



Fundação

CECIERJ

Consórcio **cederj**

Centro de Educação Superior a Distância do Estado do Rio de Janeiro

Volume 2

André Martins de Miranda

Legislação Turística



**GOVERNO DO
Rio de Janeiro**

**SECRETARIA DE CIÊNCIA,
TECNOLOGIA, INOVAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

**UNIVERSIDADE
ABERTA DO BRASIL**

**MINISTÉRIO DA
EDUCAÇÃO**



Apoio:



FAPERJ

Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo
à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro

Fundação Cecierj / Consórcio Cederj

www.cederj.edu.br

Presidente

Carlos Eduardo Bielschowsky

Vice-presidente

Marilvia Dansa de Alencar

Coordenação do Curso de Turismo

UFRRJ – Maria Lúcia Almeida Martins

UNIRIO – Maria Amália Silva Alves de Oliveira

CEFET – Claudia Fragelli (tecnólogo)

Material Didático

ELABORAÇÃO DE CONTEÚDO

André Martins de Miranda

DIREÇÃO DE DESIGN INSTRUCIONAL

Cristine Costa Barreto

COORDENAÇÃO DE DESIGN INSTRUCIONAL

Bruno José Peixoto

Flávia Busnardo da Cunha

Paulo Vasques de Miranda

DESIGN INSTRUCIONAL

Rommulo Barreiro

Marisa Duarte

BIBLIOTECA

Raquel Cristina da Silva Tiellet

Simone da Cruz Correa de Souza

Vera Vani Alves de Pinho

Departamento de Produção

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Fábio Rapello Alencar

ASSISTENTE DE PRODUÇÃO

Bianca Giacomelli

REVISÃO LINGUÍSTICA E TIPOGRÁFICA

Beatriz Fontes

Carolina Godoi

Elaine Bayma

Patrícia Sotello

Paulo César Alves

Thelenayce Ribeiro

DIRETOR DE ARTE

Alexandre d'Oliveira

PROGRAMAÇÃO VISUAL

Bianca Lima

Juliana Fernandes

Núbia Roma

Patrícia Seabra

Patrícia Sotello

ILUSTRAÇÃO

Clara Gomes

Bianca Giacomelli

CAPA

Clara Gomes

PRODUÇÃO GRÁFICA

Ulisses Schnaider

Copyright © 2016, Fundação Cecierj / Consórcio Cederj

Nenhuma parte deste material poderá ser reproduzida, transmitida e/ou gravada, por qualquer meio eletrônico, mecânico, por fotocópia e outros, sem a prévia autorização, por escrito, da Fundação.

M672I

Miranda, André Martins de.

Legislação turística. Volume 2 / André Martins de Miranda. – Rio de Janeiro : Fundação Cecierj, 2016.

202 p.; 19 x 26,5 cm.

ISBN: 978-85-458-0094-1

1. Direitos do consumidor. 2. Código do consumidor. 3. Responsabilidade civil. 4. Práticas comerciais.

CDD: 3384791

Governo do Estado do Rio de Janeiro

Governador

Luiz Fernando de Souza Pezão

Secretário de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Desenvolvimento Social

Gabriell Carvalho Neves Franco dos Santos

Universidades Consorciadas

CEFET/RJ - CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA CELSO SUCKOW DA FONSECA

Diretor-geral: Carlos Henrique Figueiredo Alves

FAETEC - FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA

Presidente: Alexandre Sérgio Alves Vieira

IFF - INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA FLUMINENSE

Reitor: Jefferson Manhães de Azevedo

UENF - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE DARCY RIBEIRO

Reitor: Luis César Passoni

UERJ - UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Reitor: Ruy Garcia Marques

UFF - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Reitor: Sidney Luiz de Matos Mello

UFRJ - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Reitor: Roberto Leher

UFRRJ - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

Reitor: Ricardo Luiz Louro Barbara

UNIRIO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Reitor: Luiz Pedro San Gil Jutuca

SUMÁRIO

Aula 11 – Conhecendo o direito do consumidor: parte 3 – as proteções básicas da lei	7
<i>André Martins de Miranda</i>	
Aula 12 – Conhecendo o direito do consumidor: parte 4 – a garantia dos direitos prevista em lei	33
<i>André Martins de Miranda</i>	
Aula 13 – Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor	61
<i>André Martins de Miranda</i>	
Aula 14 – Práticas comerciais	85
<i>André Martins de Miranda</i>	
Aula 15 – Contratos no Código de Defesa do Consumidor	103
<i>André Martins de Miranda</i>	
Referências	215

11

Conhecendo o direito do consumidor: parte 3 – as proteções básicas da lei

André Martins de Miranda

Meta da aula

Apresentar o rol de direitos básicos do consumidor que devem estar presentes em qualquer relação de consumo, o que inclui, evidentemente, as relações turísticas.

Objetivos

Esperamos que, ao final desta aula, você seja capaz de:

- 1** reconhecer os direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e em outras legislações e costumes nacionais ou internacionais;
- 2** identificar, no âmbito das relações turísticas, a obediência ou violações aos direitos do consumidor, previstas em lei, estudadas nesta aula.

Pré-requisitos

Para acompanhar esta aula, é fundamental ter claros os conceitos de relação de consumo, suas partes (consumidor/fornecedor) e seus objetos (produtos/serviços), que vimos nas Aulas 8, 9 e 10.

Introdução

É comum vermos conflitos nas relações de consumo. Isso porque, devido à gama de negócios jurídicos realizados dia a dia em nosso mundo, seria improvável e, por que não dizer, impossível satisfazer plenamente aos anseios desse público.

Muitas vezes, os conflitos são gerados por um descumprimento das obrigações pactuadas; seja de entrega de produtos no prazo estabelecido, prestação de serviços eficientes, ou mesmo na manutenção de um produto durável que tenha apresentado vício, durante o prazo de garantia.

No decorrer do nosso curso, você entenderá cada situação supracitada. Nesta aula, porém, serão apresentados os direitos básicos do consumidor, que longe de se esgotarem nos incisos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), poderão ser vistos em outras legislações, bem como em costumes, sejam locais, regionais, nacionais ou internacionais.

O que quero que você entenda é que, embora o CDC tenha enumerado os direitos básicos do consumidor, ele não finalizou a questão, pois o **rol** não é taxativo. Pelo contrário, tem apenas a função de ser exemplificativo, para que a pessoa (física ou jurídica), seja ela nacional ou estrangeira, tenha em princípio a ideia de que esses direitos existem no mundo jurídico e não se reduzem à legislação especial de que trata do assunto, mas se iniciam com ela e terminam nas **legislações extravagantes** (nacionais ou internacionais) e nos costumes (atos reiterados) de comércio.

É evidente que ocorrendo um conflito durante uma relação jurídica de consumo, você não deve invocar tais direitos de imediato, posto que “a toda ação corresponde uma reação de igual intensidade e sentido oposto”, conforme diz a terceira lei de Newton. Assim, se você, diante de um abuso de direito por parte do fornecedor, reagir com impulsividade e declarar os seus direitos legais, é lógico que ele irá reagir de forma ríspida e terminará a discussão na Justiça.

Rol

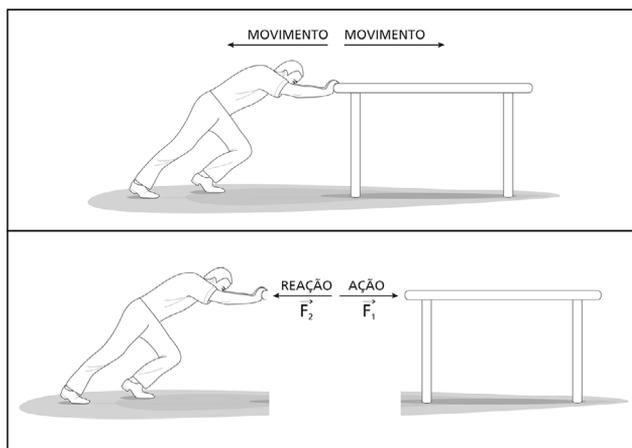
Lista, relação; categoria; série de coisas ou pessoas. Aqui se refere ao rol de direitos inerentes ao consumidor contido na lei.

Legislações extravagantes

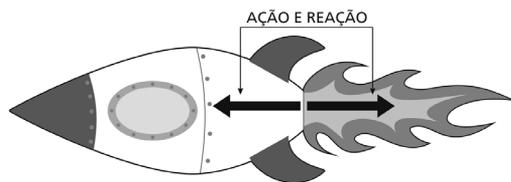
São as leis que foram promulgadas posteriormente aos Códigos (Civil, Penal, Processual Civil ou Penal etc.), mas que tratam de matéria que já foi regida de forma simplificada na lei principal, ou que se constitui de lacuna legislativa (exemplo: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Desarmamento, Estatuto do Idoso, Lei de Crimes Hediondos, Lei dos Juizados Especiais).



Terceira lei de Newton ou lei de ação e reação: “A toda ação corresponde uma reação de igual intensidade, mesma direção e em sentido oposto”. Ou seja, quando um corpo A exerce uma força sobre um corpo B, simultaneamente o corpo B reage sobre o corpo A, com uma força de intensidade e direção igual, mas em sentido contrário.



Por exemplo, se você empurrar uma mesa, a mesa empurra você de volta com uma força igual. É por isso que se você estiver usando patins, em vez de empurrar a mesa, você acaba andando para trás. É preciso firmar bem os pés no chão, ou numa parede atrás de você, para vencer a força contrária que a mesa exerce.



O movimento de um avião a jato ou foguete é causado pela força de reação exercida pelos gases que ele expele.

Acredito que a conciliação sempre é a maneira mais fácil de se resolver conflitos, o que me faz lembrar o princípio de Sun Tzu: “Há momentos em que a maior sabedoria é parecer não saber nada” (SUNTZU. *A arte da guerra*).



O livro *A arte da guerra* foi escrito pelo general chinês Sun Tzu, há cerca de 2.500 anos. Este livro é um dos clássicos mais influentes do pensamento oriental sobre estratégia. Utilizado por muitos generais da história, como Napoleão Bonaparte, hoje vem influenciando o meio empresarial no mundo todo.

Não estou afirmando, porém, que você não deva exigir os seus direitos quando eles forem violados, mas que deve fazê-lo no momento mais apropriado, quando todas as possibilidades de se resolver pacificamente o conflito tiverem sido esgotadas. Em minha experiência como advogado, vi muitos litígios desnecessários ocorrerem por falta de uma conversa mais apaziguadora. Partindo-se da premissa de que você tem grande possibilidade de se tornar um fornecedor de serviços turísticos e tendo em vista que o exercício de sua profissão, na maior parte das vezes, caracteriza-se pela prestação de serviço, entendo ser válido o conselho, para que diminua a possibilidade de terminar sua relação com seu cliente, em uma cadeira do Tribunal de Justiça. Assim, espero que você tenha em mente que um acordo é sempre melhor que uma briga e consiga resolver pacificamente os conflitos quando, e se, eles ocorrerem, seja na posição de consumidor ou na de fornecedor.

Boa Aula!

Vamos começar pelos direitos básicos do consumidor

As normas contidas nos dispositivos legais do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) são de ordem pública, ou seja, têm um caráter de imperatividade e inviolabilidade. Significa dizer que além de serem impostas pelo Estado (imperativi-

dade), não podem ser violadas por qualquer das partes envolvidas numa relação jurídica, uma vez que constituem pressupostos da dignidade da pessoa humana.



Esses direitos, contudo, não encerram a questão, mas dão início ao rol de direitos, inerentes ao consumidor, que podem estar inseridos nos dispositivos do CDC, bem como nos de qualquer outra lei extravagante que trate de relações jurídicas análogas às de consumo, ou mesmo que decorram dos costumes.

Aqui vamos dar início ao estudo desses direitos, observando o que diz a Lei 8.078/90 e, quando necessário, apontaremos para outros dispositivos protecionistas.

Proteção da vida e saúde

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Em toda sociedade civilizada, sempre se buscou preservar o direito à vida, às vezes, disciplinando a vida pela vida. Mesmo as civilizações mais antigas entendiam que a vida era o bem de maior relevância para o mundo jurídico e, por esse motivo, sempre se buscou dar-lhe uma maior proteção.



Bibi Saint-Pol

Figura 11.1: Vaso grego (cerca de 480-470 a.C.), mostrando um médico tratando um paciente. Atualmente, no Museu do Louvre, em Paris, esse tipo de vaso, chamado aríbalo, provavelmente continha óleo medicinal.

Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Medicine_aryballos_Louvre_CA1989-2183.jpg

Essa proteção deve ser traduzida como os meios pelos quais o Estado promove o bem-estar de todos, através de um meio ambiente propício para se ter uma vida digna. Mas não basta que seja preservada a vida de forma digna, é necessário que seja propiciada uma qualidade de vida ao ser humano.

Em seu *digesto Política*, Aristóteles afirmou que “o homem não quer apenas viver, mas viver bem”. Evidentemente, essa expressão não deve ser tomada no seu sentido estrito, mas em sentido amplo, compreendendo tanto os valores materiais como os morais (REALE, 2002, p. 271).

Digesto

Compilação de regras ou decisões jurídicas.



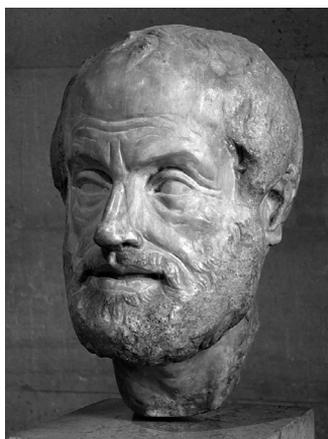
Aristóteles (384-322 a.C.) foi um filósofo grego, cujos pensamentos e ideias vêm influenciando o mundo ocidental até os dias de hoje. Considerado o criador do pensamento lógico, Aristóteles valorizava a inteligência humana, que para ele era a única forma de alcançar a verdade. Pensou e escreveu sobre diversas áreas do conhecimento: política, lógica, moral, ética, teologia, pedagogia, metafísica, didática, poética, retórica, física, antropologia, psicologia e biologia. Publicou diversas obras de cunho didático. Valorizava a educação e considerava-a uma das formas crescimento intelectual e humano.

Eis algumas de suas frases famosas:

“O verdadeiro discípulo é aquele que consegue superar o mestre.”

“O homem prudente não diz tudo o que pensa, mas pensa tudo o que diz.”

“Devemos tratar nossos amigos como queremos que eles nos tratem.”



Eric Gaba

Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Aristoteles_Louvre.jpg

É sabido que, a partir dos anos 1988, o Estado brasileiro estabeleceu como seu objetivo fundamental a promoção do bem-estar de todos, sendo fundamento da República Federativa do Brasil a garantia da dignidade humana. Para tanto, buscou garantir aos brasileiros o gozo pleno dos seus direitos individuais (vida) e sociais (saúde), que decorrem de valores morais, inerentes aos direitos humanos.

O que quero dizer é que, sendo a vida o direito de maior relevância, para que este seja usufruído em sua integralidade, faz-se necessária a manutenção da saúde. O Estado deve, então, adotar políticas públicas eficientes, procurando diminuir o abismo entre as diferenças sociais, para preservar a igualdade de tratamento entre os indivíduos.

Quinhoar

Dar a cada um o seu quinhão, ou seja, a parte que lhe cabe na divisão de um todo.

Segundo Rui Barbosa, a regra da igualdade não consiste senão em *quinhoar* desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.

Rui Barbosa quis dizer com isso que, se queremos acabar com a desigualdade, precisamos dividir o bolo desigualmente, dando mais a quem tem menos, para que, ao fim de um período, as desigualdades diminuam. É exatamente isso que propõem os programas sociais de governos de partidos políticos com um viés mais social, como o governo brasileiro dos anos 2002.

Os chamados direitos sociais, portanto, são “aqueles que nitidamente objetivam inserir o indivíduo na vida social, permitindo não só que o mesmo tenha acesso aos inúmeros bens que satisfazem as suas necessidades elementares, como ainda encontre, na qualidade de pessoa humana, o seu efetivo bem-estar (FRIEDE, 2002, p. 167).

O que se conclui é que “as normas existem para, disciplinando o atuar humano, de forma a harmonizar os fatos recorrentes numa sociedade, permitir a coexistência social”, pacífica e em condições de igualdade (SÉGUIN, 2005, p. XVII, introdução).

Significa dizer que todo atuar humano tem relevância para o mundo jurídico. Assim também é na ciência da saúde, em que o comportamento humano passa por constante análise jurídica. E isso se torna importante, na medida em que a medicina exerce papel essencial na manutenção da saúde.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) definiu saúde como sendo “o resultado das adequadas condições de alimentação, habitação, saneamento, educação, renda, meio ambiente, trabalho transporte, emprego, lazer, acesso à posse da terra e acesso a serviços de saúde” (idem, p. 4).

Por seu turno, a Organização Mundial de Saúde (OMS) impôs como definição de saúde o “completo bem-estar físico, mental, social e político”. Este é um conceito amplo, pois coloca a atuação do médico em um patamar de relevância social, como agente de mudanças sociais.

Significa dizer que, sendo a saúde um direito social, estender-se-á a toda coletividade de pessoas, de forma a propiciar o bem-estar dos nacionais e estrangeiros, em solo brasileiro, nos termos do artigo 196 da CRFB/1988, no qual está **estatuído** que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Nessa via, para promover o bem comum, o Estado deve desenvolver constantemente funções que vão aumentando, à medida que as sociedades tornam-se mais complexas (LAKATOS e ANDRADE, 1999, p. 191).

Dentro dessa visão de que o direito à saúde é inerente à condição de pessoa humana e que deve ser preservado sob os auspícios da Constituição Federal, é que se proclama que o direito à vida deva ser assegurado “em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna, quanto à subsistência” (MORAES, 2006, p. 31).

Essa noção de dignidade de que falamos anteriormente se refere a “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” (idem, p. 16).

Portanto, é evidente que o direito à saúde tem natureza jurídica de direito social, previsto na Constituição Federal de 1988, em **cláusula pétrea**. Nesse diapasão, tais normas serão de ordem pública, com características de imperatividade e inviolabilidade; logo, não podendo ser negadas a qualquer indivíduo. Por esse

Estatuído

Regulamentado por meio de um estatuto, determinado.

Cláusula pétrea

Norma constitucional que impede a revogação e/ou modificação de determinado artigo da Constituição Federal; são as normas imutáveis do texto constitucional, que não sofrem emenda. (PAULO, 2002, p.166).

motivo, também foi inserido no artigo 6º da Lei 8.078/90, definindo como direito básico do consumidor, a proteção à vida e à saúde, contra os riscos e práticas decorrentes do fornecimento de serviço, bem como a efetiva reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais e coletivos.

Nessa via, incide o direito à segurança, que compreende a preservação da ordem pública, da **incolumidade** das pessoas e do patrimônio, para que todos os outros direitos possam ser gozados em sua integralidade, sem interferência de terceiros.

Incolumidade

Condição de se estar ileso, isento de qualquer perigo (PAULO, 2002, p.166); ausência de ferimento, segurança. (HOUAISS, 2001, p. 244).

Liberdade de escolha e igualdade nas contratações

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor:

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

Vamos dividir a análise dos dispositivos, contidos no inciso II do artigo 6º do CDC, para que seja possível uma melhor absorção dos conceitos a serem apresentados.

Liberdade de escolha

A liberdade, em seu sentido lato, entende diversos matices, que não precisamos estudar neste momento, embora seja uma matéria muito interessante por diversos pontos de vista. Há uma frase, atribuída a Jonathan Edwards, que diz: “A verdadeira liberdade consiste somente em fazer o que devemos, sem sermos constrangidos a fazer o que não devemos.”

No campo constitucional, a liberdade pode se transfigurar em diversos outros direitos, como previsto no seu artigo 5º, em que se veem a garantia da liberdade de pensamento (inciso IV), liberdade de consciência (inciso VI), liberdade de expressão, de exercer atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), entre outras.

Nesse contexto, gostaria de citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França, em 26 de agosto de 1789, no apogeu da Revolução Francesa, na qual prescreve:

Fundamento legal – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Os representantes do povo francês, constituídos em assembleia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as causas únicas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolvem expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, [...] Por conseguinte, a assembleia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: *Artigo 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; assim sendo, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que assegurem aos demais membros da sociedade o gozo desses direitos. Tais limites não podem ser determinados senão pela lei.*



Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Declaration_of_Human_Rights.jpg

A Constituição Federal Brasileira, no sentido que queremos, prevê como fundamento de um Estado Democrático de Direito o incentivo à livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV). Por outro lado, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

A livre iniciativa traduz-se pela liberdade que têm as pessoas em dispor de seus bens livremente, constituindo-o de capital de giro para suas atividades empresariais (industriais ou comerciais). Segundo Rizzatto Nunes, “o sentido de livre iniciativa significa o direito de escolher correr o risco do empreendimento. A pessoa tem, portanto, o direito garantido de, caso queira, empreender um negócio” (NUNES, 2004, p. 24).

Quanto ao consumidor, a liberdade consiste em direito de agir, conforme suas convicções. Concretamente falando, consiste em ter a liberdade de adquirir quaisquer produtos dispostos no mercado de consumo ou de contratar qualquer serviço oferecido.

Como consequência, deverá o Estado fiscalizar a exploração dos serviços que em sua maioria são de caráter essencial e, por esse motivo, de responsabilidade pública, bem como a produção, distribuição e comercialização de produtos, intervindo na economia privada, para garantir as liberdades nas contratações, enquanto incentiva a livre iniciativa privada.

“Assim, a regra básica será a da escolha com a possibilidade de aquisição: a pessoa quer algo, tem dinheiro ou crédito para adquiri-lo, então é livre pra fazê-lo” (idem, p. 25).



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

Reconhecendo os direitos básicos do consumidor

1. Até agora, você viu que dentre os direitos básicos do consumidor estão enumerados o direito à vida e à saúde, bem como a liberdade de escolha nas contratações. Assim, você deverá iden-

tificar se esses direitos estão ou não sendo respeitados nas relações de consumo no caso a seguir.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1181863>

José Manoel, turista português, estando de férias no Rio de Janeiro, contraiu o vírus Influenza A subtipo H1N1, sofrendo um desmaio na avenida Rio Branco, no centro da cidade, tendo sido levado à Santa Casa de Misericórdia, onde foi atendido na emergência e diagnosticada sua doença. Imediatamente, foi feito o isolamento do paciente e iniciado o tratamento com a administração de vacina e demais procedimentos médicos. Após o atendimento emergencial, o médico perguntou se o paciente tinha algum plano de saúde e se desejava a transferência para um hospital particular.

José Manoel, então, solicitou que fosse acionado o seu plano de saúde, pedindo sua transferência para o hospital Copa D'Or, por acreditar que seria mais bem atendido naquele hospital.

Agora, abalizado por todo este nosso estudo, responda às perguntas a seguir, justificando suas respostas.

a) No presente caso, os direitos à vida e à saúde, previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, foram respeitados?

b) José Manoel, inicialmente, teve o direito de escolher onde seria atendido?

c) Isso viola o direito básico do consumidor, quanto à escolha nas contratações?

Resposta Comentada

a) Sim, foram respeitados os direitos à vida e à saúde, na exata medida em que, diante do desmaio, foi providenciada uma UTI móvel para levar o turista ao hospital mais próximo, onde foram tomadas todas as medidas para identificar a enfermidade e tratá-la. Independente de ser brasileiro ou estrangeiro, a Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida e à saúde a todos que estejam em solo brasileiro. O CDC prevê tais direitos como básicos aos consumidores. Sendo o turista um consumidor em potencial, seus direitos foram plenamente respeitados.

b) Não foi respeitada a liberdade de escolha de José Manoel e nem poderia ter sido diferente, haja vista ele estar desmaiado. Dessa forma, o direito de escolha foi suprimido, em razão de um direito maior, que é a saúde e, em última instância, o direito de continuar vivo. Todavia, em momento posterior, quando já poderia ser feita sua transferência, sem complicações, o respectivo direito foi-lhe proporcionado.

c) Não houve violação, já que o nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de supressão de direitos, quando situações peculiares assim permitam. No presente caso, houve uma situação emergencial, em que não era possível a escolha; portanto, não havendo violação de nenhum dos direitos previstos nos incisos do artigo 6º do CDC.

Igualdade nas contratações

O direito à igualdade remonta a tempos imemoriais, quando a noção de indivíduo ainda era ditada por **castas**, que nesse tempo estabelecia uma noção dos direitos de igualdade entre seus iguais.

Nesse sentido, Aristóteles já explicava que seu resultado advinha em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.”

É basicamente uma noção de justiça distributiva, conferindo a cada um o que lhe é de direito. Porém, tal visão, ainda hoje aplicada, merece uma análise, posto que resulta em distorções que acarretam mais desigualdades.

Nesse contexto, “atribuir a cada um o que é seu, conduz a uma ideia equivocada, **data venia**, do que seja efetivamente a justiça, pois dá ao pobre a pobreza, ao rico a riqueza, ao triste a tristeza e assim por diante” (PEDROSA, 2002, p. 42), numa cadeia de desigualdades, que faz crescer o abismo entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

Esse não é o fim a que se dirige o princípio da igualdade. Embora não possamos nos afastar completamente do conceito dado por Aristóteles, devemos estudá-lo com atenção para alcançarmos o verdadeiro sentido que quiseram dar, oferecendo a cada caso uma solução adequada e justa.

Quando se fala em igualdade, tem-se de entender tratar-se de um direito **intrinsecamente** ligado ao direito à dignidade humana. Pode-se perceber tal afirmativa pela acepção da palavra igualdade à luz do *Novo Dicionário Aurélio*, onde temos: “Igualdade. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana” (HOLLANDA, 1983).

casta

Qualquer classe social claramente separada de outras por diferenças de riqueza, posição social ou privilégios hereditários, profissão, ocupação ou costumes particulares.

Data venia

(Lat.) Com a devida permissão; dada a sua licença. Expressão que o advogado usa, por deferência, ao contrapor-se à opinião de um operador do direito, que ele respeita, mas do qual discorda (PAULO, 2002, p.166).

Intrinsecamente

De modo intrínseco, ou seja, de acordo com o que está no interior de uma coisa e é-lhe próprio ou essencial.

■ **Caput**

Enunciado de artigo de lei ou regulamento. O artigo tem subdivisões, o caput é a parte inicial do artigo, ou seja, a principal.

No compasso das mudanças sociais, a nossa Constituição Federal garante expressamente no dispositivo do **caput** do artigo 5º o direito à igualdade. O princípio aplica-se ao legislador (e ao administrador, quando este atua na produção de atos normativos, como medidas provisórias e decretos), ao aplicador do direito (autoridade pública) e aos cidadãos.

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, [...].

O que nos interessa aqui é referente ao cidadão, uma vez que este é que será o consumidor no campo do turismo. O princípio compele o fornecedor a tratar igualmente todos os consumidores, independente de cor, raça, condição social ou credo. Significa, então, que sua conduta deve ser livre de discriminação, preconceito ou intolerância, sob pena de lhe serem imputadas, caso desrespeite tal princípio, sanções de natureza civil e penal, desde que previstas em lei.

Todavia, não é de todo proibido fazer certas restrições em razão de fatores que facilmente poderiam soar como discriminatórios, como é o caso de limitar certos produtos ou serviços a pessoas menores de idade, ou assumir que atingindo certa idade avançada as pessoas sejam susceptíveis de problemas de saúde. Esse tratamento diferenciado possivelmente constará em normas infraconstitucionais.



Infraconstitucional – Normas que estão abaixo da Constituição

O nosso ordenamento jurídico – inspirado em outras legislações internacionais – foi constituído sob o sistema piramidal, criado por Hans Kelsen, de hierarquia das normas, porém modificado na atual conjuntura mundial, em que passam a figurar os tratados internacionais.



Assim, nesta pirâmide, a Constituição da República (Constituição Federal) está no topo, juntamente com as Emendas Constitucionais e os Tratados Internacionais que tratam de Direitos Humanos que passaram pelo procedimento de emenda constitucional.

No segundo patamar, estão os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) que não passaram pelo procedimento de Emenda Constitucional.

No terceiro patamar, estão as Leis Ordinárias, Leis Complementares, Leis Delegadas, Resoluções, Decretos Legislativos, Tratados Internacionais que não tratem de direitos humanos, Medidas Provisórias.

Na base da pirâmide, estão os Decretos, Portarias, Instruções normativas e demais atos infralegais.

Com efeito, para que se opere uma diferenciação no princípio da *isonomia*, necessário se faz uma análise de seus pressupostos (finalidade razoável e proporcional) que fundamente o tratamento desigual. Muitas vezes esse tratamento desigual será

Isonomia

Igualdade perante a lei.

imperativo, como, por exemplo, a imposição de um limite de idade para o exercício da atividade de bombeiro. Outras vezes, será requerido pela própria parte, como no caso da dispensa do serviço militar obrigatório, por razões de credo.

Esse tratamento desigual para iguais será legítimo caso exista um pressuposto lógico (finalidade razoável), que justifique, racionalmente, o desequilíbrio entre as partes em determinada situação, de tal forma que efetivamente se aplique o princípio da igualdade em sua total acepção. Um exemplo claro disso é o tratamento desigual dado pela nossa Constituição Federal a homens e mulheres, embora esteja escrito que homens e mulheres são iguais perante a lei. Um exemplo disso é o fato de o serviço militar ser obrigatório somente para homens.

Nossa legislação magna está, portanto, tratando desigualmente os iguais, não por motivo discriminatório. Pelo contrário, usa o dispositivo como elemento protetivo, já que em razão da diferença biológica entre homens e mulheres, seriam aqueles mais adequados para o serviço militar, sendo à mulher dada uma prerrogativa de direito de servir ou não.



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

Reconhecendo os direitos básicos do consumidor

2. Agora que você já estudou um pouco mais sobre os direitos básicos do consumidor, vamos ver se identifica a obediência ou violação de mais alguns deles em um suposto caso real.



Kriss Szkuratowski

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1100980>

Pablo, turista argentino, contratou os serviços de transporte aéreo da Companhia Céu Nublado para retornar ao seu país de origem, após o período de férias. Ocorre que, devido a *overbook*, Pablo foi transferido para outro voo, da Companhia Aérea Turbulência, tendo sido acomodado em uma cadeira próxima ao banheiro, com encosto rasgado e parafuso de fixação solto, fazendo com que durante o voo sua cadeira balançasse muito. Durante a viagem, Pablo foi o único passageiro que não recebeu refeição. Para piorar, o banheiro estava com a descarga quebrada, deixando o local com um odor insuportável.

Analise a situação desse turista e responda, explicando suas respostas com base no que estudou.

a) No caso supracitado, o direito de liberdade de escolha na contratação foi respeitado?

b) A Companhia Céu Nublado poderia transferir o contrato firmado com Pablo para ser cumprido por terceiros sem a prévia concordância deste?

c) Quanto à Companhia Aérea Turbulência, tratou Pablo com igualdade perante os demais passageiros?

