

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ADRIANO FÁBIO CORDEIRO DA SILVA

A TUTELA PROCESSUAL
POR MEIO DAS AÇÕES EDILÍCIAS
EM FACE AOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

RECIFE
2009

ADRIANO FÁBIO CORDEIRO DA SILVA

**A TUTELA PROCESSUAL
POR MEIO DAS AÇÕES EDILÍCIAS
EM FACE AOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, pelo Programa de Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

RECIFE
2009

S237t

Silva, Adriano Fábio Cordeiro da.

A tutela processual por meio das ações edilícias em face aos vícios redibitórios nos contratos eletrônicos de consumo / Adriano Fábio Cordeiro da Silva : orientador Sérgio Torres Teixeira, 2009.
148f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2009.

1. Comércio eletrônico. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Defesa do consumidor. 4. Contratos. I. Título.

CDU – 34:004.738.5

ADRIANO FÁBIO CORDEIRO DA SILVA

**A TUTELA PROCESSUAL
POR MEIO DAS AÇÕES EDILÍCIAS
EM FACE AOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, pelo Programa de Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

DEFESA PÚBLICA em

Recife, _____ de _____ de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

1º Examinador:

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira

2º Examinador:

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, renovado a cada sonho que se concretiza.

Ao meu orientador Dr. Sérgio Torres Teixeira pela agilidade, organização, desprendimento, atenção e inestimável incentivo.

À minha família, especialmente a minha irmã Patrícia Andrea Cordeiro, por seu estímulo e exemplo pessoal.

A Izaura Matsumoto, por acrescentar razão aos meus dias.

As minhas secretárias Cicleide Maria e Débora Nathália pela presença e auxílio nas dificuldades.

Ao Dr. Manoel Canuto e Dr. Luiz Barbosa por sempre me incentivarem a busca pelo crescimento, sendo exemplos de competência, garra, determinação e disciplina.

Agradeço também, pelas muitas razões profissionais e pessoais que os próprios bem conhecem, à Emílio Duarte de Souza e Alberto Jorge do Nascimento Feitosa, pela colaboração e estímulo na realização desta pesquisa.

Aos amigos e colegas do Mestrado, especialmente, Vânia Maia e José Carlos Arruda, pelo incentivo e apoio constantes.

Aos professores da UNICAP e coordenadores do Mestrado em Direito, em especial, Manoel Severo, Jayme Benvenuto, Mirian de Sá Pereira, José Wanderley e Pe. Francisco Caetano, pela oportunidade de crescimento e confiança a mim outorgada.

A Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, a Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco - FACEPE e a Faculdade de Direito de Garanhuns por tornarem factível a realização deste trabalho.

Agradeço de antemão a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

*Aprendi que não posso exigir o amor de
ninguém. Posso, apenas, dar boas razões
para que gostem de mim e ter a paciência
para que a vida faça o resto...*

William Shakespeare

RESUMO

Consta o presente, de um levantamento bibliográfico sobre aspectos controversos das relações de consumo quando diante da detecção de vícios redibitórios em produtos adquiridos via Internet. Almeja o entendimento das implicações que esse meio de contratação traz para a sociedade em suas relações comerciais nas quais, por tal razão, o Direito, conseqüentemente, também precisa tutelar. Discutem-se, aqui, as conseqüências das relações de consumo, com destaque aos vínculos estabelecidos entre consumidor e vendedor, em meios eletrônicos, mostrar-se-ão as diferenças entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, com destaque para a postura que deve ser assumida para se conseguir a tutela processual por via das ações edilícias diante dos vícios redibitórios em casos de contratos de caráter consumerista. A metodologia repousará no alicerce da doutrina sem esquecer de analisar os modernos meios de informações disponíveis. Para aprofundar a análise adequada da realidade e dos contratos realizados por meio dos que praticam o comércio eletrônico.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Edilícias; Vícios Redibitórios; Comércio Eletrônico; Relação de Consumo.

ABSTRACT

Is in the present, a literature survey on controversial aspects of the relations of consumption when faced with the prohibitive detection of defects in goods purchased via the Internet. Aims to understand the implications that this method of procurement brings to society in their trade relations in which, for this reason, the law, therefore, also needs to protect. We discuss here the consequences of consumer relations, with emphasis on links established between consumer and seller, electronic media show will be the differences between the Code of Consumer Protection and the Civil Code, with emphasis on posture should be taken to achieve the procedural protection by the actions of defects before edilicias prohibitive in cases of contracts consumerist character. The methodology will rest on the foundation of the doctrine without forgetting to consider the modern means of information available. To deepen the analysis of reality and appropriate contracts made by means of practicing e-commerce.

KEYWORDS: Actions edilicias; Vice prohibitive; Commerce, Consumer Value.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – VÍCIOS REDIBITÓRIOS.....	12
1.1 Evolução Histórica	12
1.1.1 Roma.....	14
1.1.2 Na Idade Média	17
1.1.3 Idades Moderna e Contemporânea.....	20
1.1.4 No Direito Brasileiro	23
1.2 Evolução legal do conceito de Vícios Redibitórios no Direito Pátrio	25
1.3 Conceitos de Erro e de Vício Redibitório	28
1.4 Requisitos dos vícios redibitórios.....	31
1.5 Vícios Redibitórios nos contratos eletrônicos de consumo	32
CAPÍTULO II – A NOVA TEORIA CONTRATUAL E AS PARTICULARIDADES DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	34
2.1 Conceito e Evolução do Comércio Eletrônico.....	34
2.2 Contratos eletrônicos via internet	36
2.2.1 A nova teoria contratual	37
2.2.2 Contratos por adesão e a nova técnica de contratação em massa.....	39
2.2.3 A contratação entre ausentes e entre presentes.....	43
2.2.4 Formação dos contratos eletrônicos de consumo	52
2.2.5 Princípios que norteiam a contratação eletrônica	55
2.2.6 Princípio da boa-fé contratual	58
2.3 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos.....	61
2.3.1 Conceito de consumidor no sistema jurídico brasileiro	63
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES ELETRÔNICAS DE CONSUMO.....	69
3.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço	75
3.2 Responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço	79
3.2.1 Vício de Qualidade e Quantidade nos produtos.....	82
3.2.2 Vícios de Qualidade e Quantidade nos serviços.....	84
3.3 Teoria da Confiança	85
3.4 Teoria da Qualidade	89
3.5 Teoria do risco do empreendimento	90
3.6 A sanção dos vícios: prazos	91
3.7 Hipóteses de isenção e excludentes da responsabilidade civil na relação de consumo	94
3.7.1 Caso fortuito e a Força maior.....	96
3.7.2 Culpa exclusiva da vítima.....	99
3.7.3 Causas de Exclusão de responsabilidade nos serviços.....	100

CAPÍTULO IV – AS AÇÕES EDILÍCIAS COMO INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DE VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	101
4.1 As dificuldades do Acesso à Justiça dos Consumidores Virtuais	101
4.2 Meios de Defesa e Garantias Processuais no comércio eletrônico	103
4.3 Generalidades das Ações edilícias	106
4.3.1 As Ações edilícias nas Relações de Consumo	110
4.3.2 Particularidades da Ação Redibitória	113
4.3.3 Particularidades da ação estimatória ou <i>quanti minoris</i>	116
4.3.4 Observações gerais sobre essas ações.....	117
4.4 As Ações Edilícias e o Diálogo das Fontes.....	121
4.5 As Ações Edilícias e o Comércio Eletrônico de Consumo	124
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	137
APÊNDICE	141

INTRODUÇÃO

A presente dissertação apresenta a conclusão das pesquisas empreendidas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP –, com área de concentração em Direito, Processo e Cidadania.

Inúmeros são os questionamentos existentes no mercado no que concerne a meios processuais que possam garantir a segurança jurídica dos negócios realizados eletronicamente, haja vista a vulnerabilidade do chamado "ambiente virtual".

É fato a exigência do homem moderno pela criação de equilíbrios novos no plano dos contratos, para que o Direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização de novas e modernas técnicas de consumo. Pugna-se, entretanto, que os princípios éticos sejam sempre respeitados.

É de indiscutível importância, face ao dinamismo da ordem econômica dos dias atuais, o estudo sobre o papel do Estado frente ao desafio de proporcionar adequados meios processuais, afrontando-se, por ser, precipuamente, imperativa à sua própria existência, a chamada *anomia jurídica*, que consiste na ausência de norma acerca de determinada conduta ou é definida como violação da lei; ilegalidade; falta de lei pré-estabelecida; existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo comportamento humano.

As ações processuais previstas para dirimir conflitos face aos vícios redibitórios nas relações jurídicas de consumo eletrônico permanecem as mesmas que foram previstas para o comércio tradicional. Permaneceriam as ações edilícias, ainda eficazes, céleres e efetivas às novas formas de contratação? Oferecem estas ações, adequada tutela processual, face aos vícios redibitórios incidentes nos produtos e serviços contratados por meio do comércio eletrônico?

O fenômeno da contratação no comércio eletrônico, multiplicado após o surgimento da era digital, suscita e nos desafia ao estudo constante das mudanças processuais que se façam necessárias para que assegure a segurança jurídica, a confiança e a credibilidade nas relações jurídicas, econômicas e de consumo celebradas nesse novo espaço aberto à sociedade do século XXI.

Pouco ainda foi escrito, especialmente no Brasil, sobre a proteção do consumidor na contratação por meio eletrônico. Efetivamente, a distância física, a imaterialidade do meio eletrônico, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso dos instrumentos jurídicos tradicionais de proteção dos consumidores, em especial as que dizem respeito à garantia legal quantos a vícios e defeitos dos produtos e serviços.

Esta dissertação está estruturada em quatro capítulos, além desta introdução e da conclusão. No primeiro deles, estudaremos os vícios redibitórios e o entrelaçamento dos aspectos históricos e jurídicos, por facilitar o entendimento do verdadeiro ambiente no qual se desenvolveram as sociedades e o Direito atuais. Focaremos nossas observações na evolução legal do conceito de vícios redibitórios no Direito Pátrio, diferenciando-lhe do erro, perscrutando seus requisitos e aprofundando a análise desses vícios quando incidentes nas relações jurídicas de consumo, estabelecidas no meio virtual de comercialização e contratação.

No segundo capítulo estudaremos os contratos eletrônicos, que desde o surgimento da internet, dominam a cena comercial e problematizam a esfera jurídica, pois buscam modernizar, agilizar a distribuição e o acesso de produtos e serviços através do meio virtual. Visualizaremos o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios por meio de sistemas e redes eletrônicas que abrangem qualquer forma de informação comercial, englobando atividades negociais juridicamente relevantes, prévias e posteriores às vendas ou à contratação.

No terceiro capítulo estudaremos a responsabilidade do alienante nas relações eletrônicas de consumo e as transformações jurídicas econômicas e sociais ocorridas após as Revoluções Industrial e Tecnológica que geraram uma sociedade de consumo em massa. O desenvolvimento prodigioso dos meios de oferta e comercialização de produtos ou serviços estarrecem e maravilham, doutro lado produzem riscos constantes às integridades física e patrimonial do consumidor. O novo paradigma da responsabilidade nas relações jurídicas de consumo se revela crucial à promoção da segurança jurídica e contratual, cuja inalterabilidade, o ordenamento jurídico deve manter e assegurar.

Estudaremos também nesse capítulo as hipóteses de isenção e as excludentes da responsabilidade civil almejando discutir, a *posteriori*, a tutela processual por meio dos remédios edílicos disponíveis ao consumidor que busque

reparar judicialmente desequilíbrios patrimoniais decorrentes dos vícios incidentes nas aquisições consumadas pelo meio virtual.

No quarto e último capítulos estudaremos a redibição (anulação), por via judicial, pelo adquirente, da compra da coisa móvel ou semovente, em virtude desta possuir vícios ou defeitos ocultos, não declarados durante a comercialização, que a tornem imprópria ao uso a que seria destinada ou lhe diminuam o valor.

Analisaremos as formas jurídicas de defesa previstas na legislação, pois o Código de Defesa do Consumidor, assim como o Código Civil, previu as ações edilícias para dirimir conflitos em que se pretenda a rescisão do contrato ou a restituição monetária equivalente ao vício do produto. Adentraremos nas características processuais da ação redibitória, que almejam a rescisão contratual acompanhada da devolução do produto viciado ou defeituoso com restituição integral do valor pago; bem como da ação Estimatória ou *quantum minoris*, que pleiteia abatimento proporcional do preço de aquisição, porém com a permanência do produto viciado.

Estudaremos, ainda, o incremento da vulnerabilidade do consumidor virtual em razão das várias assimetrias, de caráter econômico, tecnológico e informativo, e o papel do Estado na difícil tarefa da promoção da segurança jurídica face à satisfação dos anseios de proteção normativa dos que celebram negócios jurídicos por meio do comércio eletrônico.

Por fim, observaremos que dessas constatações surgem diversos aspectos controvertidos que, por não terem ainda regulamentação específica na legislação pátria em vigor, conta com soluções parciais no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, o que, em síntese, justifica e enobrece ainda mais o desafio a que nos propusemos ao estudar esse instigante tema.

CAPÍTULO I – VÍCIOS REDIBITÓRIOS

1.1 Evolução Histórica

É de indiscutível importância acadêmica o estudo do entrelaçamento dos aspectos históricos e jurídicos, por facilitar o entendimento do verdadeiro ambiente no qual se desenvolveram as sociedades e o Direito atuais.

Destarte, iniciaremos nosso trabalho por uma breve análise histórica sobre os vícios advindos do cumprimento inadequado das relações jurídicas obrigacionais.

Segundo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães¹ as primeiras referências legais acerca dos vícios por cumprimento defeituoso das obrigações podem ser observadas no Direito Sumério, mais especificamente no código de Hamurabi, na regulação das obrigações provenientes da comercialização e da compra e venda de escravos e nas obrigações advindas da prestação de serviços inerentes à construção de casas ou navios.

O Código de Hamurabi², por volta de 1.694 a.C., foi o primeiro diploma legal escrito que previa a possibilidade do adquirente resolver o contrato de compra e venda de escravos acometidos por doenças graves; requerer indenização aos mercadores, em caso de serem os escravos posteriormente reivindicados; ou até responsabilização do empreiteiro pelo critério do *ius talionis*³ caso sobreviessem danos ao dono da obra.

O conceito de vícios ocultos⁴ e de ação redibitória⁵ tem sua origem na Grécia Antiga⁶, mais precisamente no Código de Corvina.

¹ Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade e Insegurança. p. 25

² Atualmente em exposição no Museu do Louvre em Paris, o Código de Hamurabi é uma coletânea de leis da época com duzentos e oitenta dois parágrafos talhados em escrita cuneiforme acádica e numa rocha de diorito, quebrando com o costume de leis transmitidas apenas pela forma oral.

³ O termo talião de origem latina *tálio + onis*, significa castigo na mesma medida da culpa. Foi a primeira delimitação do castigo: o crime deveria atingir o seu infrator da mesma forma e intensidade do mal causado por ele. O famoso ditado “olho por olho, dente por dente” foi acolhido como princípio de diversos códigos como o de Hamurabi e pela Lei das XII Tábuas (*Lex XII Tabularum*)

⁴ Vício oculto é aquele que existe, real ou potencialmente, no momento da compra e não é facilmente identificável pelo consumidor.

⁵ Instrumento que dá, ao consumidor, o direito de rescindir o contrato, assinado no ato da compra, ou de obter o dinheiro pago por determinado produto de volta, quando esse estiver viciado.

⁶ A civilização grega surgiu entre os mares Egeu, Jônico e Mediterrâneo, por volta de 2000 AC. Formou-se após a migração de tribos nômades de origem indo-europeia, como, por exemplo, aqueus,

Os gregos se caracterizavam pelo esmero ao buscar evitar a exploração do seu povo pelos mercadores⁷, prevendo, inclusive, punições em caso de omissão dolosa⁸ de vícios dos escravos.

Segundo Otto de Souza Lima “os Gregos puniam a fraude com rigor”⁹. O comércio dos escravos, importante economicamente à época, era realizado no mercado público, onde os inspetores conhecidos como agorânomos¹⁰ disciplinavam e resolviam os conflitos e lides próprios dessa atividade comercial.

Era obrigatório ao comerciante estrangeiro comunicar ao adquirente grego todo e qualquer vício do escravo, sendo considerado defeito, qualquer doença de difícil cura ou longa duração nos escravos, independentemente do conhecimento prévio do comerciante, o que ocorrendo, facultava ao comprador a possibilidade de propor ação redibitória num prazo de seis meses até um ano, a depender da gravidade da doença.

Sabe-se, entretanto, que o direito grego conheceu a ação redibitória apenas com relação aos escravos, não se estendendo a proteção aos adquirentes de animais ou de outros bens móveis e imóveis¹¹.

Em conclusão, a ação redibitória nasce da ideia de necessidade da proteção aos mercados para garantir e estimular o comércio, fonte de inesgotável riqueza de um povo comerciante por tradição e que tinha no escravo a base de sua economia. Assim podemos resumir a ideia de vício oculto da Grécia antiga: (a) a proteção era conferida apenas aos adquirentes de escravos (não aos adquirentes de outros bens móveis, imóveis ou semoventes) para os casos em que portassem moléstias físicas ou psíquicas; (b) tais moléstias tinham que estar ocultas, pois se adquirente as conhecesse, não podia alegar ignorância; (c) o único direito decorrente do vício seria a redibição do contrato com a devolução com o valor pago pelo escravo, salvo os

jônios, eólios e dórios. As pólis (cidades-estado), forma que caracteriza a vida política dos gregos. As duas pólis mais importantes da Grécia foram: Esparta e Atenas.

⁷ Mercadores eram grupos de comerciantes, que compravam para revender, no período da Idade Média (séc. XII e XIII). Eles dominaram junto com os chefes de corporações, as cidades, formando a aristocracia urbana.

⁸ Também conhecido como dolo negativo ou omissivo, é o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado.

⁹ Otto de Souza Lima. Teoria dos Vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 268, *apud* Paulo Jorge Scartezini Guimarães. Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade e Insegurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

¹⁰ Inspectores dos mercados gregos, em número de dez, que atuavam como polícia da Ágora, espaço público onde também se realizavam as discussões políticas, as trocas e o comércio.

¹¹ José Fernando Simão. Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. p. 44

casos de dolo do adquirente, hipótese em que o valor da devolução seria em dobro ou até em triplo; (d) não havia direito ao abatimento do preço, sendo desconhecida pelos gregos a ação *quanti minoris*¹².

1.1.1 Roma

O direito romano é fonte dos principais sistemas jurídicos modernos, sendo ele dividido em três períodos: o direito antigo ou pré-clássico (de 754 a 126 a.C.); o direito clássico (de 126 a.C. a 305 d.C.) e, por último, o pós-clássico (de 305 a 505 d.C.).

Inicialmente, inexistia responsabilidade do vendedor por vícios da coisa. Posteriormente, o vendedor passa a responder pela obrigação advinda de uma declaração expressa não formal chamada *dicta in mancipio*. E, por fim, já nos tempos finais do direito romano, a responsabilidade abrange todas as transações.

A *mancipatio* era uma forma de aquisição da propriedade, onde o vendedor teria a obrigação de garantir o comprador contra a evicção¹³ e pelo fiel cumprimento das declarações realizadas no ato da venda, a exemplo da metragem ou extensão da propriedade. Sendo essa a única garantia ou espécie de proteção legal do comprador pelos vícios no período pré-clássico.

