetivo de manter um equilíbrio nas relações de consumo.

O consumidor como peça primordial para a concessão de uma relação de consumo e para o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com outros 3 requisitos, estabelecem os elementos da relação de consumo. O consumidor possui como definição legal, a qualidade de destinatário final, ele coloca fim a um processo econômico, tirando um serviço ou produto do mercado e consumindo para si mesmo. Deve o fornecedor satisfazer a vontade do consumidor sempre, possuindo sua obrigação de deveres e de boa-fé. Desta forma, podemos ver que sua presença no capítulo da atividade econômica é de extrema importância, já que contribui para o crescimento econômico do país fortalecendo sua participação na livre iniciativa econômica.

No capítulo referente as práticas abusivas, elas possuem o seu conceito jurídico, como as ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. Com foco nas atividades

abusivas do comércio varejista, a presente pesquisa apresenta a responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou serviço, sendo respondido de forma solidária, ou seja, não apenas o fornecedor originário responde, mas todos aqueles que participaram de alguma forma, no que se refere à colocação dos produtos à disposição dos consumidores. Desta forma, não seria apenas o dono do estabelecimento comercial que indenizaria o consumidor, todos os fornecedores que ajudaram para que o produto chegasse até a concessão da venda.

Por final, a análise feita no último capítulo, apresenta uma forte existência de várias abusividades e irregularidades dos supermercados, mas a atuação do PROCON e do Poder Judiciário, fiscalizando e punindo conforme prevê a lei, garantem a devida proteção aos consumidores. Também podemos citar a importância de nós operadores do direito, de que possuímos um conhecimento jurídico e uma capacidade de interpretação da lei com mais propriedade, adquirindo esse dever de zelar pela garantia de segurança jurídica.

Porém, acabamos por encontrar casos em que o consumidor abuse de um direito, como foi apresentado em um dos julgados. Dessa forma, podemos encontrar situações onde o consumidor ou fornecedor abusem em não cumprir suas obrigações legais, ou mesmo contratuais, devendo o direito do consumidor sempre visar a garantia da boa-fé de ambos, tendo como vetor de harmonização de princípios e diálogo de fontes, a proteção da parte mais frágil e vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

Assim, chegamos à conclusão que o direito do consumidor possui seu devido tratamento na constituição como Direitos e Garantias Fundamentais, como um dos princípios da atividade econômica, e sua força constitucional presente em seu próprio diploma no primeiro artigo. Concluindo assim que sua proteção apresenta extrema importância nas relações sociais de consumo, devendo o Poder Judiciário e os entes de fiscalização atuarem com o devido rigor, mantendo sempre o equilíbrio com os sujeitos da relação de consumo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI N° 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, PROCESSO N° 0702650-67.2020.8.07.0014. RELATOR: GILMAR TADEU SORIANO. 11/11/2020.

Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAIBA, PROCESSO N° 0822070-88.2017.8.15.0001, RELATOR: DESEMBARGADOR OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, 08/03/2021. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AXgUt3xLU2n4Vco4YuvK?words=>

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, APELAÇÃO CIVEL N° 1029351-07.2021.8.26.0053. RELATOR: DESEMBARGADOR ALVES BRAGA JUNIOR. 16/05/2022. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>

CAVALIERI FILHO, Sergio Programa de direito do consumidor, 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito Direitos do consumidor, 15ª ed. rev., atual. e ref. – São Paulo: Atlas, 2018.

MIRANDA, Milena. Maxxi Supermercados é acionado em razão de divergências nos preços dos produtos nas gôndolas e caixas. MP, Bahia, 07/03/2022. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/61340>. Acesso em: 24/09/2022

THEODORO JUNIOR, Humberto Direitos do consumidor, 9ª ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.