Resposta Comentada

a) Não, aqui não foi respeitado o direito de liberdade de escolha do consumidor, uma vez que, tendo Pablo contratado a Companhia Céu Nublado, expressou sua liberdade de escolha na contratação. Se desejasse viajar pela Companhia Turbulência, teria contratado essa empresa. Na realidade, o overbooking já representa uma violação no direito do consumidor e sua transferência obrigatória caracteriza-se como descumprimento do contrato e violação ao direito, previsto no inciso II do artigo 6º do CDC.

b) Independente de esse fato estar previsto ou não no contrato firmado entre as partes, temos de interpretar que não poderia. Isso porque, não estando previsto, seria um ato ilícito, já que não foi pactuado entre as partes. E, estando previsto, tendo em vista que o contrato é de adesão e, como já estudamos na Aula 8, esse tipo de contrato não dá opção ao contratante, seria uma imposição unilateral. Isso violaria, de toda a forma, o direito de liberdade, pois causa desigualdade entre as partes, o que é proibido pelo CDC.

c) Não houve igualdade de tratamento entre os passageiros, uma vez que Pablo foi posto em local inapropriado para viajar, em razão das condições físicas do assento, bem como do próprio banheiro. Ademais, deveria ter tido direito à refeição como os outros passageiros, o que não aconteceu. Foi tipicamente discriminado, o que viola a lei.

Informação adequada

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor:

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O direito à informação relaciona-se ao dever de transparência com o qual as partes são obrigadas a agir em todo momento da relação contratual. A partir de 1988, esse direito recebeu contornos de norma constitucional, já que está presente no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Basicamente, o texto magno estabelece a informação em três aspectos:

1. o direito de *informar*;
2. o direito de *se informar*;
3. o direito de *ser informado*.

“Nesse sentido, o direito de ser informado nasce, sempre, do dever que alguém tem de informar” (NUNES, 2004, p. 58).

No âmbito das relações de consumo, existem duas nuances, a saber:

1. o dever das pessoas jurídicas de direito público e dos órgãos públicos de prestar informações ao cidadão (artigo 22 do CDC);
2. o dever das pessoas físicas e jurídicas de direito privado – fornecedores – de dar informação sobre seus produtos e serviços.

Com o advento da promulgação do CDC, o direito à informação, passou a ser, além de um dever entre os contratantes, como decorrente do princípio da boa fé e transparência contratual, um direito de todo consumidor. E isso é importante porque protege o consumidor contra práticas abusivas e desleais, além de impelir o fornecedor a especificar as características, composição e qualidade dos seus produtos, bem como sobre a forma em que vão ser prestados os serviços.

Outro efeito desse direito diz respeito à segurança quanto aos riscos inerentes às atividades industriais ou comerciais sobre os diferentes produtos e/ou serviços, o que obriga o fornecedor a retirá-los do mercado de consumo ou mesmo evitar colocá-los, quando sua comercialização representar risco ao consumidor, conforme prevê os artigos 8º e 10º do CDC.

Por conta disso, têm os consumidores e terceiros não envolvidos em dada relação de consumo incontestável direito de não serem expostos a perigos que atinjam a sua incolumidade física, perigos tais representados por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e serviços (FILOMENO, 1997, p. 146).

No que se refere aos contratos de massa (que mais tarde você estudará), algumas vezes seus termos são omissos, ou mesmo redigidos em linguagem técnica e letras miúdas, sem qualquer destaque para as cláusulas restritivas de direito ou impositivas de deveres. Essa prática torna sua leitura ou interpretação dificultosa para qualquer pessoa, principalmente para um idoso. Isso, sem dúvida, viola o princípio da transparência, previsto no artigo 4º do CDC, pelo qual o fornecedor tem o dever de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer o conteúdo do seu contrato, que deve ser redigido de forma clara, com linguagem acessível e letra legível, **coadunando**, pois, com o direito à informação.

Coadunando

Conformando-se, harmonizando-se, combinando (Ex.: Desfilou divinamente, *coadunando* o ritmo do seu caminhar com a bela trilha sonora.).

Além disso, como a informação está ligada ao princípio da moralidade, é de extrair daí o conteúdo ético necessário que deve pautar a informação fornecida. E ele é o valor ético fundamental da verdade (NUNES, 2004, p. 54). Dessa forma, busca-se preservar a incolumidade física e moral dos consumidores ou terceiros, alheios à relação de consumo.

Cumprido salientar que o direito à informação, já elucidado, corresponde à forma como se procederá a prestação do serviço e todos os acessórios que seguirão essa obrigação. Entretanto, mesmo sendo a relação consumerista, realizada de forma ade-

quada, segura e eficiente, respeitando-se todos os direitos inerentes ao consumidor, isso não excluirá a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário.

Isso porque, muitas vezes, poderá ocorrer danos de ordem material ou moral, pela simples colocação do produto ou serviço no mercado de consumo e, nesses casos, evidentemente, incidirá o direito a uma indenização **cabal** por prejuízos decorrentes de tal fato do produto ou serviço.

Cabal ■

Suficiente, bastante.

Proteção contra publicidade enganosa e abusiva

Proibição de cláusulas e práticas abusivas

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.0788/90)

Artigo 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;

Como no item anterior, vamos dividir a análise dos dispositivos contidos no inciso IV do artigo 6º do CDC, para que seja possível uma melhor absorção dos conceitos a serem apresentados.

Publicidade enganosa ou abusiva

A palavra publicidade pode ter muitos significados, mas aqui vamos tratar da atividade desenvolvida pelo profissional de Marketing. Publicidade deriva do vocábulo “público”, ou seja, daquilo que é de todos ou do conhecimento de todos.

Antes de continuar, gostaria de fazer um esclarecimento que achei muito pertinente, apontado por Rizzatto Nunes (2004, p. 66). “Costuma-se usar o vocábulo ‘publicidade’ algumas vezes como espécie de ‘propaganda’; a palavra propaganda é reservada para ação política e religiosa, enquanto publicidade é utilizada para a atividade comercial etc.”

A função da publicidade é de tornar público determinado ato ou fato. No direito do consumidor, será o de tornar público o produto ou serviço, através de veículo de divulgação. A publicidade, portanto, é o meio de aproximação entre o consumidor e os produtos ou serviços ofertados pelo fornecedor diretamente no mercado de consumo.

Nessa relação, haverá incidentalmente e/ou preventivamente um controle das atividades do publicitário, no que se refere à utilização desse instrumento. Isso porque, o mesmo controle realizado na produção, distribuição e venda de produtos e serviços, objetivando preservar os direitos do consumidor, sua incolumidade física e moral, aplica-se também na publicidade, até mesmo porque o consumidor é invadido em sua intimidade, quando a publicidade entra na sua casa.

A publicidade encontra limites na própria Constituição Federal, como uma forma de harmonizar sua exploração com os demais princípios e garantias constitucionais (intimidade, liberdade, honra, imagem etc.). Nesse sentido, a lei dividiu o tratamento dado à publicidade em: publicidade dos serviços públicos (artigo 37 CF/88) e publicidade dos produtos e serviços (artigo 220, §3º, inciso II da CF/88).

Nesse sentido, a carta constitucional prevê que na veiculação de publicidade deve estar presente o princípio da moralidade, do qual se extrai o respeito aos valores éticos e morais, conquanto verdade das informações prestadas.

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

Artigo 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, identifique-a como tal. Parágrafo único. 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.

Significa dizer que “o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja afirmando, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio” (NUNES, 2004, p. 68).

Então, *publicidade enganosa* é aquela que tem em seu conteúdo informações lacunosas, escusas e discrepantes com a realidade do produto, seja quanto à sua composição, característica ou preço, capaz de levar o consumidor a erro.

Por outro lado, a *publicidade abusiva* é aquela capaz de causar no consumidor um sentimento de inferioridade, vergonha ou medo, assim por dizer, vexatória, por violar direitos de natureza individual (como, por exemplo, uma campanha do Ministério da Saúde sobre sexo seguro, lançada em 1995, em que o protagonista conversava com seu órgão genital, chamando-o por um nome próprio masculino). Nesse mesmo sentido, também será considerada abusiva a publicidade de cunho discriminatório.



Em 1995, quando falar sobre o uso de preservativos era ainda tabu para boa parte da sociedade, o Ministério da Saúde resolveu criar uma campanha descontraída de prevenção à Aids, que, de forma lúdica, incentivava o uso de camisinhas como promoção do sexo seguro. Foi um jeito informal de abordar um tema que na época era ainda preconceituosamente ligado à promiscuidade e infidelidade. A campanha incluía quatro comerciais de TV, que mostrava um homem dialogando com seu órgão genital, que ele chamava de “Bráulio”. A escolha de um nome de pessoa para a genitália masculina foi alvo de intensos protestos, principalmente por parte daqueles que tinham o mesmo nome. A consequência foi a suspensão da veiculação, retomada somente após modificações, em que a genitália passou a não ter nome. Se você ficou curioso, no YouTube ainda se pode assistir a um desses polêmicos comerciais. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=h5_HBfo47ss>. Acesso em: 18 janeiro 2011.)

Fundamento legal – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

Artigo 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º 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.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão, quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Práticas abusivas

As práticas comerciais são assuntos do Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor e, por esse motivo, serão abordadas na aula correspondente. Por ora, basta você saber que, dentre as práticas comerciais, encontram-se as práticas abusivas enumeradas no artigo 39 do referido diploma legal, sem, no entanto, encerrar a matéria, já que o seu conteúdo é exemplificativo, podendo decorrer outras práticas abusivas que não estejam no rol do supracitado artigo.

A ideia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso de direito. Foi a constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício, que acabou levando o legislador a tipificar certas ações como abusivas (NUNES, 2004, p. 469).

Vê-se isso, com clareza, no *caput* do artigo 187 do Código Civil, que trata dos atos ilícitos.

Fundamento legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Muitas vezes, porém, essa ideia estará desassociada, uma vez que o exercício de um direito, embora não se constitua em ato ilícito, pode se revelar uma prática abusiva (como, por exemplo, quando uma loja recusa-se a atender à demanda de um consumidor, mesmo havendo disponibilidade no estoque).

Ora, sabemos que ninguém pode ser obrigado a contratar com outrem (princípio da autonomia da vontade, que estudamos na Aula 8), pois a vontade é elemento essencial na realização do contrato. Ocorre que, no direito do consumidor, alguns princípios serão suprimidos em razão do bem comum. Assim, embora sai-

bamos que a autonomia da vontade é um princípio norteador das relações contratuais e, portanto, consumeristas, a lógica será outra. Se um fornecedor recusar-se a vender um produto a um consumidor (contrato de compra e venda), estará exercendo o seu direito de não contratar com este (exercício regular de direito). Entretanto, a prática desse exercício regular de direito revela-se uma prática abusiva, já que um fornecedor não pode recusar a venda de um produto que esteja no seu estoque.

O mesmo pensamento vale para os serviços. Vamos imaginar um serviço de agência de turismo. O agente de turismo não poderá recusar a venda de um pacote de serviços turísticos a quem se proponha a adquiri-lo, sob pena de estar cometendo uma prática abusiva, embora não possamos afirmar que esse ato seja ilícito.

A ideia aqui é a de revestir ao máximo as relações de consumo, para se evitar qualquer tipo de prática que exerça uma abusividade aos consumidores, seja ela procedimental, discriminatória, ou outra qualquer que possa ocorrer.

Cláusulas abusivas

Na esteira da proibição das práticas abusivas, como não poderia deixar de ser, a Lei 8.078/90 veda a elaboração de cláusulas contratuais abusivas.

Nessa linha, o Artigo 51 do CDC enumera as cláusulas abusivas, sem, no entanto, encerrar a questão, posto que seu rol não é taxativo, mas pelo contrário, quer ser exemplificativo, podendo, pois, haver outras cláusulas abusivas, conforme o próprio texto do seu caput expressa, quando diz “entre outras” (NUNES, 2004, p.126).



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

Reconhecendo os direitos básicos do consumidor

3. Agora, você já viu que dentre os direitos básicos do consumidor estão enumerados o direito à vida e à saúde, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, bem como o direito à informação adequada e à proteção contra publicidade enganosa e abusiva. Assim, você deverá identificar se estes direitos estão ou não sendo respeitados nas relações de consumo do caso a seguir.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/732460>

Maria da Penha resolveu passar um final de semana, relaxando fora da cidade e hospedou-se no hotel A Casa. Ao chegar, foi atendida pelo gerente, Vinícius, que lhe informou os serviços disponibilizados pelo estabelecimento, tais como: bar, sauna, piscina e restaurante. Assim, após deixar sua bagagem no quarto, trocou de roupa e foi à piscina. Entretanto, quando mergulhou, sentiu seus olhos arderem e sua pele ficar toda empolada. Muito nervosa, foi levada à enfermaria, onde foi constatado que teve alergia ao produto, utilizado para manutenção da piscina.

Ocorre que o tratador da piscina havia acabado de colocar um produto de tratamento na água, deixando-a temporariamente imprópria para banho. Todavia, não foi exposto qualquer aviso de não utilização da piscina.

Analise a situação dessa turista e responda ao questionamento a seguir, explicando sucintamente suas respostas.

a) Houve descumprimento do contrato firmado entre Maria da Penha e o hotel?

b) Houve negligência ao dever de informação, por parte do hotel, ao não afixar aviso de “impróprio para banho”, quando foi aplicado o produto de tratamento na piscina?

c) O que Maria da Penha poderá fazer contra o hotel?

Resposta Comentada

a) Não houve nenhum descumprimento de contrato neste caso, pois o hotel cumpriu rigorosamente o que se comprometeu a ofertar. O fato de a piscina estar temporariamente imprópria para banho, não resulta em descumprimento de contrato. Porém, tendo em vista que o contrato firmado entre as partes é de diária, esse tempo de restrição ao serviço de piscina deve ser razoável durante o período de sol, o que será analisado caso a caso, em razão das diferentes questões geográficas, meteorológicas e sazonais de cada local. Ademais, deve-se dar preferência, quando da aplicação de produtos químicos em piscinas de hotéis, durante a noite ou madrugada, quando estas não são utilizadas. Se houver a necessidade de aplicação de produtos químicos na piscina, durante o período diurno, esta informação deverá ser previamente dada ao cliente. Caso contrário, a impossibilidade de utilização de um dos serviços do hotel configura o descumprimento.

b) Sim, houve negligência ao dever de informação por parte do hotel. Seu funcionário deveria ter tido o cuidado de colocar um aviso de “impróprio para banho”, para evitar acidentes como o que ocorreu. Agindo negligentemente ao dever de informação, responderá o hotel pelos atos de seus empregados.

c) Maria da Penha poderá inicialmente tentar uma compensação junto à administração do hotel. Caso não consiga resolver pacificamente a questão, devendo buscar auxílio na justiça, propondo uma ação judicial.

Conclusão

Quando o Código de Defesa do Consumidor foi instituído, procurou-se dotá-lo de certas prerrogativas de direito que garantissem proteção à pessoa a quem a lei visava atingir.

Assim, o legislador enumerou diversos direitos, classificados como básicos, ou seja, que no mínimo deveriam ser garantidos a todos os consumidores. Porém, longe de ser restritivo, o rol presente no artigo 6º do CDC tem caráter mais elucidativo, pois a proteção ao consumidor não se encerra naquele dispositivo, mas se estende por todo o Código, bem como em leis extravagantes.

É lógico que muitos desses direitos já estavam contidos em outras leis, sendo apenas um reflexo delas, como, por exemplo, o direito à vida e à saúde, presente no inciso I do artigo 6º do CDC, que antes mesmo da promulgação da Lei 8.078/90, já existia na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O que buscou o legislador foi adaptar o dispositivo constitucional à necessidade da lei consumerista, ou seja, da lei de Direito do Consumidor.

Da mesma forma, no inciso II do mesmo artigo do CDC, podemos ver os princípios de liberdade e igualdade, previstos primeiro na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Ocorre que aqui, a liberdade é no sentido de garantir ao consumidor o direito de escolha de quem e/ou o que vai contratar, não podendo, o fornecedor impor-lhe seus produtos ou serviços. Por outro lado, a igualdade é no sentido de que, ao contratar um serviço ou adquirir um produto, este consumidor terá um tratamento isonômico, independente de seu *status* social, sua etnia, credo ou outro fator qualquer.

Por sua vez, a informação clara e precisa sobre os produtos e serviços decorre do princípio da transparência, que já se encontrava no direito contratual civil, que trata das relações privadas.

O inciso IV do artigo 6º do CDC trata da questão da propaganda, que mais tarde, virá a ser tratada com maior profundidade nos artigos 30 ao 38. Ocorre que mesmo este assunto já constava do nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, aprovado em 1978, que comentaremos na Aula 14, quando falarmos das práticas comerciais.

O importante é que você entenda que os princípios, previstos no CDC, estão presentes em diversos diplomas legais e já fazem parte do organismo jurídico do Direito. O que fez o legislador foi aplicá-los às relações jurídicas de direito do consumidor, porque, se assim não tivesse feito, teríamos uma legislação ineficaz, por carecer de conteúdo jurídico.



Atividade Final

Atende aos Objetivos 1 e 2

Para terminar esta terceira parte do nosso estudo sobre Direito do Consumidor, proponho que você analise mais um caso que retrata questões muito frequentes no setor de Turismo.



Linnell Estler

Fonte: <http://www.freeimages.com/photo/859578>

Entretanto, quanto às acomodações do hotel, aí sim, configura-se a publicidade enganosa, uma vez que foi informado que seria um quarto amplo e confortável. Ademais, o banheiro coletivo não pode deixar de ser desconfortável; portanto, também caracterizando a publicidade enganosa, por omissão.

A mais clara das atitudes que configuram a má-fé da empresa, quanto à sua publicidade enganosa, refere-se aos restaurantes típicos do circuito turístico da cidade, pois restaurantes “PF”, como se diz, não são do circuito turístico de qualquer cidade do mundo.

Isso tudo configura a publicidade enganosa, em razão que leva o consumidor a erro, quanto às características do serviço fornecido.

Resumo

Nesta aula, demos início ao estudo dos direitos básicos do consumidor, observando o que diz a Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), e, quando necessário, apontando para outros dispositivos protecionistas.

Nosso desafio foi compreender os direitos previstos no artigo 6º do CDC, bem como estes se relacionam com tantos outros tanto do CDC, quanto de outras legislações. Foi visto também como ocorrem as suas violações nas relações de consumo em geral e, principalmente, no âmbito das relações turísticas.

Vimos que o Código de Defesa do Consumidor confere diversos direitos ao cidadão que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (consumidor) de quem o põe no mercado (fornecedor).

Dentre os dispositivos estudados estão:

1. Proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, considerados perigosos ou nocivos.
2. Direito básico à educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos ou serviços, para que seja assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

3. Direito à informação adequada e clara, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que os produtos ou serviços apresentem.
4. 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.

Vimos que a função da publicidade no Direito do Consumidor é tornar público o produto ou serviço, através de veículo de divulgação, sendo, portanto, o meio de aproximação entre o consumidor e os produtos ou serviços ofertados.

A síntese destes direitos está em prevenir distorções na relação jurídica, por este motivo, os abusos cometidos durante esta relação devem ser observados sob duas vertentes: a primeira do ponto de vista de que um sujeito possa cometer atos que confrontam o ordenamento jurídico; por outro lado, poderá ocorrer que o titular de um direito subjetivo possa dele abusar no seu exercício, ou seja, quando exercer um direito que a lei lhe permite, exceder os seus limites.

Por último, estudamos que a Lei 8.078/90 veda a elaboração de cláusulas contratuais abusivas, que vinculam o consumidor a obrigações desproporcionais ou impossíveis, bem como aquelas que exoneram ou excluem a responsabilidade do fornecedor quanto ao fato do produto ou serviço, cerceando o direito do consumidor, sem lhe dar o direito à livre escolha.

Informação sobre a próxima aula

Na próxima aula, você continuará a estudar os direitos básicos do consumidor previstos nos incisos V, VI, VII, VIII e X do artigo 6º do CDC. Até lá!



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1083541>

Quando me analiso e vejo que estou do lado certo, então não importa que eu tenha de lutar contra mil ou contra dez mil adversários, devo ir em frente (FUNAKOSHI, Gichin. Niju kun)

Leituras recomendadas

GLADSTON, Mamede. *Direito do Turismo. Legislação específica aplicada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

GLADSTON, Mamede. *Direito do consumidor no turismo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, Plínio Martins. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

12

Conhecendo o direito do consumidor: parte 4 – a garantia dos direitos prevista em lei

André Martins de Miranda

Meta da aula

Apresentar o rol de direitos básicos do consumidor que devem estar presentes em qualquer relação de consumo, o que inclui, evidentemente, as relações turísticas.

Objetivos

Esperamos que, ao final desta aula, você seja capaz de:

- 1** reconhecer os direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e em outras legislações e costumes nacionais ou internacionais;
- 2** identificar, no âmbito das relações turísticas, a obediência ou violações aos direitos do consumidor, previstas em lei, estudadas nesta aula;
- 3** identificar a relação do Código de Defesa do Consumidor com outras normas que se harmonizam ou conflitam entre si, e descrever como se resolvem estes conflitos.

Pré-requisitos

Para acompanhar esta aula é fundamental que você lembre os conceitos de relação de consumo, suas partes (consumidor/fornecedor) e seus objetos (produtos/serviços), que vimos nas Aulas 8 e 9.

Introdução

Na terceira parte deste nosso estudo sobre Direito do Consumidor, estudamos os quatro primeiros incisos do artigo 6º do CDC, que enumeram direitos básicos.

Vamos agora continuar com mais alguns incisos, finalizando o rol desses direitos, que, conforme já dito na introdução da Aula 11, não é um rol taxativo, mas tem a função de ser exemplificativo, posto que existem diversos outros direitos básicos que não estão contidos no referido dispositivo legal.

Você deve se lembrar que falamos, na Aula 8, sobre o *princípio da força obrigatória dos contratos*, decorrente da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Mas e se o contrato estabelecer uma prestação desproporcional? Ou seja, se algum acontecimento extraordinário revelar injustiça na aplicação irrestrita desse princípio, deverá o contrato, mesmo assim, ser rigidamente obedecido? Ou será que o consumidor tem alguma chance, amparada por lei, para pedir revisão? Também já falamos sobre isso, mas precisamos nos aprofundar um pouco mais.

É exatamente por aí que começaremos esta aula.

Bom estudo!

Direito de revisão – modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais

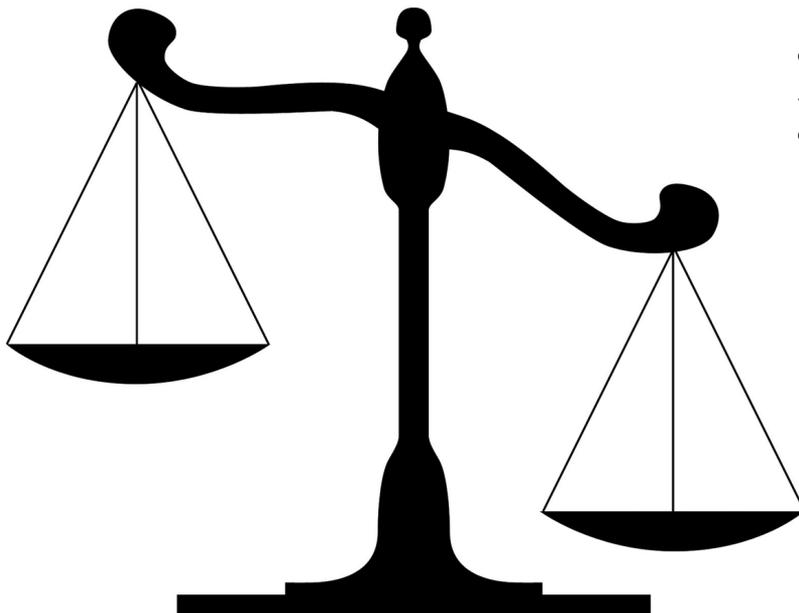
Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de ***fatos supervenientes*** que as tornem excessivamente onerosas;

Fatos supervenientes

Aqueles que venham a aparecer depois do contrato já assinado e em vigor.



Stephen Stacey

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/875413>

Esse direito consiste na possibilidade que tem o consumidor de modificar determinado conteúdo de cláusula contratual, ou mesmo todo o contrato. Decorre dos princípios – já estudados – da boa-fé e do equilíbrio contratual, bem como da **vulnerabilidade** do consumidor, frente ao fornecedor de produtos ou serviços, para que seja garantido o princípio constitucional da isonomia (igualdade entre os contratantes). Convém lembrar que os fornecedores, em sua maioria, são empresas (pessoas jurídicas).



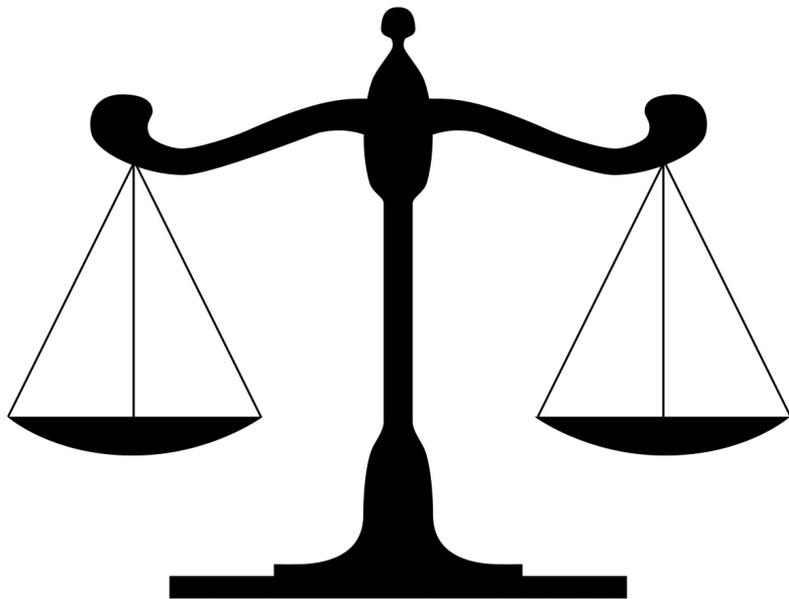
Vulnerabilidade – palavra derivada de vulnerável, ou seja, fraco. Significa que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza é real e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro diz respeito aos meios de produção; o segundo diz respeito à maior capacidade econômica do fornecedor (NUNES, 2005, p. 116).

Coercitivamente

Obrigatoriamente. Uma força coercitiva é aquela capaz de reprimir, conter, refrear. Juridicamente, é a força exercida pelo Estado para fazer valer o direito (HOUAISS, 2001, p. 753).

No entanto, as cláusulas que devem ser modificadas **coercitivamente** são aquelas que causem desproporção entre as partes, resultando em desequilíbrio entre os contratantes no que concerne às suas obrigações e direitos.

O direito de revisão, no entanto, deve ser exercido, pelo consumidor, através do Poder Judiciário, buscando modificar o contrato para manter o equilíbrio entre as partes contratantes.



Stephen Stacey

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/875412>

Segundo Rizzatto Nunes (2005, p. 126-127), o princípio insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC correlaciona-se com outro dispositivo legal, previsto no artigo 51 (inciso IV, parágrafo 1º) do CDC, que declara a nulidade da cláusula desproporcional, não significando, contudo, que o contrato seja extinto. Assim, mesmo modificando o contrato, pelo princípio da conservação, o magistrado que reconhecer a nulidade da cláusula, modificando ou extinguindo o seu conteúdo, deve fazer a integração das demais cláusulas, mantendo o sentido estabelecido do contrato, em razão do seu objeto, para tentar mantê-lo em vigor.

Nesse sentido, o princípio da conservação, implícito no inciso V do artigo 6º, está explícito no parágrafo 2º do artigo 51 do CDC.

Da mesma forma, também é prevista a revisão das cláusulas quando fatos supervenientes tornem a obrigação excessivamente onerosa. É o caso de fato posterior à contratação que tornou a capacidade do consumidor em cumprir aquela determinada obrigação contratual excessivamente dificultosa, tendo em vista suas atuais condições. É o caso, por exemplo, que ocorreu, por volta dos anos 1990, quando alguns contratos de compra e venda de veículos automotores eram firmados com base na variação do câmbio da moeda; após a contratação, o dólar subiu de forma desproporcional, o que fez com que vários consumidores entrassem com ações no judiciário para corrigir esta distorção e, como ficou evidenciado, os contratos foram modificados.

Não se trata da cláusula *rebus sic stantibus* (estudada na Aula 8 e que significa “volta-se à condição anterior”), mas sim de revisão pura decorrente de fatos posteriores ao pacto, independente de ter havido ou não previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos (NUNES, 2005, p. 127).

A teoria da imprevisão, vista na Aula 8 sobre princípios contratuais, que prevê a regra *rebus sic stantibus*, traduz-se pela possibilidade que tem as partes de recorrer ao judiciário para modificar contratos, quando algum fato superveniente à contratação, que seja imprevisível e extraordinário, tornar excessivo para um dos contratantes o cumprimento da obrigação pactuada.

Lá se exigia que as partes não tivessem condições de prever aqueles acontecimentos que acabaram surgindo. Por isso, fala-se em imprevisão. As alterações do contrato, em época futura, têm como base certos fatos que no passado, quando do fechamento do negócio, as partes não tinham condições de prever (NUNES, 2005, p. 127). É o caso, por exemplo, de consumidor que contrai um empréstimo para terminar obra em sua casa e, por conta de catástrofe natural, sua casa é destruída em enchente. Ora, se antes ele precisava do dinheiro e pagaria com grande sacrifício, agora se tornou quase impossível.

No direito do consumidor, contudo, não se faz necessária a imprevisão para ter modificada determinada cláusula. Basta que, após a assinatura do contrato, surjam fatos que tornem excessivamente onerosa a obrigação do consumidor, frente ao fornecedor.

A norma do inciso V do artigo 6º do CDC tem por fundamento a teoria do risco do negócio, que deve ser suportado pelo fornecedor durante a relação jurídica de consumo, justamente por ele estar em situação de superioridade técnica e econômica em comparação ao consumidor.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que os contratos de consumo são, em sua maioria, contratos de adesão. Nesses, o consumidor não tem a faculdade de negociar suas cláusulas, que já estão estabelecidas no momento da pactuação, cabendo ao consumidor somente aderir ou não. Por isso, este inciso é tão importante, porque busca dar ao consumidor a possibilidade de rever ou modificar as cláusulas que tornem desproporcionais as obrigações em qualquer tempo do contrato.



Daniel Hughes

Fonte: <http://www.flickr.com/photos/dghughes/332651213/sizes/o/in/photostream/>

Exemplo ocorrido no Brasil, foi o caso da cláusula de aumento da mensalidade por mudança de faixa etária, nos planos de saúde. Embora os contratantes tivessem estabelecido o aumento da mensalidade quando o contratante (consumidor) atingisse determinada idade, ocorreu uma desproporção em relação à obrigação (pagamento), pois o aumento, muitas vezes, chegou a 200% da mensalidade, gerando desequilíbrio entre os contratantes. A isso o judiciário respondeu rápido, determinando um teto percentual para a cobrança de aumento de faixa etária.