Posteriormente, as declarações emanadas pelo vendedor no ato da comercialização em forma de promessas inerentes as suas mercadorias (*stipulatio*) passaram a comprometer e responsabilizar o mesmo, pois o comprador poderia pleitear, através de ação indenizatória, conhecida pelo nome de *actio empti*, a redibição e o ressarcimento dos danos sofridos.

Surgem, então, em Roma, os edis, magistrados menores da República Romana que tinham por função a gestão dos assuntos relativos aos mercados públicos¹⁴. Os edis (do latim *aediles curules*) eram policiais patrícios que exerciam seu ofício gratuitamente durante um ano. Acumulavam a jurisdição na qualidade de

¹² Trata da ação de devolução do dinheiro para o consumidor, lesado por produtos viciados.

¹³ Evicção é a perda da coisa em virtude de sentença judicial que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato. GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. p. 118.

¹⁴ Ignácio Maria Poveda Velasco. *Compra e venda: Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios no direito romano*. 1990. Dissertação (mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 55.

magistrados menores, podendo estabelecer as normas, julgar lides e dirimir conflitos relativos aos contratos celebrados no mercado público de Roma.

Os edis publicavam, após o término dos seus respectivos mandatos, os famosos e importantes editos que continham o *direito edilício*¹⁵ e as ações respectivamente criadas por estes magistrados menores intituladas ações edilícias.

Em nenhum desses períodos nem em todo o Direito romano ou Direitos das civilizações e povos anteriores, os textos ou ordenamentos legais admitiram a responsabilidade do vendedor pelos vícios facilmente perceptíveis pelo comprador, os chamados vícios aparentes, vícios estes que deveriam ter sido notados pelo adquirente quando da aquisição.

Também não reconheciam como sendo vícios que gerassem responsabilidade para o mercador as impropriedades, imperfeições ou falhas que houvessem sido comunicadas ao adquirente-comprador até o ato da aquisição dos produtos ou serviços.

A ocultação dolosa de um defeito fazia nascer a responsabilidade do alienante-mercador. Entretanto, dificilmente o adquirente conseguia provar que o vendedor conhecia previamente os vícios que não lhes fora comunicado, tornando quase impossível, na prática, a vitória judicial¹⁶.

Em Roma, desde os tempos de Cícero em 106 a.C. era considerada contrária à boa-fé o vendedor não comunicar os vícios existentes e por ele sabidos.

Também era considerado ato atentatório à boa-fé quando o comprador solicitasse ao vendedor o desfazimento do negócio ou abatimento do preço pago e o vendedor se recusasse, alegando apenas desconhecer tais vícios, pois nestes casos, persistia o direito do comprador a redibição ou até indenização pelos danos sofridos em virtude dos vícios ocultos ou redibitórios das mercadorias.

Otto de Souza Lima, acompanhando a opinião de Ricardo Fubini, acredita que a lei das XII tábuas (451 a.C.) já continha um germe da ideia de responsabilidade do vendedor pelo vício oculto da coisa¹⁷.

¹⁵ É aquele cuja a incidência restringia-se aos negócios realizados nos mercados públicos de Roma. A compra e venda celebrada fora da jurisdição especial dos *edis curuis* atraía a incidência dos *ius civile*.

¹⁶ Ricardo Fubini, *La teoria dei vizi redibitorii*. Torino: Fratelli Bocca, 1906. p. 4-5, *apud* Paulo Jorge Scartezini Guimarães. *Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade e Insegurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

¹⁷ *Ibidem*.

Conforme José Fernando Simão “existia a responsabilidade por vícios ocultos por força de contrato mesmo antes da criação edilícia”¹⁸.

Assim, em que pese o fato do direito arcaico ter previsto as formas de assunção de responsabilidade do alienante por vícios ocultos de animais e escravos, tal responsabilidade surgia apenas da convenção entre as partes e somente os *edís curiles* disciplinaram a matéria e ampliaram a ideia a todas as compras e vendas efetuadas nos mercados, independentemente de avença firmada entre o vendedor e o comprador.

Antes do direito edilício, portanto, a garantia por vícios do bem não decorria do contrato de compra e venda, mas pura e simplesmente de um contrato autônomo e distinto (*stipulatio*).

Com o surgimento do direito ediliciano, mesmo que direito edilício, imposições e deveres legais passam a ser exigidos dos mercadores, vendedores de escravos e de animais.

O comércio de escravos geralmente realizado pelos peregrinos¹⁹ era vital para a economia romana, gerava muitos impostos e fomentava a agricultura.

A atuação dos *edís* se dava nas feiras livres ou mercados públicos e, segundo o direito edilício, a responsabilidade do vendedor pelos vícios da mercadoria estava implícita nestes contratos de compra e venda e, portanto, persistiria a responsabilidade pelos vícios, independentemente do seu conhecimento pelo vendedor ou até mesmo da impossibilidade de conhecê-lo.

Eram requisitos para caracterização do vício redibitório:

- a) que ele prejudicasse totalmente ou parcialmente a utilização da coisa, porém nesta última hipótese o prejuízo deveria ser relevante; assim, se o defeito fosse pequeno e não afetasse a coisa ou o trabalho dos escravos, não se podia falar em vício; b) que o defeito fosse oculto, ou seja, que não pudesse ser notado pelo adquirente (*bonus pater familias*) sem a indicação do vendedor ou que dele não tivesse prévio conhecimento; c) que o vício fosse anterior ao contrato, isso porque, se fosse posterior, era considerado caso fortuito, que o comprador devia suportar. Atente-se que havia uma posição no sentido de que o defeito que surgisse nos três dias seguintes ao da compra, devia ser tido como um defeito existente ao tempo da transação; d) que a venda não fosse judicial²⁰.

¹⁸ Op. Cit. p. 46.

¹⁹ Eram todos que tomavam parte numa jornada empreendida, por motivos religiosos, a um lugar considerado, de algum modo sagrado, ou milagroso. São pessoas que estão sempre em movimento, passando por territórios alheios em busca de uma interação, clareza, um destino para o próprio espírito, para que este possa apontar o melhor caminho a seguir.

²⁰ Paulo Jorge Scartezini Guimarães, op cit. p. 41.

1.1.2 Na Idade Média

A Idade Média é o período histórico que vai da fragmentação do império romano até a queda de Constantinopla no ano de 1453 d.C. A alta idade média vai do final do séc. VI até o séc. X e a baixa idade média do século XI ao XV.

Os historiadores narram que nessa época existiu certo imobilismo no estudo do direito e, assim como todos os outros, o instituto do vício redibitório retroage, pois o comércio era tido como uma atividade mundana, o lucro entendido como pecaminoso e o mercador impossibilitado de servir a Deus, conforme exigia a Igreja Católica hegemônica e contemporânea daqueles idos tempos do feudalismo.

O recuo da atividade comercial corroborava uma economia fechada e feudal onde as sobras da subsistência deveriam ser alvo de trocas e não do comércio alicerçado no lucro da compra e venda.

O primitivismo jurídico; a substituição da sociedade escravagista pela feudal; o domínio da igreja cristã; a ausência de efetividade do poder político; a descentralização do poder; a ruralização da economia; e o vazio no campo jurídico caracterizam essa época pela grande dúvida sobre o destino dos éditos e sobre a utilização das ações edilícias.

Segundo Otto de Souza Lima “o édito edilício foi abandonado e as ações edilícias foram fontes de controvérsia, já que eram utilizados pelos compradores para, sob o fundamento de um vício muitas vezes provocado, desfazer o negócio”²¹.

Segundo alguns doutrinadores, havia incerteza sobre a possibilidade de utilização indistinta das ações *quantum minoris* e redibitórias e se elas só poderiam ser usadas pelo adquirente em situações predeterminadas.

Para se ter uma ideia do imobilismo jurídico dessa época, no que concerne à utilização das ações edilícias, o código visigótico, publicado em 604, retratando influências dos direitos romano, germânico e principalmente canônico, nada referiu acerca dos vícios redibitórios.

No direito germânico inexistia responsabilidade do vendedor por vícios nos animais, já a ação redibitória, e somente esta ação, poderia ser proposta, em curtíssimos prazos, e apenas mediante a ocorrência de defeitos dolosamente ocultados pelo vendedor ou no caso de vícios já previamente disciplinados pela Lei.

²¹ Otto de Souza Lima. Op cit. p. 144-149, *apud* Paulo Jorge Scartezini Guimarães. Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade e Insegurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

No direito lombardo²², caracterizado como consuetudinário, a responsabilidade pelo vício oculto exigia provas de culpa subjetiva do vendedor, o que poderia ser afastado com o simples juramento do vendedor de que desconhecia tais vícios.

Na baixa idade média resplandece uma nova consciência jurídica e se desenvolve o direito europeu enquanto ciência (*ius commune*). Ressurge o comércio e tomam força os estudos dos textos legais baseados no direito romano, agora desenvolvidos pelos glosadores e pós-glosadores.

Nessa fase, os textos legais aceitavam tanto as ações edilícias como a *actio empti*, ficando a ação redibitória limitada aos defeitos graves e a *actio empti* a ciência do defeito pelo vendedor ou se este tivesse assegurado a existência de uma qualidade ou a inexistência do vício.

Por volta do ano de 1200 aparece no direito germânico a distinção entre vício essencial²³ e não-essencial, cominando no surgimento da ação estimatória para quando o vício não fosse essencial.

Coube, historicamente, às ordenações manuelinas²⁴ trazer o primeiro regime jurídico geral sobre o vício, baseando-se no direito consuetudinário, adotando as lições dos *edís curuis* determinando prazo de até um mês, a contar da tradição, para o exercício da propositura da ação redibitória e estimatória.

Nas Ordenações Filipinas²⁵ acatou-se a incidência dos vícios provenientes de falsas declarações do vendedor sobre a qualidade da coisa ou inexistência de defeito em todo e qualquer contrato oneroso translativo de propriedade, podendo as

²² Originou-se no Norte da Alemanha e fixou-se na Itália, conservando seus antigos costumes e fazendo vigorar o princípio da personalidade do Direito.

²³ Também chamado de erro substancial, diferencia-se dos vícios redibitórios por caracterizar não um defeito material oculto (próprio dos vícios redibitórios), mas sim um defeito subjetivo, que macula a vontade do adquirente. A coisa objeto da declaração é diferente da que o declarante tinha em mente, ou, pelo menos, falta-lhe uma qualidade importante, com a qual o adquirente tinha razões para contar. Como ocorre erro na manifestação da vontade do adquirente, impõe-se a rescisão do contrato, pois um elemento essencial do negócio jurídico foi viciado pela falsa concepção da realidade. Entretanto, tal distinção não possui apenas interesse teórico, mas também consequências práticas, como as relativas às ações cabíveis. Quando da observância do vício redibitório, a ação proposta é a ação redibitória, que põe fim ao negócio, ou à ação *quanti minoris*, que pleiteia o abatimento do preço. Já quando se observa o erro substancial, deve ser proposta a ação anulatória.

²⁴ Era uma nova codificação que D. Manuel I promulgou, em 1521, para substituir as Ordenações Afonsinas. Dois motivos fundamentais para explicar a decisão do rei apontam-se: a descoberta da imprensa e a necessidade de correção e atualização das normas, assim como a modernização do estilo afonsino; além disso, acrescentar às glórias do seu reinado uma obra legislativa.

²⁵ Foi o novo código elaborado por D. Filipe I e é, na sua essência, a concretização da reforma das leis manuelinas.

ações redibitórias ser propostas de seis meses e as ações *quanti minoris* no prazo de até um ano a contar da tradição.

Nessa fase, prevalecia a responsabilidade do vendedor pelo vício, podia o comprador utilizar-se das ações edilícias e pleitear danos caso o vendedor houvesse agido com dolo.

O direito canônico²⁶ e os manuais da Igreja Católica regravam o comportamento dos cristãos no comércio. Pecava o vendedor que comercializasse mercadoria viciada na quantidade ou qualidade, bem como o comprador que recebesse mais do que houvesse adquirido.

Em síntese, o direito privado moderno está lastreado nos ensinamentos do direito romano, nas compilações dos direitos tribais do domínio franco, no direito canônico, fazendo surgir o direito privado dos povos hodiernos.

Após o término da Idade Média e agora durante a idade moderna, surge a doutrina do *caveat emptor*²⁷ (que em latim significa *acautele-se o comprador*). Tal doutrina se iniciou no século XVI e teve larga e profícua influência sobre o ordenamento jurídico até meados do século XIV.

Segundo alguns doutrinadores, o domínio do *caveat emptor* durou até 1870, tendo os Estados Unidos e a Inglaterra como seus maiores expoentes no *Common Law*.

Nessa doutrina o vendedor deveria ser encarado com desconfiança pelo comprador, pois a este último, o adquirente, caberia toda a responsabilidade pelos atos e consequências resultantes da aquisição.

Aceitava-se, entretanto, que, em caso de dúvida, solicitasse o comprador garantias ao vendedor, muito embora não fossem essas garantias obrigatoriamente prestadas pelo vendedor.

Também inexistia, segundo essa doutrina, obrigação do vendedor em prestar informações, portanto, o comprador prudente acreditava apenas nos dados que pudesse constatar. Do contrário, agiria com negligência e, conseqüentemente, seria responsabilizado, não podendo abrigar-se em qualquer proteção legal, pois inexistiam.

²⁶ É o conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pelas autoridades competentes da Igreja Católica, que determinavam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios.

²⁷ São regras nas Leis de contrato que determinam que o vendedor não garante a qualidade do produto ofertado. Atribuí ao consumidor uma atitude ativa ou nada poderá depois reivindicar.

Os Ordenamentos Jurídicos da época determinavam que o comprador deveria se acautelar das suas próprias certezas e convicções, sendo os riscos consequentes das suas aquisições, inteiramente seus.

A influência jurídica das disposições legais inerentes ao *caveat emptor* foram tamanhas, que valiam para todas as relações contratuais, sendo inclusive aceita, prevista e considerada justa para os contratos de locação de coisas ou serviços existentes à época.

Dizem os estudiosos que se queria proteger por princípio basilar, por meio da utilização da regra do *caveat emptor* não era, prioritariamente, o critério de justiça almejado pelas partes investidas nas tratativas e nos negócios, mas a satisfação do individualismo característico do liberalismo econômico, a certeza da segurança, da concretude e continuidade das relações jurídicas.

Segundo Paulo Jorge Scartezini Guimarães²⁸, essa doutrina, todavia, não foi aceita de forma absoluta. Alguns a consideravam como imoral e como exceção não a aplicavam quando a inspeção pelo comprador tivesse sido impossível, *id est*, se a mercadoria estivesse ainda no navio, quando o vendedor tivesse agido de forma dolosa para omitir o defeito ou ainda quando o vendedor tivesse dado uma garantia.

Longe de obter unanimidade, a Igreja Católica contemporânea inicialmente tergiversou, cabendo a São Thomas de Aquino declinar que o vendedor deveria responder pelos defeitos da coisa, exceto quando de sua obviedade. Entretanto, com o novo entendimento de que o comércio poderia ser útil, tanto ao homem quanto a Deus, a Igreja católica preferiu, comodamente, beneficiar-se direta e indiretamente, passando a fechar os olhos para os malefícios dessa teoria.

1.1.3 Idades Moderna e Contemporânea

Asseveram os historiadores que a idade moderna se caracteriza por ser uma época de importantes transições. Conhecido como um período mais específico da história do ocidente, o seu início foi marcado pela tomada de Constantinopla pelos Turcos para uns estudiosos, ou pela viagem de Cristovão Colombo ao continente americano em 1.492 para outros historiadores.

²⁸ Op. Cit. p. 48

Já a finalização da Idade Moderna, ocorre em meados de 1789 com a Revolução Francesa. O fato é que a dificuldade para se determinar cronologicamente uma data precisa está ligada às divergências sobre o nascimento e evolução do sistema capitalista.

Os tempos ditos modernos marcam a substituição do modo de produção da economia feudal para o modo de produção determinado pelo novo sistema econômico, o capitalismo, caracterizando uma sociedade inicialmente pré-industrial para depois tornar-se industrial.

Esse período da história se notabiliza pelo Renascimento comercial, econômico e científico; pela retomada e crescimento das feiras; pelo crescimento populacional; pelas aglomerações nas grandes cidades; pelo desenvolvimento das manufaturas; pela produção em escala numa economia agora de massas; pelo surgimento e proliferação do trabalho assalariado; pelas navegações expansionistas; pelas rotas comerciais terrestres e marítimas; pelo aparecimento da burguesia integrada por banqueiros, artesãos, camponeses e mercadores.

Assistimos, assim, ao crescimento do valor econômico do dinheiro e ao engrandecimento do comércio com a multiplicação das transações comerciais que, por fim, superam e transpassam a importância econômico-social da terra.

Surgem as codificações dos séculos XIX e XX baseadas nos ensinamentos jurídicos romanos mais modernos, aqueles do período Justiniano²⁹, porém agora já sob a influência e modelagem do liberalismo econômico social.

Examinemos neste momento, rapidamente, alguns dos códigos que, de certa forma, influenciaram o Código brasileiro no que concerne ao direito edilício.

O primeiro código da Era moderna surge na França em 1804, conhecido como código napoleônico. Tal diploma legal lastreado no direito romano determinava em linhas gerais, nos seus Arts. 1.641 a 1.646, que: 1) O alienante era responsável pelos vícios ocultos da coisa vendida, que a tornem imprópria ao uso ao qual seria destinada ou que diminuam seu uso de tal modo que o comprador, se conhecesse, não o teria adquirido, ou teria pago preço menor, isso independentemente de culpa; 2) Aceitava-se a cláusula de exclusão da garantia e que inexistia responsabilidade do vendedor por vícios aparentes; e 3) Previu as mesmas ações do direito romano,

²⁹ Os historiadores do direito costumam dividir o direito romano em fases. Um dos critérios empregados para tanto é o da evolução das instituições jurídicas romanas, segundo o qual o direito romano apresentaria quatro grandes épocas: Época Arcaica (753 a.C. a 130 a.C.); Época Clássica (130 a.C. a 230); Época Pós-Clássica (230 a 530); e Época Justiniana (530 a 565).

ações redibitórias e *quantum minoris*, acrescida da *actio empti* em caso de responsabilização dolosa por parte do alienante. Entretanto, não fixou prazos específicos para propositura de tais remédios processuais deixando para o magistrado analisar sobre a conveniência e razoabilidade dos mesmos.

O segundo código (ABGB) da Era moderna surge na Áustria em janeiro de 1812, notabilizando-se pela simplicidade com que tratavam todos os temas, inclusive os conflitos inerentes aos vícios. Tal diploma legal lastreado no direito romano determinava em linhas gerais, nos seus parágrafos 922 a 928 que: 1) O instituto do vício pertence à teoria do inadimplemento; 2) A ação redibitória só caberia quando o vício fosse insanável e proposta no prazo de seis meses para as coisas móveis e três anos para as imóveis; e 3) Independentemente de culpa do alienante, o comprador sempre tem direito à indenização por vícios.