Prevenção e reparação de danos materiais e morais

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

O direito previsto neste inciso do artigo 6º do CDC decorre do comando constitucional, que assegura o direito de indenização por dano material e moral. Nessa esteira, precisamos diferenciar os danos materiais dos danos morais.

Danos materiais

O dano material é aquele que afeta, exclusivamente, os bens concretos que compõem o patrimônio da vítima, diminuindo o seu *quantum financeiro*, fazendo com que sofra uma perda de patrimônio, ou mesmo impedindo sua aquisição.

**Quantum
financeiro**

Valor, reserva financeira
do cidadão, seu
patrimônio.



Nerijus Jasinskas

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1187056>

Podemos visualizá-lo em diversos dispositivos legais, como o artigo 5º, inciso V e X da Constituição da República Federativa do Brasil; artigo 927 do Código Civil; artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, entre outras legislações.

O conceito de indenização por dano material é amplamente conhecido. E vem a ser uma composição em dinheiro, visando à reparação (retorno ao *status quo ante*) para o ofendido do valor efetivamente perdido (dano emergente) e/ou da receita que se deixa de aferir (lucros cessantes), ou seja, do que ele deixa de ganhar, por conta do ato que lhe tirou a capacidade laborativa ou funcional.

Danos morais

O dano moral é aquele que afeta diretamente o indivíduo e a sociedade em seu funcionamento. No dano moral, o foco atingido é o foro íntimo da pessoa, sua honra, imagem, saúde mental e física.

Assim, o dano moral 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 lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica, sentida pelo indivíduo (NUNES, 2005, p. 69).

Na análise de incidência de um dano moral na relação jurídica, observam-se os fatos subjetivamente, buscando-se responsabilizar o causador do dano, na exata medida de sua culpa. Aqui, não há prejuízo material que possa ser indenizado objetivamente pela aferição da perda econômica da vítima; a indenização possui outro significado, pois busca compensar a vítima, diminuindo-lhe a dor, enquanto pune o ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado.

A dificuldade está em determinar um valor indenizatório a ser estabelecido como condenação ao causador do dano moral.



Muitas foram as críticas pela utilização do termo indenização para designar a condenação por dano moral.

Nesse sentido, devemos lembrar que o termo “indenização” para os casos de dano moral foi motivado por dois fatores: o primeiro de ordem prática (lembra reposição de dano); o outro de conteúdo semântico, pois, assim como nos danos materiais, no dano moral determina-se que o ofensor pague certo valor em dinheiro à sua vítima (NUNES, 2005, p. 71).



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1222896>

Significa dizer que, tendo em vista os fatores subjetivos do dano – dor, angústia, sofrimento, entre outros – não se pode fixar objetivamente um valor indenizatório como é feito no dano material, devendo ser analisados diversos fatores para se determinar o seu valor. Dessa forma, existe uma grande dificuldade em medir o valor indenizatório do dano. Mas o sentido ainda é econômico, tal qual no caso do sentido da indenização para recompor a perda material.

Nessa seara de subjetividade, até mesmo a análise do próprio dano moral perdia-se no julgamento do magistrado, pois decorria de uma avaliação pessoal daquilo que ele entendia por dor, angústia e sofrimento, através da caracterização da culpa do ofensor.

Entretanto, na lógica do CDC, não seria possível a aplicação da responsabilidade civil, através de critérios subjetivos de culpa, ou seja, necessitando provar que determinado fornecedor agiu omissiva ou comissivamente para a realização do dano. As-

sim, nas relações jurídicas de consumo, aplicou-se a responsabilidade objetiva, onde não mais seria necessário se demonstrar a culpa do fornecedor (quando da ocorrência de um dano), fundada na teoria do risco, que significa que aquele que lucra com o empreendimento deve arcar com os riscos que dele decorrem.

Tomou-se por critério o fato de o Código de Defesa do Consumidor ser norma de ordem pública, portanto não podendo ser afastada a responsabilidade daqueles que prestam um serviço, confeccionam e/ou vendem um produto à sociedade. Assim, sempre que houver um dano na relação de consumo, excetuando-se os casos de profissionais autônomos, o fornecedor responderá objetivamente, o que significa pôr de lado o critério da culpa do agente causador do dano (fornecedor) para dar-se maior valor ao risco que dele decorre.

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva funda-se, efetivamente, num princípio de equidade, ou seja, daquilo que deve ser igual, que deve manter uma equivalência, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultante (*ubi emolumentum, ibi onus, ibi commoda, ibi incomoda*). Ou, como define Gonçalves (2002, p. 253), quem afere os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos.

Pode-se perceber, portanto, que aquele que afere lucro deve arcar com a responsabilidade pela exploração do serviço e, nesse sentido, seguindo a orientação da Constituição Federal (artigo 37, § 6º), o parágrafo único do artigo 22 do CDC prevê a reparação pelos danos causados ao consumidor, independente da existência de culpa.

Significa dizer que, segundo a doutrina e jurisprudência, a configuração do dano moral dispensa a respectiva comprovação de culpa, por estar *ínsito* na própria ofensa.

É importante lembrar que não são em todos os fatos em que ocorrem danos que será aplicada a responsabilidade objetiva. É necessário que seja uma relação de consumo ou qualquer outra que a lei assim dispuser, porque para a reparação do dano,

Ínsito

Inserido, intimamente impresso (lat. *in situ*) no lugar onde estava. No texto, quer dizer que está inserido, presente, indissociável da própria ofensa.

normalmente verifica-se a culpa do ofensor, para depois lhe ser imposto o dever de indenizar.

É sabido que aquele que presta o serviço deve tomar todos os cuidados para não ocasionar risco à saúde do consumidor, tampouco permitir o acontecimento de um dano. Quando ocorrerem danos, deve tomar todas as medidas para socorrer a vítima e diminuir-lhe o sofrimento.



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

1. Agora que você já viu mais alguns detalhes sobre os direitos do consumidor, gostaria que fizesse uma pausa para ler a história de Samanta e seu novo computador. Depois, responda às perguntas, embasando-se no que acaba de estudar.

Samanta, no intuito de *otimizar* seu tempo, em relação a trabalho e estudo, comprou um computador do tipo *notebook*, pela internet, pagando à vista. Ocorre que ao ser entregue, Samanta percebeu que o mesmo não podia ser utilizado sem fio, em razão de que sua bateria não carregava.

Otimizar

Criar condições mais favoráveis; tirar melhor proveito de determinada situação (HOUAISS, 2001, p. 2.091).



Alicja Stolarczyk

Fonte: <http://www.freeimages.com/photo/1199922>

Diante disso, Samanta encaminhou o computador (NOVO) para a assistência técnica, em que permaneceu por 60 dias, sendo devolvido com o problema resolvido. Entretanto, ao tentar acessar a internet, ela percebeu outro problema. Ao entrar em contato com o fabricante, o mesmo disse que o computador teria de voltar para a assistência técnica, o que Samanta recusou, alegando que tinha comprado um produto novo e, portanto, não desejava ficar com ele sempre sendo consertado.

O fabricante, por sua vez, justificou sua conduta no contrato, que previa o conserto compulsório, quando o produto apresentasse defeito. Afirmando, inclusive, que isso não constituía um dano.

a) Estudando esse caso, você consideraria que Samanta estará condicionada a obedecer à cláusula contratual que prevê o conserto compulsório? Embase sua resposta em tudo o que estudou até aqui.

b) Em relação ao produto comprado e o defeito apresentado, você entende haver ocorrido algum tipo de dano? Justifique sua resposta, baseando-se nas definições estudadas.

c) Diante do caso apresentado, poderia Samanta pleitear danos morais? Justifique sua resposta.

Resposta Comentada

a) Você deve ter concluído que embora as relações contratuais sejam fundamentadas nos princípios da força obrigatória dos contratos, Samanta apenas aderiu ao contrato, pois não pôde discutir suas cláusulas, uma vez que seu contrato foi de adesão. Assim, tendo em vista que a cláusula é limitadora de direito e causou um desequilíbrio na relação jurídica entre as partes, poderá, com base no dispositivo estudado, pedir a revisão da cláusula.

b) Baseando-se no que estudou na aula, você deve ter considerado que Samanta, decorrente do defeito apresentado e a recusa do réu em trocar o produto, sofreu dano de ordem material, consoante ao valor do bem adquirido (computador).

c) Considerando o caráter subjetivo do dano moral e considerando o aborrecimento e a angústia de ter adquirido um produto há cerca de 90 dias, sem poder utilizá-lo livremente, conclui-se que Samanta sofreu um dano que ultrapassa a esfera do dano material e do simples aborrecimento do dia a dia; portanto, danos de ordem moral.

Acesso à justiça

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

É o direito que tem o consumidor de buscar a efetiva proteção dos seus demais direitos, previstos no CDC, bem como leis especiais, através da intervenção do Poder Judiciário, nas relações contratuais de consumo, buscando pacificar os interesses diversos ou opostos.

Nesse sentido, o artigo 6º, inciso VII, está ligado ao dispositivo do artigo 5º do mesmo Código de Defesa do Consumidor, completando-se no intuito de tornar efetivo o acesso do consumidor à justiça, criando mecanismos de defesa dos seus direitos, dando cabal cumprimento à política nacional das relações de consumo.

Dentre as opções que dispõe o consumidor para a efetiva **tutela** dos seus direitos, podemos citar:

- a) A assistência judiciária integral e gratuita àqueles que não possuem condições econômicas para contratar um advogado. Em verdade, esse dispositivo aplica-se a qualquer cidadão, consumidor ou não, uma vez que está anteriormente previsto na Lei nº 1.060/50, que dispõe sobre a assistência judiciária, inclusive no que tange à gratuidade para aqueles que não puderem pagar a um advogado.

Fundamento legal – Lei 1.060/50

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados, nos termos desta lei.

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais e estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

- b) A Promotoria de Justiça do Consumidor, para a defesa dos interesses (direitos) difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único e artigo 82, inciso I da Lei 8.078/90, c/c o artigo 5º da Lei 7.347/85).

Tutela

Proteção que o Estado, por seus órgãos judiciários, dispensa a uma pessoa, em resguardo de seus direitos (SIDOU, 2004, p. 877).

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – 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.



Conforme estudado na Aula 8, os direitos difusos referem-se a uma universalidade indeterminada de sujeitos e os coletivos a uma universalidade determinada de sujeitos. Já os individuais homogêneos são direitos de mais de um sujeito determinado, porque se fosse de uma única pessoa seria o caso de direito individual simples; aqui trata-se de direitos de mais de um sujeito, porém mantendo-se o caráter individual.

Por sua vez, os transindividuais são os de natureza indivisível, mormente de pessoas indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato; relativo a categorias ou classes de pessoas ligadas entre si, por estas características, ainda que indetermináveis.

Nesses casos, terá legitimidade para propor a demanda a Promotoria Pública, e/ou associações, posto tratar-se, nos três casos, de ações coletivas. Essa legitimidade, para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é regida pela norma do artigo 82 do CDC.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público,

A norma que fundamenta o artigo 82 do CDC decorre da própria Constituição da República, que em seu artigo 127 descreve o que vem a ser o Ministério Público, e no seu artigo 129, inciso III, destaca suas atribuições.

c) As delegacias de polícia especializadas nas investigações dos crimes contra as relações de consumo.

A Delegacia do Consumidor é o órgão da polícia civil que tem por atribuição principal apurar, por meio de inquérito policial ou **termo circunstanciado**, os crimes praticados contra os consumidores.

Apesar de estar disposta no CDC a criação de delegacias especializadas, não são todas as cidades que, como Brasília e Rio de Janeiro, possuem uma delegacia de polícia específica para apurar as infrações penais cujas vítimas sejam consumidores. É importante ressaltar que apenas as condutas que configurarem, em tese, determinada infração penal devem ser levadas ao conhecimento da delegacia de polícia, ou seja, fatos que ultrapassem a esfera do ilícito civil, como, por exemplo, uma falsificação de produto, uma fraude na prestação de um serviço, ou utilização de peças de reposição recondicionadas, entre outras práticas desleais. O Ministério Público acompanha as investigações realizadas nos procedimentos policiais, podendo, se for o caso, determinar a realização de diligências investigatórias diversas, tais como depoimento de testemunha ou realização de perícia.

**Termo
circunstanciado**

Termo: documento em que se formaliza determinada questão.

Circunstanciado significa expor minuciosamente. Assim, termo circunstanciado refere-se ao registro de um fato tipificado como infração penal, consideradas de menor potencial ofensivo, que tenham penas cominadas em até 2 (dois) anos de perda da liberdade ou multa. Nele devem estar presentes a qualificação dos envolvidos na ocorrência policial e o relato do fato, lavrado pela autoridade policial.

Muito se assemelha ao B.O. (Boletim de Ocorrência) ou R.O. (Registro de Ocorrência), porém se diferencia, porque o T.C. servirá de peça informativa para o Juizado Especial Criminal.

Concluídas as investigações, o inquérito policial ou termo circunstanciado são encaminhados ao promotor, que decidirá pelo arquivamento ou instauração de processo criminal contra os indiciados (Fonte: <http://www.mpdft.gov.br>).

d) Os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95).

Os Juizados Especiais Cíveis ou, como são conhecidos, JECs, foram implantados a partir de 26 de setembro de 1995, com a aprovação da Lei Federal 9.099. Porém, sua previsão legal advém do artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Antes de sua criação, funcionava o antigo Juizado de Pequenas Causas, que julgava processos que não ultrapassavam o valor de 20 salários mínimos.

O Juizado Especial Cível, como órgão do Poder Judiciário, destina-se a promover a conciliação, o julgamento e a execução das causas consideradas de menor complexidade e que não ultrapassem o valor de 40 salários mínimos.

Fundamento legal – Lei 9.099/95

Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

- e) A concessão de estímulos à constituição e desenvolvimento das associações de defesa dos consumidores (artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor) (LISBOA, 2001, p. 92-93);
Neste sentido, muito pouco tem sido feito em matéria de implementação de uma política que conceda estímulos à criação e desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor, tornando a norma ineficaz. Cabe salientar que é de suma importância a implementação deste comando legal, para se ter instrumentos de ação eficazes.
- f) Entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta (artigo 82, inciso III do Código de Defesa do Consumidor).

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Podemos citar como exemplo de órgãos privativos de defesa do consumidor o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC , em São Paulo, que conta com mais de 40.000 associados e desempenha importante função na fiscalização e defesa dos direitos do cidadão consumidor.

Há outros órgãos que, direta ou indiretamente, fiscalizam a qualidade e adequação de produtos e serviços, tais como o Instituto de Pesos e Medidas – IPEM, os serviços de Vigilância Sanitária etc. (NUNES, 2005, p. 120).

A preocupação do legislador ao inserir, no texto legal, os órgãos que têm competência para exercer a defesa dos interesses do consumidor, no plano coletivo, foi no sentido de dar maiores garantias de proteção de seus direitos.

Acontece que de um lado tínhamos o fornecedor com seu grande aparato comercial, e do outro, o consumidor isolado que deveria buscar realizar a sua defesa em juízo separadamente e de forma eventual, ainda que o problema fosse de cunho coletivo. Isso ocorria por não existirem órgãos ou associações que pudessem realizar a defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores.

Assim, o sentido foi de garantir, entre outros direitos, de uma maior efetividade, ou seja, que as políticas públicas ou decisões judiciais fossem mais efetivas no plano prático, bem como se garantir um maior acesso à justiça, dando-se um tratamento coletivo às pretensões individuais dos *litigantes* em processo judicial, através do devido processo legal, de forma a se conceder tratamento isonômico a toda a coletividade de consumidores.

O acesso à justiça, juntamente com seus competentes instrumentos processuais, pela sua potencialidade de uso, deverá contribuir para a formação de uma sociedade mais bem preparada, consciente e participativa, em que serão empregados, na dissolução dos conflitos, meios informais e não oficiais de forma muito mais atuante e eficaz (GRINOVER et al., 2001, p. 722).

Não só isso, a facilitação do acesso à justiça pelo consumidor, através da criação de mecanismos processuais adequados, fazendo com que, além de resultados positivos nos litígios, envolvendo relação de consumo, também coibisse abusos por parte do fornecedor pela simples potencialidade do uso desses mecanismos eficientes em juízo (ARRUDA ALVIM, 1995, p. 50).

Inversão do ônus da prova

Antes de discutirmos este direito do consumidor, é preciso que você saiba que o ônus da prova é a *obrigação* de trazer ao processo todas as provas daquilo que se alega contra alguém. Ou seja, se eu acuso alguém de alguma coisa, preciso provar, de forma legal, o que estou dizendo.

Litigantes

Pessoa que propõe ação ou que responde a ela, ou seja, as partes do processo – autor x réu, reclamante x reclamada etc.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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 à alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (Vetado);

Conforme vimos, foi proporcionado ao consumidor acesso à justiça, através de diversos mecanismos criados para que este pudesse defender os seus direitos na busca de um equilíbrio na relação contratual, cumprindo, pois, a política nacional das relações de consumo.

Todavia, para que a defesa do consumidor em juízo fosse feita, dando-se ampla proteção a seus direitos, foi necessário que se invertesse a obrigação de trazer ao processo todas as provas daquilo que este alegasse contra o fornecedor (ou seja, o ônus da prova), justamente pelo fato de que o consumidor não teria como produzir provas cabais de uma eventual falha do fornecedor durante uma relação de consumo, seja ela decorrente de um produto ou serviço. Assim, surgiu a inversão do ônus da prova, para que a parte com menor capacidade técnica tivesse oportunidade igual de defesa dos seus interesses.

É de se observar que o fornecedor, na maioria dos casos dispõe de meios técnicos ou condições financeiras de promover a realização de provas que demonstrem a ausência de responsabilidade por vício ou fato do produto ou serviço.

Significa dizer que no processo cível que compreenda uma relação de consumo, no que diz respeito à produção de provas, o CDC será o ponto de partida, aplicando-se **subsidiariamente** e de forma complementar as regras do Código de Processo Civil – CPC (artigos 332 a 443).

Subsidiariamente

De forma subsidiária, ou seja, auxiliadora. Uma ação ou responsabilidade subsidiária é aquela que confirma ou fortalece outra principal. Nesse caso, significa que as regras do Código Civil serão também usadas para reforçar ou complementar o que estiver estabelecido no CDC.

Entender, então, a produção de provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei 8.078/90, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua **hipossuficiência** (especialmente em técnica de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor que é de natureza objetiva etc. (NUNES, 2005, p. 130).

Importante deixar claro que o consumidor não fica totalmente isento de provar aquilo que está alegando contra o fornecedor. Entretanto, em razão da própria responsabilidade civil do fornecedor ser objetiva, em relação principalmente a vícios ou fatos do produto e/ou serviço, o consumidor terá de provar o **nexo de causalidade**.

Caso não fosse invertido o ônus da prova, aplicando-se a regra do artigo 333, inciso I do CPC, o consumidor teria de enfrentar grande obstáculo para levar sua reclamação a juízo, reduzindo suas chances de vitória em um processo judicial, por não ter meios de provar tudo aquilo que alegasse, premiando o fornecedor, que não seria obrigado a melhorar seus serviços ou produtos.

Deve-se observar que prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder à inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos (LISBOA, 2001, p. 95-96).

Existem, porém, dispositivos do CDC que determinam a inversão do ônus da prova independente da **discricionariedade** do juiz. Esta, então, dependerá da situação de fato e não de um juízo de valor. São os casos de defeitos nos produtos ou serviços, bem como os de reparação de danos decorrentes de acidentes de consumo.

Hipossuficiência

Desconhecimento técnico e informativo do produto ou 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. (NUNES, 2005, p. 132).

Nexo de causalidade

Realidade existente entre a causa e a consequência de uma conduta tipificada na norma (PAULO, 2002, p. 213). No Direito do Consumidor, significa que a causa existente entre o fato e o dano relaciona-se com o produto e/ou serviço.

Discricionariedade

Poder que tem a autoridade constituída de agir livremente, conforme o seu próprio convencimento, desde que em defesa da ordem pública e dentro dos limites legais (HOUAISS, 2001, p. 1.053)..

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 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.

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado, quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado, quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Outro exemplo é quanto à publicidade, pois, de acordo com o artigo 38 do CDC, a obrigatoriedade do ônus da prova cabe àquele que produz o material publicitário, independente de determinação judicial. Significa dizer que o publicitário deve demonstrar a veracidade das informações publicadas em anúncios

comerciais, bem como a sua correção, quando evidenciado erro ou alguma inverdade.

Assim, havendo processo judicial, não há qualquer necessidade de despacho do juiz de direito, invertendo a obrigação de provar (ônus da prova) a veracidade ou correção da informação ou comunicação publicitária, uma vez que a norma legal (Lei 8.078/90) já atribui essa obrigação ao fornecedor, conforme o artigo 38 do CDC.

Portanto, o objetivo da inversão do ônus da prova é a facilitação da defesa do consumidor em juízo (SANSEVERINO, 2002, p. 328-329), sendo certo, porém, que o consumidor não fica totalmente isento de provar aquilo que alega, uma vez que deve demonstrar que existe, entre o dano e o seu suposto causador, um liame em razão do produto ou serviço.

Em defesa, porém, cabe ao fornecedor provar que o fato danoso ocorreu por culpa exclusiva do consumidor (exemplo: uso indevido de produto); por ato exclusivo de terceiro alheio à relação jurídica; caso fortuito ou força maior (fato da natureza ou que não poderia ser previsto pelas partes); quando decorrer de culpa concorrente, ou seja, que ambos (consumidor / fornecedor) não agiram com os cuidados necessários para evitar o fato; ou que passou o prazo para que o consumidor pudesse exercer o seu direito de reclamar em juízo.



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

2. Ainda em relação ao caso de Samanta e seu notebook, que você viu na Atividade 1, responda:

a) Quais medidas ela poderia tomar contra o fabricante e a assistência técnica? Embase sua resposta no dispositivo, pertinente ao acesso à justiça, indicando quais os meios de defesa que ela dispõe.

b) Tendo em vista o caráter técnico do dano (vício no produto), o que poderia fazer Samanta para provar o defeito existente? Justifique sua resposta, baseando-se no dispositivo estudado, pertinente às provas.



Stuart Pilbrow

Fonte: <http://www.flickr.com/photos/stuartpilbrow/3426734625/sizes/l/in/photostream/>

Resposta Comentada

a) Você provavelmente logo pensou que Samanta poderia procurar os órgãos ou associações de defesa do consumidor, para lhe auxiliar na defesa de seus direitos, junto ao Procon ou ao Judiciário. Afinal, é isso que vêm fazendo todos os brasileiros bem informados, cientes dos seus direitos. Nesse sentido, ela poderia valer-se da gratuidade de justiça prevista em lei específica, bem como no CDC.

b) Baseando-se no que estudou na aula, você provavelmente levou em consideração que Samanta não tinha meios de provar que o dano no produto decorreu de vício, uma vez que essa prova é de caráter técnico, devendo como tal ser demonstrada por meios técnicos. Isso exigiria do consumidor obrigação manifestamente exagerada, causando um desequilíbrio entre as partes. Assim, ela poderá pedir a inversão do ônus da prova, baseando-se na hipossuficiência técnica do consumidor.

Adequada e eficaz prestação de serviços públicos

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O CDC, no seu artigo terceiro, já havia incluído no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (e, é claro, por via de consequência todos aqueles que em nome dela – direta ou indiretamente – prestam serviços públicos). Da mesma forma, ao definir “serviços” no parágrafo segundo do mesmo artigo, dispôs serem estes quaisquer atividades fornecidas ao mercado de consumo, excetuando apenas os serviços sem remuneração ou custo e os decorrentes das relações de caráter trabalhistas (NUNES, 2005, p. 130).

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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

E isso se confirma no artigo 22 do CDC, no qual se determina aos órgãos públicos e suas empresas concessionárias ou permissionárias que prestem seus serviços de forma adequada, eficiente e segura. Portanto, sujeitando as relações contratuais de consumo, entre o cidadão consumidor e o órgão ou a empresa pública que forneça o serviço.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 22. 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. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Vale dizer que não só as empresas públicas estão submetidas às regras do CDC, mas também as privadas, bem como as autarquias, fundações e sociedades de economia mista que, por via da administração pública, forneçam serviços de caráter público (entendendo os previstos na Constituição Federal – água, luz, esgoto, limpeza urbana, saúde, educação, transporte público etc.).

Nesse sentido, serviço público é todo aquele que o Estado exerce, direta ou indiretamente, no intuito de satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias de seus cidadãos, bem como aqueles que têm por finalidade facilitar a realização dos objetivos constitucionais ou conveniência do Estado.

Significa dizer que o fato do ser explorado por pessoa jurídica de direito privado não modifica o caráter de serviço público, respondendo na forma em que o ente público responderia, se tivesse causado o dano, ou seja, objetivamente, conforme determina o art. 37, §6º da CRFB/88.

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Nesse sentido, deve prestar os serviços de forma adequada, eficiente e segura, portanto vamos estudar cada aspecto desta prestação de serviço.

Adequação

Em primeira análise, adequação tem a ver com a necessidade do consumidor, ou seja, o serviço tem de estar em consonância com as expectativas do cidadão que contrata a prestação deste. A obrigatoriedade do Estado de prestar o serviço de forma adequada decorre do comando constitucional, previsto no inciso IV do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal.

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Para entender melhor o que vem a ser um serviço adequado, vamos ver o que diz o parágrafo primeiro do artigo sexto da Lei 8.987/95.

Fundamento legal – Lei 8.987/95

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade** das tarifas.

■ **Modicidade**

Qualidade daquilo que é módico, ou seja, econômico, de baixo custo.

O referido dispositivo legal estabeleceu, portanto, as características inerentes ao serviço público, deixando em linhas claras quais aspectos caracterizam a adequação desse serviço à sociedade.

Ressalte-se, então, que:



O caráter final do serviço público é a satisfação das necessidades dos usuários.

Nessa via, convém esclarecer que...

- a) *regularidade* significa que os serviços devem ser sempre oferecidos (como os atendimentos médicos nos hospitais e postos de saúde);
- b) *continuidade* pressupõe que os serviços não sejam interrompidos nem cortados (como no caso da água ou da energia elétrica);
- c) *eficiência* determina que os serviços cumpram com aquilo a que se propõem (por exemplo, a energia elétrica fornecida deve ser suficiente para manter funcionando adequadamente todos os seus equipamentos eletroeletrônicos);
- d) *segurança* significa que a prestação do serviço compromete-se a não expor o usuário a riscos de saúde, de vida, ou quaisquer outros (por exemplo, ralos de coleta de águas das chuvas e bueiros não podem ficar abertos, expondo o público a acidentes; torres de alta tensão devem ser isoladas com segurança, mantendo avisos indicativos de perigo);



Dark Water

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/127852>

- e) *atualidade* pressupõe que os serviços sejam prestados de forma condizente com o desenvolvimento técnico-científico-cultural da sociedade (ou seja, os hospitais têm de ter condições de curar seus pacientes, dentro dos padrões da medicina atual);
- f) *generalidade* significa que o serviço deve incluir a todos, sem discriminações de quaisquer tipos (ricos, pobres, crianças, idosos, brancos, negros, índios etc.);
- g) *cortesia* infere que o usuário seja bem tratado;
- h) *modicidade* significa preço razoável ao alcance de seus destinatários.

Eficiência

É importante estudar essa questão mais detalhadamente porque o legislador diz que o produto ou serviço não basta ser adequado, mas precisa ser eficiente, ou seja, tem de cumprir sua finalidade. Essa eficiência prática é fundamentada no princípio constitucional da eficiência, prevista no já citado artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

O sentido de eficiência remete a resultado: é eficiente aquilo que funciona (NUNES, 2005, p. 66). E diga-se, novamente, funcione adequadamente à necessidade do consumidor em consonância com a finalidade a que se destina o produto ou serviço.



Matthew Bowden

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/203835>

Em outras palavras, a eficiência está ligada à ideia de qualidade. Assim, significa que a administração pública deve – em todos os seus aspectos – realizar a atividade administrativa, buscando o melhor resultado, com efeitos positivos para toda a coletividade, devendo tornar o mais eficaz todas as ações do Estado.

Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade (nos casos de serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos (NUNES, 2005, p. 306).

Conclusão

Nosso desafio nesta quarta e última parte dos estudos sobre Direito do Consumidor foi conhecer mais alguns dos direitos básicos, garantidos em lei, identificando seus elementos, características e fundamentos.

Agora você já sabe que, diferente do que pensa a maioria das pessoas, não é somente o Código de Defesa do Consumidor que garante esses direitos. Há outras normas, relacionando-se e harmonizando para compor o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Espero que, em sua futura vida profissional, você se lembre dessa legislação e dos casos que aqui estudamos, prevenindo-se de situações profissionalmente embaraçosas.



Atividade Final

Atende aos Objetivos 1, 2 e 3

Fechando o raciocínio

Bonde de Santa Teresa tomba, mata cinco e fere 27 passageiros

No dia 27 de agosto de 2011, um dos bondinhos que faziam linha entre o centro do Rio de Janeiro e o bairro de Santa Teresa tombou, próximo a uma curva, deixando 27 passageiros feridos e matando mais 5, dentre eles o condutor do bonde que morreu no hospital.

O acidente aconteceu ao final da tarde e, segundo as testemunhas, o bonde desceu desgovernado pela rua Almirante Alexandrino quando descarrilou e bateu num poste. Com o impacto, vários passageiros ficaram presos entre o bonde e o poste. Há relatos de que o veículo havia apresentado problemas técnicos, meia hora antes do descarrilamento.

O bonde de Santa Teresa é um importante transporte turístico da cidade do Rio de Janeiro, muito frequentado por turistas e também por moradores do bairro de Santa Teresa, que o utilizam como meio de transporte público.



Andre Oliveira

Fonte: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Packed_Rio_tram_02_near_Largo_Guimar%C3%A3es.jpg?uselang=pt-br

Diante de tal situação, vamos verificar as infrações ao direito do consumidor.

a) No presente caso, como classificariamos a relação jurídica existente entre o passageiro do bonde e a empresa que presta o serviço? Explique destacando as partes que compõem a relação jurídica, bem como o que está sendo fornecido pela empresa prestadora de serviço.

b) Quais direitos foram diretamente violados pela empresa que fornece o serviço de transporte do bonde de Santa Teresa? Quais medidas poderão as vítimas sobreviventes tomar contra a empresa? E os parentes das vítimas fatais, que direitos a lei lhes garante?

c) As medidas a serem tomadas pelas vítimas não resolvem o problema do bonde de Santa Teresa, principalmente, porque o caso atinge inclusive o setor turístico. Pensando nisso, quais medidas devem ser tomadas pelo Poder Público, para evitar que outra tragédia ocorra?