O terceiro código da Era moderna foi editado em Portugal precisamente em 1813. Tratava-se do código comercial, que em seus arts. 484 a 489, disciplinavam os vícios e as ações edilícias. Posteriormente, em 1867 surge o Código Civil português, tendo os códigos acima referidos disciplinado em linhas gerais que: 1) Inicialmente, no código comercial, o defeito estaria ligado ao uso a que a coisa se destinava; 2) Inexistia responsabilidade do vendedor pelos vícios aparente e conhecido pelo comprador; e 3) O comprador poderia propor ações indenizatórias e redibitórias, exceto nas vendas feitas por autoridade judicial.

O quarto código da Era moderna foi publicado em 1865 pelos italianos. O primeiro Código Civil da Itália embasava-se no direito romano e canônico, mas sofreu influência decisiva dos ensinamentos do código napoleônico francês e regulou o instituto dos vícios nos artigos 1462, 1481, 1498, 1499 e 1501.

O direito italiano prevê a regulação dos vícios redibitórios também no atual Código Civil editado em 1942. Notabilizam-se estes importantes códigos civis italianos de 1865 e o em vigor desde 1942 por: 1) Determinar, no revogado Código Civil de 1865, prazo decadencial para a propositura das ações edilícias e acatar ações indenizatórias apenas quando da conduta dolosa do vendedor; 2) Entender o atual Código Civil italiano de 1942 que o prazo é prescricional para propositura das ações edilícias e por não mais exigir dolo do alienante para as ações indenizatórias movidas pelo comprador; e 3) Distinguir o código atualmente em vigor desde 1942 as noções de vícios redibitórios e de ausência de qualidade.

O Código Civil espanhol de 1889, quinto código dos tempos modernos, regulamentava os vícios ocultos nos Arts. 1.484 a 1.499. Formado pela união do direito romano e do direito germânico, caracteriza-se por entender no tocante ao instituto dos vícios que: 1) Exige-se regulação diferenciada para a proteção do comprador em relação a determinadas coisas, como imóveis, escravos e animais; 2) Existe responsabilidade do vendedor pelos vícios ocultos da coisa; 3) É aplicável a outros tipos contratuais as disposições contidas na parte geral do Código Civil que trata dos vícios nos contratos de compra e venda.

O direito alemão teve seu Código Civil (BGB) da Era moderna em 1900. Assim como os demais, o Código Civil alemão de 1900 teve influência do direito romano, apreciando o instituto dos vícios da seguinte maneira: 1) Prevalece o direito de pleitear a substituição do bem, não se exigindo a culpa do vendedor ou que o vício seja grave; 2) As ações indenizatórias são previstas, podendo-se pleitear reembolso dos gastos. Tais ações prescrevem em seis ou doze meses, caso se trate respectivamente de vícios das coisas móveis ou imóveis; e 3) O vício é analisado de forma subjetiva, exigindo-se do vendedor a obrigação de entregar ao adquirente coisas desprovidas de anomalias.

1.1.4 No Direito Brasileiro

O primeiro código de leis brasileiras publicado foi o código comercial de 1850. No ordenamento pátrio, as primeiras normas sobre vícios redibitórios constaram nos Arts. 211 a 213 e 1.136 deste código, que diziam em *verbis*:

Art. 211 - Tem principalmente aplicação a disposição do artigo precedente quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento, se o comprador, dentro de 10 (dez) dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade; devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder.

Art. 213 - Em todos os casos em que o comprador tem direito de resilir o contrato, o vendedor é obrigado não só a restituir o preço, mas também a pagar as despesas que tiver ocasionado, com os juros da lei.

Art. 1.136 - Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe,

porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões.

A publicação do Código Comercial Brasileiro se deu após a proclamação da Independência que ocorreu em 1822, anteriormente a 1850 vigoravam no Brasil as leis promulgadas pelos reis portugueses até 1821.

Observa-se que no código comercial tratou especificamente dos vícios redibitórios de qualidade e quantidade, solução que não se manteve com a edição e entrada em vigor do primeiro código a tratar com mais generalidade o direito privado brasileiro, nosso primeiro Código Civil foi publicado em 1916 com um ano de *vacatio legis*³⁰. Assim como os códigos dos diversos países europeus que o antecederam cronologicamente e já citados anteriormente, o Código Civil Brasileiro também recebeu embasamentos do direito romano, sendo, portanto, inegável que o mesmo tenha influências decisivas dos direitos italiano, alemão e francês.

O Código Civil de 1916 dizia nos Arts. 1.101 a 1.106:

Art. 1.101. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor.

Art.1.106. Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento no preço.

Conforme nos diz Paulo Jorge Scartezini Guimarães, “o legislador previa que o vício redibitório poderia existir em todos os contratos comutativos, inclusive nas doações com encargos, que se caracterizava pela existência do defeito oculto, que tornasse a coisa imprópria ou lhe diminuísse o valor”³¹.

No Código Civil Brasileiro de 1916, “a responsabilidade pelo vício aparente não dependia de culpa do alienante, salvo cláusula em contrário ou para cobrança da indenização pelos prejuízos sofridos”.

Vale, ainda, salientar que inexistia também responsabilidade do alienante sobre vícios quando a alienação houvesse ocorrido em hasta pública.

Surge em 1990 o Código de Defesa do Consumidor por meio da Lei 8.078/90.

³⁰ Expressão latina que significa "vacância da lei" e que designa o período decorrente do dia da publicação de uma lei até a data em que ela entra em vigor.

³¹ Op. Cit. pág. 88

Em 2002 surge o Código Civil atualmente em vigor. Este diploma legal silenciou ao não tratar sobre vícios nas vendas realizadas em hasta pública, ou seja, aquelas realizadas perante autoridade judicial, ao contrário do Código revogado de 1916, que taxativamente afastava em seu art. 1.106, já citado anteriormente, a propositura, nestes casos, das ações edilícias, quer fossem estas redibitórias ou *quanti minoris*.

Aprofundaremos adiante a visão do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor sobre o instituto dos vícios redibitórios para em seguida correlacioná-los aos meios de defesa disponíveis na legislação pertinente quando os mesmos provierem dos contratos eletrônicos de consumo.

1.2 Evolução legal do conceito de Vícios Redibitórios no Direito Pátrio

Com a evolução e complexidade crescente das relações comerciais, a incidência dos vícios nos produtos e serviços se torna mais frequente, assim como sua respectiva abrangência pelos textos legais e normativos.

Ao analisarmos esse instituto na legislação pátria, logo nos deparamos com as diferenças e evoluções resultantes da maior amplitude dada pelo CDC - Código de Defesa do Consumidor - no tocante às relações de consumo, se comparado com as relações civis tuteladas pelo Código Civil vigente.

Tais mudanças jurídicas, em verdade, impuseram-se, pois o sistema jurídico deve acompanhar a dinâmica da sociedade por meio do ordenamento positivo, impondo-se constante atenção dos juristas para o mundo à sua volta, sempre buscando minimizar o descompasso entre os fatos levados a júízo, à realidade atual e às próprias normas do direito vigente.

Classicamente, para a disciplina das relações de direito comum, mormente as paritárias, a única expressa previsão legislativa cuidava dos vícios ocultos do bem, excluindo-se, assim, o vício do serviço. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, não só se disciplinou o vício oculto do serviço, como também o aparente, antes ignorado. Além do vício de qualidade, o Código de Defesa do Consumidor introduziu a noção de vício de quantidade, que era também ignorado na legislação civil³².

³² José Fernando Simão. Op. Cit. p. 87

O Código de Defesa do Consumidor reconheceu, portanto, a importância jurídico-legal dos vícios ao disciplinar com maior rigor, a indesejável incidência dos mesmos, e concedeu prazo mais abrangente que o previsto no Código Civil, vigente à época, para que o consumidor viesse a pleitear seu ressarcimento. Ademais, previu também, o alargamento do conceito de vício, bem como novas soluções e formas processuais visando dirimir tais conflitos.

Sustentam alguns estudiosos que o CDC reflete a evolução dos novos tempos, onde os mecanismos de produção viabilizam produtos e serviços multiplicados em série, onde a oferta é abundante e propicia a elevação do consumo, sendo assim incontestável, a elevação dos riscos do consumidor vir a sofrer perdas com a incidência e aparecimento dos vícios nos produtos e serviços, agora comercializados e adquiridos por múltiplas formas de relações de consumo.

Diante da importância de uma proteção mais ampla do consumidor na relação de consumo, a noção de vício no Código de Defesa do Consumidor é bem mais eficiente do que a estabelecida pelo direito tradicional, senão vejamos:

- a) Para o Código Civil as expressões “vício” e “defeito” são equivalentes, enquanto que no sistema do Código de Defesa do Consumidor “defeito” é vício mais dano à saúde ou a segurança, estando associado, portanto, aos fatos do produto ou serviço e “vício” está associado à deficiência de qualidade ou quantidade do produto ou serviço.
- b) Enquanto no Código Civil vigora a responsabilidade subjetiva pura, baseada na culpa do fornecedor, no Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade pelos vícios é subjetiva com presunção de culpa do fornecedor, além da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.
- c) O Código Civil não prevê a solidariedade entre os fornecedores componentes da cadeia de produção e comercialização, assim, o adquirente só pode acionar o fornecedor direto, com quem contratou diretamente. Já no Código de Defesa do Consumidor, o consumidor poderá acionar quaisquer dos componentes da cadeia de produção e comercialização, quer sejam o comerciante, o fabricante, o distribuidor, ou todos eles conjuntamente.
- d) Pelo Código Civil, a responsabilização pelos vícios da coisa só é permitida se esta tiver sido recebida em virtude de relação contratual (contratos comutativos ou doação com encargo). No Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não há necessidade de haver relação contratual entre o consumidor e o sujeito passivo demandado pelo vício do produto ou serviço, afinal, como já falamos, há solidariedade entre os componentes da cadeia de fornecedores.
- e) O Código Civil não prevê responsabilização pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, abrangendo, apenas, os ocultos. Além disso, tais vícios devem ser preexistentes ou contemporâneos à entrega da coisa. No Código de Defesa do Consumidor, como vigora a vulnerabilidade do consumidor, e com o objetivo de estabelecer-se o equilíbrio contratual, considera-se irrelevante que o consumidor tenha ou não conhecimento do vício e tenha ele surgido antes ou depois da tradição do produto, desde que dentro dos prazos decadenciais.

f) O Código Civil não prevê proteção aos vícios ocorridos na prestação de serviços, mas tão somente do produto, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor contempla ao consumidor as possibilidades de exigir a reexecução do serviço, a restituição da quantia paga ou o abatimento do serviço caso encontre-se responsabilidade do fornecedor de serviços pelos vícios de adequação (quantidade e qualidade).

g) No Código Civil, caso comprovada a boa-fé (ignorância) do alienante, este será obrigado a restituir apenas a coisa viciada, ou seja, a culpa não enseja a responsabilização pelos danos materiais (lucro cessante + dano emergente) ou pessoais (morais), de maneira que somente quando comprovada a má-fé, aquele será responsabilizado por perdas e danos. Já no Código de Defesa do Consumidor, havendo relação de consumo, pouco importa a comprovação ou não de má-fé do fornecedor, para obter-se a reparação integral (danos materiais + danos pessoais).

h) O Código Civil só prevê duas possibilidades de reparação: a ação redibitória (o contrato é levado a termo e o comprador é restituído integralmente pelo pagamento) ou a ação estimatória (o comprador obtém a redução do valor pago). No Código de Defesa do Consumidor as possibilidades estão ampliadas, estabelecendo dentre as hipóteses a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou abatimento do preço, assim como, a possibilidade da troca do produto por outro de espécie, marca ou modelo diverso, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço.

i) No Código Civil os prazos de prescrição e decadência são contados a partir da entrega da coisa (a prescrição é de 15 dias para bem móvel e 6 meses para bem imóvel). Por sua vez, no Código de Defesa do Consumidor tais prazos se iniciam a partir do momento em que o consumidor toma conhecimento do vício ou do dano (a prescrição é de 5 anos).³³

Sergio Cavalieri, ao analisar os mecanismos reparatórios previstos no código de defesa do consumidor, sustenta serem estes mais abrangentes e eficazes para a satisfação do consumidor que os previstos pelo Código Civil. Preleciona o festejado autor que o CDC faculta ao consumidor, caso se conclua o prazo máximo de 30 dias sem que tenha sido sanado o vício, optar, alternativamente por: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; o abatimento proporcional do preço; a complementação do peso ou medida, no caso de vício de quantidade; a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível³⁴.

Tamanhas as implicações das mudanças legais aqui verificadas que nos parece indiscutível reconhecer alguns avanços e que o disciplinamento dos vícios pelo CDC rompe com a teoria clássica de maneira clara, muito embora tais mudanças reflitam apenas parte das imposições de uma nova realidade comercial

³³ QUEIROZ, Ricardo Canguçu Barroso de. Vícios no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: diferenças. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=716>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

³⁴ Sergio Filho Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. p. 266

muito mais complexa, dinâmica e crescente das relações jurídicas, quer sejam estas caracterizadas como relações jurídicas puramente civis ou relações jurídicas de consumo.

1.3 Conceitos de Erro e de Vício Redibitório

Ao analisarmos a legislação brasileira em vigor e ao visitarmos alguns doutrinadores, encontramos sedimentados os conceitos dos institutos acima com apenas algumas características que os diferenciam.

O festejado autor e professor Silvio Rodrigues define vícios redibitórios como um defeito oculto da coisa, comum às congêneres, e que a torna imprópria ao seu destino ou lhe diminuem sensivelmente o valor³⁵.

Buscando diferenciar os institutos do erro e dos vícios redibitórios, poderíamos dizer que o vício redibitório é exógeno ou exterior ao adquirente e se manifesta no próprio bem, na própria coisa adquirida. O vício redibitório, portanto, não invalida o negócio jurídico e gera responsabilidade civil. Já o Erro é endógeno ou interior ao adquirente, incide em sua percepção ou psiquê e, conseqüentemente, invalida o negócio jurídico celebrado.

Por regra, a intenção volitiva ou simplesmente vontade é considerada como fator ou elemento preponderante no direito pátrio em vigor. Por vezes, entretanto, a declaração pode prevalecer sobre a vontade ou realidade psíquica. Convém, aqui, lembrar que os negócios jurídicos válidos necessariamente se subordinam à lei, ou serão ditos impuros, pois se exige também conformidade, intrínseca e simultaneamente, da vontade real, da lei e da própria declaração emanada, como pré-condição para que os efeitos esperados destes negócios se produzam. Do contrário, tais negócios, ditos serão, defeituosos.

Portanto, Erro e Vícios são institutos diferentes. O erro nos leva, por exemplo, a comprar aquilo que, efetivamente, não queremos. Já nas situações nas quais incidem vícios redibitórios, nós compramos o que queríamos, mas somos surpreendidos, posteriormente, com os malefícios dos defeitos ocultos.

No livro III do atual Código Civil encontram-se o conceito e as regras atinentes sobre os Erros, mais precisamente nos arts. 138 e 139 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que transcrevemos abaixo inserindo breves comentários:

³⁵ Silvio Rodrigues. *Direito Civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. p. 105.

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

A anulação pode ser definida como a decisão de caráter judicial ou administrativo que declara não válido ou desfeito determinado ato ou negócio jurídico. Enquanto a anulação de ato jurídico decorre da sentença, a anulação do ato administrativo decorre de decreto, portaria ou regulamento, emitido por órgão competente. Anulável é o ato ou negócio jurídico que, embora viciado, poderá vir a se tornar perfeito mediante ato posterior que implique sua ratificação.

A palavra erro vem do latim *error*, enganar-se, desviar-se. Traduz-se numa percepção falsa de realidade. No erro, o conhecimento existe, mas não corresponde à realidade, sendo o falso tomado por verdadeiro ou este por falso. Não se confunde com a ignorância, pois esta implica a ausência de conhecimento.

A professora e jurista Maria Helena Diniz define erro como sendo

(...) noção inexata, não verdadeira, sobre alguma coisa, objeto ou pessoa, que influencia a formação da vontade; o erro para viciar a vontade e tornar anulável o negócio deve ser substancial, escusável e real, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo³⁶.

Na mesma obra, a professora pronuncia uma leal acepção doutrinária sobre vício redibitório, senão vejamos:

(...) são falhas ou defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto do contrato comutativo, não comuns às congêneres, que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem sensivelmente o valor, de tal modo que o ato negocial não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos, dando ao adquirente ação para redibir o contrato ou para obter abatimento no preço; o fundamento da responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios repousa no princípio de garantia, segundo o qual o adquirente, sujeito a uma contraprestação, tem direito à utilidade natural do bem móvel

³⁶ Curso de Direito Civil Brasileiro. p. 289

ou imóvel, esta garantido contra o alienante, para o caso de lhe ser entregue objeto defeituoso; são *requisitos necessários* à sua configuração: a) coisa adquirida em virtude de contrato comutativo ou doação gravada com encargo; b) vício ou defeito prejudicial à utilização da coisa ou determinante da diminuição de seu valor (1101); c) defeito grave da coisa; d) vício oculto; e) defeito já existente no momento da celebração do ato negocial³⁷.

Os Vícios redibitórios também estão disciplinados no Código Civil, mais precisamente na seção V e nos arts. 441 a 446 constantes na lei 10.406, de janeiro de 2002 (consta em apêndice).

Os vícios redibitórios nas relações de consumo foram normatizados na seção V do Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço (arts. 18 a 25, constante em apêndice), e na seção VI, ao tratar sobre a Decadência e a Prescrição (Artigos 26 a 27) da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, abordaremos esse assunto mais adiante.

E para melhor definição das nossas conclusões, citamos José Fernando Simão, que em sua admirável obra sobre “Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor”, assevera que

As ações previstas para as hipóteses são absolutamente distintas: para a hipótese de erro a ação pertinente é a ação anulatória e para vícios serão as chamadas ações edilícias, 3º a redibitória (desfaz o contrato) e a actio quanti minoris (redução do preço). Dessa forma, as ações sendo diversas, os prazos decadenciais, também o serão. Em se tratando de erro, nos termos do art. 178, II, do Código Civil, o prazo para ação anulatória é de quatro anos a contar do dia em que se realizar o ato ou o contrato (idêntica à regra do Código Civil de 1916, art. 178, parágrafo 9.º, inciso V, b). Com relação aos vícios redibitórios o prazo para interposição da ação redibitória e da quanti minoris é de 30 dias para as coisas móveis (art. 445, caput) e de um ano para as coisas imóveis (art. 445, caput), contado da entrega efetiva da coisa.

Esses prazos são reduzidos pela metade, se o adquirente já estava na posse dos bens, e, nessa hipótese, o termo inicial da contagem é a data da alienação. Com relação à venda de animais, as regras serão estabelecidas por lei especial, ou usos locais (art. 445, § 2º).

(...)

O próprio fundamento da proteção é distinto. Na hipótese de erro, o vício que maculou o consentimento está na constituição, na formação do negócio, na declaração que não coincide com a vontade real do declarante. No caso de vício redibitório, não há problema na vontade do declarante, pois o conteúdo da declaração e a vontade coincidem. E uma obrigação de garantia implícita dos contratos comutativos. Esse tema será desenvolvido na seqüência do presente livro.

(...)