Resposta Comentada

a) Conforme vimos na Aula 9, a relação jurídica existente entre as partes é caracterizada como relação de consumo, uma vez que temos de um lado o passageiro, que contrata o serviço de transporte, chamado de consumidor, e do outro lado a empresa que presta o serviço de transporte, chamada fornecedor. No presente caso, o serviço que está sendo fornecido é de transporte coletivo; portanto, serviço de caráter público.

b) Com base no que estudamos, você deve ter concluído que foi negligenciada a segurança, fazendo com que não houvesse uma adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, ocasionando, por isso, riscos à saúde e vida dos consumidores; portanto, infringindo

diretamente os direitos previstos no artigo 6º do CDC. Em decorrência da violação dos direitos básicos do consumidor e consequentes danos, poderá o consumidor fazer uso do direito de reparação dos danos morais e materiais, previstos no inciso VI do artigo 6º do CDC, através dos órgãos administrativos e judiciais, inclusive no que se refere à inversão do ônus da prova, conforme inciso VII e VIII do artigo 6º do CDC. Iguais direitos terão os parentes (pais, filhos e cônjuge) das vítimas fatais.

c) São necessárias políticas públicas, no sentido de obrigar as concessionárias de serviço público a melhorar a forma que irá fornecer o serviço (novas tecnologias, manutenção adequada dos meios de fornecimento do serviço), além de incentivar a criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços. Todas estas práticas estão previstas no artigo 4º do CDC.

Resumo

Nesta aula, concluímos o estudo dos elementos constitutivos da relação de consumo e dos direitos básicos que se reveste esta relação, observando o que diz a Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), e quando necessário, apontando para outros dispositivos protecionistas.

Primeiro entendemos o que é uma relação de consumo, como sendo o vínculo que se cria entre quem fornece um produto ou serviço, a quem se disponha a adquirir a título oneroso. Ou seja, para ser uma relação de consumo, deve haver alguém que ofereça no mercado de consumo um produto ou serviço a quem se disponha a pagar o seu preço.

Estas duas partes na relação consumerista são chamadas consumidor e fornecedor, sendo o primeiro aquele que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final e o fornecedor como aquela pessoa (física / jurídica) que comete quaisquer dos atos referenciados no artigo 3º do CDC, a título oneroso e com habitualidade (Aulas 9 e 10).

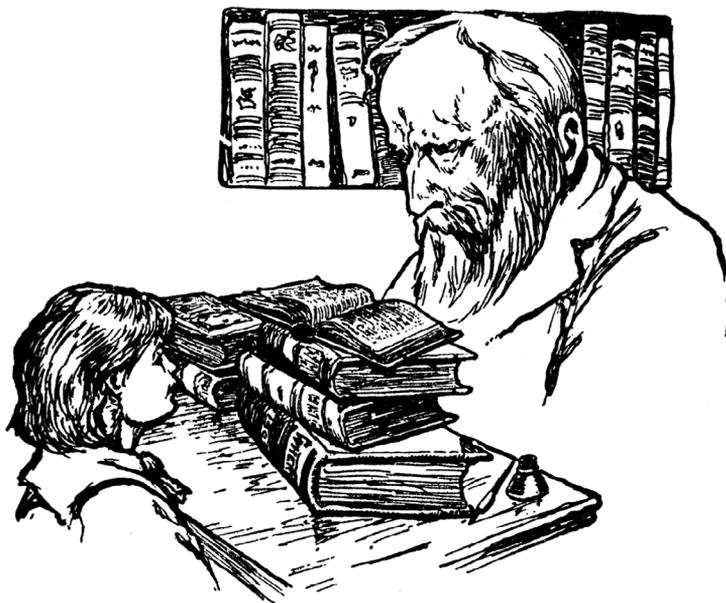
Vimos que o Código de Defesa do Consumidor confere diversos direitos ao consumidor, chamados de direitos básicos, em razão de que, independente da relação jurídica consumerista, estes devem ser respeitados por quem oferece o produto ou serviço.

Dentre os dispositivos estudados, estão os enumerados na Aula 10 e os que se seguem:

5. A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.
Significa que diante de uma cláusula injusta ou desproporcional, que cause desequilíbrio na relação jurídica, poderá o consumidor fazer uso do direito de revisão, para preservar o contrato, trazendo equilíbrio à relação jurídica.
6. A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; se traduz como a possibilidade que o consumidor dispõe de poder exigir a reparação dos danos patrimoniais ou morais, que vier a sofrer em uma relação de consumo ou em decorrência desta.
7. O acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.
Aqui temos a extensão do direito acima exposto. No primeiro caso, trata do direito subjetivo que tem de exigir a reparação dos seus danos; aqui trata mais dos meios para poder exercer aquele direito e demais previstos em lei.
8. 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; O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, em face do fornecedor é um avançar legislativo que merece aplausos, porque busca novamente equilibrar as partes da relação jurídica consumerista. Diante da dificuldade que tem o consumidor de provar determinados fatos, inverte-se esta obrigação (cabe a quem acusa demonstrar os fatos constitutivos do seu direito), transferindo-se para o fornecedor.
9. A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Normalmente, os serviços públicos são aqueles de maior necessidade para o fornecedor, por isso, considerados essenciais. Assim, é de suma importância o seu bom funcionamento, de tal forma que devam ser prestados de forma segura e eficiente, sem que sofram qualquer tipo de interrupção.

É evidente que tais direitos não se resumem aos previstos no artigo 6º do CDC, mas se encontram em diversos outros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, além de leis ordinárias e extravagantes, além dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, bem como das normas que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

*A leitura é uma conversa com
os homens mais ilustres dos
séculos passados.*
(RENÉ DESCARTES)



Clipart cortesia FCT

Fonte: http://etc.usf.edu/clipart/20900/20926/books_20926.htm
Rudyard Kipling Kipling Stories and Poems Every Child Should Know
(New York: Doubleday, Page and Company, 1915)

Informação sobre a próxima aula

Na próxima aula, você estudará a responsabilidade civil do fornecedor por danos causados ao consumidor. Até lá!

Leituras recomendadas

GLADSTON, Mamede. *Direito do Turismo*. Legislação específica aplicada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

GLADSTON, Mamede. *Direito do Consumidor no turismo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

13

Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

André Martins de Miranda

Meta da aula

Apresentar o instituto da responsabilidade civil pelo enfoque do Código de Defesa do Consumidor.

Objetivos

Esperamos que, ao final desta aula, você seja capaz de:

- 1 reconhecer o campo de atuação da responsabilidade civil subjetiva;
- 2 diferenciar a responsabilidade civil subjetiva da responsabilidade civil objetiva;
- 3 identificar a responsabilidade do fornecedor nas diversas relações jurídicas de consumo;
- 4 avaliar a possível aplicabilidade da responsabilidade civil no campo do turismo.

Pré-requisitos

Para acompanhar esta aula, é fundamental ter claros os conceitos de relação de consumo, suas partes (consumidor/fornecedor) e seu objeto (produtos/serviços), que vimos nas Aulas 9 e 10.

Introdução



Figura 13.1: Shopping.

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/460449>



Sabrina Hilker

Figura 13.2: Botões da escada.

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/244509>

Vamos começar esta aula com um caso real concluído em janeiro de 2011.

Justiça gaúcha manda shopping indenizar mulher que teve vestido rasgado em escada rolante. A cliente fazia compras no Bourbon Shopping de São Leopoldo, na região metropolitana de Porto Alegre, quando, ao usar a escada rolante, ficou com o vestido totalmente preso. O funcionário do shopping demorou a desligar a escada, e ainda questionou a mulher acerca do comprimento do vestido, que era longo, o que motivou risos e chacotas pelos presentes. No local, não havia qualquer proibição quanto ao uso da esteira por pessoas usando vestidos longos. Segundo os magistrados do Tribunal de Justiça, após desligar a escada, o tratamento do representante

do shopping foi inadequado, uma vez que este “afastou-se do local sem prestar auxílio à autora, que poderia ficar desnuda no local, restando a terceiros fazê-lo”. O relator do processo afirmou que a situação vexatória e humilhante poderia ter sido evitada caso atendimento eficiente tivesse sido prestado à cliente, que estava em situação totalmente desconfortável. Desta forma, restou configurado o dever de indenizar, ficando o shopping condenado ao pagamento à cliente de R\$ 1 mil por danos morais. (Fonte: www.migalhas.com.br)

Você provavelmente já ouviu vários casos semelhantes em que fabricantes, vendedores ou donos de estabelecimentos como hotéis e restaurantes são obrigados a pagar indenizações vultosas por danos físicos ou morais causados a seus clientes. Mas será que você sabe como isso funciona? Quem tem direito a pedir indenização? Quem tem obrigação de pagar? Por quê? Que responsabilidade é essa? Embasada em que leis?

Isso é o que chamamos de *responsabilidade civil*, que você irá estudar nesta aula em seus diversos matizes. Passaremos desde a responsabilidade civil subjetiva, prevista principalmente no Direito Cível, até a responsabilidade objetiva do Direito do Consumidor. É importante notar que desde os tempos mais remotos, quando a noção de Direito era ainda muito primária, já havia a ideia de responsabilizar o indivíduo pelos resultados de seus atos. Assim, o primeiro código legal já inseria em seu bojo de normas a responsabilidade civil.

Naquela época a lei era sanguinária e por vezes desumana, mas condizente com os padrões de rudeza do povo, que vivia em uma sociedade precária de conceitos morais e cívicos.



Maria Li

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1176400>

Você já estudou, na Aula 1, o que é Direito, como ele se correlaciona com a moral e como se aplica na sociedade como normas de comportamento social. Agora você entenderá quais são

as consequências do desrespeito às normas de conduta ditadas para as pessoas (jurídicas e naturais) às vezes pela sociedade, às vezes pelo Estado.

Passaremos também pela responsabilidade contratual, à qual daremos um enfoque maior, principalmente em razão do estudo das relações turísticas, que em sua maioria são contratuais.

Assim, espero que tenha um bom estudo.

Conceitos gerais sobre a responsabilidade civil

A teoria da responsabilidade civil está inserida no Direito Obrigacional, uma vez que a principal consequência para aquele que pratica um ato contrário às normas, a moral e os costumes – portanto, um ilícito – é a obrigação de reparar o dano ocasionado à vítima.



Konstantin Schneider

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/126856>

Ocorre que a moral abrange um campo muito mais amplo que o do Direito. Por isso, muitos fatos violadores da moral não

são acolhidos pelo Direito, porque uma violação que não resulte em dano não acarreta no dever de indenizar imposto por este.

A responsabilidade moral, oriunda de transgressões à moral, repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável em reparar o dano (DINIZ, 2009, p. 22). Caso não ocorra essa consciência moral por parte do ofensor, não poderá o Estado impor um dever indenizatório, a não ser que haja demonstração do dano pelo ofendido.

De outro turno, a responsabilidade civil causa repercussão no patrimônio ou na pessoa do lesado, incumbindo a quem causou o dano o dever de reparar, de forma a restabelecer o equilíbrio jurídico, caracterizado na recomposição do *status quo ante*.

Nesse sentido, salienta-se que essa obrigação é de natureza pessoal, porque segundo dispositivo constitucional, a pena não passará à pessoa do acusado, ou seja, somente pode ser impelido o dever de indenizar àquele que cometeu o ato ilícito, salvo disposição em contrário, conforme se verá no decorrer desta aula.

É importante lembrar que obrigação é o “vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação” (GONÇALVES, 2009, p. 1). Logo, em havendo a obrigação de reparar o dano, poderá o lesado, na forma de credor dessa obrigação, exigir daquele que causou o dano o cumprimento da prestação reparatória.

Nesse sentido, as fontes do Direito Obrigacional são: a vontade humana, expressa nos contratos e/ou nas declarações unilaterais de vontade, bem como nos atos ilícitos; e a vontade do Estado, que, por sua vez, se perpetua em leis e/ou atos normativos.

Já tratamos em aulas anteriores das duas primeiras formas de expressão da vontade humana (contratos e declarações unilaterais de vontade), portanto, resta-nos falar dos atos ilícitos e o resultado deles expresso na vontade do Estado.

Quando falamos de atos ilícitos, significa dizer aqueles praticados contra a ordem pública (a lei, a moral e os bons costumes), lesando interesses privados, acarretando o dever indenizatório. Para Roberto Gonçalves (2009, p. 1) os atos ilícitos podem

Status quo ante

Estado anterior. Expressão empregada para significar o estado ou a situação em que se achava anteriormente algum acontecimento (SIDOU, 2004, p. 818).

■ **Ato culposo x Ato doloso**

A culpa pressupõe uma negligência, imprudência ou imperícia, enquanto no ato doloso, o erro se deu por vontade de quem o praticou. O que define e diferencia o dolo da culpa é o elemento volitivo, ou seja, quem o praticou (dolosamente) queria o resultado. Porém, na culpa, o autor do dano não queria nem esperava que ele ocorresse.

ser praticados através de ação ou omissão **culposa ou dolosa** do agente, praticado com infração a um dever de conduta e da qual resulta um dano para alguém.

Assim, quando a pessoa comete um ato ilícito, infringe a ordem jurídica, ensejando dano para outrem, surgindo, por isso, o dever de reparar o mal que fez, ou não sendo possível, o de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

Sílvio Rodrigues, citando Savatier (2007, p. 6), conceitua responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Parece repetitivo. Porém, o Mestre Sílvio Rodrigues ventila nova matéria, quando fala sobre dano decorrente de fato de pessoas ou coisas que dependam daquele que deveria evitar o dano. Perceba que aqui o dano foi indireto, porque a pessoa não o causou, tampouco foi omissa a ele, mas em vez disso, foi negligente, porque deveria tomar as precauções para evitá-lo.

Vamos visualizar isso em dois exemplos práticos.

EXEMPLO 1 (COISA)

Creôncio, proprietário de um labrador, sempre passeia com seu cão no parque próximo à sua casa, onde todos os fins de semana várias famílias visitam o local, para fins recreativos. Creôncio sempre coloca uma coleira com corrente guia no animal, para evitar que ele possa causar algum inconveniente às pessoas que passeiam pelo parque.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1185151>

Certa vez, o guarda do parque avisou a Creôncio que a corrente utilizada não era adequada, em razão de que – segundo ele – ela seria muito frágil para um cão daquele porte. Creôncio, no entanto, continuou a utilizar a corrente por acreditar que seu cão era inofensivo.

Acontece que, em uma tarde de domingo, próximo ao parque, foram lançados fogos de artifício, em razão de um evento festivo. Por conta disso, o cão labrador de Creôncio, ficou perturbado e, num ato de fúria, partiu a corrente e atacou uma criança que passava por perto.

Veja que Creôncio não praticou nenhum ato ilícito por ação ou omissão, uma vez que além de não atacar a criança, não lhe negou socorro. Porém, seu cão atacou uma pessoa.

Creôncio deverá responder pelo cão, porque dele é proprietário. O fato ocorreu por negligência de Creôncio, e a ele cabe o dever de reparar o dano.

EXEMPLO 2 (PESSOA)

Mauricinho, um jovem de 15 anos de classe média alta, namora Patrincinha e, certa noite, pegou o carro de seu pai escondido para sair com sua namorada. Durante o passeio, Mauricinho resolveu apostar corrida com um colega, estando com Patrícia no banco do carona. Em determinado trecho da via, Maurício perdeu o controle do carro, colidindo com o outro veículo, vindo a subir a calçada e a atropelar três pedestres que esperavam o ônibus, além de ele próprio e de sua namorada terem ficado feridos.



Inga Galkinaite

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/622413>

Embora Mauricinho estivesse ao volante e tivesse causado o dano, o dever de indenizar passará ao seu pai, por este ser o responsável legal do menor, portanto, cabendo a ele responder pelos atos do seu filho.



Pais tiveram que indenizar ex-diretora de colégio ofendida em uma rede social

Em 16 de março de 2011, a mídia publicou o desfecho de um caso, ocorrido na Zona Sul do Rio de Janeiro, em que um grupo de pais foi condenado a pagar uma indenização de R\$ 18 mil a uma diretora de escola por danos morais promovidos por seus filhos em uma rede social. Os menores, então alunos do colégio, criaram uma comunidade no Orkut, em que ofendiam e ridicularizavam a educadora, expondo-a a uma situação vexatória e humilhante. O juiz entendeu que, apesar de a internet ser um território livre, cada pessoa deve ser responsável pelo que publicar. Uma vez que os infratores eram menores de idade, a pena foi transferida para seus responsáveis legais, ou seja, os pais.

LEIA UM EXTRATO DA DECISÃO DO JUIZ: “A fixação da verba indenizatória por dano moral deve, pois, atender ao caráter reparador, punitivo e pedagógico da responsabilidade civil, e guardar equilíbrio entre a gravidade do dano, a sua extensão, a culpabilidade do agente, bem como a condição financeira das partes envolvidas e as peculiaridades do caso concreto.”

Saiba os detalhes do caso acessando <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do?noticia.idNoticia=928>. Essa página publica, inclusive, a íntegra da decisão, caso você tenha curiosidade de ler.

Voltando ao nosso raciocínio, o problema está em saber se o prejuízo deve ou não ser reparado por quem o causou (direta ou indiretamente) e, se for, em que condições e de que maneira será reparado (RODRIGUES, 2007, p. 6). Por não termos critérios objetivos, procura-se fazer a compensação por via da indenização proporcional ao dano sofrido, conforme o Código Civil.

Quadro 13.1: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 944. A indenização se mede pela extensão do dano.

Já que citamos o Código Civil, vejamos o instituto da responsabilidade civil, pela égide de sua principal norma jurídica.

Responsabilidade civil no Código Civil

A responsabilidade civil prevista no Código Civil ainda se baseia na ideia de culpa. Por esse motivo, se a vítima não conseguir demonstrar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na **ação comissiva** ou **omissiva** do agente, juntamente com a prova do **dano** sofrido, não haverá o dever de indenizar.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/692910>

Assim, não basta demonstrar o ato lesivo, mas que este ato causou dano a outrem, conforme previsto no artigo 186 do Código Civil (“violar direito e causar dano”), para se exigir a correspondente reparação prevista no artigo 927 do mesmo código legal.

Quadro 13.2: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ação

Elemento constitutivo da responsabilidade; vem a ser o ato humano **comissivo** (fazer) ou **omissivo** (deixar de fazer), ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2009, p. 61).

Dano

É a lesão ao bem (patrimonial ou moral) da pessoa, ou mesmo à sua integridade física (locomotora ou estética). Constitui pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

Responsabilidade dos inimputáveis

Não se pode negar que a norma do artigo 186 pressupõe a imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre determinação de vontade (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Significa dizer que o primeiro critério para se exigir uma indenização daquele que causou o dano é a capacidade de discernimento (ver Aula 6) do ofensor, pois se este não puder entender a gravidade dos seus atos, a responsabilidade passará às pessoas que por ele se responsabilizam.



Jenny Erickson

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/188041>

Assim, os incapazes não respondem diretamente pelos seus atos, mas os seus pais, tutores e/ou curadores, conforme previsto no artigo 932 do Código Civil.

Quadro 13.3: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II – o tutor ou curador, pelos pupilos ou curatelados que se acharem nas mesmas condições;

Todavia, em não tendo meios próprios para arcar com a obrigação de reparar os danos, e tendo, por outro lado, o incapaz, este responderá pelos seus atos, conforme prevê o artigo 928 do mesmo código.

Quadro 13.4: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo, ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário, o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

A isso o Direito moderno chamou de *responsabilidade mitigada e subsidiária*, tendo em vista que, muitas vezes, o incapaz pode ser afortunado, seja em caso de herança contraída na menoridade ou mesmo de maior amental (louco ou demente), ou *pródigo*.

Desse modo, se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada da guarda, poderá o juiz condenar o réu ao pagamento de uma indenização equitativa, mas somente se o incapaz for abastado (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Entretanto, segundo Roberto Gonçalves (2009, p. 5), nos casos em que o valor da indenização for maior que a capacidade do causador do dano (incapaz) e/ou de seus responsáveis legais, a vítima ficará irressarcida.

Pródigo

Aquele que gasta excessivamente; que dilapida seus bens; esbanjador, perdulário. No Direito, refere-se a uma pessoa que, por sua prodigalidade, se torna incapaz de administrar seus bens.



Atividade

Atende ao Objetivo 1

1. Reconhecendo a responsabilidade subjetiva

Mauro, pedreiro domiciliado em Salvador – BA, caminhava por uma rua de Recife – PE quando foi atingido por um aparelho de ar-condicionado, manejado de forma imprudente, durante a instalação numa janela, por Paulo, comerciante e proprietário de um armarinho. Encaminhado a um hospital particular, Mauro

faleceu após ficar internado por um dia. Sua família, profundamente abalada pela perda trágica do parente, deslocou-se até Recife e transportou o corpo para Salvador, local do sepultamento. O falecido deixou viúva e um filho menor, com menos de 10 anos. Sabe-se, ainda, que Mauro tinha 35 anos de idade, era responsável pelo sustento da família e conseguia obter renda média mensal de R\$ 800,00 como pedreiro. Sabe-se, também, que os gastos hospitalares somaram R\$ 3.000,00 e os gastos com transporte do corpo e funeral somaram R\$ 2.000,00. Após o laudo da perícia técnica apontar como causa da morte o traumatismo craniano decorrente da queda do aparelho de ar-condicionado, e o inquérito policial indiciar Paulo como autor de homicídio culposo, a viúva e o filho procuraram um advogado para buscar em juízo o direito à indenização pelos danos decorrentes da morte de Mauro (texto extraído do 34º Exame da OAB/RJ – 2ª fase).



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1069058>

Com base no caso apresentado, responda:

a) Entre Mauro e Paulo existe uma relação de consumo em razão da atividade de Paulo? Nesse sentido, Mauro estaria equiparado a consumidor, por ter sido atingido por fato do serviço? Explique suas respostas.

b) O advogado da família de Mauro deverá fundamentar sua ação judicial com base na teoria do risco ou na teoria da culpa? Explique sua resposta.

Resposta Comentada

a) Ao analisar este caso, lembrando-se do que estudamos nas aulas anteriores, você deve ter observado que entre Mauro e Paulo não se constituiu uma relação de consumo, uma vez que Paulo, apesar de ser fornecedor – quando está comercializando produtos em seu armário – no momento do dano não estava exercendo atos de comércio, tampouco o dano se deu no seu estabelecimento comercial. Pelo mesmo motivo, Mauro também não pode ser equiparado a consumidor, como vítima do evento. Dessa forma, a família de Mauro poderá ser indenizada por sua perda com base no Código Civil, uma vez que o incidente decorreu de um ato ilícito de imprudência.

b) Dando continuidade ao raciocínio, você deve ter concluído que a ação deverá estar fundamentada na teoria da culpa, uma vez que não decorreu de atividade profissional, tampouco de risco da coisa ou empreendimento. O presente caso trata de responsabilidade civil subjetiva, com base na culpa por imprudência.

Pelo que estudamos até aqui, podemos, então, concluir que não é apenas o fato ilícito que determina o dever de indenizar, mas que este ato tenha resultado em um dano e que a pessoa que deve arcar com o dever indenizatório pode pagá-lo. Caso não possa, seus bens responderão pela dívida.

Responsabilidade contratual e extracontratual

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído ga-

rantidor de algo (DINIZ, 2009, p. 33). Normalmente decorria de um contrato verbal ou escrito. Assim, suas origens decorrem das relações jurídicas contratuais.

É de relevante importância distinguir a responsabilidade contratual da extracontratual, uma vez que uma pessoa pode causar prejuízo a outra decorrente de um descumprimento de obrigação contratual, como também por qualquer outro ato ilícito, não previsto no contrato, ou mesmo sem que a própria relação exista entre os envolvidos (vítima e ofensor). Portanto, é claro que existe uma distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, chamada aquiliana.

Para Sérgio Cavalieri Filho (apud MARTINS, 2005, p. 69), a obrigação é sempre um dever originário, enquanto que a responsabilidade é um dever sucessivo, consequência da violação do primeiro. Significa que se alguém se comprometer a fazer algo, nasce um dever jurídico. Se não cumprir com esse dever originário, surge a responsabilidade, que é um dever sucessivo, por ter descumprido o primeiro.

Portanto, a responsabilidade decorrerá sempre de uma obrigação, sendo como uma sombra desta. A princípio, parece que se trata apenas de relações contratuais, mas não se confunda, porque na contratual, a obrigação originária é a que for estipulada no contrato, enquanto na aquiliana (ou extracontratual) é a de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*). Esta última é derivada do direito romano, que tinha por base que no exercício dos seus direitos, ninguém poderia causar um risco a outrem.

Vejamos, então, como o direito moderno se posiciona quanto às responsabilidades contratuais e extracontratuais.

Quadro 13.5: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Trata, portanto, do descumprimento de uma obrigação decorrente de uma relação jurídica contratual, independente de ser verbal ou escrita. Lembre-se do que já estudamos nas Aulas 7 e 8 sobre relações jurídicas e contratos.

Prevê ainda:

Quadro 13.6: Fundamento Legal – Lei 10.406 / 2002 – Código Civil

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Ou seja, não é apenas o inadimplente que responde pelos danos que causar, mas também o moroso, ou seja, aquele que demorou em cumprir sua obrigação, decorrendo um dano, seja pela perda de dinheiro ou pelo que se deixou de ganhar, conforme outros dispositivos do Código Civil (art. 402).

Assim, enquanto o artigo 186, combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, trata genericamente da responsabilidade aquiliana (extracontratual) pelos atos praticados por alguém que causar danos a outrem, os artigos 389, 395, 402 e 403 do mesmo diploma legal, tratam da responsabilidade contratual.

Verifica-se que na responsabilidade contratual, antes mesmo de haver uma obrigação de indenizar, existe entre as personagens da situação danosa um vínculo jurídico derivado da convenção. O inadimplemento (não cumprimento) do dever pactuado gerou a obrigação de indenizar, que pode, inclusive, ser estabelecida pelas partes (cláusula penal) ou decorrer da lei. Um exemplo claro é a multa por descumprimento de uma obrigação contratual.

Já na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, nenhum pacto existe entre as partes, que podem nem mesmo se conhecer; não há liame jurídico pré-constituído. Somente incidirá o direito de exigir uma obrigação (indenizatória/reparatória) por parte da vítima, quando o ofensor causar um dano; não se fala em inadimplência ou morosidade, portanto, não havendo dever jurídico entre as partes, antes do evento danoso. Um exemplo

de responsabilidade extracontratual é a indenização por atropelamento, porque as partes não tinham qualquer vínculo jurídico, nem mesmo se conheciam antes do evento, porém incidiu o direito de ser indenizado, quando do ato danoso.

Uma curiosidade está no artigo 187 do Código Civil, que prevê possibilidade de responsabilização extracontratual por ato lícito quando este exceder os limites razoáveis da moral e dos costumes. Isso porque, conforme o princípio romano *neminem laedere*, ninguém pode, sob pretexto da legalidade, lesar outrem, mesmo no exercício do seu direito. Como exemplo, podemos citar o corte no fornecimento de serviços por não pagamento enquanto o consumidor estiver contestando o valor cobrado, porque, nesse caso, não se caracteriza atraso.

Embora a responsabilidade contratual tenha natureza distinta da extracontratual, em muitos aspectos se assemelham, pois em ambas deve haver o dano para exigir-se o dever de reparação. Ambas também prescindem de culpa do causador, além da relação da causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima.

Entretanto, na responsabilidade aquiliana, o causador do dano fica obrigado a reparar, ressarcir ou restabelecer o prejuízo experimentado pela vítima. Vamos usar aqui o exemplo de Sílvio Rodrigues (2007, p. 9) quanto a uma pessoa que atropela alguém que venha a perder o braço em decorrência do acidente. O dever do causador do dano é de indenizar a vítima pela perda do membro e de uma pensão pela perda laborativa, além de arcar com o tratamento de saúde. Não há como impor a restituição de um braço.

Diferenciando a responsabilidade contratual da aquiliana, Sílvio Rodrigues (2007, p. 9) exemplifica que na contratual, a indenização é igual ou substitutiva da prestação contratada, ou seja, igual aos valores pagos pelo serviço ou produto, bem como os gastos e **lucros cessantes** experimentados.

Outra distinção entre responsabilidade contratual e a aquiliana trata dos elementos de prova:

Lucros cessantes

Corresponde ao que a pessoa deixou de ganhar devido aos atos de terceiros. Deve ser previsível que tais valores fossem ser percebidos pela pessoa atingida pelo dano.

Na contratual, a responsabilidade do credor se resume em provar que o pacto foi descumprido, cabendo ao devedor o ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento ou mora em razão de força maior (que não previa ou não podia suportar no momento que se evidenciou) ou qualquer outra excludente capaz de eximi-lo do dever de indenizar (Teoria da Imprevisão, estudada na Aula 8), enquanto que na aquiliana, a vítima é que tem a obrigação de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Podemos concluir, então, que a responsabilidade contratual se origina da convenção entre as partes, enquanto que a aquiliana se origina da inobservância do dever genérico de não lesar ninguém.

Por último, há que se salientar que a responsabilidade contratual será limitada pela capacidade das partes, porque, via de regra, só pessoas capazes podem contratar, excetuando-se as exceções da lei. Ou seja, não poderá se exigir o cumprimento de determinada obrigação pactuada com pessoas menores de idade. Contudo, não é este o caso na responsabilidade extracontratual, porque independente de ser capaz ou não, o causador do dano (ou seu representante legal, caso seja menor de idade) ficará responsável pelos danos que causar.

Responsabilidade objetiva

Nesta parte falaremos da responsabilização do agente causador do dano, independente de este ter concorrido com culpa. Nesse sentido, a responsabilidade objetiva inicia-se na Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, quando fala da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público.

Quadro 13.7: Fundamento Legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

E continua no Código de Defesa do Consumidor, que atribui a todo fornecedor de produtos ou serviços a mesma responsabilidade, inclusive a das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que explorarem, sob qualquer forma, os serviços de natureza pública.

Quadro 13.8: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 22. 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.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Assim, nos serviços públicos (água, luz, gás, transporte, educação, saúde etc.) fornecidos pelo Estado ou explorados por pessoas jurídicas privadas, a regra é a da responsabilização objetiva.

Segundo Sílvio Rodrigues (2007, p. 11), quanto à diferenciação das responsabilidades objetiva e subjetiva, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.

Assim, conforme ao longo do nosso estudo foi possível perceber, a responsabilidade subjetiva é a que se inspira na ideia de culpa, enquanto a objetiva se baseia na teoria do risco. Ou seja, não se leva em consideração se os atos causadores do dano foram praticados culposa ou dolosamente, bastando se provar que existe uma relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato praticado pelo agente.



Teoria do Risco – Aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele (RODRIGUES, 2007, p. 11).

Vamos agora verificar se você entendeu direitinho os conceitos aqui apresentados, e consegue aplicar seus conhecimentos para identificar situações semelhantes.