³⁷ Ibidem. p. 118

Interessante também frisar a questão da responsabilidade civil em ambas as hipóteses. No caso de vício oculto, o Código Civil é expresso no sentido de prever a redibição da coisa ou a redução do valor sem a possibilidade de cobrança de perdas e danos pelo adquirente. Exceção feita à hipótese de má-fé do alienante, caso em que ele tinha conhecimento do vício, porém o omitiu do adquirente. Nesse caso, a lei prevê um *plus*: a possibilidade de condenação do alienante em perdas e danos (art. 443 do Código Civil), sendo que o ônus da prova da má-fé incumbe ao adquirente”.³⁸

Por fim, entendemos ser importante mencionar neste momento do trabalho, que Vício Redibitório também não deve ser confundido com Inadimplemento Contratual. Ocorrerá inadimplemento contratual sempre que o devedor deixar de cumprir com a obrigação pactuada ou cumpri-la fora do tempo ou de modo diverso do acordado. Nas situações de inadimplemento contratual estará o inadimplente/devedor, independentemente de dolo ou má-fé, passivo de responsabilidade à luz do que determina o art. 389 do Código Civil, o que não ocorre nas situações nas quais existem vícios redibitórios.

1.4 Requisitos dos vícios redibitórios

Para a configuração do vício redibitório, segundo a doutrina, o contrato deve ser comutativo, ou seja, sinalagmático, com obrigações recíprocas para ambos os contratantes. Nos contratos não comutativos não há que se falar em vício redibitório. Ocorre nas doações com encargo.

O defeito deve ser oculto, não podendo ser constatado pelo “*homo medius*”³⁹. O CDC prevê a possibilidade de ser enfeitada a coisa por vício aparente (art. 26).

O defeito deve ser existente antecedente à formação do contrato, vindo a se revelar posteriormente. O defeito deve tornar a coisa imprópria ao uso ou lhe diminuir o seu valor, sendo irrelevante o conhecimento do vício pelo alienante, pois a má-fé somente vai repercutir no acréscimo de eventuais perdas e danos.

³⁸ Op Cit. p. 78

³⁹ Palavra de origem latina, que significa homem médio ou homem medíocre.

1.5 Vícios Redibitórios nos contratos eletrônicos de consumo

Inexiste no Brasil legislação específica para regulamentação dos contratos eletrônicos de consumo. Nestes casos a legislação aplicável continua sendo o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, subsidiariamente, quando cabível.

Na ausência de uma legislação específica, o que se percebe na prática é a busca dos aplicadores do direito e dos tribunais em socorrer-se ou tentar adaptar a legislação existente para o comércio e contrato tradicional, para que regulamente e discipline também os contratos eletrônicos e demais relações de consumo estabelecidas por meio virtual.

Embora seja um diploma jurídico aceito como dos mais modernos do ordenamento jurídico brasileiro, o nosso Código de Defesa do Consumidor foi concebido numa época quando as relações de consumo virtuais ainda quase inexistiam. Vale, aqui, ressaltar que a internet naquela época era utilizada apenas para usos acadêmicos.

A crescente utilização dos meios eletrônicos nas relações comerciais, transforma as exigências prévias de outrora, para que o comércio tradicional se realizasse. Hoje, com a utilização dos meios eletrônicos não se faz mais necessária a presença do consumidor ou do fornecedor, sendo indispensável, apenas, a livre expressão e manifestação das suas vontades, ou seja, as partes da relação de consumo precisam simplesmente demonstrar o seu consenso virtual⁴⁰.

O ingresso das grandes corporações empresarias transformaram a internet, que somada à viabilização do comércio eletrônico para uma massa cada vez maior de consumidores, potencializou a velocidade das operações de compra e venda realizadas pela rede, quer sejam elas de produtos ou de serviços.

As entregas dos produtos e serviços contratados eletronicamente hoje são concretizadas cada vez mais rápido para um público cada vez mais exigente e com mais pressa em consumir. Por conseguinte, esse novo modo de aquisição fez aparecer com mais frequência, figuras jurídicas já estudadas nas relações comerciais tradicionais, com se vê por meio da crescente incidência das queixas dos

⁴⁰ Ronaldo Alves de Andrade. Contrato Eletrônico no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. p. 02.

consumidores sobre produtos entregues eivados de vícios redibitórios ou ocultos, o que demonstra a maior fragilidade do consumidor virtual.

Tais vícios, que se notabilizam por diminuir o valor da coisa ou bem adquirido, ocorrem agora com a nova roupagem e características inerentes ao meio virtual de comercialização e contratação, aprofundando ainda mais a carência de uma legislação apropriada à velocidade, complexidade e multiplicidade dessas relações jurídicas de consumo.

Afirma-nos José Fernando Simão que

Segundo o CDC, haja vista sua inquestionável vulnerabilidade que se mostra ainda mais intensa no mundo virtual, o consumidor que constrói relação via Internet com vendedor/fornecedor nacional e se encontra diante de vício redibitório, altera a competência do foro para o seu próprio domicílio, uma vez que o vendedor/fornecedor domina tecnologias que o mantém numa posição privilegiada num mercado como o *e-commerce*. Neste ponto, faz-se essencial destacar que o dever de informação a ser prestada pelo fornecedor, inclusive quanto ao foro de ajuizamento de ações, é muito importante, até mesmo porque busca prevenir alguma possível responsabilidade, pois com essa atitude estará demonstrada, inequivocamente, a sua boa-fé⁴¹.

O Código de Defesa do Consumidor preceitua que cabe ao fornecedor nas relações de consumo, o dever de responder pelos danos causados ao consumidor, quer sejam estes provenientes de acidentes de consumo ou de casos de incidência de vícios nos produtos ou serviços, exceto quando tratar-se de profissional liberal.

Pela inversão do ônus da prova, também admitida no Código de Defesa do Consumidor, caberá ao fornecedor, para eximir-se de responsabilidade, provar a inexistência dos vícios alegados pelo consumidor, provar que não colocou o produto ou serviço no mercado ou que tais vícios resultam de culpa exclusiva do consumidor.

É consenso na doutrina pátria que para os de casos de vícios nos contratos eletrônicos, quer sejam eles de consumo ou não, utiliza-se a inteligência e disciplinamento da mesma legislação empregada para o contrato tradicional, assim também ocorre no tocante aos indispensáveis meios de defesa e ações processuais previstas, tanto para os consumidores como para os fornecedores, nas lides em que se discutam a ocorrência e extensão dos malefícios de tais vícios redibitórios.

Aprofundaremos essas e outras questões no decorrer dos próximos capítulos.

⁴¹ Vícios do produto no novo Código Civil e no código de defesa do consumidor. *passim*.

CAPÍTULO II – A NOVA TEORIA CONTRATUAL E AS PARTICULARIDADES DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

2.1 Conceito e Evolução do Comércio Eletrônico

A evolução das formas tradicionais de comércio liga-se sempre ao desenvolvimento de novas técnicas de comunicação. Entre esses novos meios, a Internet constitui um importante instrumento para a aquisição de bens ou de serviços a distância, que permite acesso ao desenvolvimento de um "ambiente" denominado *cyberspace*.

Esse novo meio virtual possibilita a comunicação real entre as partes contratantes, mediante conexão entre terminais de uma rede de computadores (World Wide Web). Como consequência maior, registra-se considerável aumento da capacidade de contratação, visto que a comunicação estabelece-se em tempo real.

Jorge José Lawand conceitua o comércio eletrônico, para o qual seria "toda a produção, propaganda, venda e distribuição de produtos através da telemática"⁴². Assim, as questões referentes ao chamado *e-commerce* não se limitam apenas à Internet, embora seja este o veículo ao qual primariamente se associe. Ainda de acordo com o pensamento de Lawand:

O comércio realizado através de diversos meios eletrônicos, e principalmente pela Web, se apresenta como um campo de expansão notável. Isto se deve, (...), a fortes incentivos econômicos: uma redução dos custos administrativos, com o encurtamento de prazo entre a distribuição e intermediação, haja vista a possibilidade de poder operar durante todo o dia; a transposição de barreiras nacionais, facilitando o comércio exterior; maior celeridade nas transações comerciais⁴³.

No caso específico das relações de consumo, Cláudia Lima Marques acompanha o pensamento de Lawand, especificando que se trata do:

(...) comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (on line) ou por meios de comunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos

⁴² Jorge José Lawand. Teoria geral dos contratos eletrônicos. p. 30

⁴³ Ibidem, p. 31.

dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância)⁴⁴.

Como se vê, o *e-commerce* significa a transação realizada a distância entre o vendedor e o comprador (ou fornecedor e consumidor, no caso de relações de consumo), que se realiza por diversos meios tecnológicos de comunicação em massa, contudo, a Internet é o mais revolucionário meio para o intercâmbio de bens e serviços e, conseqüentemente, esta pesquisa utilizará como base de estudo os contratos eletrônicos celebrados por essa forma de comunicação.

No Brasil, conforme pesquisa realizada de janeiro a dezembro de 2008 pela empresa E-bit Informação, o faturamento do *e-commerce* foi de 8,2 bilhões de reais.

Essa quantidade, multiplicidade e complexidade de relações jurídicas negociais celebradas através do comércio eletrônico, faz crescer a importância e desafio do novo paradigma para o Direito, que, visando proteger equitativamente o mais fraco, é definido por Claudia Lima Marques, como sendo o paradigma da confiança:

(...) aquele que valoriza a informação declarada no meio eletrônico, que valoriza o déficit informativo dos leigos, sem se importar com sua nacionalidade ou território, valoriza o 'outro' e toda a coletividade que recebe a informação⁴⁵.

No Brasil, utiliza-se a teoria da aparência e da boa-fé para afirmar que as relações sociais de consumo (juridicamente protegidas), baseiam-se na confiança legítima e merecem especial proteção do Direito. No mundo virtual, entretanto, a aparência desmaterializou-se, ou seja, nada mais é do simples "dado ou informação", daí a importância de acrescentar aos já conhecidos princípios contratuais um novo paradigma qualificado, valorizando a confiança como eixo de conduta, como fonte jurídica no meio eletrônico.

Portanto, vislumbrando o crescimento projetado e já qualificado, pode-se dizer que o comércio eletrônico não deve mais ser um local sem lei, pelo contrário, a meta é que o comércio eletrônico seja tão garantido e seguro quanto o comércio tradicional.

⁴⁴ Cláudia Lima Marques. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. p. 98

⁴⁵ Ibidem. p. 48.

2.2 Contratos eletrônicos via internet

Para Ricardo Luis Lorenzetti, "O contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial"⁴⁶.

Da mesma forma, no entender de Newton de Lucca, o único elemento diferenciador do contrato eletrônico seria o meio pelo qual é celebrado, o ambiente virtual. No mais, não se constitui em um novo tipo contratual, visto que a Internet serve como um instrumento para a realização de contratos, como os de compra e venda, prestação de serviços, entre outros. "Nada de novo haveria, pois - não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital, passa por uma profunda transformação -, se continuássemos a pensar com a tradicional forma de documentação inteiramente calcada sobre o papel"⁴⁷.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, "O contrato eletrônico é celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados"⁴⁸. Ainda, assevera que a manifestação da vontade se realiza mediante "registro em meio virtual"⁴⁹, ou seja, sem a utilização do papel.

Lawand discorre acerca dessa questão, ressaltando que "Os contratos eletrônicos são a expressão jurídica do comércio eletrônico, que significa, em sua essência, um fluxo e refluxo de bens e serviços realizados mediante uma rede de comunicações informatizada"⁵⁰.

Carlos Alberto Soto Coaguila⁵¹, professor peruano, explica as diferenciações contratuais naquilo que tange ao objeto da relação jurídica contratual em diferentes países latinos.

Em relação ao objeto dos contratos, elegem-se três principais posições. A tese tradicional defende que o objeto do contrato consiste em uma prestação de dar, fazer ou não fazer; outro posicionamento constitui um bem ou serviço como objeto

⁴⁶ Ricardo Luis Lorenzetti. *Comércio Eletrônico*. p. 285.

⁴⁷ Newton De Lucca, *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. p. 46.

⁴⁸ Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Comercial*. p. 37.

⁴⁹ *Ibidem*. *Ibid*. p. 37.

⁵⁰ *Op. Cit.*, p. 34.

⁵¹ COAGUILA, Carlos Alberto Soto. *La contratación electrónica: los supuestos "contratos informáticos" y los contratos celebrados através de medios electrónicos*. *Derecho PUC - revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, n. 55, p.181-221, dic. 2002.

contratual; por fim, a terceira teoria sustenta que o contrato tem por objeto uma criação, uma regulação, uma modificação ou extinção de uma relação jurídica obrigacional.

Para o Direito argentino, chileno e espanhol, o objeto contratual constitui-se em bens ou em serviços. De acordo com essa forma de pensamento, os contratos são classificados de acordo com seu objeto, e não com a forma de prestação do serviço. Assim, na doutrina desses países, é quase unânime a aceitação do ponto de vista que classifica os contratos eletrônicos em uma categoria contratual autônoma. A justificativa para esse posicionamento ampara-se na constatação do elevado grau de complexidade dessa forma do contrato em razão da posição desigual em que se encontram os contratantes.

Não é esse o entendimento de Coaguila, assim como não comungam dessas mesmas ideias os autores brasileiros para os quais tal pensamento resulta em uma ilogicidade jurídica, visto que, caso a classificação dos contratos contemplasse bens ou serviços, haveria um contrato para cada bem ou serviço; haveria, então, contratos médicos, imobiliários, vegetais, e outros.

Ainda, a complexidade da questão não se destaca como motivo suficiente para uma nova categoria contratual, porque existe uma infinidade de outras relações contratuais igualmente complexas.

Com efeito, contratação pelo meio virtual deve ser entendida como mais um instrumento tecnológico que permite agilizar os trâmites negociais e reduzir custos, diferindo apenas no meio de sua formação e no modo da declaração de vontade.

Existem, no entanto, algumas características diferenciadoras, conforme será verificado no tópico seguinte.

2.2.1 A nova teoria contratual

O contrato impõe-se como o grande ícone representativo da igualdade formal entre os sujeitos de direito, traduzindo-se na principal fonte de obrigações do Direito Civil. No mesmo sentido, a relação contratual remete aos ideais do individualismo jurídico e da liberdade contratual. Francisco Amaral estabelece o conceito clássico de contrato, segundo o qual seria "o acordo de vontades contrapostas para o fim de

criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação específica"⁵².

No entanto, o pensamento tradicional apresenta, à luz da realidade, uma série de inconsistências. Daí a importância de todas as mudanças de pensamento pelas quais passam as teorias civilistas. Assim, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, "O Direito Civil brasileiro rompe com o princípio da igualdade dos contratantes, e projeta-se no sentido de estabelecer o equilíbrio das prestações"⁵³.

A teoria contratual clássica ignora os atos que levam à sua formação, atendo-se apenas às hipóteses de anulação do contrato por vícios de consentimento, após a celebração. Nesse sentido, ressalte-se a importância da inserção do Código de Defesa do Consumidor na legislação brasileira, já que busca a atuação preventiva das partes antes mesmo da conclusão do contrato⁵⁴.

Questiona-se a existência, atualmente, de uma nova teoria contratual por força ou no âmbito dos direitos do consumidor. As respostas são diferentes, dependendo do ângulo de análise.

Certamente o Código de Defesa do Consumidor introduziu no Direito brasileiro inúmeras transformações. Em contrapartida, outros movimentos da atualidade devem igualmente ser considerados, tais como o fenômeno da relativização dos institutos jurídicos, a tendência de fragmentação dos conceitos, e o fato de as disciplinas legislativas encontrarem-se cada vez mais concretas e específicas.

As teorias jurídicas, antes imutáveis, tornam-se flexíveis e modificam-se constantemente por força das necessidades históricas. A respeito do assunto, Gustavo Tepedino assevera que a expressão "nova teoria contratual" seria apenas para destacar uma nova forma de ver o Direito. "Nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo novo para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou - vá lá - à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática"⁵⁵.

Os princípios entabulados no Código de Defesa do Consumidor "traduzem a tábua axiológica de um sistema constitucional, não de um microsistema

⁵² Francisco Amaral. Direito Civil: introdução. p. 149.

⁵³ Caio Mário da Silva Pereira. Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução. p.249.

⁵⁴ Guilherme Magalhães Martins. Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet. p.125-126.

⁵⁵ , Gustavo Tepedino. Temas de direito civil. p. 200.

fragmentado, que mais faria lembrar uma espécie de gueto legislativo"⁵⁶. Os direitos do consumidor estão, pois, condicionados à Lei Maior, e não isolados em uma realidade própria.

Portanto, como todos os ramos jurídicos, o Código de Defesa do Consumidor não deve jamais ser entendido restritivamente. Deve, sim, ser analisado sob uma ótica constitucional.

2.2.2 Contratos por adesão e a nova técnica de contratação em massa

O Direito Contratual Clássico desenvolveu-se com as codificações iluministas. O marco inicial destaca a Revolução Francesa, que inaugura o Estado de Direito na Europa e entabula o sistema econômico liberal, cujo modelo de contrato estabelece a explícita ênfase na vontade e na sua força vinculativa.

Inerentes à conceituação tradicional, estão presentes as seguintes características: a igualdade formal entre as partes, o princípio da autonomia da vontade e a intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*); ou seja, a relação contratual é obra de dois parceiros em posição de igualdade, os quais realizam as tratativas preliminares e em seguida discutem detalhadamente cada cláusula, a fim de atingir um denominador comum para, enfim, celebrar o contrato. A situação exemplificada ainda existe, porém em número muito reduzido.

Ocorre que, com o advento da Revolução Industrial, surge a sociedade de consumo. Novas técnicas se fazem necessárias para promover a dinamicidade das trocas comerciais. As empresas, para desenvolver seu trabalho, necessitam formalizar inúmeros contratos o mais rapidamente possível, que aparecem de forma homogênea e para contratantes distintos.

O comércio jurídico se despersonaliza e se desmaterializa. A contratação não mais se realiza entre contratantes específicos; ao contrário, estandardizam-se os métodos de contratação, buscando-se um número de contratantes indefinido, resultando dessa forma de acordo a chamada massificação contratual.

Assim, ressalta-se o contrato eletrônico não como mais um tipo contratual, e sim apenas um novo meio de contratação, uma nova técnica, tais como os contratos formados por adesão.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 215.

Tendo em vista a inexistência de qualquer regulamentação em relação à matéria, aplicam-se os mesmos postulados existentes no Código de Direito Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, complexa é a adequação da legislação vigente aos contratos eletrônicos, que exigem atentas consultas a essa legislação pertinente, para que se resguardem tanto o amparo ao consumidor quanto os direitos constitucionais.

No contexto do movimento de massificação das relações contratuais, busca-se incessantemente o aumento do mercado consumidor, para, em consequência, aumentar o ritmo da circulação de mercadorias.

A partir dessa prática, pretende-se alcançar o maior número de consumidores de forma mais eficaz, racional e simplificada possível. Por esse fim, desenvolvem-se os diversos mecanismos de contratação em massa, utilizados conjunta ou separadamente.

Esta parte contempla, assim, o objetivo de delinear resumidamente todos os principais pontos do contrato por adesão, visto que os contratos de consumo realizados pela Internet geralmente assumem as características dos contratos por adesão, sendo necessária uma abordagem, ainda que sucinta, a respeito do tema.

Opta-se neste estudo pela denominação "contrato por adesão" ao invés da mais usual determinação "contratos de adesão". A motivação para tal escolha deve-se ao fato de esses contratos utilizarem a técnica de adesão como instrumento de validação do acordo. Ou seja, contratos típicos (como a compra e venda e a prestação de serviços) e atípicos, poderão ser realizados por meio de adesão.

Orlando Gomes, inclusive, diferencia essas duas denominações. Para ele, os contratos de adesão deverão constituir monopólio de fato ou de direito da parte que predefine o texto contratual. Assim, o contratante deverá sentir-se obrigado a aceitar em bloco os termos do contrato, caso queira satisfazer aquela necessidade específica. Já os contratos por adesão, segundo o autor, seriam aqueles celebrados sem a existência do referido monopólio⁵⁷.

O contrato por adesão, segundo o art. 54, do Código de Defesa do Consumidor, "é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e

⁵⁷ Orlando Gomes. Contratos. p. 120.

serviços, sem que o consumidor possa" discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Por esse entendimento, a parte proponente estabelece de forma unilateral todas as cláusulas contratuais restando ao aceitante, normalmente a parte mais fraca, uma diminuta manifestação de vontade ao alegar apenas se concorda com os termos previamente estabelecidos ou não.

Nas palavras de Silvio Rodrigues, "vamos encontrar, nessa espécie de contrato, uma restrição ainda mais extensa, ao princípio clássico da autonomia da vontade. Uma das partes não pode interferir nas condições do contrato, que deve aceitar ou rejeitar em bloco."⁵⁸

Note-se, portanto, que a grande restrição da vontade não ocorre por força dos vícios tradicionais de consentimento, tais como dolo, erro, simulação. Ocorre, sim, pela inexistente ou mínima negociação, uma vez que os termos da aplicação encontram-se estandardizados, estereotipados.

Não obstante as peculiaridades dos contratos por adesão, a doutrina mostra sua inclinação para registrar que deverão ser eles enquadrados na categoria jurídica dos contratos. Apesar de não haver neles a contratualidade plena, existe um mínimo indispensável à caracterização, tais como pluralidade de partes, consentimento (ainda que restrito) e capacidade.

São esses contratos uniformes e predeterminados. Uniformes, porque se preocupam em atingir um número indeterminado de sujeitos, sendo que sem esse atributo não seria possível alcançar o objetivo de racionalização das relações contratuais. Ainda, são predeterminados, uma vez que objetivam possibilitar a produção contratual em série.

Consequentemente a essas características, os contratos por adesão exibem um caráter rígido, pela impossibilidade de alteração. Também, incorporam um sentido de generalidade, já que buscam regular uniformemente as relações com os inúmeros contratantes.

Outros aspectos normalmente referentes a esse instrumento contratual incluem: a simplificação dos modos de consentir, a desigualdade das partes contratantes, a interferência do Estado, a oferta ao público e a prevalência do serviço público.

⁵⁸ Silvio Rodrigues. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. p. 45.

Importante asseverar ainda a facilidade que tais formas contratuais encontram para adaptar-se a novas situações, bastando para isso modificar o conteúdo do texto-padrão (ou modelo) oferecido aos consumidores.

Cláudia Lima Marques descreve a forma mais usual de contrato por adesão existente no ambiente virtual, geralmente aquele encontrado em *homepages*, qual seja:

Como modalidade particular de contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, impende destacar as chamadas licenças *clickwrap* (*clickwrap agreements* ou *point-and-click agreements*), usualmente submetidas à concordância do usuário do produto ou serviço, contendo cláusulas acerca da sua prestação, sendo assim denominadas, pois sua validade se baseia no ato de apertar o botão de aceitação (frequentemente por intermédio do mouse), aguardando grande similitude para com as licenças *shrink-wrap* utilizadas na comercialização do software, nas quais a aceitação ocorre no ato da abertura da embalagem que contém os suportes físicos onde se encontra o programa⁵⁹.

Talvez a maior crítica a essa forma de contrato não resida no fato de os termos se estabelecerem unilateralmente, e sim na enorme brecha que se abre para a inserção de cláusulas abusivas, que não podem ser questionadas nem modificadas pelo consumidor antes da formação contratual. Para equilibrar as diferenças entre as partes, o Estado utiliza-se de seu aparato legal como meio de intervir nas relações de consumo.

Entre as alternativas encontradas para proteger as partes em desvantagem, foram formulados pressupostos interpretativos a serem seguidos. O primeiro deles, o art. 423⁶⁰, do Código Civil, de 2002, estabelece a regra da interpretação mais favorável ao aderente; ou seja, quando uma cláusula evidenciar dúvida interpretação, a assertiva escolhida deve inclinar-se em favor do consumidor contratante.

A segunda diretriz ampara-se no art. 54, §1^o⁶¹ do CDC, pela qual em caso de eventual inclusão de nova cláusula deve prevalecer sobre aquelas padronizadas. Há, portanto, a necessidade da distinção entre as cláusulas principais e acessórias, sendo que aquelas deverão prevalecer.

A última assertiva encontra-se disposta no art. 424 do Código Civil, o qual

⁵⁹ *Op. Cit.*, p. 109.

⁶⁰ "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

⁶¹ "A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato."

estabelece que "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

2.2.3 A contratação entre ausentes e entre presentes

O computador atua como meio de formação e de exteriorização da vontade quando o contrato se circunscreve à via eletrônica. Nesse contexto, a questão da formação dos contratos eletrônicos demanda maior atenção, tendo em vista as divergências que se estabelecem entre a doutrina nacional e a internacional.

Da mesma forma como ocorre tradicionalmente, os contratos celebrados por meio eletrônico poderão apresentar as mais variadas nuances, às vezes de forma simplificada, às vezes mais complexas. Em alguns casos ocorrem negociações preliminares anteriormente à celebração contratual definitiva, com a possibilidade, inclusive, de formação de um contrato preliminar, em outros casos, um mero clicar de botão firma um contrato.

Por se tratar de acordo de vontades celebrado em ambiente virtual, serão sempre contratos celebrados a distância, ou seja, as partes jamais estarão fisicamente uma diante da outra. Assim, é possível concluir precipitadamente que o tratamento jurídico dado seria o de contratos realizados entre ausentes.

No entanto, tal julgamento sugere uma visão superficial. O que ocorreria, por exemplo, nos casos de contratação por *chats* de conversação, caso em que a contratação é realizada em tempo real? Seria esse o correto tratamento jurídico empregado? Não é esse o posicionamento que se pretende defender mais adiante, já que não resolve adequadamente situações de maior complexidade.

A teoria civilista tradicional utiliza os conceitos de contratação entre ausentes e presentes, destacando-se a distância entre os sujeitos como elemento relevante, porque traduz um lapso temporal na comunicação.

Não obstante essa teoria, o contrato eletrônico se realiza em um ambiente que neutraliza as distâncias geográficas e, portanto o conceito tradicional de sujeitos presentes e ausentes deve ser revisto.

Atualmente, afirmar que um negócio jurídico foi realizado entre presentes significa apenas dizer que a oferta e a aceitação ocorreram em um mesmo momento (instantaneidade).

Tal concepção encontra-se disposta no Código Civil de 2002, em seu art. 428, no qual se equipara a contratação realizada entre presentes à que se estabelece por telefone: "Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante", ou seja, apesar da distância entre o proponente e o aceitante, o meio telefônico possibilita a contratação instantânea. Dada a inadequação da teoria, recorreu-se a uma ficção jurídica ao se considerar presente a parte que se encontra efetivamente ausente.

Observe-se, ainda, que a lei deixa clara a possibilidade de atribuir o mesmo tratamento a "meio de comunicação semelhante" ao telefônico. Seriam assim os meios que, mesmo utilizados por sujeitos geograficamente distantes, são capazes de realizar o contrato instantaneamente⁶². Ocorrendo o diálogo interativo, haverá instantaneidade.

Seguindo esse raciocínio, o da interpretação por analogia, percebe-se o surgimento de duas possibilidades no âmbito da contratação eletrônica. Os contratos gerados em tempo real, que, de acordo com Jorge José Lawand, "são equiparáveis à contratação através de telefone o qual representa uma espécie de separação física dos contratantes e instantaneidade nas comunicações, onde a solução majoritariamente aceita é aquela que a considera como sendo uma contratação entre presentes"⁶³. Consequentemente, aplica-se a mesma ideia aos contratos não instantâneos, que seriam equiparados àqueles formados por correspondência. Assim, este último caso configura a celebração de contrato jurídico entre ausentes.

A ideia, portanto, é ultrapassar o conceito rígido de presente-ausente, tendo em vista a possibilidade de dois sujeitos que residem em locais diferentes contratarem serviços como se estivessem frente a frente, o que significa dizer que a aceitação foi recebida no mesmo instante em que foi prolatada. O grande elemento diferenciador deverá ser, pois, a instantaneidade.

Quando o contrato é celebrado entre presentes, não existem questionamentos doutrinários a respeito do momento da formação, visto que ocorre imediatamente após a proposição. "A formação se dá no ato imediato que segue à proposta, isto é, quando da aceitação, ou da resposta positiva à oferta. Reputa-se

⁶² Orlando Gomes. *Op. Cit.* p. 68. "Em verdade o que importa, para distingui-las, é a possibilidade ou não de resposta imediata."

⁶³ *op. Cit.*, p.91.

concluído tão logo o solicitado emite a aceitação"⁶⁴.

Vários sistemas buscam estabelecer o momento da formação contratual entre ausentes. Pela teoria da "cognição" ou da "informação", "Considera-se formado o contrato depois das partes conhecerem a vontade expressa uma das outras, em sua totalidade. Surge o vínculo contratual na ocasião em que o peticitante toma ciência da aceitação. Tem-se como inexistente uma aceitação não conhecida"⁶⁵.

Esse é o sistema defendido por Vangerow, Troplong, Maynz, Laurent, entre outros. A vantagem é que o negócio somente terá validade a partir do momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação, evitando-se assim a formalização contratual sem que o proponente tenha conhecimento desse contrato. Neste caso, a proposta poderá ser retirada enquanto a aceitação não chegar até a cognição do peticitante. No entanto, Orlando Gomes assevera que "Tem, porém, o inconveniente de dificultar a determinação do exato momento em que o contrato se forma, pois ficaria ao arbítrio do proponente procrastiná-lo. Ademais, não seria justo deixar o aceitante na ignorância de que o contrato se aperfeiçoara, o que obrigaria nova comunicação"⁶⁶.

A teoria da "agnição" ou da "declaração", para Orlando Gomes, divide-se em três modalidades: a da declaração propriamente dita, a da expedição e a da recepção⁶⁷.

De acordo com a primeira modalidade, a declaração propriamente dita, também denominada simples aceitação, reputa-se formado o contrato pela mera declaração do oblato. Não será necessário, portanto, que a informação chegue ao conhecimento do proponente ou mesmo que haja a expedição da resposta. Basta a coincidência das vontades. "A comunicação da resposta não constitui, em suma, requisito da perfeição do contrato"⁶⁸. É a doutrina de Savigny e Pucha.

Verifica-se, nesse caso, a mesma desvantagem encontrada no sistema anterior: a dificuldade para estabelecer o momento da formação do contrato. Haverá ostensiva arbitrariedade por parte do aceitante, que poderá concluir e desfazer o contrato da forma que bem entender, sem que o proponente tome conhecimento do

⁶⁴ Arnaldo Rizzardo, Contratos. p. 45

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 46.

⁶⁶ Orlando Gomes. Contratos. *op. cit.*, p. 68-69.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 69

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

ocorrido.

Pelo sistema da expedição, conclui-se o negócio no momento em que for expedida a aceitação, elegendo-se o momento da formação do contrato como aquele do envio (expedição) da resposta positiva.

Essa é a modalidade defendida por M. I. Carvalho de Mendonça e Clóvis Bevilacqua, e aceita como regra no sistema brasileiro, pela qual não basta apenas o sujeito aceitar expressamente a proposta, uma vez que o contrato será considerado formado apenas após a remessa da aceitação. A regra encontra-se disposta no caput do art. 434, do Código Civil Brasileiro de 2002, a qual indica que os contratos entre ausentes se tornam perfeitos desde que a aceitação seja expedida.

Pretende-se adotar, com esse sistema, um requisito objetivo de aceitação, a fim de retirar a arbitrariedade do oblato na formação contratual (tal qual ocorre no caso da declaração propriamente dita), excepcionando-se a situação pela qual é admitida a retratação. Orlando Gomes também critica essa teoria: "Considera-se, entretanto, a expedição insuficiente, pois a carta pode extraviar-se e se desfazer contrato perfeito e acabado por eventualidade dessa ordem"⁶⁹.

A modalidade da recepção visa sanar as inconveniências da expedição, uma vez que entende que não basta apenas a remessa, é ainda indispensável que o proponente receba a resposta afirmativa. Não será necessário que ele tome conhecimento do conteúdo da informação recebida, a recepção registra o momento da formação do contrato. Significa dizer que, se o proponente estiver em viagem no momento da recepção da correspondência, mesmo assim o contrato será considerado perfeito, como se ele a tivesse lido. É a ideia defendida por Scheurl, Schott e Seuffert.

O Código Civil de 2002 prevê a aplicação dessa modalidade excepcionalmente, nos incisos II e III do art. 434. Pelo inciso II, vale a recepção caso o proponente se comprometa a esperar a resposta. No entanto, mesmo sem a estipulação de prazo, a espera deverá ocorrer em um período de tempo razoável, visto que o proponente não poderá permanecer aguardando a resposta indefinidamente. Nos termos propostos por Arnaldo Rizzardo, "não é razoável que se presuma assumir o proponente o compromisso de esperar a resposta por tempo indeterminado. É evidente, por uma questão de lógica, a concessão de um lapso de

⁶⁹ *op. cit.*, p. 69.

tempo suficiente para o exame do negócio oferecido, a confecção da resposta e a sua remessa⁷⁰.

A mesma teoria é aplicada à situação do inciso III, o qual abre a possibilidade de a parte convencionar certo prazo para o recebimento da resposta. Nesse caso, o problema levantado no parágrafo anterior resta solucionado, visto que a data limite estará estabelecida previamente.

Por fim, há um outro sistema estipulado por Windscheid, que prevê a formação do contrato em momentos diferentes para cada uma das partes, de modo sucessivo. Rizzardo explica a ideia da seguinte forma: "o proponente fica vinculado desde que se verifique a aceitação da proposta pela outra parte, obrigando-se o aceitante a partir do momento em que a resposta chega ao conhecimento daquele"⁷¹. A vantagem consiste na igualdade de condições para ambas as partes, caso seja necessária a retratação. Nas palavras de Carvalho Santos, "o proponente é livre de retratar-se até o momento em que sua resposta chega ao conhecimento do destinatário; o aceitante tem o direito de arrepender-se enquanto a sua aceitação não chega ao conhecimento do proponente"⁷².

Esta última teoria encontra-se prevista no Código Civil de 2002, nos Arts. 433 e 434, I, os quais consideram inexistente a aceitação se antes dela, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante. Assim, poderá o aceitante retratar-se enquanto sua manifestação ainda não for conhecida pelo proponente.

Como se vê, o Direito brasileiro apresenta uma espécie de sistema misto, que abarca várias teorias, dependendo da peculiaridade da situação e do momento da formação do contrato, a fim de adaptar-se à realidade. Esse sistema, porém, é alvo de inúmeras críticas. Para Carvalho Santos, o legislador atuou de forma equivocada, "preferindo uma teoria que não condiz com a realidade, acarretando graves incongruências, para poder justificar certas situações que não podiam ser postas à margem"⁷³.

Argumenta-se, por exemplo, que se o contrato é um acordo de vontades consagrado pelo consentimento, resta ilógica formação do vínculo quando a afirmação é expedida, sem que o proponente tenha certeza da manifestação.

⁷⁰ *op. cit.*, p. 48.

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 46.

⁷² J. M. de Carvalho Santos. Código Civil brasileiro interpretado: principalmente no ponto de vista prático. p. 118.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 121.

Outros, ao defenderem o sistema da cognição, afirmam que o contrato entre ausentes e presentes difere apenas no fato de que um demanda lapso temporal maior que outro entre o momento da proposta e o da aceitação e, portanto, valeriam as mesmas regras. Carvalho Santos argumenta da seguinte forma:

Logo, se num contrato entre presentes, enquanto o proponente não houve ou lê a aceitação, não existe o contrato, o mesmo princípio deve regular os contratos entre não presentes, de modo que idênticas devem ser as conclusões, a saber: a) a proposta considera-se como não feita, se não chega às mãos do destinatário; b) o contrato só se torna perfeito no momento e no lugar em que o proponente teve conhecimento da aceitação do mesmo destinatário⁷⁴.

Ressalte-se, ainda, que a expedição, quando unicamente considerada, vincula o proponente, mesmo que o documento que expresse a anuência, por motivos inesperados, não chegue a seu destinatário; ou seja, "formando-se o contrato com a simples expedição, torna-se ele obrigatório, embora o extravio da resposta"⁷⁵. Essa situação torna sem sentido o contido no art. 430 do CC⁷⁶, que invalida a aceitação caso ela chegue tardiamente ao seu destino por circunstâncias imprevistas, contanto que o proponente informe imediatamente o ocorrido ao aceitante, sob pena de recair sobre si a responsabilidade de arcar com o ônus das perdas e dos danos.

Pelos motivos expostos, a teoria da cognição mostra-se, dentre todas, a mais fiel à realidade, porque, como na contratação entre presentes, forma-se o vínculo apenas quando o proponente tem conhecimento da aceitação. No entanto, esta talvez não seja a mais adequada à vida prática, tendo em vista o elevado grau de subjetividade por parte do proponente. Ele poderá determinar, a seu bem entender, a data do início da vigência do contrato, segundo o entendimento de que somente após o conhecimento efetivo se forma o vínculo.

Quando o contrato é celebrado entre presentes, não existem questionamentos doutrinários a respeito do momento da formação, visto que ocorre imediatamente após a proposição. "A formação se dá no ato imediato que segue à proposta, isto é, quando da aceitação ou da resposta positiva à oferta. Reputa-se

⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 120.

⁷⁵ *op. cit.*, p.47.

⁷⁶ "Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos".

concluído tão logo o solicitado emite a aceitação”⁷⁷.

Vários sistemas buscam estabelecer o momento da formação contratual entre ausentes. Pela teoria da “cognição” ou da “informação”, “Considera-se formado o contrato depois das partes conhecerem a vontade expressa uma das outras, em sua totalidade. Surge o vínculo contratual na ocasião em que o policitante toma ciência da aceitação. Tem-se como inexistente uma aceitação não conhecida”⁷⁸.

Esse é o sistema defendido por Vangerow, Troplong, Maynz, Laurent, entre outros. A vantagem é que o negócio somente terá validade a partir do momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação, evitando-se, assim, a formalização contratual sem que o proponente tenha conhecimento desse contrato. Nesse caso, a proposta poderá ser retirada enquanto a aceitação não chegar até a cognição do policitante. No entanto, Orlando Gomes assevera que “Tem, porém, o inconveniente de dificultar a determinação do exato momento em que o contrato se forma, pois ficaria ao arbítrio do proponente procrastiná-lo. Ademais, não seria justo deixar o aceitante na ignorância de que o contrato se aperfeiçoara, o que obrigaria nova comunicação”⁷⁹.