Atividade

Atende ao Objetivo 2

2. Identificando a responsabilidade

Você deve se lembrar do seguinte caso real: em 12 de junho de 2000, no bairro do Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, um homem armado, na tentativa de assaltar os passageiros do ônibus da linha 174, ao ser encurralado pela Polícia Militar, tomou os passageiros como reféns durante horas até que, decidido a sair do veículo com uma de suas reféns, foi preso. Antes, porém, deflagrou três tiros em sua refém, ocasionando sua morte. Os especialistas em segurança pública consideraram a operação um erro, e identificaram várias falhas no procedimento operacional da PM, inclusive a abordagem final do policial, que acabou por vitimar fatalmente a refém.



Mendonson

Fonte: <http://commons.wikimedia.org/wiki/File:174-batom.jpg>

Lembrou-se? Provavelmente sim. Houve, inclusive, dois filmes a respeito do caso: *Última Parada 174*, do diretor Bruno Barreto, e o documentário *Ônibus 174*, dirigido por José Padilha. Acredito que durante a aula, você já tenha até pensado na responsabilidade do Estado em relação às vítimas. Se não o fez, esta é a hora.

2. Fundamentando-se nos conceitos apresentados até aqui, responda às perguntas a seguir.

a) Neste caso, as vítimas podem pedir indenização ao Estado, argumentando a falta de segurança pública? Explique.

b) Os parentes da vítima fatal podem pedir indenização ao Estado pela perda do ente familiar? Explique.

c) No caso de você ter entendido haver responsabilidade do Estado, que tipo de responsabilidade é essa? E o transportador, poderia ser responsabilizado? Justifique ambas as respostas, embasando-se na legislação que estamos estudando.

Resposta Comentada

a) Você provavelmente concorda que as vítimas podem, sim, requerer indenização moral pela angústia e estresse sofridos, pois são inegáveis os abalos emocionais e psicológicos decorrentes da situação pela qual passaram. Nesse caso, o Estado deve garantir aos seus cidadãos segurança, para que não ocorram fatos como esse. E se ocorrerem, deve tomar todas as medidas necessárias para cessar o perigo, o que não foi feito.

b) Aqui, você provavelmente concluiu que também caberá indenização, porque se para as vítimas de um dano menor caberia, no caso mais gravoso esta não poderia ser negada. Os direitos decorrentes

dessa relação serão sucedidos por seus parentes, até mesmo porque foram atingidos pela relação jurídica, mesmo que de forma abstrata (sentimentos). Seus danos refletem-se na dor e no sofrimento, portanto, danos de ordem moral.

c) Espero que você tenha concluído que a responsabilidade do Estado quer pela ocorrência do fato, ou pelo seu desfecho trágico, é objetiva. Ou seja, o Estado responderá ainda que não tenha tido culpa, porque tem como dever garantir segurança a todos. Quanto ao transportador, a questão, realmente, é mais complicada. Embora não seja seu dever garantir segurança pública, perante o cidadão que se diga seu consumidor, ele deve garantir segurança para que não lhe ocorram danos durante sua prestação de serviço. Portanto, o transportador responde na forma do CDC, ou seja, objetivamente, cabendo-lhe ação de regresso contra o Estado. Ou seja, cabendo-lhe o direito de exigir do Estado o ressarcimento daquilo que teve que arcar.

Até aqui, vimos que a teoria da responsabilidade civil prevista no Código Civil vigente funda-se na ideia de ato ilícito. Parte-se de uma ideia de culpa daquele que praticou o ato, seja ele inimputável (menor, doente mental, ébrio etc.) ou imputável (maior em seu estado mental normal), bem como daquele a quem devia o poder de vigiar e cuidar do inimputável.

Igualmente, vimos que a responsabilidade objetiva, como exceção à regra magna do Código Civil, impõe o dever de indenizar – independentemente da existência de culpa –, a aquele que, por sua atividade, cria um risco de dano para outrem.



É importante frisar que no Código Civil a regra é a *responsabilidade subjetiva*, que, portanto, antecede a culpa ou dolo do agente causador do dano para impor-lhe o dever de indenizar a vítima; sendo exceção a *responsabilidade objetiva*, que estará prevista em poucos dispositivos do Código. Entretanto, no Código de Defesa do Consumidor, a regra é a responsabilidade objetiva, em que não terá relevância a culpa ou dolo do agente do dano para impor-lhe o dever de indenizar; sendo exceção a responsabilidade subjetiva, que também aparecerá em poucos dispositivos (por exemplo, o caso de profissionais autônomos, tais como médicos, advogados etc.).

Responsabilidade nas relações de consumo

Derrogar

Abolir, revogar, desconsiderar as disposições da lei, não completamente, mas em parte.

Conforme já mencionado anteriormente, a responsabilidade no CDC será objetiva, na qual se **derroga** a questão da culpa ou dolo, deslocando-se a atenção para os riscos da atividade economicamente explorada.

Vamos, portanto, voltar na história para podermos entender os fundamentos da responsabilidade objetiva, e por que motivo isso representa um avanço nas legislações do mundo capitalista.

Para se entender a responsabilidade objetiva, antes, é necessário compreender que ela está fundamentada na teoria do risco, introduzida em nosso cotidiano em fins do século XIX e início do século XX, como uma decorrência da Revolução Industrial.



Revolução Industrial

A Revolução Industrial ocorreu na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, e foi, na realidade, uma transição entre o feudalismo e o capitalismo, vindo a complementar a revolução burguesa iniciada no século XVII, também na Inglaterra.



José Luís Agapito

Fonte: <http://www.flickr.com/photos/blvesboy/2121487586/sizes/m/in/photostream/>

Com a Revolução Industrial, tivemos a substituição das ferramentas pelas máquinas, da energia humana pela energia motriz e da produção doméstica por um sistema fabril. Todas essas mudanças causaram um enorme impacto na sociedade, num processo de transformação acompanhado por uma grande evolução tecnológica.

Os trabalhadores ficaram concentrados nas indústrias, onde passaram a ser assalariados dos donos do capital (os capitalistas). Anteriormente, trabalhando como artesãos, estavam acostumados a controlar o ritmo do seu trabalho, mas agora, tinham de submeter-se à disciplina da fábrica e ainda sofrer a concorrência de mulheres e crianças. Estas começavam a trabalhar com seis anos de idade, e as mulheres formavam mais da metade dos trabalhadores na indústria têxtil do algodão. Não havia garantia contra acidentes de trabalho e nem indenização pelos dias parados. Para piorar, a mecanização desqualificava o trabalho, fazendo com que os salários fossem reduzidos.

Uma das grandes consequências da Revolução Industrial foi o desenvolvimento urbano. Londres alcançou o seu primeiro milhão de habitantes em 1880, e centros industriais como Manchester, ao norte, abrigavam massas de trabalhadores em condições miseráveis.

O Direito Civil brasileiro, acompanhando o fenômeno da Revolução Industrial, passou a aplicar um modelo de responsabilização pelo risco do empreendimento, tendo em vista a produção em série de produtos, como veículos automotores, máquinas e todo tipo de produtos manufaturados, trazendo riscos à sociedade. Com isso, a sociedade passou a se comportar de forma mais dinâmica, o que é considerado como massificada, passando a se ter uma produção maior, um consumo maior, enfim, uma visão de grande população mundial, criando-se uma grande gama de relações de consumo.

Assim, não mais cabia a aplicabilidade da responsabilidade civil subjetiva, prevista no Código Civil, posto que se criava um abismo de desequilíbrio entre os contratantes.

Nesse sentido, Plínio Lacerda Martins (2005, p. 60-70) ensina que a responsabilidade possuía como fundamento a culpa do agente; porém, com os avanços da sociedade, desloca-se – nas relações de massa – para o risco do empreendimento.

Perceba que, enquanto a culpa se originou de uma noção de que aquele que deu causa ao dano, por culpa ou dolo, deve responder pelos prejuízos causados, a teoria do risco se desen-

volveu com as transformações operadas na sociedade, onde aquele que lucra com o empreendimento deve suportar os riscos.

Essa teoria, embora aplicada modernamente, tem suas origens no Direito romano, que buscava entre seus pares aplicar o princípio da equidade (ou igualdade de direitos), pois aquele que lucrava com a situação deveria responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela resultante: quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos (*ubi emolumentum, ibi onus, ibi comoda, ibi incomoda*) (GONÇALVES, 2009, p. 4). E ainda na máxima, também romana, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*). Significa que a pessoa que lucra com a situação deve tomar todas as medidas para evitar riscos a terceiros, e, se estes ocorrerem, deve tomar todas as medidas para socorrer a vítima, para não causar dano a ninguém (teoria do risco proveito). Por essa teoria, não se exige da vítima prova da culpabilidade do agente do dano (MARTINS, 2005, p. 70).

Dessa forma, encontramos o princípio romano de não causar dano a ninguém multifacetado, em razão da sua aplicabilidade nas relações extracontratuais e nas contratuais, resultando na responsabilização por vezes subjetiva, mas também encontrado no campo da responsabilidade objetiva.

Na primeira, sua aplicabilidade é no sentido de que, embora não haja entre as partes uma obrigação pactuada, existe uma obrigação originária intrínseca, no sentido de que as pessoas devem agir – no seu cotidiano – de forma a não causar riscos a terceiros, lastreando suas condutas nas regras morais e costumeiras. Se causarem, deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva (aquiliana), buscando-se provar a culpa do agente causador do dano.

De outra forma, se houver uma relação contratual, constituindo-se um liame jurídico entre as partes, sua aplicação será no sentido da teoria do risco proveito, na qual deverá o empresário arcar com os riscos que sua atividade proporciona a terceiros, uma vez que este lucra com a situação. Nesse caso, sua responsabilidade passa a ser objetiva.

Assim, embora seja uma inovação e represente um avanço legislativo no Direito pátrio moderno, há que se dizer que suas origens são muito mais antigas. O que fizeram os legisladores foi criar uma legislação protetiva, fundamentada em princípios do Direito romano antigo.

Fornecedor – setor privado

Ora, se a regra do CDC é da responsabilidade objetiva, sendo a relação de consumo composta entre o fornecedor e o consumidor, resta lógico que a responsabilidade do fornecedor, a partir do momento que coloca um produto no mercado ou oferece um serviço, é objetiva. Portanto, o fornecedor responde – independentemente de culpa – por todos os danos que puder vir a sofrer o consumidor, seja em sua pessoa (moral, físico ou estético) ou em seus bens (material), pela propaganda ou publicidade veiculada (artigos 36 e 37), pela oferta ou contrato descumprido (artigo 35), serviço mal prestado (artigo 20), vício e/ou defeito no produto ou serviço (artigos 18 e 19), bem como aqueles decorrentes de fato do produto ou serviço (artigos 12 a 14).

Por vivermos atualmente em uma sociedade massificada, tanto na produção como no consumo, não é mais possível individualizar os produtores, comerciantes e prestadores de produtos e serviços. Assim, tendo em vista o dinamismo da sociedade, seria impraticável exigir-se dos consumidores e/ou usuários de produtos ou serviços demonstração de culpa dos fornecedores, para poderem reclamar seus prejuízos em juízo.

Dessa forma, a responsabilidade destes, além de ser objetiva, passou a ser estendida e solidária a todos os que compõem o ciclo de oferta do produto ou serviço, ou seja, desde a produção até a colocação no mercado de consumo. Assim, o consumidor, quando vitimado, poderá escolher se pretende acionar apenas o comerciante, ou se pretende acionar todos (comerciante, assistência técnica, fabricante etc.).



Responsabilidade Estendida x Responsabilidade Solidária

É simples a distinção: no caso da estendida, compreende-se que outro fornecedor responde subsidiariamente ao causador do dano (por exemplo, responde o importador pelo produto que não tenha representante comercial ou assistência técnica no Brasil, ou quando o fabricante não puder ser encontrado). Já no caso da responsabilidade solidária, todos os fornecedores que compõem o elo básico da colocação do produto no mercado de consumo (produtor, importador, comerciante etc.) respondem em igualdade de obrigações frente ao consumidor.

Dando suporte a tal entendimento, vale citar os seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor:

Quadro 13.9: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 7º [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Isso causa uma mudança na visão empresarial, atingindo inclusive a economia, uma vez que os fornecedores irão embutir no preço do seu produto/serviço um novo elemento gerador de custos, ou seja, as possíveis indenizações.

Embora, pela aplicabilidade do CDC, o consumidor só precise provar o ***nexo de causalidade*** e o dano para ter o seu direito assegurado, caberá prova em contrário por parte do fornecedor, que ficará isento da obrigação de reparar supostos danos provando a culpa exclusiva do consumidor, ou provando que não colocou o produto ou serviço no mercado, ou ainda que o problema alegado pelo consumidor não existe.

Nexo de causalidade

Relação de causa e efeito entre o fato e o dano ressarcível. É o liame entre o fato e o dano decorrente do fato.

Profissional liberal

Segundo o *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* (2009, p. 1.637), profissão liberal é a “profissão de nível superior caracterizada pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos. Isso inclui médicos, dentistas, psicólogos, advogados e jornalistas, dentre outros.



Kurhan

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1314903>

O profissional liberal constitui a única exceção da responsabilidade objetiva sistematizada no CDC, pois, sua responsabilidade

será apurada através da demonstração de culpa, ou seja, aplicando-se a regra da responsabilidade subjetiva às relações de consumo.

Quadro 13.10: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 14. §4º – A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.

Isso se dá em razão de algumas características do serviço prestado, conforme leciona o professor Rizzatto Nunes (2005, p. 203-204):

Intuitu personae – significa que a prestação somente pode ser realizada pela pessoa contratada, ou seja, é de intuito personalíssimo. Isso, de certo, cria um liame de confiança entre os contratantes, muito maior do que aquele criado entre um fornecedor de serviço de massa (como, por exemplo, uma empresa pública de telefonia).

A confiança aqui está ligada a um elemento subjetivo, de que o cliente deposita na capacidade técnica do fornecedor que lhe seja capaz de inspirar a certeza de que está contratando um profissional gabaritado.

Atividade meio – a questão aqui se relaciona com o resultado da prestação. Se o consumidor contrata um serviço, espera dele o resultado eficiente (por exemplo, um consumidor que contrata um serviço de TV a cabo, espera que ele funcione bem). No caso do profissional liberal, não há como se prever o resultado, portanto, a garantia dada é a de se utilizar todos os meios cabíveis e lícitos para se alcançar o resultado esperado, entretanto, não há como se garantir o sucesso. Um exemplo prático é o do médico que realiza uma cirurgia cardíaca. Ele garante que utilizará todos os meios disponíveis na medicina, mas não pode garantir que o paciente sobreviverá. Outro exemplo é o do advogado que está na defesa de um cliente. Não há como se garantir o resultado. Não significa que ele não queira, mas que não pode garantir o resultado de sua prestação, uma vez que este não depende exclusivamente dele.



Exceção à regra

Existem atividades desenvolvidas por profissionais liberais que não são de meio, mas de fim, e cujo resultado deve ser garantido. Um exemplo clássico é o do cirurgião plástico que realiza uma cirurgia estética. Nesse tipo de procedimento cirúrgico, o profissional, quando dá seu parecer – antes da cirurgia – garante um resultado determinado, e este deve ser cumprido, sob pena de o profissional responder objetivamente pelos eventuais danos ocasionados. Todavia, se a cirurgia plástica for reparatória, a atividade é de meio e não de fim, uma vez que não há como se garantir o resultado. Outro exemplo é o do engenheiro calculista que elabora um projeto. Não há como negar que sua responsabilidade é objetiva pelos resultados que advierem do seu erro de cálculo, porque ele deve garantir que o prédio ou obra não cairá. Assim, deve suportar o ônus de sua atividade.



Lisa Setrini-Espinosa

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/565751>

Profissional liberal que constitui pessoa jurídica: existem ainda dúvidas na doutrina a respeito do profissional liberal que constitui uma pessoa jurídica, se esse fato ocasionaria a perda do benefício da responsabilidade subjetiva. Para isso vamos recorrer aos ensinamentos do professor Rizzatto Nunes (2007, p. 335).

Não é o fato de se constituir uma pessoa jurídica que modifica a responsabilidade de subjetiva em objetiva. O profissional liberal pode muito bem constituir uma sociedade profissional,

como, por exemplo, uma sociedade de advogados, apenas e tão somente no intuito de efetuar uma melhor organização fiscal de receitas e despesas, sem nenhuma intenção de deixar de ser profissional liberal.

Nesse sentido, o que de fato descaracteriza a prestação do profissional liberal em serviço de massa é a forma como ela é prestada, ou seja, a prestação de serviço em larga escala, o exame dos riscos, levando-se em consideração o binômio custo-benefício, entre outros fatores econômicos que a caracterizam. Um exemplo é o caso do confeitiro que faz bolos e doces sob encomenda. No momento em que abre sua própria confeitaria, passa a fazer diversos doces todos os dias e os põe à venda, ele deixa de ser autônomo para ser empresário, uma vez que sua atividade passa a ter caráter de massa.

Conclusão

A responsabilidade civil está presente em todos os atos da vida, seja de natureza moral, civil, consumerista, tributária ou penal. Para fins da presente aula, nós abordamos além da civil a consumerista.

É importante entender que, sempre que praticamos uma ação, estamos sujeitos às implicações que dela resultem. Assim sendo, somos responsáveis pelos danos que resultam de nossos atos ou omissões.

Nosso foco principal é a responsabilidade objetiva inserida nas relações de consumo, porque daí nasce as de caráter turístico. Entendendo quem são as pessoas que compõem uma relação de consumo (consumidor e fornecedor), bem como a atividade desenvolvida (produto ou serviço), e aplicando isso na relação turística, você pôde compreender melhor a prestação do serviço turístico e a responsabilidade do profissional do setor na realização de sua atividade empresarial frente ao seu potencial consumidor: o turista.

Mais adiante, nas próximas aulas, quando estudarmos os contratos de turismo, você verá que nossa legislação garante a responsabilização desse profissional ou de sua pessoa jurídica pelos danos decorrentes da exploração do seu serviço. Isso porque, além de ser uma atividade que tem papel social relevante na sociedade, ainda é fator de movimentação da economia local e nacional.

Em sua área de trabalho, para evitar o insucesso é importante dominar tais ensinamentos, para que não se venha a incidir em erros que provocarão o pagamento de indenizações que poderiam ser facilmente evitadas através de uma visão de gestão social responsável.



Atividade Final

Atende aos Objetivos 3 e 4

Concluindo o estudo

No ano de 2007, o Brasil sediou os Jogos Pan-americanos, tendo sido escolhida como cidade sede o Rio de Janeiro. Nessa época, a cidade foi visitada por vários atletas e centenas de turistas.



Clemmesen

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1214099>

Ana Baezi foi uma dessas turistas. Embora fosse atleta, ela não estava competindo devido a lesões no joelho. Assim, decidiu acompanhar de perto os jogos. Para tanto, contratou um pacote turístico, incluindo transporte aéreo de ida e volta Florianópolis – Rio de Janeiro, traslado e transporte pela cidade maravilhosa (por todo o período), hospedagem, alimentação e ingressos para as principais competições esportivas.

Durante o período em que esteve no Rio de Janeiro, todos os serviços foram prestados de forma eficiente, segura e adequada, não tendo Ana do que reclamar.

Porém, no seu retorno à sua cidade natal, Ana foi surpreendida com o extravio de sua bagagem pela empresa aérea, tendo que realizar todo um procedimento de notificação no balcão da transportadora, bem como um boletim de ocorrência no posto policial do aeroporto.

Esse é o caso, e estas são suas últimas análises sobre este assunto. Então, pense, releia as conceituações estudadas e responda às perguntas que se seguem.

a) Ana, mesmo depois de ter finalizado sua viagem, poderá entrar com ação indenizatória contra a agência de turismo por conta do extravio de bagagem pela empresa aérea? Justifique sua resposta com base no que acabou de estudar.

b) Tendo em vista que o contrato de transporte estava incluído no pacote de viagem, pergunta-se: a responsabilidade do transportador em relação à Ana é contratual ou extracontratual? E em relação à agência, a transportadora responde subjetiva ou objetivamente? Justifique suas respostas no que foi estudado nesta aula.

c) Se no presente caso, houvesse ocorrido *overbooking*, o outro passageiro que ocuparia o lugar de Ana, poderia propor uma ação indenizatória contra a empresa aérea? Justifique sua resposta no que estudou.

Resposta Comentada

a) Embasado em nossos estudos, você provavelmente concluiu que ela poderia entrar com a ação indenizatória de danos materiais e morais contra a agência de turismo, uma vez que o pacote incluía, entre outros serviços, o de transporte aéreo (ida e volta) da cidade de Florianópolis para o Rio de Janeiro. Nesse sentido, a responsabilidade da agência é objetiva e solidária, logo, qualquer erro cometido por quaisquer dos prestadores englobados no pacote turístico é de sua responsabilidade.

b) Para esta resposta, você deve entender que, embora Ana não tenha realizado diretamente o contrato com a empresa aérea, o serviço era destinado a ela, portanto, ela era a consumidora, logo, a responsabilidade da empresa aérea era contratual. Já a relação existente entre a agência de turismo e a empresa aérea não é de consumo, porque o serviço de transporte não é um bem de consumo para a primeira, mas de insumo de sua atividade empresária. Logo, a empresa aérea responderá, frente à agência, de forma subjetiva, necessitando a comprovação de culpa.

c) Ao analisar esta segunda situação, você deve ter chegado à conclusão de que o outro passageiro que ocupou o mesmo assento que deveria estar reservado para Ana, poderá propor ação indenizatória face à empresa aérea. O fato de ter ficado com o assento e, com isso, ter sido concluída a obrigação da fornecedora (empresa aérea) com o consumidor, não apresenta obstáculo ao seu direito de reclamar da má prestação do serviço. Deve-se considerar o desgaste e o constrangimento sofridos pelo passageiro. Apenas para ratificar, a empresa aérea responderá objetivamente pelo dano ocasionado a este consumidor.

Resumo

Nesta aula falamos da responsabilidade civil, tanto pela ótica do Código Civil – fechando o assunto (contratos) das Aulas 7 e 8 –, bem como pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, dando mais um passo na compreensão da relação jurídica de consumo, principalmente a de turismo.

Partindo da compreensão de que a *relação de consumo* é o vínculo jurídico que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor acerca de um produto ou serviço que este oferece no mercado de consumo, a título oneroso ou gratuito, àquele que se propõe a adquiri-lo como destinatário final, chegamos à questão da responsabilidade do fornecedor pelo serviço mal prestado ou inexecução do contrato, para finalmente adentrarmos na questão do serviço turístico.

Estudamos que o fornecedor poderá responder objetiva ou subjetivamente, dependendo da atividade desenvolvida. Nesse sentido, restou claro que o agente turístico responde objetivamente pelos danos ocasionados por qualquer dos seus prepostos (pessoagens da cadeia de consumo do pacote turístico).

Enfim, até esta aula, conseguimos definir as partes envolvidas numa relação de consumo, entendendo como se cria, entre elas, o vínculo jurídico obrigacional, e a responsabilização pelo descumprimento das obrigações contraídas.

Na vida precisamos de espírito de combate.

Alguns pensam: “Quando já alcançamos nossos objetivos, não precisamos mais do espírito de combate.” Entretanto, apesar de já possuímos o que queríamos, também é fundamental manter o que foi conquistado. É quando sobrevém a preguiça, a tentação e a fraqueza. Você aí, pensa que a paz será para sempre?

A guerra continua. Você precisa ser forte, resistente e combativo. SENKI (espírito de combate).

Jorge Kishikawa – Shin Hagakure. Pensamentos de um samurai moderno

Informação sobre a próxima aula

Na próxima aula, você verá como um produto ou serviço é posto à disposição do consumidor no mercado de consumo, e os métodos proibidos aos fornecedores quando procuram divulgar e comercializar seus produtos ou serviços. Até lá!

Leitura recomendada

MAMEDE, Gladston. *Direito do turismo: legislação específica aplicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

14

Práticas comerciais

André Martins de Miranda

Meta da aula

Apresentar as principais práticas comerciais, esclarecendo quando elas se tornam abusivas, bem como as relacionando às relações turísticas.

Objetivos

Esperamos que, ao final desta aula, você seja capaz de:

- 1 distinguir a vinculação criada quando da oferta feita por via de *informação*, da feita por via de *publicidade*;
- 2 identificar quando a publicidade é enganosa e quando é abusiva;
- 3 reconhecer quais das práticas comerciais são consideradas abusivas à luz da legislação de defesa do consumidor.

Pré-requisitos

Para acompanhar esta aula é fundamental ter claros os conceitos de relação jurídica contratual e de consumo, suas partes (consumidor/fornecedor) e seu objeto (produtos/serviços), que vimos nas aulas anteriores, a partir da Aula 8.

Introdução

Nesta aula você estudará as principais práticas comerciais realizadas no mercado de consumo, nele incluído o mercado turístico, dando enfoque especial àquelas que são consideradas abusivas. Você provavelmente já ouviu falar em publicidade abusiva. Mas será que você sabe exatamente o que isso vem a ser? Ao assistir a um comercial de TV, você consegue identificar se ele faz propaganda abusiva?

Então, vamos começar com alguns casos reais acontecidos em nosso país há não muito tempo. Leia o que determinou a Justiça em relação a dois comerciais veiculados na TV no ano de 2006.

Procon notifica Brahma e Skol por publicidade abusiva. Unilever multada

Em março de 2006, o Procon-SP notificou a cervejaria AmBev por considerar abusivas as propagandas da Skol e da Brahma.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/971885>

A notificação à Skol deveu-se ao filme *Musa*, veiculado em emissoras de todo o país. No comercial, uma conhecida atriz era apresentada como a musa do verão. De biquíni, ela era clonada e depois entregue para diversos homens.

Para o Procon, a publicidade da Skol colocava a mulher como um “objeto de consumo”, o que a caracterizava como “publicidade abusiva”, infringindo o Código de Defesa do Consumidor.

Já propaganda da Brahma mostrava um torcedor que atravessava para o lado da torcida adversária no estádio para comprar cerveja. Ele conseguia chegar ao vendedor da Brahma e depois voltava a seu lugar com as latas, que distribuía aos amigos.

O Procon considerou a propaganda abusiva porque a Lei 9.470/96 proíbe a venda de cerveja nos estádios do estado de São Paulo. A diretora de fiscalização do Procon-SP afirmou que o comercial induzia o consumidor a acreditar que é permitido comprar cerveja no estádio, e quando este descobrisse que isso é proibido, acharia, indevidamente, que estava sendo privado de um direito.

Nos dois casos, a AmBev foi notificada sobre a abertura do processo administrativo, o que pode levar a multa. Mesmo nesse caso, a empresa ainda pôde recorrer à Justiça.

No mesmo dia, o Procon também informou que encerrou a análise de processo administrativo contra a Unilever em que considerou discriminatória e abusiva a publicidade da maionese Hellman's. À época, foi aberto procedimento de multa, podendo variar entre R\$ 212,81 a R\$ 3.192 milhões.



A publicidade retratava um grupo tribal de origem africana, cujos homens eram negros e tratados como canibais, e a caça era representada por um homem branco. Para o Procon, que recebeu reclamações de consumidores, a propaganda de um produto que é utilizado por crianças, cidadãos que têm menor capacidade de discernimento, não pode contribuir para alimentar a segregação racial.

A diretora executiva do Procon-SP disse que “não se devem tolerar, em hipótese alguma, publicidades que ferem os direitos dos afrodescendentes”.

(Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u106093.shtml>)

Em que lei ou leis se baseou o Procon-SP para expedir as notificações à Ambev e emitir a multa contra a Unilever? Onde começou toda essa história?

O que chamamos hoje de práticas comerciais têm sua origem com os povos babilônicos e fenícios. Porém, conforme você estudou na Aula 9, somente com Napoleão Bonaparte é que as relações comerciais passaram a ser encaradas de forma mais objetiva, dando-se mais atenção aos atos de comércio (práticas comerciais), do que propriamente ao corporativismo entre comerciantes. “As relações jurídicas mercantis não seriam mais definidas pela natureza do sujeito que as integrava, mas sim pelos atos por eles praticados” (GONÇALVES, 2009, p. 4).



Figura 14.1: Governante babilônio.

Fonte: http://etc.usf.edu/clipart/23800/23863/babylonian_23863.htm

Dessa forma, o que importava era se os atos praticados pelo comerciante poderiam ser definidos como comerciais, para, então, serem regidos pelas normas mercantis.

Com o surgimento das relações de massa, foi necessário o surgimento de novas legislações com as quais o foco estivesse na parte mais fraca da relação jurídica. Assim, nasceram as novas teorias comerciais, em que se buscava garantir o equilíbrio entre os contratantes. Dessa forma, enquanto se

garantia, ao adquirente de um produto ou serviço, um tratamento *isonômico*, por outro lado, buscava-se proporcionar ao comerciante as condições adequadas para que ele pudesse desenvolver sua atividade de forma a alcançar o almejado crescimento econômico.

Ocorre que, nessa busca de equilíbrio, muitas vezes esses atos de comércio – ou, como conhecemos hoje, as práticas comerciais – se mostraram abusivos ou desleais, porque colocavam o então consumidor em condição de vulnerabilidade. Fez-se, assim, necessário conceituar e regular todas as práticas comerciais e os limites de sua atuação.

As práticas comerciais

De início, é importante entender que práticas comerciais são técnicas ou meios de que o fornecedor se utiliza para comercializar, ou seja, oferecer, vender e cobrar o seu produto ou serviço a um potencial consumidor, atingindo, assim, aquele que se quer transformar em destinatário final (DONATO, 1993, p. 263).

Dessa forma, novamente precisamos voltar ao conceito de consumidor, porém, sem nos determos no conceito clássico de que trata o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas lembrando daquele de que trata o artigo 29, quando equipara a consumidor todas as pessoas – determináveis ou não – que foram expostas a alguma prática comercial.

Isonômico

Tem relação com igualdade, tratamento igual, com direitos iguais perante a lei.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/442708>

Aqui o conceito é mais amplo, porque não se trata de pessoa que tenha sido atingida por um evento e, por consequência, tenha sofrido um dano, mas de toda a coletividade de pessoas que tenha sido exposta a uma prática comercial.

Assim,

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 (NUNES, 2005, p. 100).

Quadro 14.1: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Um exemplo prático disso é o caso da propaganda comercial enganosa. Mesmo que nenhum consumidor reclame, ou se manifeste concretamente contra o fornecedor, não quer dizer que ela não seja enganosa. Nesses casos, poderá o Ministério Público fazê-lo em nome de toda a coletividade, porque tem a função de defender direitos difusos e coletivos.

Dessa forma, o CDC, quando fala das práticas comerciais, trata “todas as pessoas como consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial” (DINIZ, 2007, p. 85).

A oferta

A oferta é o meio que o fornecedor dispõe para pôr o seu produto no mercado de consumo. Uma vez feita a oferta, não poderá o fornecedor se negar a cumpri-la, sob pena de **execução específica de obrigação de fazer**. Por exemplo, quando um supermercado divulga a oferta de um produto na TV, está se comprometendo a vendê-lo pelo preço anunciado, caso contrário, será judicialmente obrigado a fazê-lo.

Execução específica de obrigação de fazer

Ação judicial na qual se busca o cumprimento de uma obrigação por parte do devedor.



Jelle Weidema

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/125069>

Quadro 14.2: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

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

É importante destacar o direito básico que o consumidor tem

à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (CDC, artigo 6º, inciso III).

Nesse sentido, o artigo 30 do CDC faz uma distinção entre informação e publicidade. Isso porque toda publicidade transmite uma informação, porém nem toda informação estará veiculada em uma publicidade.

Rizzatto Nunes (2005, p. 366) destaca que o termo publicidade tem um sentido bastante amplo. Isso porque o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 18, define anúncio como qualquer espécie de publicidade veiculada por qualquer meio de comunicação, inclusive embalagens, rótulos, folhetos e material de *ponto de venda*.

Ponto de venda

Chamado apenas de PDV pelos profissionais de publicidade e marketing, é o local onde se expõem e promovem os produtos para efetiva venda. É no PDV que se encontram o consumidor, o produto e o dinheiro, condições necessárias para que se concretizem as vendas.



Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária

Aprovado por aclamação no III Congresso Brasileiro de Propaganda, acontecido em São Paulo, em 1978, esse código acabou dando origem ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar, que assumiu o compromisso moral de implantar o código, além de examinar e sugerir medidas destinadas a integrar a regulamentação da publicidade comercial no país. Uma de suas missões é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. Se você quiser conhecer mais detalhes desse código, acesse <http://www.conar.org.br/html/codigos/indexcodigoseanexo.htm>.

Portanto, a publicidade abrange os anúncios de televisão, rádio, jornal, revista, cinema e, também, os constantes de rótulos, folhetos e materiais expostos ou entregues nos pontos de venda.

O que faz o artigo 30, quando fala da publicidade, é vincular o fornecedor na medida de sua oferta publicitária, obrigando-o ao seu cumprimento na forma em que foi anunciado (LACERDA, 2005, p. 101).

A informação é ainda mais ampla, porque abrange todos os aspectos da publicidade e ainda uma resposta dada por algum vendedor, funcionário de telemarketing, atendente de banco, caixa de qualquer loja, enfim, qualquer informação oferecida, seja por qualquer meio de comunicação.



Celal Teber

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1305806>

Por esse motivo, o artigo 31, mostrado a seguir, no **Quadro 14.3**, estabelece como deve ser apresentada essa informação.

Quadro 14.3: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

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

Significa que o fornecedor, após ter feito a oferta, seja por meio de publicidade ou informação, não poderá escusar-se ao seu cumprimento, tampouco voltar atrás por arrependimento. A única exceção é se ele demonstrar que houve erro na veiculação de sua informação ou publicidade. Chama-se a isso de erro escusável, ou seja, que se pode desculpar, porque fica patente que a publicidade ou informação foi veiculada com erro claro.

Vejamos um exemplo de erro escusável:

Imagine que uma concessionária de veículos resolveu pôr todo o estoque de carros no seu pátio à venda com preços promocionais. Notadamente, o preço de um veículo popular zero quilômetro fica em torno de R\$ 30.000,00; porém, no anúncio, o preço de venda publicado foi R\$ 300,00.

Nesse caso, o fornecedor poderá recusar-se ao cumprimento da oferta, porque o erro é grosseiro e não seria suficiente para enganar o consumidor. Frise-se que o direito considera que um homem médio não seria levado a crer que o preço cairia tanto. Portanto, qualquer consumidor que desejasse utilizar dos mecanismos legais para fazer valer a oferta, estaria se valendo de esperteza para adquirir produto sobre prejuízo alheio.

Para que fique claro, é importante você entender que a relação jurídica de consumo pressupõe um contrato, ainda que não haja termo escrito (por exemplo, compra de pão na padaria = contrato de compra e venda; utilização de transporte público = contrato de transporte), portanto, sendo inerente a este contrato que vier a ser celebrado os princípios que estudamos na Aula 8, mais precisamente, a boa-fé.

No exemplo exposto, trata-se de uma oferta que, se cumprida, ensejaria um contrato de compra e venda. Tendo em vista o erro patente, o direito protegerá o fornecedor, buscando o equilíbrio entre os contratantes, objetivando a harmonização dos interesses pela preponderância da boa-fé objetiva, caracterizada pela lealdade que as partes devem ter entre si durante toda a relação jurídica, conforme previsto no artigo 4º, inciso III do CDC.

Quadro 14.4: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

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

[...]

III – harmonização dos interesses 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.

Todavia, o mesmo não ocorrerá se o erro for irrelevante, porque nesse caso, o direito entende que incidirá a teoria do risco do empreendimento, que deve ser suportado por quem lucra com a situação. Se, no exemplo citado, o preço publicado do carro tivesse sido R\$ 23.000,00, a concessionária teria de honrá-lo, vendendo os carros por esse preço. Caso contrário, se configuraria má-fé para atrair consumidores.

Isso porque, novamente, incide na relação jurídica o caráter obrigacional da oferta, pois, além de vincular o fornecedor que a fez, obriga-o a cumpri-la no contrato que vier a ser celebrado, conforme a parte final do artigo 30 do CDC.

Esse assunto, porém, será visto com mais atenção na aula relativa a contratos no CDC, bastando neste momento dizer que a vinculação estipulada na parte final do artigo 30 do CDC se completa no artigo 48 do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a vinculação do fornecedor.

Quadro 14.5: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do artigo 84 e parágrafos.

Portanto, sendo feita uma oferta, não poderá o fornecedor deixar de cumpri-la, sob pena de, na forma do artigo 35, ser obrigado a realizar uma das opções previstas no referido dispositivo legal.

Dessa forma, o consumidor poderá escolher entre exigir o cumprimento da obrigação, aceitar outro produto ou serviço equivalente e, não tendo mais interesse em nenhuma das opções e já estabelecido o contrato, poderá vê-lo rescindido, cabendo-lhe o direito à restituição de quaisquer quantias já pagas.

Quadro 14.6: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 35. 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.

Exegese

O espírito da lei; a vontade intrínseca do legislador, que embora não a tenha exprimido de forma objetiva, quis que seu sentido fosse entendido.

É de suma importância você entender que a **exegese** do CDC, em qualquer dos casos apresentados é tentar harmonizar os interesses entre os participantes da relação de consumo, mantendo o equilíbrio entre os contratantes, com base no princípio da boa-fé.

Esse equilíbrio será preponderante para se manter uma relação de consumo. É lógico que na esmagadora maioria dos casos, a parte vulnerável será o consumidor, que estará em situação de desvantagem em relação ao fornecedor. Deve, pois, o CDC proteger a parte mais vulnerável, buscando o justo equilíbrio entre os contratantes.

Portanto, em regra, toda informação ou publicidade vincula o fornecedor que dela se utilizar para divulgar os seus produtos ou serviços, somente podendo se escusar no caso de erro grosseiro, porque nenhuma relação de consumo pode existir se não forem respeitados os princípios do equilíbrio e da boa-fé.

Pacote turístico

Conforme você estudou na Aula 13, o pacote turístico é um produto/serviço que abrange uma série de serviços turísticos que serão prestados por fornecedores diversos do que foi contratado diretamente e, a eles, outros tantos agentes estarão vinculados. O turista simplesmente adere ao pacote de serviços ofertado pela agência, que fica, assim, responsável pela qualidade dos meios de hospedagem, alimentação e transporte, além de outros serviços incluídos no pacote.



Ove Töpfer

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/996209>

Nesse sentido, ao oferecer um pacote de turismo, seja por meio de publicidade ou mera informação dada no balcão da agência, o fornecedor (agência de viagens) está vinculado à sua oferta e, posteriormente, ao contrato que vier a ser celebrado. Dessa forma, se torna responsável pela realização de todos os serviços oferecidos ao turista (contratante-consumidor), sejam eles prestados direta ou indiretamente.

Assim, mesmo que um dos prestadores de serviço terceirizados não possa cumprir a obrigação contratada, deverá o fornecedor (agência de viagens) promover sua execução de forma adequada, segura e eficiente, sob as penas em que incide o artigo 35, via artigo 84, ambos do CDC, além de devidas indenizações motivadas na responsabilidade civil, conforme você estudou na Aula 13.

Cabe ressaltar que, muitas vezes, a publicidade feita pelas agências de viagem quanto a um destino turístico é muito diferente do que realmente o turista encontra quando chega ao local, e isso – dependendo do caso – poderá ser considerado propaganda enganosa ou abusiva, conforme você verá no próximo tópico.

Antes de dar continuidade ao assunto, vamos fazer uma pausa em nosso estudo para checar a sua compreensão sobre o que foi estudado até aqui.



Atividade

Atende ao Objetivo 1

Entendendo a vinculação da oferta e da publicidade:

1. Leia esta notícia publicada em 29 de janeiro de 2011 no site do *Estadão*. As fotos são reais do conflito, tiradas na época da publicação da matéria.

Brasileiros relatam medo no Egito: turistas tentam voltar para casa

CAIRO – Em meio aos protestos populares no Egito que obrigaram o presidente do país, Hosni Mubarak, a dissolver o gabinete de governo, brasileiros contaram por telefone à BBC Brasil sobre o medo de novos distúrbios e falta de segurança no país.

A turista Fátima Saraiva estava na capital, Cairo, com um grupo de outros 21 brasileiros em um hotel da cidade, perto das áreas dos protestos. Ela contou que, neste sábado, 29, a agência de viagens conseguiu um ônibus para levá-los ao aeroporto onde conseguiriam embarcar para a Espanha, antes de voltar ao Brasil.



Ahmed Ali

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1343167>

Segundo ela, o grupo chegou no Egito no último dia 14, mas não imaginava que os protestos, que começaram na última terça-feira (25), aumentariam em violência. “Passamos a ficar apreensivos com os acontecimentos, quando começaram a queimar veículos, prédios e postos de polícia”, disse Fátima.



Ahmed Ali

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1343169>

Sem saber como proceder com a falta de segurança no país, o grupo resolveu permanecer no hotel, no centro do Cairo, e aguardar uma pausa na violência. “Muitos de nós ficamos com medo depois de receber a notícia de que os voos do aeroporto tinham sido cancelados. Alguns chegaram a chorar, achando que não conseguiriam mais sair do país.”

(Fonte: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,brasileiros-relatam-medo-no-egito-turistas-tentam-voltar-para-casa,672824,0.htm>)

No caso apresentado, muitas pessoas haviam comprado pacotes turísticos para o Egito. Contudo, após chegarem ao país, ocorre-

ram protestos populares que culminaram em ondas de violência e na conseqüente colocação do exército egípcio nas ruas do Cairo. Dessa forma, muitos dos serviços oferecidos nos pacotes não foram cumpridos pelo fornecedor (agência de viagens).

Com base no que você estudou, responda:

a) Os consumidores poderão alegar descumprimento da oferta, requerendo suas perdas e danos contra o fornecedor? Explique suas respostas.

b) Neste caso, o que o fornecedor deverá garantir ao consumidor para minimizar os transtornos sofridos?

c) Considerando que a rota comercial do voo originalmente reservado para o Egito faria escala provavelmente em Londres, Paris ou Roma, tanto na ida quanto na volta, o fato de o consumidor ter sido levado para a Espanha, diferente do contratado, quando de seu retorno ao Brasil, pode ser considerado um descumprimento do contrato? E mais, um desrespeito ao direito de escolha do consumidor?

Resposta Comentada

a) Ao analisar este caso, você provavelmente considerou que, embora tenha havido o descumprimento da oferta, não poderão os consumidores exigir indenizações por perdas e danos contra o fornecedor (agência de viagens), porque o fato é de força maior, imprevisível e inevitável (para o fornecedor). Portanto, é lógico que o fornecedor não poderá ser responsabilizado pelo fato danoso.

b) Dando continuidade ao raciocínio, acredito que você tenha pensado no fato de que, embora o fornecedor não possa evitar o fato, tampouco tê-lo previsto, deverá tomar todas as medidas necessárias para minimizar a angústia e o sofrimento de seus clientes consumidores. Dessa forma, deverá providenciar transporte e acompanhamento até que o consumidor seja retirado do local de conflito.

c) Você, estudante de Turismo, deve ter observado que a mudança na escala do voo, não poderá aqui ser considerada como descumprimento do contrato, posto que, embora estivesse prevista escala em local diverso do que foi realizado, esse fato não traz qualquer prejuízo ao consumidor, porque, em escalas, dificilmente o consumidor sai do aeroporto, portanto, sendo fato irrelevante para este. Ademais, a situação era de emergência, e nesses casos se suprimem alguns direitos em razão de outros direitos de maior relevância; no presente caso, a vida e a segurança.

A publicidade

Sendo a oferta o meio de que o fornecedor dispõe para colocar o seu produto/serviço no mercado de consumo, a publicidade é a forma pela qual divulga sua atividade (venda de produtos ou prestação de serviços) ao consumidor, aproximando as partes que comporão uma relação jurídica negocial.

Assim, a função da publicidade é de tornar público determinado ato ou fato. No que se refere ao direito do consumidor, é o de tornar público o produto ou serviço, através de veículo de divulgação. A publicidade, portanto, é o meio de aproximação entre o consumidor e os produtos ou serviços ofertados pelo fornecedor diretamente no mercado de consumo.

Por ser a publicidade o meio mais ostensivo de divulgação de produtos ou serviços, em razão de que sua utilização invade a intimidade do consumidor (por meio de rádio, televisão, telefone e/ou internet), foi necessário se criar mecanismos de controle da atividade publicitária.

Esse controle partiu da própria Constituição Federal, que em seu artigo 220, § 3º, inciso II, determinou que a família e a pessoa devem dispor de meios legais para se defender de publicidade nociva.

Quadro 14.7: Fundamento Legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 3º – Compete à lei federal:

[...]

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Aqui, cabe uma pequena observação quanto ao texto legal, por se tratar de um equívoco na técnica jurídica, uma vez que o legislador constituinte tratou da publicidade como propaganda.



Você já estudou a diferença entre publicidade e propaganda na Aula 11. Lembre-se que a publicidade tem caráter comercial, da qual o fornecedor se vale para tornar público os seus produtos ou serviços, enquanto a propaganda tem caráter ideológico ou político.

Assim, embora o artigo 220 da CF/88 fale de propaganda – na segunda parte do inciso II –, está se referindo a publicidade. A Constituição Federal, portanto, limitou a utilização da publicidade, com vistas a se respeitar os princípios e garantias de toda pessoa (intimidade, liberdade, honra, imagem etc.).

Nesse sentido, a lei dividiu o tratamento dado à publicidade em:

- a) publicidade dos serviços públicos (artigo 37 da CF/88 – mostrado no **Quadro 14.7**);
- b) publicidade dos produtos e serviços (artigo 220, §3º, inciso II da CF/88 – **Quadro 14.5**).

Independente de qual tipo seja a publicidade feita, deve ser respeitado o princípio da moralidade, do qual se extrai o respeito aos valores éticos e morais, conquanto à verdade das informações prestadas.

Tal espírito foi repetido nas legislações *infraconstitucionais*, principalmente no Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu como base de toda publicidade a verdade das informações prestadas.

Quadro 14.8: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. 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.

Infraconstitucionais

Leis que hierarquicamente estão abaixo da Constituição Federal, ou seja, que devem respeitar os dispositivos previstos no texto constitucional, uma vez que estão subordinadas a ela.

Dados fáticos

Informações e fatos relacionados ao produto ou serviço, e que dão sustentação à publicidade.

O texto do Artigo 36 determina que o:

anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja afirmando, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frase, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio (NUNES, 2004, p. 68).

Mas será que você sabe a que o parágrafo único se refere quando determina que o fornecedor mantenha à disposição dos interessados os dados que dão sustentação à mensagem? Vejamos, então.

Você já deve ter visto na TV, em um jornal, ou em embalagens de produtos, anúncios de concursos, prêmios, brindes ou sorteios com a frase “Consulte o regulamento completo no site...” . É exatamente isso. Uma vez que o anunciante não tem como publicar todo o regulamento com todos os detalhes no veículo de comunicação, ele deve mantê-lo à disposição, em algum local, para aqueles que queiram se informar a respeito. Esse regulamen-

to deve conter todos os direitos e obrigações dos participantes da promoção, além das datas de validade desta, e ainda, se for o caso, os locais e prazos para as trocas (como quando se troca uma embalagem ou uma cartela de selos de uma promoção por um brinde).

Publicidade enganosa

A publicidade enganosa é aquela que tem em seu conteúdo informações incompletas, ocultas e/ou inadequadas à realidade do produto, seja quanto a sua composição, característica ou preço, capaz de levar o consumidor a erro.

Quadro 14.9: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 1º 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.
[...]
§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Na análise da enganabilidade da publicidade, deve-se levar em consideração se a informação prestada, seja de forma verbal, gestual, escrita ou visual, pode levar o consumidor a erro.

Seria engano?

Você deve ter estranhado a palavra “enganabilidade” usada no parágrafo após o **Quadro 14.7** e, provavelmente, se surpreenderá novamente ao ler “abusividade”; alguns parágrafos mais à frente. E se você procurar no dicionário, ou mesmo no *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – Volp* (publicação que lista TODAS as palavras existentes em nosso idioma), não encontrará esses vocábulos. Aí, você perguntará: “Tá certo isso?”



Vejamos. Segundo norma de nosso idioma, acrescentando o sufixo “-dade” a um adjetivo (como *cruel* ou *digno*, por exemplo), formamos um substantivo, geralmente abstrato, que indica qualidade, estado ou modo de ser (*crueldade*, *dignidade*).

Mas por que, então, “enganosidade” e “abusividade” não são listados em nosso idioma?

Simples, porque as palavras (“enganoso” e “abusivo”) que deram origem a esses substantivos usados em direito já são, na realidade, derivadas dos substantivos “engano” e “abuso”, estes, sim, oriundos diretamente do latim.

Bem, o direito, como toda profissão, tem suas particularidades, o que inclui, como você já deve ter percebido, uma linguagem toda própria. As palavras em questão enquadram-se aí. Se você jogar qualquer uma delas na busca do Google (www.google.com.br), obterá como resultado uma série de *links* para artigos, citações jurídicas e sentenças proferidas por magistrados em todo o país.

Em uma língua viva, a tradição do uso acaba por ditar as regras. E, nesse caso, pode ser que um dia esses vocábulos venham a ser integrados ao Volp.

Você talvez ainda se lembre da época em que era permitida a publicidade de cigarros. Víamos pessoas ativas e alegres praticando vários esportes radicais e/ou caubóis conduzindo rebanhos ou correndo em prados, e depois acendendo um cigarro, de frente para um cenário natural e exuberante.



Vjieran Lisjak

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/869762>

A publicidade passava uma imagem de saúde, associando-a ao consumo de cigarros. Muitas pessoas foram levadas por esse pesado marketing a consumir cigarros. Naquela época – quando se tinha pouca informação sobre os males do consumo da nicotina, poderíamos, então, classificar a publicidade como enganosa, ainda que por omissão dos resultados à saúde.

Hoje, porém, os males do consumo de cigarros já são de conhecimento público. Então, imaginando que tivéssemos ainda a veiculação de tais comerciais, a publicidade não seria enganosa, uma vez que não seria capaz de levar o consumidor a erro.

O efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si [...]. O consumidor enganado leva, como se diz, “gato por lebre”. Pensa que está em uma situação, mas, de fato está em outra (NUNES, 2005, p. 438).



“Imagem meramente ilustrativa”

Você já deve ter observado que algumas embalagens de alimentos apresentam essa frase, em letras bem pequenas, escrita geralmente na vertical, próximo à lateral da caixa ou envelope. E você provavelmente também já se perguntou o que essa frase está fazendo ali. Após este nosso estudo, acho que você já sabe o porquê. Com a frase estampada na embalagem, a empresa prova que não está tentando iludir o consumidor, evitando ser processada por publicidade enganosa caso o consumidor alegue que o produto encontrado dentro da caixa é diferente do anunciado do lado de fora. De fato, muitas vezes, a imagem da caixa não condiz com o produto.

Da próxima vez que for a um supermercado, dê uma olhada nas embalagens das sopas instantâneas. A frase provavelmente estará em várias delas. E se você já comprou alguma dessas sopas, entenderá sobre o que estamos falando.



Sanja Gjenero

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/11841623>

Outro ponto que merece consideração é quanto ao efeito da publicidade enganosa, que não necessita atingir somente a um consumidor real, mas ao potencial consumidor. Isso quer dizer que não é preciso que haja concretamente uma lesão. A análise é feita em abstrato, levando-se em consideração toda a coletividade abstrata de potenciais consumidores, ou seja, todos aqueles que poderiam vir a ser lesados pela publicidade.

Nesse caso, o anúncio não precisa atingir qualquer consumidor, bastando ser veiculado (NUNES, 2005, p. 439). A análise é feita sobre os parâmetros do efeito que surtirá no consumidor, não sendo necessário verificar a ambiguidade no produto ou serviço, ou mesmo o dano objetivamente causado ao consumidor.

Por exemplo, uma publicidade de gratuidade na mensalidade de cursos, da qual somente é cobrado o valor do material didático. Ora, o valor da mensalidade já estará embutido no material. Portanto, não é necessário verificar se o serviço estará sendo fornecido adequadamente, porque sua publicidade já está enganando o consumidor. Este está efetivamente pagando pelo produto (livros didáticos) e pelo serviço enquanto pensa estar pagando somente pelo material didático.

Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é aquela capaz de causar no consumidor um sentimento de inferioridade, vergonha ou medo, assim por dizer, vexatória, por violar direitos de natureza individual; também é considerada abusiva a de cunho discriminatório.

Lembra-se dos casos mencionados na introdução desta Aula? A publicidade da Skol, que mostrava a mulher como um objeto de consumo, poderia causar nas mulheres um sentimento de inferioridade, ou até mesmo de vergonha; e a da maionese, com os canibais negros preparando-se para comer o homem branco, tinha cunho discriminatório para com os afrodescendentes.

Quadro 14.10: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Artigo 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A análise da abusividade da propaganda na publicidade não leva em consideração as qualidades do produto ou serviço, mas se preocupa com os efeitos que essa publicidade poderá causar no consumidor. Um dos elementos considerados é a capacidade do indivíduo que irá receber a informação prestada pela publicidade. Assim, considera-se a condição física e mental da pessoa que irá receber a informação.

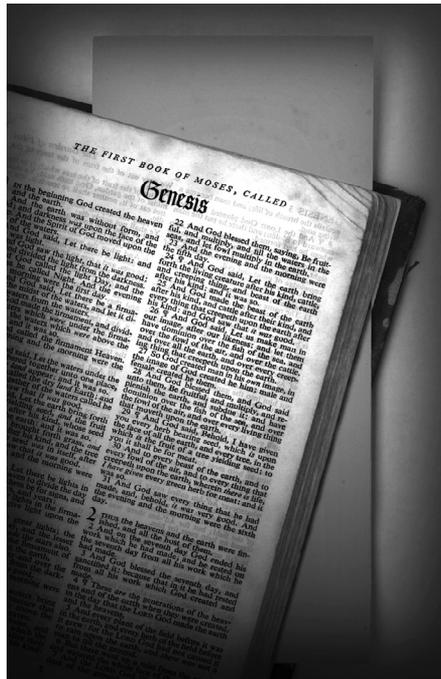
Para exemplificar o que isso quer dizer, vamos voltar ao que declarou o Procon-SP em sua análise da publicidade com os canibais e o homem branco: “um produto que é utilizado por crianças, cidadãos que têm menor capacidade de discernimento, não pode contribuir para alimentar a segregação racial”. Entendeu agora como as coisas funcionam?

Rizzatto Nunes (2005, p. 455) assevera que um mesmo anúncio publicitário poderá ser enganoso e abusivo, bastando que, enquanto este não corresponder ao que é verdadeiro, ainda possa levar o consumidor (crianças) a agir contra sua própria saúde ou segurança.

Importante destacar que a publicidade não pode ser utilizada para discussões discriminatórias, porque a Constituição Federal proíbe qualquer tipo de discriminação. Portanto, a garantia da liberdade de expressão será suprimida pela garantia de não discriminação. Até mesmo porque essa garantia está fundada na dignidade da pessoa humana, refletindo, assim, no direito pátrio como um dos maiores pilares de uma sociedade democrática que respeita os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Por isso, não se pode permitir que uma publicidade aja de forma discriminatória. Nesse sentido, não é vetada a discussão de assuntos polêmicos, porém, devem tais assuntos ser colocados de maneira informativa, no intuito puramente elucidativo e jamais para discriminar, humilhar ou denegrir a imagem de uma pessoa, grupo ou etnia.

Um exemplo claro de discriminação contra homossexuais foi visto na cidade do Rio de Janeiro, em 2010, com a colocação, em *outdoor*, de um informativo de uma igreja, no qual o seu presidente citava um trecho da Bíblia – “Deus criou o macho e a fêmea” (GÊNESIS 1:27) – e depois afirmava que estava em defesa do casamento e da família.



Billy Alexander

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1288583>

Embora não tivesse cunho comercial, portanto puramente ideológico, sendo por isso classificado como propaganda, serve para exemplificar a abusividade que pode ser veiculada pelos meios de comunicação.

Devemos sempre estar atentos ao fato de que o direito de uma pessoa termina no limite em que começa o direito do outro. Portanto, para que possamos viver em sociedade e, mais ainda, prestar serviços ou oferecer produtos no mercado de consumo (inclusive turístico), devemos estar atentos para não causar uma situação vexatória, humilhante, violando direitos ou tomando atitudes discriminatórias contra uma pessoa (nacional ou estrangeira), que poderá ser um consumidor em potencial.



Atividade

Atende aos Objetivos 1 e 2

Diferenciando publicidade enganosa da abusiva:

2. Leia esta matéria publicada na mídia em 22 de setembro de 2006.

Quem come barata pode furar fila em parque americano

Por que esperar na fila quando você pode comer uma barata? Esta é a pergunta que o parque de diversões Six Flags Great America está fazendo a caçadores de desafios durante sua festa baseada no Halloween, a FrightFest. O parque está desafiando clientes a comer uma barata de Madagascar viva (vide foto) em troca de ilimitados cortes em filas, ou seja, quem comer não terá que esperar mais para entrar no parque ou nas atrações.



Kevin Rohr

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/63167>

A promoção, que deixou os funcionários do departamento de saúde do Condado de Lake contrariados, começa dia 7 de outubro. Qualquer um que mastigar toda a carnuda barata, que mede de duas a três polegadas, consegue passes livres para quatro pessoas entrarem na frente das filas de percurso durante o dia 29 de outubro.

Funcionários do parque insistem que é seguro comer as criaturas rastejantes, mas servidores de saúde alertam os participantes de que consumir baratas vivas pode aumentar riscos de doenças gastrointestinais e alergias, segundo Bill Mays, diretor do Departamento de Saúde do Condado de Lake.

(Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/PlanetaBizarro/0,,AA1282881-6091,00.html>. Acesso em 04/04/2011.)

Imaginando que esse caso ocorresse no Brasil, onde a oferta e a publicidade condicionam o fornecedor ao seu cumprimento, pergunta-se:

a) O consumidor que sofrer um problema de saúde devido à ingestão do inseto sugerido pelo parque poderá reclamar contra o fornecedor?

b) Os demais consumidores, que não participarem da promoção, podem fazer uma reclamação junto aos órgãos de defesa do consumidor sob a alegação de que estão recebendo tratamento diferenciado, ao ter que ficar na fila para entrar no parque por não terem aderido à referida promoção?

c) A publicidade feita para divulgação do parque, que engloba a promoção referida no enunciado da questão, seria enganosa – por ação ou omissão – ou abusiva? Explique sua resposta.

Resposta Comentada

a) Imagino que, após tudo o que já estudamos até aqui, você tenha respondido que o consumidor pode, sim, reclamar. Ao analisar o caso, você deve ter observado que funcionários do parque insistiam em afirmar que comer baratas era seguro, que não causaria nenhum mal à saúde. Sendo assim, nem mesmo o alerta dos servidores de saúde de que consumir baratas vivas poderia aumentar os riscos de doenças gastrointestinais e alergias será suficiente para eximir de culpa a administração do parque. Isso porque ao garantir ser seguro ingerir os tais insetos, eles assumiram quaisquer ônus decorrentes da promoção. A responsabilidade do parque, como vimos na Aula 13, é objetiva.

b) Muito provavelmente você também respondeu sim a esta questão, uma vez que ainda deve se lembrar de ter estudado nas aulas anteriores que o nosso sistema jurídico não permite qualquer tipo de discriminação. O tratamento diferenciado só é permitido em situações desiguais, em que se busca dar um tratamento diferenciado para se alcançar a verdadeira igualdade. No presente caso, a proposta do parque, além de ser vexatória para quem participa da promoção é discriminatória para com aqueles que não participarem, porque terão que se submeter à fila para entrar no parque.

c) Você deve ter observado que o parque cumpriu com a oferta da publicidade ao deixar os clientes comedores de barata entrar no parque furando a fila. Portanto, não há que se falar em propaganda enganosa. Mas, será ela abusiva, porque coloca o consumidor em situação vexatória.

Práticas abusivas

Quadro 14.11: Fundamento Legal – Código de Defesa do Consumidor

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]

A ideia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso de direito. Foi a constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício que acabou levando o legislador a tipificar certas ações como abusivas (NUNES, 2004, p. 469).

Você pode ver isso nos artigos 186 e 187 do Código Civil, que tratam dos atos ilícitos.

Quadro 14.12: Fundamento Legal – Lei 10.406/2002 – Código Civil

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

■ **Antijurídica**

Significa uma atividade ilícita, ou, em outras palavras, contrária à lei. Em seu significado literal quer dizer: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, o que é contrário à norma jurídica.

■ **Empréstimo consignado**

Empréstimos em dinheiro concedidos a aposentados, pensionistas do INSS e funcionários públicos, com parcelas debitadas diretamente no contracheque dos contraentes. Os juros costumam ser bem abaixo dos praticados nos empréstimos bancários tradicionais, uma vez que os riscos de não pagamento são praticamente inexistentes, devido à garantia do desconto em folha, ou seja, os contraentes jamais darão “calote” ou deixarão de pagar as parcelas em dia.

Então, se cometemos ato ilícito quando praticamos uma ação ou omissão, violando um direito e causando dano a alguém, ainda que no exercício regular de um direito, podemos afirmar que o mesmo ato, à luz da legislação consumerista, é *abusivo*, porque além de a ação ser *antijurídica*, implica em restrição ao direito do consumidor.

Ocorre, porém, que muitas vezes essa ideia estará desassociada, uma vez que o exercício de um direito, mesmo feito nos limites da lei, pode se revelar uma prática abusiva. Como, por exemplo, quando uma financeira celebra um contrato de *empréstimo consignado* com um idoso que procura a instituição com esse fim, sem que esse consumidor entenda exatamente o que está contratando. É lícito a uma financeira emprestar a idosos, mas é abusivo beneficiar-se do fato de que esses idosos podem não ter cultura e/ou discernimento suficiente para avaliar corretamente riscos, obrigações e conseqüentes limitações financeiras a que terão de se submeter ao contrair tais empréstimos.