A teoria da “agnição” ou da “declaração”, para Orlando Gomes, divide-se em três modalidades: a da declaração propriamente dita, a da expedição e a da recepção⁸⁰.

De acordo com a primeira modalidade, a declaração propriamente dita, também denominada simples aceitação, reputa-se formado o contrato pela mera declaração do oblato. Não será necessário, portanto, que a informação chegue ao conhecimento do proponente, ou, mesmo, que haja a expedição da resposta. Basta a coincidência das vontades. “A comunicação da resposta não constitui, em suma, requisito da perfeição do contrato”⁸¹. É a doutrina de Savigny e Pucha.

Verifica-se, nesse caso, a mesma desvantagem encontrada no sistema anterior: a dificuldade para estabelecer o momento da formação do contrato. Haverá ostensiva arbitrariedade por parte do aceitante, que poderá concluir e desfazer o contrato da forma que bem entender, sem que o proponente tome conhecimento do ocorrido.

⁷⁷ *op. cit.*, p. 45

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 46.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 68-69.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 69

⁸¹ *Idem, ibidem*.

Pelo sistema da expedição, conclui-se o negócio no momento em que for expedida a aceitação, elegendo-se o momento da formação do contrato como aquele do envio (expedição) da resposta positiva.

Essa é a modalidade defendida por M. I. Carvalho de Mendonça e Clóvis Bevilaqua, e aceita como regra no sistema brasileiro, pela qual não basta apenas o sujeito aceitar expressamente a proposta, uma vez que o contrato será considerado formado apenas após a remessa da aceitação. A regra encontra-se disposta no caput do art. 434, do Código Civil Brasileiro de 2002, a qual indica que os contratos entre ausentes se tornam perfeitos desde que a aceitação seja expedida.

Pretende-se adotar, com esse sistema, um requisito objetivo de aceitação, a fim de retirar a arbitrariedade do oblato na formação contratual (tal qual ocorre no caso da declaração propriamente dita), excepcionando-se a situação pela qual é admitida a retratação. Orlando Gomes também critica essa teoria: “Considera-se, entretanto, a expedição insuficiente, pois a carta pode extraviar-se e se desfazer contrato perfeito e acabado por eventualidade dessa ordem”⁸².

A modalidade da recepção visa sanar as inconveniências da expedição, uma vez que entende que não basta apenas a remessa, é ainda indispensável que o proponente receba a resposta afirmativa. Não será necessário que ele tome conhecimento do conteúdo da informação recebida, a recepção registra o momento da formação do contrato. Significa dizer que, se o proponente estiver em viagem no momento da recepção da correspondência, mesmo assim o contrato será considerado perfeito, como se ele a tivesse lido. É a ideia defendida por Scheurl, Schott e Seuffert.

O Código Civil de 2002 prevê a aplicação dessa modalidade, excepcionalmente, nos incisos II e III do art. 434. Pelo inciso II, vale a recepção caso o proponente se comprometa a esperar a resposta. No entanto, mesmo sem a estipulação de prazo, a espera deverá ocorrer em um período de tempo razoável, visto que o proponente não poderá permanecer aguardando a resposta indefinidamente. Nos termos propostos por Arnaldo Rizzardo, “não é razoável se presuma assumir o proponente o compromisso de esperar a resposta por tempo indeterminado. É evidente, por uma questão de lógica, a concessão de um lapso de tempo suficiente para o exame do negócio oferecido, a confecção da resposta e a

⁸² *Op. cit.*, p. 69.

sua remessa”⁸³.

A mesma teoria é aplicada à situação do inciso III, o qual abre a possibilidade de a parte convencionar certo prazo para o recebimento da resposta. Nesse caso, o problema levantado no parágrafo anterior resta solucionado, visto que a data limite estará estabelecida previamente.

Por fim, um outro sistema estipulado por Windscheid, que prevê a formação do contrato em momentos diferentes para cada uma das partes, de modo sucessivo. Rizzardo explica a ideia da seguinte forma: “o proponente fica vinculado desde que se verifique a aceitação da proposta pela outra parte, obrigando-se o aceitante a partir do momento em que a resposta chega ao conhecimento daquele”⁸⁴. A vantagem consiste na igualdade de condições para ambas as partes, caso seja necessária a retratação. Nas palavras de Carvalho Santos, “o proponente é livre de retratar-se até o momento em que sua resposta chega ao conhecimento do destinatário; o aceitante tem o direito de arrepender-se enquanto a sua aceitação não chega ao conhecimento do proponente”⁸⁵.

Esta última teoria encontra-se prevista no Código Civil de 2002, nos Arts. 433 e 434, I, os quais consideram inexistente a aceitação se antes dela, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante. Assim, poderá o aceitante retratar-se enquanto sua manifestação ainda não for conhecida pelo proponente.

Como se vê, o Direito brasileiro apresenta uma espécie de sistema misto, que abarca várias teorias, dependendo da peculiaridade da situação e do momento da formação do contrato, a fim de adaptar-se à realidade. Esse sistema, porém, é alvo de inúmeras críticas. Para Carvalho Santos, o legislador atuou de forma equivocada, “preferindo uma teoria que não condiz com a realidade, acarretando graves incongruências, para poder justificar certas situações que não podiam ser postas à margem”⁸⁶.

Argumenta-se, por exemplo, que se o contrato é um acordo de vontades consagrado pelo consentimento, restam ilógicas duas formações do vínculo quando a afirmação é expedida, sem que o proponente tenha certeza da manifestação.

Tenta-se justificar a opção pela expedição pela tentativa do legislador em

⁸³ *Op. cit.*, p. 48.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 46.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 118.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 121.

objetivar a formação do vínculo e evitar litígios. Também se retira a possibilidade de o aceitante desfazer o contrato no momento em que lhe for oportuno, com exceção de caso que autorize retratação. No entanto, apenas a aplicação da teoria da expedição é insuficiente, daí o motivo das exceções existentes.

2.2.4 Formação dos contratos eletrônicos de consumo

Carlos Alberto Soto Coaguila enfatiza a importância de se determinar o momento da formação dos contratos eletrônicos. Segundo suas palavras:

Determinar el momento y lugar de la formación del contrato es sumamente importante, ya que por ejemplo, ante un posible incumplimiento o dano que un contratante cause al otro deberá determinarse qué tipo de responsabilidad deba aplicar se, la responsabilidad contractual o extracontractual, pues si todavía no hay contrato entonces las reglas aplicables serán las de la responsabilidad civil extrocontractual (u.). Mas aún, es fundamental saber el momento de la formación del contrato para determinar la ley aplicable en el tiempo, la ley vigente, referida, por ejemplo, a la licitud del objeto, lo que hoy es ilícito mañana puede no serlo y a la inversa; los plazos señalados a fin de que impiecen a computarse; la capacidad de ejercicio de las partes; etc⁸⁷.

Também, a partir da formação, começarão a vigor os prazos estipulados no Código de Defesa do Consumidor, como o tempo restante para o exercício do direito de arrependimento, possibilidade de retratação, distribuição do ônus da prova, os prazos prescricionais, entre outros. Assim, formado o contrato, formado igualmente está o vínculo entre as partes para o adimplemento da obrigação.

Tendo em vista a inexistência de legislação diversa, as mesmas regras da formação dos contratos valem para os contratos eletrônicos de consumo; ou seja, quando houver um lapso temporal entre a oferta e a aceitação, aplicam-se as mesmas condições da contratação por correspondência, nos termos do art. 434⁸⁸ do Código Civil de 2002.

No Brasil, atualmente tramitam vários Projetos de Lei, entre eles o de nº 4.906/2001 (traz a definição das relações do comércio eletrônico, assinatura digital,

⁸⁷ p. 204.

⁸⁸ "Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do Artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado".

formação e validade de contratos executados em ambiente de rede, aplicabilidade das normas de defesa do consumidor, publicidade e privacidade de informações, entre outros); o Projeto de lei nº 1.483/1999 (promove a instituição da fatura eletrônica e a da assinatura digital para transações realizadas via comércio eletrônico), e o Projeto de lei nº 1.589/1999 (dispondo também sobre comércio eletrônico, especialmente acerca da validade jurídica dos documentos eletrônicos e da assinatura digital).

Tendo em vista que os dois últimos citados são originários da Câmara dos Deputados, foram eles apensados ao Projeto de lei nº 4.906/2001, proveniente do Senado Federal. Jorge José Lawand, inclusive, assevera a grande proximidade desta proposta com a lei Modelo UNCITRAL, segundo ele, até mesmo "as justificativas expostas no projeto em tela são análogas, visando com isto obter uma uniformidade na norma jurídica brasileira com a dos outros países, diante do fato da globalização da economia, que sugere a utilização de preceitos comuns"⁸⁹.

Em relação à formação do acordo, ao que tudo indica, a teoria da expedição permanecerá acompanhando a legislação civil atual. Percebe-se, por parte dos legisladores e da doutrina em geral, um certo sentimento de aceitação quanto à teoria adotada.

Tome-se como exemplo o Substitutivo ao Projeto de lei nº. 4.906, o qual estabelece a teoria da expedição. Diz o seu art. 26: "Sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, nos contratos celebrados por meio eletrônico, dar-se-á no momento em que o destinatário da oferta enviar documento eletrônico manifestando, de forma inequívoca, a sua aceitação das condições ofertadas".

Nos contratos celebrados via Internet, muitas vezes não há meios seguros que estabeleçam o momento exato da expedição. Apesar dos avanços vislumbrados, é muito comum um e-mail não chegar ao destinatário, mesmo com a confirmação do envio pela conta eletrônica. Também há enormes disparidades na qualidade da transmissão de dados: enquanto uma mensagem pode demorar segundos para chegar ao destinatário, outra poderá levar horas (ou dias, em alguns casos).

O momento da expedição deveria ser de fácil a verificação. Esse

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 63

entendimento aplica-se corretamente no caso das contratações por correspondência postal, bastando vislumbrar a data de postagem. Entretanto, tal facilidade não ocorre quando os fatos são transpostos para a realidade virtual.

O art. 4º do referido Projeto, com o fito de garantir um mínimo de segurança na Grande Rede, somente entende a manifestação de vontade verdadeira, por meio da assinatura digital⁹⁰, quando atendidos os inúmeros requisitos estabelecidos: ser única e exclusiva para o documento assinado, passível de verificação pública, gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob o exclusivo controle do signatário, entre outros.

Cumpridos tais critérios, o art. 28 equipara o documento eletrônico ao da remessa por via postal registrada, se assinado de acordo com os requisitos dessa mesma lei, por meio que assegure sua efetiva recepção, e a remessa por via postal registrada e com aviso de recebimento, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente e por este recebida.

Em um panorama geral, os instrumentos tecnológicos utilizados ainda são extremamente frágeis. E, como se vê, a alternativa encontrada pelo legislador foi burocratizar a contratação eletrônica para garantir a aplicabilidade da teoria da expedição. Ora, se existem críticas à expedição atualmente, acentuam-se elas ainda mais quando se trata de contratos celebrados por meio eletrônico.

O instituto da assinatura digital é atualmente pouco difundido entre as empresas; conseqüentemente, o consumidor comum não se inclinará a adequar-se à disposição legal apenas para adquirir bens pela *Internet*. Além do formalismo excessivo, a crítica que se faz aos projetos de lei denuncia a falta de neutralidade tecnológica como fator limitante, visto que preveem apenas a utilização das tecnologias atualmente existentes. O ideal seria a escolha por uma fórmula aberta a novas tecnologias, evitando-se assim que uma lei entre em vigor já defasada.

Obviamente não é possível prever com exatidão o que acontecerá em futuro próximo, e quem sabe as tecnologias empregadas para garantir a segurança tornem-se mais comuns e simplificadas. No entanto, há que se contar com a possibilidade de as leis que ainda entrarão em vigor, por conta da burocracia

⁹⁰ Substitutivo ao Projeto de Lei n.º. 4.906, art. 2º, II: "assinatura digital: resultado de um processamento eletrônico de dados, baseado em sistema criptográfico assimétrico, que permite comprovar a autoria e integridade de um documento eletrônico cifrado pelo autor com o uso da chave privada".

constante em suas regras, acabem por se tornar inacessíveis ao consumidor, justamente a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Assim, seria esse o momento ideal para retomar as discussões acerca do momento da formação contratual, com o objetivo de desenvolver um sistema melhor adequado à realidade e à praticidade dos negócios jurídicos celebrados em ambiente virtual. Nesse sentido, interessante analisar as experiências de outros países e a aplicabilidade das normas estabelecidas.

Apenas como instrumento elucidativo, seguem abaixo algumas considerações acerca do exemplo alemão no tocante à formação contratual por meio da *Internet*. O Direito das Obrigações na Alemanha apresenta similitudes com o do Brasil; no entanto, a alternativa encontrada por esse país europeu quanto ao momento de celebração é diversa daquela encontrada pelo Brasil, conforme se verifica abaixo.

2.2.5 Princípios que norteiam a contratação eletrônica

No que tange à rede princípio-lógico que permeia a formação dos contratos eletrônicos, ressalte-se a grande importância da Lei Modelo UNCITRAL⁹¹ para interpretação dos contratos eletrônicos celebrados no sistema jurídico brasileiro, uma vez que grande parte dos autores brasileiros norteia-se por esse modelo legislativo.

Segundo Jorge José Lawand, destaquem-se: o princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais, o princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico, o princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos⁹².

⁹¹ A UNCITRAL foi criada pela Assembleia-geral da ONU em 1966, com o intuito de estabelecer um padrão uniforme aos países membros da União Europeia, acabou por se tornar uma das principais fontes para a elaboração de leis acerca do tema, inclusive para o Brasil. A lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (*Model Law on Electronic Commerce*) foi aprovada e adotada pela Assembleia-geral em 1996. Desde então, legislações baseadas nesta lei e foram criadas adotadas em diversos países, tais como França, Austrália, Colômbia, Equador, México, entre outros. Ainda, a partir dos dispositivos da lei Modelo, criou-se no Canadá a *Uniform Electronic Commerce Act*, e nos Estados Unidos, a *Uniform Electronic Transactions Act*, ambas adotadas em 1999.

⁹² *Op. cit.*, p. 41.

a) Princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais

Afirmar que o contrato celebrado em meio virtual é equivalente àquele formalizado em documento escrito em papel significa dizer que é válido juridicamente e assume as mesmas funções de um documento registrado em papel.

Fábio Ulhoa Coelho elege essa premissa como a mais corrente e genérica acerca da tecnologia jurídica dos contratos virtuais⁹³.

Em outras palavras, o meio eletrônico de celebração não invalida o negócio jurídico realizado, e o contrato eletrônico sujeita-se aos mesmos princípios e aos mesmos requisitos de validade de qualquer contrato.

Ressalte-se, no entanto, que uma transmissão de dados não se equivale a um documento de papel, mesmo porque uma mensagem eletrônica não consegue alcançar todas as formas de utilidade possíveis do papel; revestem-se ambos de natureza diferente; existe, sim, equivalência funcional. Nas palavras de Jorge José Lawand: “A equiparação visa conceder às mensagens de dados (ou mensagem eletrônica) a mesma categoria das declarações de vontade expressas por meios manuais, verbais ou gestos”⁹⁴.

Ao deixar clara essa prerrogativa, objetiva-se não apenas facilitar as transações realizadas virtualmente, mas também minimizar eventuais barreiras que possam surgir no decorrer das operações comerciais. Lawand sintetiza a importância do princípio ao definir seu duplo propósito, qual seja: “permitir ou facilitar o emprego do comércio eletrônico e conceder igualdade de tratamento aos usuários de mensagens produzidas sobre um suporte informático com aqueles que se utilizam dos contratos consignados em papel”⁹⁵.

Nesse contexto, o problema da segurança surge como uma das principais barreiras para a ampla aplicação da equivalência funcional. Questões relativas à identidade do emitente e do receptor e à inalterabilidade de conteúdo constantemente vêm à tona em discussões. Contudo, superam-se aos poucos esses questionamentos que se enfraquecem diante do vigor que o desenvolvimento tecnológico exhibe.

⁹³ *Op. Cit.*, p. 39.

⁹⁴ *Op. Cit.*, p.43

⁹⁵ *Op. Cit.*, p. 42.

Com efeito, há em prática algumas formas possíveis de garantir uma razoável segurança às mensagens eletrônicas, como a esteganografia ou “marca d'água digital”, a criptografia assimétrica (meio de identificação pelo qual o contratante se identifica por duas senhas, uma de conhecimento público e outra privada) e, futuramente, a identificação por leitura sensível da impressão digital, ou mesmo, da íris do sujeito, com a utilização de máquinas ou de caixas eletrônicas, de transmissão da fotografia, entre outros.

No que se refere à questão probatória, o Brasil acompanha a corrente de pensamento mundial acerca da equiparação do documento eletrônico ao documento convencional, liderada principalmente pela União Europeia e pelos Estados Unidos.

No que tange à matéria, o Substitutivo ao Projeto de lei n.º. 4.906, já preceitua em seu art. 3º: “Não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica.”

b) Princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico

Atualmente um expressivo número de consumidores utiliza a Internet como um meio de contratação eletrônica; no entanto, o desenvolvimento de novas tecnologias ocorre tão rapidamente, que futuramente a rede poderá tornar-se obsoleta.

O princípio da neutralidade tecnológica, postulado e desenvolvido pela UNCITRAL, pretende buscar a elaboração de normas independentes da tecnologia hoje utilizada. Em outras palavras, os enunciados que regem a contratação eletrônica devem desvincular-se dos conceitos tecnológicos em vigor, uma vez que os avanços ocorrem vertiginosamente.

Busca-se, assim, prever a aplicabilidade das normas para as novas tecnologias. Caso contrário, o trâmite de projetos de lei pode ser tão demorado que, aprovada, ao viger, a regra já se apresente obsoleta.

Nos termos de Jorge José Lawand, “a grande preocupação é evitar a obsolescência do diploma normativo, ao ser aplicada a determinada tecnologia que, porventura, poderá ficar ultrapassada”⁹⁶.

⁹⁶ *Op. Cit.*, p. 46.

c) Princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos

Ao reiterar que o grande diferencial dos contratos eletrônicos centra-se no meio utilizado, ou seja, em uma nova forma de comunicação apenas, quer-se afirmar que esse tipo de contrato não entra em conflito com o sistema normativo vigente.

Portanto, a Internet nem cria um espaço alheio ao Direito, nem um novo Direito; ao contrário, está sujeita aos postulados estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro e pelo Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de uma relação de consumo.

Tal interpretação evidencia que a disciplina do comércio eletrônico não tem por finalidade estabelecer um Direito novo ou modificar as premissas já instituídas do Direito das Obrigações e dos Contratos; terá como objetivo único, isto sim, reger as peculiaridades inerentes ao contrato virtual, como, por exemplo, o momento de formação, ponto a ser abordado oportunamente.

2.2.6 Princípio da boa-fé contratual

O princípio da boa-fé contratual, assim como os demais princípios gerais do contrato, por questões óbvias, são também aplicados aos contratos virtuais. Assim, dada a extrema importância do princípio jurídico da boa-fé, tecem-se alguns comentários acerca dessa premissa.