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/695102>

Ora, sabemos que nas relações contratuais vige o princípio da autonomia da vontade, ou seja, se ambas as partes manifestaram livremente sua vontade de contratar, essa vontade é válida.

Contudo, sabemos que no direito do consumidor, a vontade do contratante é geralmente reduzida pelos contratos de massa, precisamente o contrato de adesão, em que o consumidor não tem a chance de discutir as cláusulas, mas apenas de aderir ao termo do contrato.

Por esse motivo, dá-se uma proteção maior ao aderente dos contratos de adesão nas relações jurídicas de consumo. Portanto, mesmo sendo o ato lícito, revela-se uma prática abusiva, uma vez que o fornecedor não pode valer-se da falta de conhecimento do consumidor (em razão da sua idade), para vender-lhe seus produtos.

A supressão de princípios de direito contratual se dá, no direito do consumidor, em razão do bem comum, ou seja, muitas vezes, princípios como o que vimos na Aula 8 (Obrigatoriedade dos Contratos) serão afastados pela aplicabilidade da Lei 8.078/90 (CDC), para se proteger as relações de consumo contra cláusulas abusivas.

Rol exemplificativo das práticas abusivas

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor enumera algumas práticas abusivas, porém sem pôr fim ao assunto. Seu rol é apenas exemplificativo, uma vez que sempre existirão diversas outras práticas consideradas abusivas. E para caracterizá-las como tal, basta que seja demonstrado o abuso de direito.

A seguir, vamos conferir algumas dessas práticas abusivas, que podem ser vistas nos incisos do artigo 39 do CDC:

- condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;
- repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
- colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
- recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

- elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;
- deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;
- aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Para finalizar nosso estudo, é preciso dizer que o consumidor, diante de uma prática abusiva, poderá solicitar à autoridade policial que registre o flagrante da abusividade em um boletim de ocorrência, quando esta incidir em crime na relação de consumo, e depois poderá apresentar sua reclamação pessoalmente, ou por telegrama, carta, fax, fac-símile ou qualquer outro meio de comunicação, a qualquer dos órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor.

Conclusão

As práticas comerciais são os atos realizados pelos comerciantes (fornecedores) para colocar seus produtos e/ou serviços no mercado de consumo à disposição do cliente (consumidor).

Dentre as práticas comerciais está a publicidade, que é o meio pelo qual o fornecedor divulga os seus produtos e/ou serviços, aproximando sua atividade dos potenciais consumidores, que poderão vir a compor a relação jurídica.

Ocorre que muitas vezes essas práticas comerciais podem se tornar abusivas. Portanto, é necessário se criar meios para coibir a sua realização e, quando existentes, meios de defesa do consumidor prejudicado.

Nosso Código de Defesa do Consumidor tratou de elencar várias práticas consideradas abusivas, porém não encerrando o assunto. Seu rol é apenas exemplificativo, podendo, portanto, haver diversas outras práticas comerciais caracterizadas como abusivas. Ademais, numa sociedade dinâmica como a em que vivemos, na qual todos os dias temos novos produtos e serviços sendo oferecidos no mercado de consumo, é impossível prever

todas as situações que possam ocorrer. Assim, é necessário recorrer, muitas vezes, a análises jurisdicionais, para se alcançar uma solução viável dos problemas. Por esse motivo, o Judiciário é tão importante para a sociedade, pacificando conflitos e dando a cada indivíduo o que lhe é de direito.



Atividade Final

Atende ao Objetivo 3

Quando podemos considerar uma prática comercial abusiva:

No início de 2011, fomos impactados com a notícia da tragédia das enchentes e deslizamentos de terra na região serrana do Estado do Rio de Janeiro. Até o dia 30 de janeiro já haviam sido contabilizados 856 mortos. Os dados foram divulgados pelas prefeituras das cidades afetadas. Já o número de desabrigados e desalojados chegou a quase 30 mil em toda a região.

(Fonte: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/chuvas-no-rj/noticia/2011/01/tragedia-provocada-pela-chuva-na-regiao-serrana-ja-fez-mais-855-vitimas.html>)



John Gardiner

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/406993>

Diante desse quadro caótico, o povo do Rio de Janeiro e de outros Estados do Brasil passou a mandar donativos (alimentos, água, roupa e outros artigos de necessidade pessoal). Vários grupos de ajuda se mobilizaram para tentar diminuir o sofrimento das vítimas da tragédia.

Contudo, as autoridades flagraram comerciantes vendendo artigos de primeira necessidade como água e alimentos (arroz, feijão, pão) a preços muito acima do normal.

Em alguns locais, segundo moradores, há galões de água sendo vendidos por até R\$ 40,00. Antes, cada galão custava R\$ 6,00. Um pacote de velas que custava em torno de R\$ 1,50 é vendido agora por R\$ 10,00.

(Fonte: http://www.assofrj.com.br/outras_noticias.htm)

Com base no caso apresentado responda:

a) É um jargão no comércio em geral a “lei da oferta e da procura”. Portanto, pela lei da oferta, bem como da livre contratação, existirá neste caso uma prática abusiva à luz da legislação consumerista?

b) Quais opções tem o consumidor quando a prática comercial lhe parecer abusiva? E se não tiver disponibilidade de outros meios para adquirir o produto (como no caso apresentado de tragédia), poderá o consumidor ainda reclamar depois de passada a situação trágica? Explique sua resposta.

Resposta Comentada

a) Ao analisar este caso, você provavelmente concluiu que, embora os preços possam ser ditados – em parte – pela lei da oferta e da

procura, no presente caso isso não poderá ser aplicado, uma vez que trata-se de uma calamidade, em que alguns poucos desejam lucrar com a situação de necessidade de outros. Isso se caracteriza como prática abusiva. Mais ainda, como um crime de consumo, porque os comerciantes estão praticando preços exorbitantes, em razão da máxima necessidade. Embora não esteja prevista tal prática no rol do artigo 39 do CDC, esta poderá ser também considerada abusiva.

b) Acredito que você tenha se lembrado de que leu, ao final da Aula, que diante do abuso de direito, poderá o consumidor solicitar à autoridade policial que seja lavrado um Registro de Ocorrência (RO) baseando-se no crime de consumo, para depois, então, enviá-lo para as autoridades competentes. Caso, não tenha essa opção, o consumidor, mesmo depois de adquirido o produto, poderá fazer o mesmo procedimento e também propor ação na Justiça para pleitear perdas (aquilo que pagou a maior) e danos (abalo emocional, raiva, contrariedade etc.).

Resumo

Nesta aula falamos de práticas comerciais, fechando o assunto de atividade comercial nas relações jurídicas de consumo, das Aulas 9 e 10, bem como abordando mais detalhadamente assuntos estudados nas Aulas 11 e 12 (Direitos Básicos do Consumidor).

Partimos da compreensão de que a relação de consumo é o vínculo jurídico que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor, acerca de um produto ou serviço que este oferece no mercado de consumo, a título oneroso ou gratuito, àquele que se propõe a adquirir como destinatário final. E, com isso, chegamos à questão da oferta desse produto ou serviço no mercado de consumo, bem como aos meios de publicidade de que se utiliza o fornecedor para alcançar o seu público-alvo – o potencial consumidor.

Estudamos que a oferta obriga o fornecedor que dela se utilizar, na íntegra de sua publicidade e anúncio, bem como na promessa feita verbalmente. Nesse sentido, ressaltou-se que essa oferta-proposta deverá compor os termos do contrato que vier a ser firmado entre as partes.

Essa vinculação da oferta ou proposta do fornecedor se dá em razão do princípio contratual da força vinculante dos contratos (princípio da obrigatoriedade dos contratos), estudado na Aula 8.

Isso tem grande relevância para o estudante de Turismo, na exata medida em que este deve saber que não pode prometer nada a seu cliente que não lhe seja possível cumprir. E ainda: ao organizar um pacote de serviços turísticos, responderá perante o consumidor por todos os agentes terceirizados (prestadores de serviço).

Estudamos ainda que – muitas vezes – algumas práticas de mercado podem ser consideradas abusivas, ainda que não se tenha presente o dolo da pessoa, ou seja, a vontade daquele fornecedor que realizou a prática abusiva de lesionar o seu cliente.

Enfim, nesta aula, conseguimos definir os mecanismos de exercício da atividade comercial dos fornecedores ao colocarem seus produtos ou serviços no mercado consumidor, e como tais mecanismos vinculam esse personagem da relação jurídica ao cumprimento perante o consumidor, sob pena de responsabilização pelo descumprimento das obrigações contraídas.

Informação sobre a próxima aula

Na próxima aula, você entenderá melhor a relação de consumo, através do seu principal instrumento, os contratos, fechando, portanto, o círculo da relação jurídica consumerista. Até lá!

Aprendi que preciso aprender ainda muito mais, para aí perceber que há muito ainda a aprender...

[...]

Aprendi que diariamente preciso alcançar e tocar alguém. As pessoas gostam de um toque humano – segurar na mão, receber um abraço afetuoso, ou simplesmente um tapinha amigável nas costas.

[...]

As pessoas se esquecerão do que você disse... Esquecerão o que você fez... Mas nunca esquecerão como você as tratou.

(Trechos de texto de Luis Fernando Verissimo)



Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/536499>

Leituras recomendadas

MAMEDE, Gladston. *Direito do turismo: legislação específica aplicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

15

Contratos no Código de Defesa do Consumidor

André Martins de Miranda

Meta da aula

Apresentar o contrato, através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Objetivos

Esperamos que, ao final desta aula, você seja capaz de:

- 1 distinguir o contrato civil comum do de consumo e como suas normas serão aplicadas, para se manter o equilíbrio entre as partes;
- 2 reconhecer o que é contrato de adesão e a aplicação de seus princípios, em detrimento dos contratuais cíveis;
- 3 estabelecer a relação dos contratos de consumo com o turismo.

Pré-requisitos

Para acompanhar esta aula, é fundamental ter claro o conceito de relação jurídica contratual e de consumo, suas partes (consumidor/fornecedor) e seu objeto (produtos/serviços), que vimos nas Aulas 9 e 10.

Introdução

A esta altura, você já sabe que o contrato é um negócio jurídico bilateral, que se aperfeiçoa pelo acordo de vontades entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas), com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos de natureza patrimonial, através do cumprimento de uma prestação (obrigação de dar, fazer ou não fazer), em um prazo determinado.

Agora vamos tratar do contrato no âmbito das relações jurídicas de consumo. Embora o CDC (Código de Defesa do Consumidor) admita diversas formas de contratação, tais como contratos verbais, como, por exemplo, o de compra e venda, que se aperfeiçoa pela entrega da coisa, será dado maior foco a sua forma mais célebre, o contrato de adesão, por ser este o instrumento mais utilizado no mercado de consumo, entre o consumidor e fornecedor, inclusive nas relações turísticas.

Certamente, você já assinou um contrato de adesão, mas será que você realmente entendeu todas as cláusulas que contêm em seu termo? Será que você sabe por que ele foi nominado de adesão?



kristija

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1338212>

Vamos entender, portanto, como nasceu este tipo de contrato e sua necessidade no mercado de consumo atual.

Do contrato civil para o de massa

Para se entender o conceito do que é um contrato de massa, é importante fazer uma reflexão sobre a sociedade brasileira dos séculos XIX e XX, quando passamos por uma transformação de sociedade tipicamente rural para industrial.

Acompanhando a tendência mundial de grande fabricação em série, o produtor brasileiro passou a se organizar no sentido de vender seu produto para os grandes grupos industriais que se formavam, fomentando assim a *produção em massa*, para a demanda crescente que se via naqueles tempos. Assim, o direito civil brasileiro, acompanhando o fenômeno da revolução industrial, passou a aplicar um modelo de contrato de massa, buscando uma produção em série.

Com a revolução industrial, a sociedade passou a se comportar de forma mais dinâmica, o que é considerado como massificada, passando a se ter uma produção maior, um consumo maior, enfim, uma visão de grande população mundial, o que ocasionou uma grande gama de relações comerciais.

Com isso, passa-se a ter uma distinção entre contratos entre partes iguais e contratos entre partes desiguais, no que neste último passava a ter uma parte vulnerável (NORONHA, 1996, p. 88). Isso porque, no contrato entre partes, as cláusulas eram amplamente discutidas por quem iria integrar o pacto; nesse segundo modelo, as cláusulas seriam preestabelecidas por uma das partes, enquanto à outra lhe era dada a opção de aderir ou não; se não houvesse adesão aos termos do contrato, não estaria contratando.

Produção em massa

Significa em grande quantidade, ou seja, produção em série. Normalmente das grandes indústrias.

■ **Mercantilização**

Ato de mercantilizar, que nada mais é do que fazer transações mercantis, ou seja, exercer o comércio.

O que se pode extrair desse contexto histórico é que a crescente evolução de uma sociedade que passou de extrativista rural para consumerista industrial, fazendo com que houvesse a **mercantilização** dos serviços, que passaram ser fornecidos em grande escala, deu razões relevantes para a criação de um modelo de contrato que atendesse ao volume de relações jurídicas cada vez mais crescentes, tornando viável a prestação do serviço e/ou venda de produtos. Assim, nasceu o que chamamos de *contratos de adesão*, largamente utilizados para a aquisição ou utilização de bens e serviços.

Porém, o fato de não nascer pelo acordo de vontades, ou seja, pelo estabelecimento bilateral de suas cláusulas, mereceu diversas críticas, tendo de ser adaptado no decorrer dos anos; a mais famosa é a de Raymund Saleilles.

Sem dúvidas, há contratos e contratos, e estamos longe da realidade desta unidade de tipo contratual que supõe o Direito. Será necessário, cedo ou tarde, que o Direito se incline diante das nuances e divergências que as relações sociais fizeram surgir. Há supostos contratos que têm do contrato apenas o nome, e cuja construção jurídica está por fazer; para os quais em todo caso, as regras de interpretação judicial deveriam se submeter, sem dúvidas, a importantes modificações; poderiam ser chamados, na ausência de termo melhor, de contratos de adesão, nos quais a predominância exclusiva de uma única vontade, agindo como vontade individual, que dita sua lei não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, obrigando antecipada e unilateralmente, admitindo-se apenas a adesão daqueles que desejarem aceitar a lei do contrato (apud SALEILLES, em *De La Déclaration de Volonté*. Paris, 1901).



Raymund Saleilles foi um jurista francês que viveu no século XIX e lecionou na Faculdade de Direito de Paris, ensinando Direito Civil e Penal. Publicou diversos livros, entre eles a *Individualização da pena*, no qual defende que a pena não deva passar da pessoa do réu, conceito muito importante para o Direito Penal contemporâneo. Outra ideia defendida por *Saleilles* foi a teoria do risco, já ensinada em aulas anteriores.



No novo instrumento negocial das relações de massa, a característica mais relevante que chama a atenção é a pequena ou nenhuma possibilidade de negociação das cláusulas contratuais, pois já estão definidas na proposta inicial. O contratante possui apenas a oportunidade de aderir ou não.

Portanto, o uso do termo adesão não podia mais significar manifestação de vontade, ou decisão que resultasse em concordância de suas cláusulas contratuais. Importante dizer que nes-

sa nova espécie de contrato, os contratantes não discutiam suas cláusulas; o que passou a acontecer de fato foi a única e simples adesão do contratante àquelas cláusulas predefinidas pela contratada unilateralmente (NUNES, 2004, p. 598).

A legislação brasileira, portanto, teve de se adaptar a este novo contexto que se formou nas relações comerciais, em que não mais se permitia a formação de contratos em que o estabelecimento das cláusulas fosse feito pelas duas partes.

Dessa forma, conforme já dito anteriormente, o nosso Direito não poderia ficar à margem desse processo; seguindo a tendência mundial, iniciou a modificação das leis que regulavam os contratos privados nas relações comerciais e mercantis, em razão dos abusos que vinham sendo praticados pelos fornecedores, no reconhecimento de seus contratos de massa.

Nasceu, então, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que foi criado com a principal função de regular os contratos de massa, celebrados entre os entes da relação jurídico-comercial, caracterizados como relações de consumo.

Atualmente, podemos ver que as relações contratuais, em sua grande maioria, sofrem influências do quadro econômico a que está inserido o país, principalmente as relações contratuais de consumo. Isso porque o processo de globalização reflete seus efeitos na sociedade contemporânea, em que, de certa forma, todos estão submetidos, quando compram um produto ou contratam um serviço.

Os juristas brasileiros consideram que o nosso direito normativo não é um sistema isolado dos demais, recebe influência de leis oriundas de outras nações do mundo, que seguem a mesma filosofia neopolítica, regulando as novas relações que emergem do desenvolvimento da sociedade, demonstrando que a economia é o maior influenciador no desenvolvimento da ciência jurídica do Direito (CAVALCANTE, 2002).

Contratos verbais – Comportamento socialmente típico

Antes de falarmos sobre os contratos verbais, vamos entender o que quer dizer um comportamento socialmente típico. A lei, quando fala em comportamento socialmente típico, quer se referir aos atos praticados pelo consumidor que caracterizam o contrato, independente de prévio acordo entre as partes.

Talvez você nunca tenha percebido, mas alguns dos atos que praticamos na sociedade geram obrigações, configurando, portanto, um contrato. Um exemplo disso é quando estacionamos o carro em um lugar onde haja “*vaga certa*”; não existe prévio acordo entre as partes, mas ambas estão cientes de seus direitos e deveres acerca daquela relação que se estabeleceu; outro exemplo: a coleta de lixo pela prefeitura; não houve contratação de serviço, mas nos comportamos no sentido de colocar o lixo na porta nos dias em que a coleta é feita.



Brad Stoney

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/142562>

Vaga certa

Serviço de estacionamento público nas ruas do Rio de Janeiro, substitutivo dos antigos flanelinhas.



George Bosela

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/888970>

Nesse sentido, o professor Nelson Nery Junior (2004, p. 510), entende que existem determinadas situações em que não há qualquer exteriorização de vontade, mas tão somente um comportamento habitual que faz surgir determinadas obrigações (ex.: pagar um preço por estacionamento público); são chamadas de “prestações do tráfego de massa”.

Já os contratos verbais são aqueles em que, embora não haja termo escrito, houve a manifestação de vontade, através do elemento verbal, ou seja, as partes anunciaram sua vontade. Mas será que você sabe de que forma se expressa a vontade das partes?

O fornecedor pode demonstrar de duas formas claras: a primeira quando anuncia o seu produto ou serviço, ofertando a quem se disponha a comprar. Isso se vê claramente em uma feira livre, em que o feirante chama o cliente e oferece o seu produto, inclusive com “provas” (pedaços de frutas). A outra forma é simplesmente expor o seu produto ou serviço em sua loja ou anuncia-os nos meios de publicidade.



Alexandre Calliman

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/676490>

O consumidor, por sua vez, expressa sua vontade ao adquirir o produto ou serviço, sem que se firme (assine) um contrato escrito. Por exemplo, quando o consumidor vai até o estabelecimento comercial e compra artigos alimentícios para sua casa, ou vai a uma livraria ou banca de revistas comprar algum livro, em se tratando de produtos. No âmbito dos serviços, são mais raros, mas possíveis, como, por exemplo, entrar em uma casa lotérica e utilizar-se dos seus serviços para pagamento de contas ou em um restaurante.

Contratos de adesão

A denominação de contrato de adesão foi dada primeiro por Saleilles, sendo amplamente aceito no meio acadêmico e jus-filosófico. No Brasil, foi igualmente seguido, porém, tendo algumas críticas de juristas que defendem a ideia de que a denominação *contrato de adesão* seria restrita àqueles casos de impossibilidade de rejeição às cláusulas uniformes preestabelecidas, o que se dá, normalmente, com estipulações unilaterais do Poder Público. Propõe ele o nome Contrato por Adesão para significar as demais estipulações unilaterais, cujas cláusulas não sejam irrecusáveis pelo futuro aderente (GRINOVER, apud GOMES, p. 120-123).

Para eles, os contratos de adesão são aqueles cuja estipulação das cláusulas é preestabelecida pelo Poder Público, sem que seja possível a recusa do contratante, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica. Por sua vez, os contratos por adesão são aqueles celebrados com cláusulas estabelecidas unilateralmente por particulares, porém podendo ser recusadas pelo aderente.

Diante das controvérsias doutrinárias, o legislador, ao escrever o Código de Defesa do Consumidor, preferiu utilizar a expressão Contratos de Adesão, para definir 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 (artigo 54 do CDC). Portanto, fazendo uso das duas conceituações do professor Orlando Gomes.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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.

Assim, temos como característica dos contratos de adesão a estipulação unilateral de suas cláusulas pelo parceiro contratual economicamente mais forte, sem que o outro parceiro possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. Isto porque eles são preparados antecipadamente e impressos em grande quantidade, restando apenas ao contratante preencher os espaços referentes à sua identificação e, em alguns casos, o objeto da prestação (venda de bens ou prestação de serviços).

Não há dúvidas que tais contratos possibilitam a percepção de grandes vantagens para as empresas contratadas, enquanto podem causar desvantagens para aquele que adere ao seu conteúdo, sem conhecer suas cláusulas, apenas confiando na idoneidade do fornecedor.

Ocorre, entretanto, que muitas vezes essa confiança é traída, por instrumentos lacunosos em que o fornecedor aproveita-se do desconhecimento técnico do consumidor para lhe impor cláusulas abusivas e desproporcionais.

Atento a essa realidade, muitos juristas salientam que na relação entre desiguais, nenhum dos contratantes é livre, porque na dinâmica social, termina por não permitir às partes contratantes dispor de uma total condição de negociar suas cláusulas. (CAVALIERI FILHO, p. 119 – apud ULHOA 2005, p. 13).

Nesse sentido, o consumidor sofre a impossibilidade em razão de sua hipossuficiência quanto às questões técnicas do produto ou serviço, bem como em razão das implicações jurídicas de suas cláusulas. O fornecedor, por outro lado, não tem possibilidade de celebrar contratos individuais com cada consumidor, tendo de redigir um termo padrão para a sua universalidade de potenciais clientes; por outro lado, em razão deste problema, surge outro, o do custo que a renegociação acarreta, quando seus contratos contêm cláusulas abusivas.

Conclui-se, portanto, que independentemente das dificuldades que possa vir a ter o fornecedor, o sistema jurídico do Código de Defesa do Consumidor visa proteger o contratante vulnerável, começando na fase pré-contratual, estendendo-se até a fase pós-contratual.

Importante frisar que diferentemente do que estudamos na Aula 7, sobre os tipos de contrato, aqui o contrato de adesão não se classifica como tipo de contrato, mas espécie que comporta diversos tipos de contratos, como: a compra e venda de bens móveis ou imóveis, contratação de serviços, a locação, comodato, empréstimo, entre outros. O que vai diferenciar os contratos supracitados das relações civis para os das relações consumeristas são justamente as características que definem a relação jurídica.

O que quero dizer é que o limite que irá diferenciar a relação negocial comum da relação de consumo será identificado pelas partes que compõem o negócio (consumidora e fornecedora) e o objeto da relação jurídica (prestação de serviço ou fornecimento de produto) disponibilizados no mercado de consumo.

Evidente que este novo modelo de relação jurídico-contratual conflitou com diversos paradigmas do direito contratual cível, cabendo, pois, aos juristas criarem um novo pensamento jurídico que desse arcabouço para essa nova ferramenta do direito. Assim nasceram os princípios do Direito Contratual Consumerista.

Agora que você já entendeu o conceito de contratos na relação de consumo, vamos ver como responder à primeira atividade.



Atividade

Atende ao Objetivo 1

1. Distinguir o contrato civil comum do de consumo e como suas normas serão aplicadas, para se manter o equilíbrio entre as partes.



Andrei Iordache

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1379995>

Gabriela, estudante de Turismo, em razão de uma pesquisa sobre localidades turísticas, viajou para a Costa do Sauípe, hospedando-se em uma pousada, onde ficou por três semanas. Entretanto, estando no local, Gabriela conheceu Fernanda uma garota, nascida no local, e por isso lhe servia de guia.

Por conta do bom relacionamento entre as duas, Fernanda perguntou a sua avó, dona Antonieta, se ela poderia alugar, pelo período de 3 meses, pela metade do preço da pousada, um quarto em sua casa.

Embora dona Antonieta nunca tivesse realizado tal atividade, tampouco desejasse dar continuidade a ela, após a partida de Gabriela, resolveu aceitar, em razão de ser um pedido da neta.

Com base no que você estudou, responda:

a) Que tipo de relação foi estabelecido entre a Gabriela e a pousada? Podemos dizer que existe um contrato ente as partes? Explique suas respostas.

b) Dona Antonieta poderá ser considerada fornecedora? Podemos, então, dizer que existe um contrato entre as partes?

c) Esta relação criada entre dona Antonieta e Gabriela é de consumo? Justifique sua resposta.

Resposta Comentada

a) Você deve ter identificado que entre Gabriela e a pousada foi estabelecida uma relação de consumo, uma vez que as partes são respectivamente consumidora e fornecedora. Desta forma, você deve ter concluído que entre as partes existe um contrato, que provavelmente seja escrito e conseqüentemente de adesão, conforme é a praxe.

b) Ao analisar a condição de dona Antonieta, você provavelmente considerou que jamais ela poderia ser considerada fornecedora, uma vez que, embora esteja exercendo uma atividade econômica, típica do local, ela não o faz com habitualidade, pelo contrário, ficou claro que ela somente o fez em deferência a sua neta, não pretendendo dar continuidade. Assim, falta a ela um dos requisitos para caracterizá-la como fornecedora. Contudo, não se pode negar que houve um contrato, porém regido pelas normas civis do Código Civil que trata da locação, bem como pela lei do inquilinato.

c) Continuando o raciocínio, você deve ter concluído que não existe relação de consumo entre dona Antonieta e Gabriela, já que falta uma das partes na relação jurídica, portanto a relação existente entre as partes é simplesmente contratual civil e, portanto, regida pelas leis competentes.

Dos novos princípios contratuais

Inicialmente, para interpretar adequadamente os princípios contratuais, vindos do Código de Defesa do Consumidor, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas nessa ordem são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo.

Também se deve considerar que as regras de uma relação jurídica consumerista são fixadas unilateralmente pela parte que fornece o serviço ou produto, vinculando de uma só vez os diversos consumidores que irão adquirir ou contratar o produto ou serviço respectivamente (NUNES, 2005, p. 81).

Assim, há uma clara distinção entre as relações contratuais do Código Civil e as de consumo, do Código de Defesa do Consumidor, a tal ponto que não se pode mais imaginar uma relação jurídica de massa, sendo regulada pelas leis de direito privado tradicional.

Nesse sentido, há de se salientar que as regras estabelecidas na Lei 8.078/90 são normas de ordem pública e que guardam relevante interesse social, portanto, no âmbito das relações contratuais de consumo, estas terão prevalência sobre as de Direito Cível, bem como demais normas especiais ou gerais que com ela colidam.

Dessa forma, não serão aplicados determinados princípios de importante relevância para o direito privado, como, por exemplo, o da ***pacta sunt servanda***, que representa a força jurídica – a qual se criou um direito – que obriga os contratantes pelo pacto a que consensualmente firmaram no contrato, conforme estudamos na Aula 8.

Isso porque, quando reconhecemos que a relação contratual reveste-se dos elementos constitutivos da relação de consumo, percebemos que a vontade de uma das partes não foi livremente manifestada, em razão da constituição unilateral do contrato pela outra parte.

Pacta sunt servanda

Princípio do direito civil contratual que prevê que o contrato faz lei entre as partes.



Rob Owen-Wahl

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1097209>

Isso, é lógico, não extingue as relações contratuais, na órbita privada, mas faz uma distinção clara entre elas, objetivando proteger melhor a parte mais vulnerável na relação de consumo.

Vamos, então, enumerar alguns dos princípios que norteiam as relações jurídicas e consumo, como reflexo dos princípios já estabelecidos na nossa lei magna, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Princípios da Lei 8.078/90

Para facilitar o aprendizado, preferimos não seguir a lista prevista no art. 4º da Lei 8.078/90, uma vez que, muitas vezes, um único inciso possui mais de um princípio, assim, a lista a seguir contém a síntese destes princípios, que o legislador pátrio expressamente destacou.

Dignidade

Derivada do princípio constitucional da “Dignidade da Pessoa Humana”, aqui ganha novos contornos para proteger o consumidor. Assim, quando falarmos em isonomia, entenda como sendo o meio para se atingir o fim, que é concretizar o direito à dignidade. Ele é a garantia legal que ilumina todos os demais princípios. Para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal (NUNES, 2005, p. 25).

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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

Fundamento legal – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Proteção à vida, saúde e segurança – Uma das questões básicas que justificam a existência da lei, indo até a intervenção do Estado no domínio econômico, é a necessidade de proteção do consumidor em relação à aquisição de certos produtos e serviços (NUNES, 2005, p. 124).

Sendo a vida o bem de maior relevância para o nosso direito e o meio de se assegurar a conservação deste bem a proteção à saúde, também foi necessário garanti-la nas relações de consumo. Como derivado do princípio da dignidade, o CDC busca garantir que exista, por parte dos fornecedores, uma preocupação latente com a sadia qualidade de vida.

E nesse sentido, quando se refere à melhoria da qualidade de vida, está significando não só o conforto material, resultado da aquisição de produtos e serviços, especialmente os essenciais (serviços públicos de transporte, água e eletricidade, gás, os medicamentos e mesmo os imóveis), mas também o desfrute de prazeres ligados ao lazer (garantidos no texto constitucional – artigo 6º, caput) e ao bem-estar moral ou psicológico (NUNES, 2005, p. 124).

Transparência – Já estudamos que em toda relação contratual as partes envolvidas no contrato devem agir com transparência, ou seja, suas intenções devem ser claras. No direito do consumidor, significa que o fornecedor deve dar ao consumidor a oportunidade de conhecer o produto e/ou serviço, bem como, sendo contrato, de dar prévio conhecimento de suas cláusulas (artigo 46 do CDC). Tal princípio coaduna com o da informação, previsto no artigo 6º, inciso III do CDC, que estudamos na Aula 9.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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

Ocorre que, neste caso, o inciso IV do artigo 4º trata da informação bilateral, ou seja, que deve ser direito tanto do consumidor, quanto do fornecedor, acerca dos seus direitos e deveres, com o objetivo de se proporcionar a melhoria do mercado de consumo.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 4º. IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

Vulnerabilidade – A vulnerabilidade do consumidor está implícita e explícita ao mesmo tempo. Isso porque, primeiro consta do próprio texto do inciso I do artigo 4º do CDC, tornando, portanto, explícita a vulnerabilidade. Contudo também é implícita porque decorre do desconhecimento técnico que o consumidor tem sobre o produto ou serviço; ocorre ainda em razão da sua menor capacidade econômica em relação aos fornecedores. Evidente que estamos falando em regra, porque em raríssimas exceções esta vulnerabilidade não existirá.