O princípio da boa-fé inovou a forma de entender a relação contratual no Direito brasileiro. Antes dotado de um cunho eminentemente subjetivo, atualmente prepondera o princípio da boa-fé em seu sentido objetivo, em especial no que tange ao direito dos contratos. Segundo Alinne Arquette Leite Novais:

A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social,

sempre respeitando a confiança e os interesses do outro⁹⁷.

O Código Civil de 2002 estabelece que os negócios jurídicos deverão ser interpretados segundo o princípio da boa-fé objetiva⁹⁸, constituindo-se este preceito em uma regra geral de conduta. Nas palavras de Francisco Amaral, "exige-se, ou aplica-se nos processos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos, de modo geral, mas com alcance, também, na atividade extranegocial"⁹⁹.

Insta asseverar, portanto, a importância do princípio da boa-fé objetiva (seja no direito obrigacional ou no direito do consumidor) a fim de identificar o real sentido da relação obrigacional: um processo desenvolvido durante um certo lapso temporal, tendo por objetivo final o adimplemento e, conseqüentemente, o fim da relação. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

Se o sentido geral da boa-fé é o de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, especialmente no Direito das Obrigações, é porque a boa-fé produz deveres instrumentais e 'avoluntaristas', neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional¹⁰⁰.

A autora, buscando sistematizar a aplicação da boa-fé, atribui-lhe três funções: otimização do comportamento contratual, reequilíbrio do contrato e limite no exercício de direitos subjetivos¹⁰¹.

Pela primeira função, a de otimização, entende-se o aumento de deveres em uma relação obrigacional por força do princípio da boa-fé. Esses deveres supõem uma atuação positiva ou negativa, dependendo da finalidade do ato, mas sempre buscando a proteção recíproca do interesse de ambas as partes.

Assim, é dever da parte não apenas abster-se de praticar ato prejudicial à contraparte, como também exercer sua atividade ativamente no sentido de buscar sempre a cooperação e a proteção dos interesses recíprocos. Ilustrativamente, são

⁹⁷ Alinne Arquette Leite Novais. Os novos paradigmas da teoria contratual: o Princípio da boa-fé objetiva e o Princípio da tutela do hipossuficiente. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de Direito Civil - Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.22-23.

⁹⁸ "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

⁹⁹ *op. cit.*, p.425.

¹⁰⁰ , Judith Martins-Costa. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson (coordenadores). Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p.199.

¹⁰¹ *op. cit.*, p.199.

deveres de otimização do comportamento contratual os deveres de lealdade, de honestidade, de sinceridade, de prestação de informações, de aconselhamento, entre outros.

Ressalte-se igualmente que os deveres de proteção, estes diretamente ligados ao dever geral de colaboração, poderão abranger os momentos pré e pós-contratual. Isso significa, pois, a existência de uma responsabilidade anterior e posterior à relação contratual, eis que os deveres de colaboração “implicam agir positivamente para que o fim contratual seja alcançado e em não agravar a situação da contraparte”¹⁰².

A função otimizadora ainda busca interpretar e harmonizar as lacunas contratuais, bem como os dispositivos de interpretação ambivalente. Neste último caso, em se tratando de cláusula geral disposta pelo contratado, a interpretação deverá ser a mais favorável ao contratante.

No âmbito da função de reequilíbrio do contrato, como o próprio nome diz, o princípio da boa-fé busca contrabalançar a situação das partes em uma relação contratual. Judith Martins-Costa assevera que “O relativo equilíbrio entre prestação e contraprestação que deve presidir os contratos bilaterais e sinalagmáticos é quebrado pela lesão ou pela excessiva onerosidade”¹⁰³.

Segundo o disposto no art. 157 do CC, de 2002, “Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação proposta”.

Adotou-se o conceito da lesão, no sistema brasileiro, como o defeito objetivo que se instala no momento da conclusão do contrato, pelo qual se opta pela tutela da parte lesada e não pela punição do sujeito que agiu maliciosamente para obter algum favorecimento.

Assim, segundo a legislação civil em vigor, “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (art. 157, § 2º).

Além da lesão, o CC de 2002 e o CDC permitem a revisão do contrato no caso de excessiva onerosidade superveniente ao momento da formação contratual. Especificamente, para o Direito do Consumidor, apresenta-se irrelevante o fato de o

¹⁰² Idem, *ibidem*, p. 205.

¹⁰³ *op. cit.*, p.206.

causador do desequilíbrio ser extraordinário ou imprevisível.

O Código Civil prevê ainda medidas para evitar a onerosidade excessiva, segundo previsão do art. 480, o qual estabelece que “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

O mesmo princípio encontra-se disposto no art. 51, § 4º, pelo qual é possível alegar a nulidade de cláusula abusiva que contrarie o Direito do Consumidor ou que, de qualquer forma, desequilibre a relação contratual celebrada.

Por fim, a função da boa-fé como limite ao exercício do direito manifesta-se em todos os ramos do Direito, atuando como uma norma de conduta geral para que não se aja com deslealdade.

Como exemplificação de aplicação dessa função, aos poucos vem-se adotando no Brasil o conceito de “Adimplemento Substancial”, “pelo que se limita ou impede-se o exercício do poder formativo (potestativo) de resolução contratual nos casos em que a prestação contratual, embora não totalmente cumprida, foi substancialmente adimplida”¹⁰⁴. Dessa forma, quando o adimplemento se apresentar quase que totalmente realizado, exclui-se a possibilidade de resolução. Pode-se, contudo, buscar a satisfação pelo pedido de adimplemento e de perdas e danos.

Como se vê, o princípio da boa-fé deve ser entendido não somente como um princípio, mas também como norma que atua conjuntamente com outros princípios legais, a fim de alcançar a solidariedade social instituída pela Constituição Federal.

2.3 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos

O Código de Defesa do Consumidor dispõe normas para proteção da parte mais vulnerável da relação jurídica contratual. O ambiente virtual dos contratos

¹⁰⁴ Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p.216.

eletrônicos também não se constitui em exceção à aplicação do Direito do Consumidor. Não obstante as peculiaridades do meio eletrônico, existem regras que não poderão ser alvo de discussão. Nos próximos parágrafos, delineiam-se algumas dessas particularidades.

Estabelece, por exemplo, o art. 30, do CDC, que qualquer informação ou publicidade, independentemente do meio de comunicação empregado, sendo suficientemente precisa, “obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

O art. 31¹⁰⁵, por sua vez, explicita o dever de informação ao consumidor. Uma das características da contratação eletrônica é a distância entre as partes, por essa razão, as precauções do fornecedor deverão ser ainda maiores. Todos os detalhes do produto ou do serviço que se oferece devem ser noticiados ao interessado. Conjuntamente, com o dever de informação, impõe-se um outro princípio diretamente conexo às normas protetoras do consumidor: o direito à transparência.

O meio pelo qual o contrato eletrônico é celebrado enseja a prática de graves abusos contra a parte vulnerável do negócio jurídico. Dessa forma, o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47¹⁰⁶, CDC) também deve ser aplicado incontestavelmente. Esse princípio, portanto, deve ser aplicado às relações de consumo, inclusive aos contratos celebrados em ambiente virtual.

Outra questão a ser levantada é aquela que diz respeito à possibilidade de aceitação tácita. Em algumas circunstâncias, o Código Civil entende que o silêncio implica anuência¹⁰⁷; entretanto, em questões envolvendo o direito do consumidor esta regra não se aplica, uma vez que “significa negação e indício que aconteceu uma prática abusiva do fornecedor”¹⁰⁸. Assim, em hipótese alguma o silêncio importará em aceitação. Ao contrário, indicará um possível abuso e violação de confiança por parte do fornecedor.

Aos contratos eletrônicos de consumo também se aplica o prazo de arrependimento, que encontra amparo no art. 49, do CDC; prerrogativa também dos

¹⁰⁵ 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, bom como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁰⁶ “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

¹⁰⁷ Art. 432. “Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

¹⁰⁸ Claudia Lima Marques, *op. cit.*, p. 117.

contratos celebrados a distância. “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete 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”.

Esse dispositivo foi desenvolvido no intuito de proteger o consumidor que se encontra em situação maior de vulnerabilidade ainda, já que não se cogita, em tais casos, a oportunidade de o consumidor dirigir-se ao estabelecimento comercial e conferir todas as características do produto ofertado. Dessa forma, abre-se a possibilidade ao consumidor de devolver, em prazo de sete dias, o produto recebido em desconformidade com o esperado.

2.3.1 Conceito de consumidor no sistema jurídico brasileiro

Como as tratativas adiante versarão acerca dos contratos eletrônicos de consumo, faz-se mister estabelecer um conceito para consumidor em uma relação contratual, segundo o sistema jurídico brasileiro. Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor utiliza uma técnica ampliativa de aplicação, sendo que existem os consumidores *stricto sensu* e os sujeitos equiparados a consumidores.

A expressão “proteção ao consumidor” remete à ideia daquele sujeito não profissional pactuando com um sujeito profissional, sem a intenção de auferir lucro. Seguindo esse raciocínio de forma superficial, conclui-se que, quando o contrato é celebrado entre dois profissionais com a intenção de lucrar, os dispositivos do CDC não se aplicam.

Ao contrário dessa visão subjetiva, o CDC prefere conceituar o consumidor objetivamente: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º do CDC).

Nesse contexto, duas teorias buscam dar significado à “destinação final”: a teoria finalista e a maximalista. Para Cláudia Lima Marques, destinatário final de acordo com a teoria finalista, “é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física”¹⁰⁹. Assim, inclui-se, segundo este conceito, não somente o destinatário fático, mas também o destinatário final

¹⁰⁹ Cláudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. p.253.

econômico do bem. Em outras palavras, isso significa “não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu”¹¹⁰.

A teoria maximalista, por sua vez, busca a interpretação mais ampla possível para o art. 2º, sendo o CDC um código de conduta para uma sociedade de consumo. Nesse entender, consumidores seriam todos aqueles destinatários fáticos, não importando se realizaram o negócio buscando lucro ou não. Adotando esse ponto de vista, os agentes econômicos poderiam ora apresentar-se como consumidores, ora como fornecedores. Exemplificando, seriam consumidores: a fábrica que compra a matéria-prima para transformá-la, a empresa que compra o maquinário para utilizá-la em sua produção, a pessoa que adquire alimentos para seu consumo pessoal, entre outros.¹¹¹

A crítica que se faz à ideia maximalista é que, ao tratar todos os compradores como consumidores, deixa-se de projetar tratamento jurídico diferenciado à parte mais fraca da relação jurídica. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual”¹¹². Haveria uma banalização dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Se as relações de consumo têm como premissa o desequilíbrio entre as partes, existe uma parte mais fraca, mais vulnerável. Ao Direito do Consumidor, cabe, pois, sanar tal desigualdade, buscando equidade contratual. Diante desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem posicionado suas decisões de acordo com a teoria finalista.

No entanto, existem três hipóteses excepcionais nas quais o CDC adota o critério de equiparação, o que significa, segundo Juliana Santos Pinheiro, “comparar igualando agentes não necessariamente abarcados pelas regras do art. 2º, caput, e que se mostram merecedores da especial tutela, posto que, por diferentes razões, também revelam sua fragilidade”¹¹³. Nessa seara, são equiparados a consumidor: a coletividade de pessoas (art. 2º, parágrafo único do CDC), a vítima de um acidente de consumo (art. 17), e agentes expostos às práticas comerciais dispostas no

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p.254.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p.255.

¹¹² *Op. cit.*, .278.

¹¹³ Juliana Santos Pinheiro. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de Direito Civil - Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

Código de Defesa do Consumidor (art. 29).

No primeiro caso, equipara-se a consumidores a coletividade de sujeitos que participa de uma relação de consumo, mesmo que indetermináveis, tendo em vista a massificação das práticas comerciais. Coletividade, nas palavras de Juliana Pinheiro, abrange “a universalidade de consumidores ou mesmo uma categoria, grupo, classe”¹¹⁴.

São também suscetíveis às normas de consumo todas as pessoas que se apresentam como vítimas de danos ligados às relações de consumo, considerando-se a extensão dos prejuízos gerados (patrimoniais ou extrapatrimoniais), prescindindo, neste caso, de adequação a destinatário final exigida pela regra geral do art. 2º, caput.

Outrossim, a hipótese do art. 29 leva em consideração toda e qualquer pessoa exposta às práticas condenadas pelo CDC. Poderá, inclusive, haver vulnerabilidade em relações entre profissionais. Por exemplo, duas empresas, sendo que uma possui o monopólio sobre os produtos vendidos à outra. Assim, aquela empresa poderá ditar normas imperativas sobre preços, prazos ou pagamento, sendo ela a mais poderosa da relação contratual.

Em situações como essa, após a análise do caso concreto, a legislação do consumidor poderá ser excepcionalmente aplicada em negócios jurídicos realizados entre profissionais, mesmo que a parte tida como consumidora não atue como destinatário econômico.

Diante das exceções existentes, Juliana Santos Pinheiro sintetiza o conceito de consumidor:

(...) não é apenas a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", conforme aponta a maioria da doutrina, mas também a coletividade de sujeitos (determináveis ou não) que tenham intervindo na relação de consumo, as vítimas de um evento danoso e, por fim, todas as pessoas (determináveis ou não) expostas às práticas comerciais previstas do CDC¹¹⁵.

Ou seja, aplicam-se as regras do CDC “sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, .p. 339.

¹¹⁵ *op. cit.*, p.352-353.

econômico do produto ou serviço”¹¹⁶.

Juliana Santos Pinheiro assevera que a vulnerabilidade "está presente na composição de cada um dos tipos do consumidor, por serem notoriamente os segmentos frágeis da sociedade de consumo, expostos ao fenômeno do consumeirismo e às adversidades do mercado”¹¹⁷.

Portanto, o princípio da vulnerabilidade destaca-se como elemento decisivo para a aplicação do Direito do Consumidor, o qual, segundo Cláudia Lima Marques, pode assumir três facetas: a técnica, a jurídica e a fática ou socioeconômica.

“Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”¹¹⁸. Nesse caso, presume-se vulnerável o não profissional, e apenas em alguns casos o profissional, após comprovada a situação de desequilíbrio.

“Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”¹¹⁹. Assim como no caso anterior, aos profissionais vale a presunção de que não há vulnerabilidade científica, já que se entende que eles podem prover meios de buscar o conhecimento básico necessário para realizar seus negócios.

Por último, “há ainda a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”¹²⁰.

Importante frisar, ainda, a diferença existente entre o conceito de vulnerabilidade e hipossuficiência, tendo em vista a indevida utilização desses dois termos como sinônimos pela maioria dos autores. Existem, pois, duas vertentes que dão significado à hipossuficiência. Para alguns, seria termo proveniente do Direito do Trabalho, significando fragilidade físico-psíquica, como é o caso dos idosos e das crianças. O outro posicionamento confere um conteúdo processual ao conceito, visto

¹¹⁶ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.279.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 335.

¹¹⁸ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.270.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p.271-272.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p.273.

que seriam aqueles sujeitos desprovidos de bens econômicos, “criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material”¹²¹.

Em se tratando da aplicação do Direito do Consumidor, as experiências francesa e alemã devem ser abordadas com maior intensidade. A França começou a vislumbrar os direitos do consumidor ao final da década de setenta, quando passou a editar as primeiras leis que tratavam do assunto, inicialmente dispostas em leis esparsas que mais tarde foram reunidas em um só texto normativo (*Code de la Consommation*).

A princípio adotou-se a interpretação essencialmente finalista, pela qual as relações de consumo eram somente aquelas realizadas entre o profissional contratado e o não-profissional contratante sujeito a cláusulas abusivas. Apenas uma década depois, no final da década de oitenta, a jurisprudência francesa relativizou tal conceito. As empresas contratantes (profissionais) em situação de ignorância e de vulnerabilidade, após análise do caso concreto, também estariam protegidas pelas normas consumptivas.

Atualmente, a relativização alcança outras situações, as quais não serão abordadas neste estudo. No entanto, destaque-se que a doutrina belga foi responsável em parte pelo rumo tomado pela doutrina francesa por força das inúmeras críticas aos conceitos elaborados pela França. Estabelece-se, por exemplo, o lucro como elemento subjetivo essencial à caracterização ou não de consumidor. Aplicam-se, pois, as normas do consumidor ao contratante (profissional ou não) que não auferir lucro.

Consequentemente à influência belga, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, “pode-se afirmar que pessoas físicas e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mesmo que profissionais em algum sentido, têm mais facilidade para uma equiparação a consumidor na França, enquanto pessoas jurídicas com fins lucrativos só se beneficiarão da lei tutelar se em situação de vulnerabilidade”¹²².

Quanto ao Direito alemão, a ilustre autora entende que “O sistema geral e social alemão não difere muito do sistema brasileiro, após a entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002, que traz esta visão social e de controle para todos os contratos, mas que deixa ao CDC a tarefa de proteger de forma especial o

¹²¹ *Idem, ibidem*, p.274-275.

¹²² Cláudia Lima Marques. Contratos... p.258.

consumidor”¹²³.

Por força das Diretivas europeias, recentemente a Alemanha restringiu seu entendimento de consumidor, denominação agora ligada essencialmente à pessoa física sem interesses de cunho comercial ou com ligação profissional (ou seja, a característica de não-profissionalidade) atuando como contratante do destinatário final do produto ou serviço. Essa interpretação adotada é a mais aceita internacionalmente.

Cláudia Lima Marques pontua acerca das novas mudanças presentes no Direito do Consumidor alemão, o qual, “De elemento descodificador e especial, renasce como elemento unificador e harmonizador do Direito Privado, reforçando o Direito Civil geral, impregnando-o de valores sociais, de justiça distributiva e de tratamento desigual e pós-moderno aos sujeitos de direito, desiguais e importantes na estrutura de massas atuais”¹²⁴.

¹²³ *Idem, Idem*, p. 266.

¹²⁴ *Idem, Idem*, p. 164.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES ELETRÔNICAS DE CONSUMO

A análise dos sistemas de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – pressupõe a abordagem preliminar da proteção do consumidor conferida pela diretriz constitucional.

A Constituição Federal de 1988 elevou à condição de direito fundamental a defesa do consumidor, estabelecendo em seu Artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”.

Além disso, o legislador constitucional estabeleceu, no Artigo 170, inciso V, que a ordem econômica, sempre fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos os brasileiros uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, tendo por base a defesa do consumidor.

Do conteúdo axiológico dos comandos constitucionais acima declinados, constata-se que a defesa do consumidor impõe-se como direito fundamental, revelando-se verdadeira cláusula pétrea, nos termos do Artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu bojo um sistema próprio de responsabilidade civil, dotado de autonomia, cuja função precípua é garantir, no âmbito da reparação de danos causados pelo fato do produto ou serviço e pelo vício do produto ou serviço, a responsabilização civil do fornecedor, apontando o respectivo fundamento, bem como as hipóteses de isenção ou excludentes de responsabilidade.

A responsabilidade nas relações de consumo é resultante da evolução da teoria da responsabilidade civil alicerçada em fundamentos e princípios novos, consequentes do Direito do Consumidor.

Floresceu e prosperou a certeza, no meio jurídico, de que a proteção prevista pela responsabilidade civil tradicional não albergava a nova constelação de direitos nascidos da complexidade das relações consumeristas, cuja dinâmica é sujeita às rápidas transformações sociais e econômicas dos nossos tempos.