Fundamento Legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 4º. I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

No caso da vulnerabilidade técnica, tem a ver com os meios de produção do produto ou prestação do serviço, uma vez que o conhecimento destes meios é privilégio do fornecedor. Segundo o professor Rizzatto Nunes (2005, p. 116), esse monopólio não se detém apenas aos aspectos técnicos, mas também aos elementos de decisão, já que é ele quem decide o que produzir, quando e de que forma, cabendo ao consumidor se submeter ao que lhe está sendo ofertado no mercado.

Quanto ao aspecto econômico, em via de regra, o fornecedor terá maior capacidade econômica, portanto podendo impor aos seus consumidores o seu produto ou serviço na forma em que está ofertando.

Liberdade de escolha – A liberdade aqui é a mesma prevista na Constituição Federal, que tem como objetivo garantir a liberdade de seus cidadãos. Em termos objetivos é que o consumidor será livre para escolher os produtos ou serviços a contratar. Daí decorre a proibição de monopólios que, evidentemente, prejudicariam o direito de livre escolha pelo consumidor, que estaria à mercê de um único fornecedor.

Em consequência disso, o Estado deverá intervir sempre que estiver ameaçado o direito de liberdade do consumidor, seja na produção ou na distribuição dos produtos e serviços, ou mesmo no domínio econômico, quando da fusão ou cisão de grandes grupos empresariais.

Intervenção do Estado – Além da intervenção supracitada, o inciso II do artigo 4º do CDC autoriza a intervenção do Estado em outros casos como para assegurar-lhe o acesso aos produtos e serviços essenciais (água, luz, gás, transporte, saúde e educação etc.), bem como para que os mesmos sejam fornecidos com

qualidade e adequação às necessidades dos consumidores, conforme prevê o artigo 22 do CDC.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 22. 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.

Ocorre que a intervenção do Estado não se dá apenas pelo judiciário, mas por diversos outros órgãos de defesa do consumidor, também previstos no inciso II do artigo 4º do CDC.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 4º. 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, segurança, durabilidade e desempenho.

Estes órgãos têm a função de normatizar e fiscalizar o mercado de consumo, ou seja, fiscalizar a forma em que é fornecido um produto ou serviço no mercado de consumo; as condições dos estabelecimentos comerciais (estrutura física ou de armazenamento); os preços cobrados; a manutenção de bancos de dados; as condições de higiene dos locais; as formas de atendimento; bem como regular e fiscalizar a forma em que deverão ser redigidos os contratos, restringindo entre outras coisas a inserção e aplicação de cláusulas abusivas de *iníquas*, visando manter o equilíbrio contratual.

Cabe salientar que, na conjuntura atual do Brasil, não há como o Estado realizar uma fiscalização preventiva de todas as relações jurídicas de consumo, cabendo, tão somente, proporcionar uma solução para os problemas que advierem destas relações, através de órgãos como a Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa dos estados federativos, bem como demais órgãos do Sistema de Defesa do Consumidor, na esfera administrativa.

Entretanto, para determinados seguimentos de maior relevância para a sociedade, tais como os serviços públicos, explorados pelas concessionárias privadas (Planos de Saúde, Empresas de Transporte Urbano, Telecomunicações, Iluminação e Abastecimento de Água etc.), busca o Estado exercer certa fiscalização preventiva, através de suas Agências Reguladoras (Anvisa, ANS, Anatel, Aneel, Adasa etc.).

Em ambos os casos, porém, não sendo suficiente, o consumidor que se sentir prejudicado poderá levar sua reclamação ao Poder Judiciário, no qual será feita uma análise quanto às obrigações contraídas entre as partes, para que seja proporcionada uma solução pacífica do problema, seja pela determinação de cumprimento integral do contrato ou sua dissolução, de tal forma que busque atender às necessidades do consumidor, quanto à qualidade, adequação e segurança dos produtos e serviços, enquanto se mantém o equilíbrio entre as partes, premidos de boa-fé, sem ferir a ordem econômica.

Acesso à justiça – o princípio está diretamente ligado ao anterior, pois trata de dar garantias de que o consumidor terá livre acesso aos meios administrativos e judiciais, independente de sua condição social e financeira. Isso implica isenção de custas, assistência judiciária, pela nomeação de procuradores (defensoria pública) para defendê-los, bem como de todos os assistentes judiciais que se mostrem necessários (peritos), conforme previsto no artigo 5º do CDC.

Iníquo

Contrário à equidade; injusto. Portanto, no contexto, seria uma cláusula que causasse desproporção de direito e deveres entre os contratantes.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Boa-fé objetiva – A boa fé, conforme já estudamos na Aula 8, deve estar presente em todas as relações jurídicas, principalmente nas contratuais. Na Aula 8, estudamos a boa-fé subjetiva, que trata da ignorância da pessoa acerca de determinado fato que possa se tornar impeditivo ou violador do seu direito.

Já a boa-fé objetiva é aquela que as partes contratantes devem guardar na celebração dos contratos; impõe, portanto, o dever de agir com lealdade e honestidade, a fim de que se estabeleça um equilíbrio entre as partes contratantes, na intenção da boa fruição da relação jurídica.

Equilíbrio e Igualdade nas contratações – corresponde na busca incessante de se promover um tratamento **equânime** entre os contratantes, fazendo com que nenhuma das partes seja prejudicada pela outra.

■ **Equânime**

Imparcial, justo, moderado, reto.

Contudo, ainda prevê que o fornecedor não pode dar tratamento diferenciado entre os consumidores. Novamente, lembramos que a igualdade aqui não é engessada ao entendimento de que todos são iguais, mas interpretativa, quando se busca dar tratamento igual aos semelhantes. Ou seja, tratar igualmente aqueles que se igualam e desigualmente os que se desigalam na medida de suas desigualdades.

Pode parecer complicado, mas não é. Trata o princípio de buscar os fatores de desigualdades para que se dê um tratamento protecionista maior àqueles que necessitam de maior proteção, para se alcançar a verdadeira igualdade.

Neste caso, o fornecedor estaria obrigado a dar as mesmas condições a todos os consumidores, admitindo-se apenas alguns privilégios aos consumidores que necessitem de proteção especial, como, por exemplo, idosos, gestantes e crianças. Ou ainda de se criar determinados serviços para um público que possa adquiri-los, por exemplo, serviços de crédito para determinado seguimento da sociedade (crédito imobiliário, rural), ou serviços especiais para pessoas de maior poder aquisitivo (agências bancárias especiais, planos médicos com coberturas mais abrangentes).

Proibição de cláusulas abusivas – As cláusulas abusivas são, pois, aquelas que reduzem unilateralmente as obrigações contratantes da parte mais forte, ou agrava as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre as partes contratantes (NORONHA, 2006, p. 12).

Cláusulas abusivas, no conceito de Nelson Nery Junior (apud CAVALCANTE, p. 1.379) “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 Zagheto Gama (apud, CAVALCANTE p. 108) “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”

■ **Vexatória**

Que seja capaz de causar constrangimento, vexame, vergonha.

O Código de Defesa do Consumidor define em seu artigo 51 diversas cláusulas abusivas, o que de forma alguma vai exaurir esta questão, podendo ser considerada cláusula abusiva aquela que não esteja no rol do referido dispositivo legal. Sua proibição é lógica, uma vez que, não havendo vedação expressa, todos os princípios previstos no Código seriam ineficazes.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II – subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III – transfiram responsabilidades a terceiros;

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

V – (Vetado);

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

- VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Embora a noção de cláusula abusiva não seja recente, já que desde o Código Civil de 1916, existia tal conceito, foi nos contratos de massa que ganhou maior incidência. O que ocorre é que com a massificação dos contratos e sua utilização pela via de adesão, pôs-se em evidência os abusos cometidos nas relações de consumo. Logo, surgiu a necessidade de se conceituar o que vinha a ser cláusula abusiva.

Renata Mandelbaum (1996, p. 206) afirma que “não é propriamente a adesão, como modo de formatação do vínculo contratual a responsável pelo surgimento de desequilíbrios contratuais, mas sim a inserção nestes de cláusulas abusivas, introduzidas pela posição que ocupa o predisponente (fornecedor) de poder estabelecer unilateral e antecipadamente o conteúdo do contrato”.

Por esta afirmação, denota-se que a previsão legal, muitas vezes não irá inibir a inserção de determinada cláusula abusiva no contrato de adesão, mas o que pretende a lei é dar a proteção quando houver algum fato na relação jurídica que impuser o cumprimento de determinada cláusula ao consumidor. Possibilidade esta que poderá invocar a proteção do texto legal para se exonerar de cumprir o contrato, afastando, portanto, o princípio do direito civil da *pacta sunt servanda*.

Entretanto, em se tratando de relação contratual de consumo, em sendo uma determinada cláusula abusiva, esta será expurgada do contrato, sem que, no entanto, fique prejudicada a relação jurídica.

Fundamento Legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

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

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Por este motivo, é que apenas se retira do contrato a cláusula abusiva, mantendo-se o contrato válido para as demais cláusulas. Nessa via, é evidente que devem ser resguardadas as garantias constitucionais referentes *à livre iniciativa* e ao *ato jurídico perfeito*, retirando unicamente o que causa o desequilíbrio na relação.

Conservação – Esse princípio busca, sobretudo, manter o contrato, quando da evidenciação de uma cláusula abusiva, conforme se verifica no inciso V do artigo 6º do CDC, que vimos na Aula 12, quando falamos do direito de revisão, que consiste na possibilidade de modificação ou anulação das cláusulas que exijam obrigações desproporcionais e abusivas, se de sua anulação não resultar prejuízo para o contrato, caso em que a própria relação jurídica deverá ser declarada nula, por não haver mais objeto possível de ser cumprido.

O que se busca verificar é a utilidade do contrato, ou seja, se após a anulação das cláusulas, o contrato continuará a ser útil, atendendo às expectativas das partes, pois se a continuidade da relação jurídica for inútil, não há por que dar continuidade a tal relação.

Bom, dada tal explicação, em razão do que já foi exposto na aula 12, não há necessidade de nos estendermos neste assunto, no que remetemos a aula em comento.

Direito de arrependimento – Embora não seja propriamente um princípio do direito do consumidor, sendo mais um direito deste, preferimos colocar nesta parte da matéria por melhor se adequar didaticamente. Trata-se de um direito previsto no artigo 49 do CDC, que garante ao consumidor adquirir um produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, voltar atrás em sua declaração de vontade, ou seja, arrepender-se, independentemente de qualquer justificativa.

Livre iniciativa

Trata-se da liberdade de profissão: “XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Tal dispositivo, como norma de eficácia contida que é, declara a liberdade da atividade laboral, no entanto a lei poderá restringir o direito desse exercício

(Fonte: <http://porleitores.jusbrasil.com.br/noticias/2665459/principio-constitucional-da-livre-iniciativa>).

Ato jurídico Perfeito

É o ato já realizado e que satisfaz a todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se portanto completo ou aperfeiçoado.

Fundamento legal – Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Nesse caso, terá um prazo de reflexão de 7 dias para exercer seu direito, a contar do momento em que receber o produto ou iniciar o fornecimento do serviço. Esse direito decorre do fato de que, no momento da contratação, o consumidor não tem a oportunidade de ver fisicamente o produto (comprado via catálogo ou internet etc.) ou mesmo verificar a qualidade do serviço.



Considerando os princípios supraenumerados, conclui-se que um contrato somente terá validade, no âmbito das relações de consumo, caso tais princípios sejam respeitados. Significa dizer que é preciso que os fornecedores prestem todas as informações necessárias sobre os produtos e serviços, ora objeto do contrato, dando prévio conhecimento de suas cláusulas, que devem ser redigidas em linguagem acessível para a fácil compreensão do consumidor, buscando sempre o equilíbrio entre as partes e guardando-se entre os contratantes a boa-fé.

Vistos os novos princípios contratuais, vamos responder à segunda atividade.



Atividade

Atende ao Objetivo 2

2. Entender o que é contrato de adesão e a aplicação de seus princípios, em derrogação dos contratuais cíveis.



Fonte: <http://www.freeimages.com/photo/1080262>

Roberto assinou um contrato de plano de saúde com a seguradora Cruz Dourada, com cobertura total, porém com a carência de 1 ano para alguns serviços médico-hospitalares.

Passado o período de carência, Roberto foi surpreendido com fortes dores no peito, o que fez com que marcasse uma consulta com um médico cardiologista.

Diversos exames foram feitos, constatando-se entupimento das artérias.

O médico, então, determinou que fosse feito um procedimento cirúrgico para desobstruir as artérias e, assim, curar a enfermidade. No entanto, indicou uma nova técnica que acabara de ser reconhecida pelo Conselho Regional de Medicina.

Ao comunicar à seguradora sobre o procedimento cirúrgico a que seria submetido, a seguradora negou autorização, afirmando que não constava tal procedimento na cobertura do plano.

Com base no que você estudou, responda:

a) O que Roberto deverá fazer para cuidar de sua enfermidade, em razão de existirem dois procedimentos, o antigo – coberto pelo plano – ou o novo que não está coberto pelo plano? Explique sua resposta.

b) Neste caso, estaria Roberto sujeito às cláusulas contratuais, portanto, não tendo direito a novas tecnologias, em razão do princípio da obrigatoriedade dos contratos? Explique sua resposta.

c) Quais providências Roberto poderá tomar para garantir seus direitos? Que princípios fundamentam seus atos?

Resposta Comentada

a) Ao analisar este caso, você provavelmente considerou que, embora o contrato estabelecesse um procedimento cirúrgico determinado para a enfermidade que ele enfrenta, houve um avanço na medicina, em que foi desenvolvido o outro procedimento mais seguro, portanto, poderá Roberto requerer diretamente junto à seguradora que seja modificada a cláusula do contrato para passar a integrar o novo procedimento, sem que haja necessidade de nova carência.

b) Em razão da primeira pergunta, você deve ter concluído que não estaria, até mesmo porque já deve saber que, embora o princípio

da força obrigatória dos contratos seja aquele que dá segurança às convenções, este – em determinados momentos – será afastado, para dar lugar ao da modificação das cláusulas e conservação dos contratos, quando a cláusula em questão se mostrar abusiva ou desproporcional. No presente caso, se torna abusiva, em razão de que houve uma evolução na medicina, e que não pode excluir o consumidor de sua utilização.

c) Caso o plano de saúde não autorize o procedimento cirúrgico e sua consequente modificação da cláusula, para incluir na cobertura o novo procedimento cirúrgico, poderá o consumidor requerer na justiça que a seguradora autorize a realização do procedimento cirúrgico, e posteriormente seja modificado da cláusula no contrato, sem que haja a perda do objeto. Os princípios que fundamentam tais pedidos são o de proibição de cláusula abusiva e o da conservação dos contratos; por outro lado o princípio que garante o pleito judicial é o do acesso à justiça e o da intervenção estatal.

Contratos de prestação de serviços turísticos

Embora ainda não totalmente regulamentado o setor turístico no Brasil, tendo como principal legislação vigente a Lei 11.771/2008, podemos aferir que o serviço turístico hoje é prestado de forma segmentada, em larga escala, constituindo-se as relações entre o turista e o agente turístico por um contrato de adesão.

A vantagem de segmentar o mercado é que os investimentos em divulgação e promoção tornam-se menores e mais direcionados, pois se sabe e conhece exatamente o público em questão e principalmente suas necessidades e anseios. Segmentar o público é uma estratégia de marketing muito usual e assertiva, pois identifica um nicho de mercado menor e retirado da massa. Qualifica a demanda potencial e efetiva do produto turístico e identifica consumidores potenciais de um número grande de pessoas (EMBRATUR, 2010, p. 20 – módulo VI).

Logo, se tem uma prestação de massa, em que sua responsabilidade será objetiva. Nesse sentido, tanto a agência de turismo, quanto o transportador (aéreo, marítimo ou terrestre), bem como os hospedeiros serão responsáveis pelos danos que

sobrevierem da atividade desenvolvida, seja pela má prestação dos serviços, descumprimento de contrato ou outro dano que ocorrer antes, durante e/ou depois da prestação.

Notadamente, os turistas não realizam contratações separadas, preferindo contratar uma agência de turismo, que trata de todos os aspectos da viagem, tais como transporte, traslado no local turístico, hospedagem, alimentação entre outros serviços. Assim, a relação contratual de consumo é com este fornecedor (agência de turismo), que deverá garantir a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços inseridos no pacote turístico.

Fundamento legal – Lei 11.771/2008

Art. 27. Compreende-se por agência de turismo a pessoa jurídica que exerce a atividade econômica de intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos ou os fornece diretamente.

Desse modo, a cadeia de fornecedores, inserida no pacote turístico, responde como preposto e fica sob a responsabilidade do organizador da viagem, que deve arcar com o risco do empreendimento, se responsabilizando pela conduta de quaisquer prestadores – inseridos nessa cadeia – previamente escolhidos e contratados.

Nesse sentido, deve-se notar que o pacote turístico, definido como produto, abrange uma série de serviços, que serão prestados por fornecedores diversos, e a eles outros tantos agentes estarão vinculados. O turista simplesmente adere ao pacote de serviços ofertado pela agência, portanto, fica o fornecedor responsável pela qualidade dos meios de hospedagem, alimentação e transporte, além de outros serviços inclusos no pacote.

Importante destacar que os pacotes turísticos, de modo geral, são definidos com base na oferta (em relação à demanda), de modo a caracterizar segmentos ou tipos de turismo específicos. Assim, as características dos segmentos da oferta é que determinam a imagem do roteiro, ou seja, a sua identidade, e emba-

sam a estruturação de produtos, sempre em função da demanda. (EMBRATUR, 2010, p. 21 – modulo VI).

Dessa forma, sentindo-se lesado ou não satisfeito com o serviço, o consumidor poderá ingressar em juízo contra a agência ou contra toda a cadeia de fornecedores, posto ser o caso de responsabilidade objetiva solidária, que já foi explicada em aulas anteriores.

A afirmação mencionada anteriormente encontra fundamento na Deliberação Normativa nº 161/85 da Embratur, em seu Anexo I, itens 1.2, 1.3 e 2.2:

Fundamento legal – Deliberação Normativa 161/85

1.2 A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por eles contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência. [...]

1.3 A agência de turismo é responsável: a) pelo transporte, hospedagem, refeições, traslados, passeios locais e demais serviços turísticos, quando incluídos no programa da viagem ou excursão; b) pelo transporte e garantia das bagagens dos participantes [...]

2.2 Cumprir o programa de viagem ou excursão, na forma em que foi acordado, bem como nas condições previstas em qualquer oferta ou divulgação do programa de viagem ou excursão, especialmente as referentes: a) aos serviços oferecidos;

Os contratos turísticos devem ter uma proteção especial, em razão do seu caráter social e também econômico. O primeiro em razão das expectativas do consumidor quanto a sua realização eficiente e adequada do lazer, cultura, diversão e por que não dizer prazer? Por outro lado, há a questão dos efeitos na economia do local turístico, ou seja, envolvendo diretamente a criação de novos empregos e movimentação de capital por parte dos fornecedores diretos ou indiretos de produtos e serviços.

Assim, é de suma importância delinear em linhas claras a responsabilidade dos agentes de turismo que vendem seus pacotes e, por vezes, tentam se exonerar da responsabilidade derivada da má prestação ou inexecução dos serviços por ele recomendado ou incluso em seu pacote turístico.

Dessa forma, afirma que a culpa é sempre de terceiros, ou seja, que não deu causa ao dano, excluindo aí um dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ou seja, o nexo de causalidade. Exemplo disso é a empresa aérea que deixou de embarcar o passageiro, seja pelo cancelamento, atraso do voo ou em virtude da prática de *overbooking*; também pelo extravio de malas do passageiro. Outro exemplo é do hotel que não honrou as reservas.

Existem diversos exemplos que poderia citar, mas o importante é entender que, seja qual for o serviço que está incluso no pacote contratado, será o fornecedor (agente de viagem) responsável pela reparação dos danos ocasionados.

Conclusão

Concluimos que todos os contratos turísticos caracterizam-se como relações de consumo, posto que, para se caracterizar a relação turística, deva estar presente o fator econômico, conforme definição dada tanto pelos doutrinadores do setor, quanto pela própria regulamentação vigente.

Entretanto, nem sempre os serviços e produtos adquiridos farão parte da cadeia de consumo turístico, mas a estes a proteção legal se estenderá.

O que é importante entender é que toda relação existente entre o turista e aquele que fornece um produto ou serviço será caracterizada por relação contratual de consumo, ainda que inexistam entre as partes do negócio jurídico um contrato escrito ou verbal, mas apenas basta que as partes ajam no sentido de demonstrar a vontade de contratar. A isso chamamos de comportamento socialmente típico.

Em razão da singularidade de tais relações foi necessário a elaboração de novos conceitos contratuais, que foram expostos na Lei 11.771/2008, que encontraram semelhança com os novos princípios contratuais do direito do consumidor.

É importante notar que a responsabilização dos agentes turísticos será apurada conforme os princípios de direito do consumidor, aplicando-se nestes casos a teoria da responsabilidade objetiva, em razão de que, notadamente, os contratos de turismo são contratos de adesão, nos quais o consumidor não tem chance de discutir amplamente suas cláusulas, por estas já serem previamente definidas pelos fornecedores.



Atividade Final

Atende ao Objetivo 3

Leia esta notícia, publicada em 10 de outubro de 2011, no site do *Jornal do Brasil*.

Operação em cozinhas de hotéis de luxo no Rio apreende alimentos irregulares

Policiais da Delegacia do Consumidor, com o apoio da Delegacia de Repressão aos Crimes contra a Saúde Pública e da Delegacia Especial de Atendimento ao Turista, realizaram, nesta segunda-feira (10/10), a operação “Turismo Legal”

Durante a ação, foram vistoriadas cozinhas de hotéis de luxo na orla de Copacabana, como o Sofitel, Rio Othon Palace, JW Marriot e Pestana. Mais de 200 quilos de alimentos sem especificação e com prazo de validade vencidos foram encontrados. A cozinha do Rio Othon Palace chegou a ser interditada pela Vigilância Sanitária Municipal.

Fonte: <http://www.jb.com.br/rio/noticias/2011/10/10/operacao-em-cozinhas-de-hotéis-de-luxo-no-rio-apreende-alimentos-irregulares/>



michelmond

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1268244>

Já sabemos que se algum hóspede tivesse sofrido intoxicação alimentar, em razão de ter consumido algum alimento da cozinha do hotel, poderia requerer uma indenização pelos danos sofridos, baseado no Código de Defesa do Consumidor. Agora vamos ver se você entendeu o que estudamos nesta aula.

Com base no que você estudou, responda:

a) Tendo Sara se hospedado em um dos hotéis em que foram encontrados alimentos vencidos, em razão do pacote turístico contratado da agência de turismo Última Viagem, poderá ela requerer indenização contra a agência contratada, ou somente contra o hotel?

b) Caso Sara estivesse em outra unidade da rede de hotéis onde ocorreu o fato, mas que não tivesse sido constatada qualquer irregularidade por falta de perícia no local, poderia ela pedir a troca de hotel, baseada na suspeita de também existir comida estragada em sua cozinha?

c) Poderia Sara pedir para ela própria vistoriar a cozinha do hotel? Em que se fundamentaria Sara para solicitar sua vistoria?

Resposta Comentada

a) Ao analisar este caso, você provavelmente considerou que, embora tenha ocorrido o fato por culpa exclusiva do hotel, a agência também poderá ser responsabilizada, porque neste caso o contrato firmado de hospedagem fazia parte do produto turístico, pacote de viagem, firmado com a agência de turismo, portanto a responsabilidade será solidária.

b) Dando continuidade ao raciocínio, acredito que você tenha concluído que esta parte do contrato poderia sim ser modificada,

até mesmo porque a intenção do consumidor, quando contrata o serviço turístico é de lazer, portanto pressupondo que não deva haver qualquer prejuízo deste objeto. O caso apresentado, causa, naqueles hóspedes consumidores, preocupação e desconfiança no produto ofertado, portanto podendo ser modificada esta parte do contrato, sem que haja a perda do objeto. Desta forma, aplicando-se, neste caso, o princípio da modificação do contrato, bem como de sua conservação.

c) Você, estudante de Turismo, deve saber que é direito do turista, mas não só dele, e sim de todos os consumidores, a visitação às instalações internas da cozinha de qualquer restaurante, inclusive a de hotéis e pousadas. Esse direito decorre do princípio da transparência e informação, que está inserido em qualquer relação de consumo.

Resumo

Nesta aula, procuramos fazer o fechamento da matéria contratual, partindo do estudo das práticas comerciais exercidas no mercado de consumo e como elas se caracterizam como contratos; perceberemos que elas se caracterizam como contratuais, ainda que não haja contrato escrito, quiçá manifestação volitiva da vontade, mas simplesmente um comportamento socialmente típico de uma pessoa que tenha a vontade de contratar.

Dessa forma, restou claro que as relações comerciais sofreram consideráveis mudanças, iniciando uma verdadeira evolução da teoria do contrato.

Essa evolução teve início nas antigas relações comerciais na idade média e tendo seu maior avanço com a revolução industrial, período em que se marca a profusão de relações de massa, devido à produção massificada de produtos e serviços.

Portanto, foi necessária a criação de contratos que atendessem a toda essa nova gama de contratações, nascendo o contrato de adesão.

Contudo, com essa nova modalidade de contrato, foram percebidos diversos abusos por parte dos fornecedores que detinham maior poder econômico que seus consumidores. Foi necessário, então, criar mecanismos de proteção ao público contratante; nasceu a teoria do direito do consumidor, para regular estas novas relações contratuais.

Desse novo pensamento jurídico veio, após muitos anos de estudo, o Código de Defesa do Consumidor e, com ele, os novos princípios contratuais de direito do consumidor.

Abriu-se mão da teoria da obrigatoriedade dos contratos, para abraçar-se a idéia da preservação dos contratos, quando se visualizasse a necessidade de modificação de suas cláusulas, por abusividade ou inadequação.

Outrossim, foram inseridos diversos outros princípios de importante relevância para tais relações contratuais.

No âmbito destas novas relações contratuais vimos o reconhecimento das relações turísticas de consumo, como um setor promissor do nosso mercado consumerista.

Informação sobre a próxima aula

Agora, nas aulas seguintes, vamos adentrar mais nesse assunto, conhecendo quem é esse consumidor – turista – dando maior ênfase ao turista estrangeiro, seus direitos e deveres.

*Quando a hora de competir chegar, a hora
de se preparar já passou.*

*(Frase na piscina da Universidade de Michigan, onde Michael
Phelps treina.)*



Gabriella Fabbrì

Fonte: <http://www.sxc.hu/photo/1136141>

Legislação Turística

Referências

Aula 11

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Discurso proferido aos formandos do curso de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 10 de maio de 1988. Artigo 220.

_____, Lei 8.078 de 11 de out. de 1998. *Código de Defesa do Consumidor*. Artigo 6º, inc. I, II, III, IV e V; artigo 17, 26 inc. I e II; artigo 29, 36, §§1º, 2º, 3º.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forens, 1997.

FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Promulgada em 26 de ago. de 1789. Preâmbulo e Artigo 4º.

FRIEDE, Reis. *Curso Analítico de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque. *Dicionário de Língua Portuguesa*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

HOUAISS, Antônio. *Míni Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; Marconi, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAULO, Antônio De. *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 4ª ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÉGUIN, Elida. *Plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. 2ª Tiragem. São Paulo: Sapienza. 2005.

Aula 12

ARRUDA ALVIM, Theresa e Eduardo; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1995

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 10 de maio de 1988. Art. 98, inc. I, Art. 37, Art. 175, Parágrafo Único, inc. IV, Art.

_____. Lei 8.078 de 11 de out. de 1998. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 6º, inc. V, VI, VII, VIII e X, Art. 12, §3º, inc. I e II, Art. 14, §3º, inc. I e II, Art. 22, parágrafo único.

_____. Lei 9.099, 26 de set. de 1995. *Lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis*. Art. 1º.

_____. Lei 8.987, 13 de fev. de 1995. *Lei de Concessão e Permissão de Serviço Público*. Art. 6º, §1º.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 3187 – Voto do Desembargador Sylvio Capanema de Souza, 3ª Câmara Cível.*

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV - Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2001.

MEIREILES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAULO, Antônio De. *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIDOU, Othon. *Dicionário Jurídico*. Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

Aula 13

BRASIL Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 53 de 19 de dezembro de 2006. Art. 37, §6º. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_19.12.2006/CON1988.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2011.

_____. Lei 10.406, 10 de jan. 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei 8.078 de 11 de out. de 1998. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

_____. Ministério da Indústria e do Comércio. Empresa Brasileira de Turismo. Deliberação Normativa nº 161/85. Disponível em: <http://www.ilhagrande.com.br/pousadas/Delib_Norm_Embratur_161-1985.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações: parte especial: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

KISHIKAWA, Jorge. *Shin Hagakure: pensamentos de um samurai moderno*. Versão revisada. São Paulo: Kendoonline Livros, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIS terão que indenizar ex-diretora de colégio. <<http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do?noticia.idNoticia=928>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

SIDOU, Othon, *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004

Aula 14

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. Art. 220, inc. II. (Série Legislação Brasileira).

_____. Lei 10.406, 10 de jan. 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Art. 186, 187.

_____. Lei 8.078, de 11 de out. de 1998. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Art. 4º, inc. III, 29, 30, 31, 35, inc. I, II e III, 39, 48

BRASILEIROS relatam medo no Egito; turistas tentam voltar para casa: egípcios ignoram toque de recolher e voltam às ruas para pedir a saída do presidente Mubarak. *Estadão.com.br*, 29 jan. 2011. Caderno Internacional. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/noticias/internacional,brasileiros-relatam-medo-no-egito-turistas-tentam-voltar-para-casa,672824,0.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

DEMORA na votação da PEC 300 pode espalhar crise no país. *AME-RJ (Associação de Oficiais Militares Estaduais do Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, 1 jul. 2011. Disponível em: <http://www.assofrj.com.br/outras_noticias.htm>. Acesso em: 04 abr. 2011.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito comercial, Direito de empresa e sociedade empresária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. (Coleção Sinopses Jurídicas, 21)

LACERDA, Plínio Martins. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PROCON notifica Brahma e Skol por publicidade abusiva e lança campanha. *Folha.com*, 17 mar. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u106093.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

TRAGÉDIA provocada pela chuva na serra já fez mais de 855 vítimas: balanço de prefeituras da Região Serrana apontam 856 mortos: bombeiros e Defesa Civil ainda trabalham na busca de vítimas. *G1*, 30 jan. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/chuvas-no-rj/noticia/2011/01/tragedia-provocada-pela-chuva-na-regiao-serrana-ja-fez-mais-855-vitimas.html>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

Aula 15

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos, <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3387/as-clausulas-abusivas-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia> Publicado em 11/2002

EMBRATUR, Instituto Brasileiro de Turismo. *Técnico Especializado II e IV – Nível Superior*. Brasília/DF: Vesticon Editora, 2010.

GAMA, Hélio Zagheto, *Curso de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini e OUTROS. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito do Consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. *Contratos de Consumo, Padronizados e de Adesão*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1996.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. Revista dos Tribunais, 1996.

JUNIOR, Nelson Nery / Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.