O desenvolvimento da responsabilidade civil, dos direitos do consumidor e das garantias aceitas como fundamentais, repousa no desenrolar de um processo histórico de reconhecimento e afirmação gradual, resultante dos avanços e

retrocessos singulares a toda e qualquer sociedade.

Sérgio Cavalieri afirma que

a responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Talvez tenha sido a área do direito que sofreu os maiores impactos decorrentes das profundas transformações sociais, políticas e econômicas verificadas no curso do século passado.

(...)

Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da revolução industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código de Defesa do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.¹²⁵

A resolução nº 39/248, de 10-4-1985, da Organização das Nações Unidas (ONU), inspirada na famosa declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo presidente John Fitzgerald Kennedy, em 15-3-1962, delineia as principais diretrizes que devem ser adotadas, no plano universal, com vistas à implantação da política de defesa e a proteção efetivas dos direitos fundamentais dos consumidores.

Indiscutivelmente, estamos agora numa época em que nos preocupamos mais com a proteção dos direitos do que propriamente com seus fundamentos, conforme há muito previa e ensinava o pensador italiano Norberto Bobbio:

O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles não sejam continuamente violados.¹²⁶

A ação humana traz em si a consequência da responsabilidade. A palavra "responsabilidade" origina-se do latim, *respondere*, que consiste na ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Diz-se, assim, que

¹²⁵ *Op. Cit.* p. 238-239.

¹²⁶ Norberto Bobbio. *A era dos direitos.* p. 25

responsabilidade e todos os seus vocábulos cognatos exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência.

Maria Helena Diniz define a responsabilidade civil

como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.¹²⁷

O Inciso VI do art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor prevê como um dos direitos elementares do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Objetivou o código com essa redação, elucidar quais os objetivos decorrentes de seus princípios, asseverou a prevenção como elemento preponderante, pois ocorrendo lesão ao consumidor, esta deverá ser reparada da forma mais completa possível, contemplando não apenas os danos patrimoniais, mas também os morais, qualquer que tenha sido o interesse lesado.

O art. 6.º, inciso VI do CDC assegura, portanto a *restitutio in integrum* do consumidor em toda e qualquer hipótese, sem sofrer qualquer limitação e, por se tratar de matéria de ordem pública, qualquer acordo das partes em sentido contrário será nulo.

A doutrina clássica explica que duas são as espécies de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual ou aquiliana. Já ao analisarmos a responsabilidade civil, especificamente nas relações de consumo, detectamos as inovações legais próprias dos tempos modernos. Surge daí a chamada responsabilidade legal¹²⁸.

Com bastante clareza, explica Zelmo Denari que o Código de Defesa do Consumidor supera a velha dicotomia entre a responsabilidade aquiliana e contratual, declinando as razões da mudança:

A colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores, in genere suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação dos direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual).

¹²⁷ *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. p. 34, v. 7.

¹²⁸ Dever jurídico de cumprir obrigação imposta por normas jurídicas, cujo descumprimento acarreta aplicação da sanção correspondente.

Nessa hipótese, invertem-se os papéis dos respectivos partícipes, pois os consumidores é que figuram no pólo ativo da relação de responsabilidade, com vistas à reparação dos vícios de qualidade ou de quantidade dos produtos ou serviços, bem como dos danos decorrentes dos acidentes de consumo.

E é justamente essa inversão de papéis, signo indelével da relação jurídica de consumo, que permite aludir à superação da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual. Segundo a doutrina corrente, o tratamento dado à matéria pelo CDC afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito rendendo ensejo à unificação da *summa divisio*.¹²⁹

Portanto, estando diante de uma relação de consumo, irrelevante será a classificação da responsabilidade civil em contratual ou não. O que realmente importará será o enquadramento da responsabilidade na Seção II (fato do produto e do serviço) ou na Seção III (vícios de qualidade e quantidade), ambas do Capítulo III do Código de Defesa do Consumidor.

A operacionalização do instituto da responsabilidade civil promove duas ações prioritárias às sociedades modernas, quais sejam a de caráter educativo, pedagógico e preventivo e a ação pela qual se perfaz num meio pelo qual se obtém o ressarcimento juridicamente pleiteado.

Ao buscar o restabelecimento do *status quo* anterior ao dano, promove o dever de reparação que se opõe ao que violou ou pretende violar o direito reconhecidamente alheio, servindo como fator de desestímulo a futuras violações.

Ao tratar sobre esse instituo José Reinaldo de Lima Lopes, diz que “a responsabilidade civil é instrumento de recomposição de um equilíbrio social ou *status quo* determinado. Facilmente, conforme seja aplicada, pode favorecer não apenas ao indivíduo (ou seja ser elemento de retribuição), mas classes inteiras (ou seja, ser instrumento de distribuição¹³⁰).

Pleitear juridicamente a responsabilidade significa se pôr no exercício do poder de reivindicar do autor da injusta ofensa, que lhe sejam recompostos os prejuízos suportados, daí porque ao se responsabilizar, o ofensor se submete ao poder jurídico do outro, o ofendido, que para exercê-lo, se socorre-se do poder/dever do Estado de tutelar os direitos e promover o bem comum.

Para proteger a regularidade da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, quer na esfera contratual ou extracontratual, busca, de forma abrangente, que se evitem os prejuízos.

¹²⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto. p. 138 ss

¹³⁰ Responsabilidade Civil do fabricante e a Defesa do Consumidor.p.10

Basicamente, trabalhou o legislador com a denominada tipologia das imperfeições dos produtos ou dos serviços, destacando-se duas órbitas distintas, que possibilitam o ressarcimento e desprestigiam a conduta do ofensor: a responsabilidade por fato do produto ou do serviço e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço.

A primeira dessas órbitas, responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, constante do art. 12 ao 17 do CDC, procura evitar e punir as situações onde ocorrem danos à incolumidade física e emocional do consumidor, bem como prejuízos externos aos produtos e aos serviços por este utilizados. A responsabilidade aqui provém da exteriorização de um defeito capaz de frustrar as expectativas de segurança, colocando em risco a integridade física ou patrimonial do consumidor e causando-lhe um acidente de consumo

A segunda dessas órbitas, responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço, corresponderia aos prejuízos causados internamente, próprios da essência ou incidentes no próprio produto ou serviço viciado, indicando aqui mais uma noção de prejuízo patrimonial, desta feita regulada do art. 18 ao art. 25 do CDC.

Hodiernamente, vivemos numa sociedade que nos impele a todo o momento a estabelecer relações de consumo, seja por imperiosa necessidade, seja por puro deleite ou até mesmo por mero capricho. Somos diuturnamente influenciados pelos meios de comunicação social a comprar compulsivamente, como se, ao agir dessa maneira, estivéssemos a prestar um serviço patriótico por manter as engrenagens da economia a funcionar.

No mesmo sentido a ilustre professora Cláudia Lima Marques¹³¹, em sua obra, ensina que na estrutura moderna adotada na elaboração do Código de Defesa do Consumidor destaca-se a proteção contra todos os desvios de qualidade e quantidade, ameaçadores que são da segurança e da confiança do consumidor.

Utilizando-se do princípio contratual da confiança e adaptando-o à realidade do consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu normas protetoras da confiança depositada pelo consumidor na segurança e na adequação do produto ou serviço ao que é razoavelmente esperável, com o escopo de evitar riscos e prejuízos e de garantir um real ressarcimento.

¹³¹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...* p. 575.

No plano da responsabilidade civil nas relações de consumo, o direito das obrigações tem por meta a busca inalcançável da reparação completa e irrestrita dos malefícios suportados pelo ofendido em consequência do ato danoso.

É de indiscutível relevância jurídica econômica e social a ampliação da abrangência e efetividade do instituto da responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico, pois no escólio de Serpa Lopes já se advertia que

Um dos mais árduos e complexos problemas jurídicos é inegavelmente o da responsabilidade civil. Nele se refletem as atividades humanas, individuais contratuais. Estudá-lo, importa em imergir no exame, atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional para atingir um outro mais vasto, cuja pesquisa exige um apelo às análises psicológicas e às considerações deduzidas do espírito do autor do ato. Por vezes é necessário, como acentuou Demogue, penetrar no estado de espírito da própria vítima. Se de um lado, o progresso revolucionário da máquina, o desenvolvimento prodigioso da energia elétrica, os engenhos atômicos, estarrecem e maravilham, de outro lado, geram constantes e enormes perigos à vida humana, à sua integridade, o que põe em agitação o problema da irresponsabilidade, pois, a cada atentado sofrido pelo homem, seja em relação à sua pessoa física, seja ao seu patrimônio, corresponde um quebra do equilíbrio patrimonial, cuja inalterabilidade a ordem jurídica tem o dever de manter.¹³²

Preambularmente, há que se pôr em relevo a consagração constitucional e a construção legislativa da tutela aos direitos do consumidor, enfocando questões concernentes à exigência social e ao intervencionismo estatal. Na atual conjuntura, marcada pela massificação das relações de consumo, prejudica-se, mormente, o consumidor, parte reconhecidamente mais fraca de tais relações. Com efeito, ante a supremacia econômica que ordinariamente se verifica em favor do empresário e em detrimento do consumidor, este se posiciona em uma condição de vulnerabilidade frente àquele, o que vem a configurar uma situação de desequilíbrio na relação sócio-jurídica de que participam.

Assim, afirmou Sálvio de Figueiredo Texeira¹³³, que com o intuito de atingir esse propósito, ou seja, proteger a parte mais frágil nas relações econômica e jurídica e a ela assegurar o acesso à justiça, o Direito do Consumidor se bifurcou em normas de direito material e normas de direito processual, ora para equilibrar o vínculo entre as partes, ora para amoldar os institutos processuais à defesa individual e coletiva dos direitos.

¹³² Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. p. 63

¹³³ Sálvio de Figueiredo Texeira. *A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro*. p. 09

Passaremos adiante a analisar as duas órbitas de responsabilidade previstas no CDC, fato do produto ou do serviço e vícios do produto ou do serviço, que disciplinam os meios de indenização e penitenciam a conduta do ofensor, quando da ocorrência de acidentes de consumo e vícios nas aquisições, que afetem a incolumidade ou desvalorize o patrimônio do consumidor, analisando-se também a teoria da confiança.

Tendo em vista a existência de um entrelaçamento entre todos os temas que gravitam em torno da matéria “responsabilidade civil” e focado no objeto de estudo deste trabalho, preocupamo-nos em delimitar o tema desenvolvido priorizando-se, enfaticamente, os aspectos jurídicos concernentes à responsabilidade por vícios do produto e do serviço nas relações de consumo, especialmente aquelas realizadas por meio eletrônico.

3.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço

Como já dito anteriormente, a primeira órbita de disciplinamento legal da responsabilidade civil nas relações de consumo, procura evitar e punir as situações onde ocorrem danos à incolumidade física ou emocional dos consumidores, bem como prejuízos externos aos produtos e aos serviços por estes adquiridos. A responsabilidade aqui provém da exteriorização de um defeito capaz de frustrar as expectativas de segurança, colocando em risco a integridade física ou patrimonial dos que possam ser legalmente enquadrados como consumidor ou sofreu acidente de consumo em virtude da aquisição, objeto da relação jurídica.

No tocante à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou a matéria nos arts. 12 ao 17 (constante em apêndice).

O Artigo 12 relaciona os agentes econômicos que responderão diretamente por fatos ilícitos que ocorram aos consumidores ou venham a ser decorrentes de produtos ou de serviços, objetos da relação de consumo. Tal obrigação está respaldada no novo dever de qualidade, imposto ao fornecedor pelo CDC, responsabilizando-o pela qualidade, garantias e segurança que devem estar implícitas ao produto ou ao serviço comercializado.

Acompanhando os ensinamentos de Claudia Lima Marques¹³⁴, constata-se que a responsabilidade dos agentes econômicos que participam direta ou indiretamente da relação de consumo está objetivada, ou seja, independentemente de culpa, flui do dever de indenizar imposto a todos que colaboram para introdução no mercado, de produtos ou serviços defeituosos, pois destes, os consumidores, normalmente esperam a qualidade e a segurança como garantias que lhes são indispensáveis.

Caracteriza-se a responsabilidade objetiva por prescindir de culpa, e o Artigo 12 do CDC prevê a responsabilidade dos agentes econômicos envolvidos na relação de consumo independentemente desta. Seguindo os ensinamentos do autor José Geraldo Brito Filomeno, podemos dizer que:

A chamada “responsabilidade objetiva”, ou também conhecida por “responsabilidade sem culpa” se deve aos seguintes fatores: (a) a produção em massa: a demanda pelos bens de consumo, cada vez maior, fez com que a atividade fabril adotasse métodos cada vez mais sofisticados para a produção não de um pequeno número de produtos de forma artesanal, mas a produção em quantidade maior para atender à demanda crescente; ora, desta forma, como há uma produção em série, é perfeitamente previsível que alguns desses produtos fabricados aos milhares venham a apresentar alguma anomalia; (b) a vulnerabilidade do Consumidor: como visto anteriormente, enquanto o fornecedor de um produto conhece todas as fases de sua fabricação (desde a concepção, execução e informações a respeito dele), o consumidor as desconhece, e apenas espera que o produto que viu anunciado por um determinado tipo de publicidade seja do jeito que o viu e que vai desempenhar as atividades anunciadas, e não causar-lhe prejuízos, não apenas econômicos, mas também a sua saúde e segurança; (c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva: uma vez que, sem o mínimo conhecimento a respeito das características de um produto ou serviço que lhe causou sérios danos pessoais e/ou econômicos, a não ser aquelas concedidas pelo próprio fornecedor, o consumidor ficaria inteiramente à mercê daquele, já que não lhe bastaria demonstrar que os mencionados danos resultaram da utilização de um produto ou prestação de um serviço, mas também o elemento subjetivo do responsável, consistente em dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia); (d) o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com sua venda: como de resto já diziam os romanos, “ubi emolumentum ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda”; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiros deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar; (e) o produto ou o serviço, uma vez concebidos e colocados no mercado, com defeito relativo à sua concepção, execução ou informações, ganham vida própria, donde a máxima *res ipsa loquitur*: a coisa ou serviço prestados de maneira defeituosa, na nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor, falam por si mesmos, por apresentarem um risco, pelo simples FATO de sua existência e colocação no mercado; f) em decorrência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades: a responsabilidade objetiva, ou seja,

¹³⁴ Claudia Lima Marques. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. p. 258

que independe da comprovação de culpa, teve sua pioneira introdução no direito brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 2.681/12, que cuidava da responsabilidade dos proprietários de ferrovias, bondes e elevadores, ou seja, por se tratar de atividades de risco (no caso das ferrovias, na época (as locomotivas a vapor, coroa efeito, as fagulhas não raramente causavam danos a plantações e florestas através das quais corriam os trens, daí não se poder falar de culpa, propriamente dita, mas de atividade eminentemente de risco); também o antigo “Código Brasileiro do Ar” (Decreto Lei nº 32, de 18-11-1966) e o vigente “Código Brasileiro de Aeronáutica” (Lei nº 7.565, de 19-12-1986) igualmente cuidaram da responsabilidade objetiva dos transportadores aéreos, tanto no que diz respeito a pessoas e cargas transportadas (responsabilidade decorrente do vínculo contratual), como a pessoas e bens de terra, porventura atingidos pela queda de soma aeronave (questão da chamada “culpa extracontratual”, exatamente por se cuidar de uma atividade de risco, também); as “Leis de Acidentes do Trabalho”, designadamente o Decreto-lei nº 7.036, de 1944, também cuidava da responsabilidade de empresas e empregadores de modo geral, pelos acidentes-tipos ocorridos em decorrência da atividade fabril, risco esse absorvido, como se sabe, pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS); finalmente, poderíamos também citar a precursora “lei de política ambiental” (Lei nº 6.938/81), que em seu art. 14, § 1º, fala expressamente: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.¹³⁵

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é consequente dos defeitos substanciais, considerando-se aspectos intrínsecos e extrínsecos destas aquisições, capazes de frustrar as expectativas legítimas de utilização e fruição do consumidor ou de terceiros acolhidos pela relação jurídica de consumo, que resultem da exposição ou violação contidas na periculosidade ou insegurança, encapsuladas nos produtos e serviços defeituosos.

Vale ressaltar que se exige a ocorrência simultânea de dois elementos caracterizadores para que se aplique o regime jurídico da responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto ou serviço. O primeiro desses elementos é a falta de segurança ou o próprio defeito, o segundo é a ocorrência do dano pessoal, corporal, anímico ou material decorrente do defeito.

No que tange à solidariedade dos fornecedores ante a obrigação de indenizar, relevamos as considerações de Antonio Herman V. Benjamin o qual afirmar que:

O Código, assim, traz dois tipos de solidariedade legal: uma para os co-causadores do dano e outra em que nem todos os coobrigados são causadores (diretos) do dano. É nesta última hipótese que se encaixa a responsabilização do fabricante, apesar do verdadeiro causador (direto) do

¹³⁵ Jose Geraldo Brito Filomeno. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. p. 147

prejuízo ser o comerciante que, *v.g.*, deixou de conservar adequadamente o produto (art. 13, III). Para aqueles casos em que os coobrigados são todos co-causadores do dano, o Código tem norma geral, já no limiar do seu texto, que impõe o princípio da solidariedade *ex lege*. Segundo o art. 7.º, parágrafo único, “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, tratamento este que é repetido no art. 25, § 1.º. É interessante observar que este art. 7.º vai além do próprio Código, uma vez que cuida de “danos previstos nas normas de consumo”, (grifos nossos). E, como se sabe, o Código não é o único repertório de normas de proteção ao consumidor. Há, ao seu lado, entre outras, a legislação sanitária, a de alimentos, a de medicamentos, todas traçando normas de consumo.¹³⁶

Casos há, todavia, nos quais o Código reconhece a ausência de responsabilidade dos agentes econômicos, como ocorre no § 3.º do artigo 12, anteriormente citado. Esse dispositivo trata de causas excludentes de responsabilidade, entretanto, frise-se, persiste a obrigatoriedade do fabricante, construtor, produtor ou importador comprovar inequivocamente a incidência daquelas hipóteses, quais sejam: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; e III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Tal exigência é fruto da inversão do ônus da prova imposta ao agente econômico e concedido como direito básico do consumidor, como forma de salvaguardar seus direitos.

Em se tratando de serviço, o § 3º do art. 14, também já citado, expõe as causas excludentes de responsabilidade do prestador de serviço, quais sejam: I – que tendo prestado o serviço o defeito inexiste; e II – culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Mais uma vez permanece a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova concedida ao consumidor, buscando facilitar, processualmente, o deslinde da lide que verse sobre indenizações provenientes de danos causados ao consumidor ou a terceiros, em virtude de defeitos na prestação do serviço.

No que tange ao § 4º do art. 14, façamos as palavras de Plínio Lacerda Martins, *verbis*:

Assim, quanto ao serviço efetivado por um profissional liberal, a responsabilidade não será objetiva e sim subjetiva, o que implica dizer que o consumidor tem o ônus de provar que num acidente de consumo a obtenção de uma indenização contra o médico, o dentista, implica provar que estes agiram com culpa (negligência, imperícia ou imprudência). Já em relação a uma empresa que presta um serviço jurídico ou mesmo médico, a

¹³⁶ Antonio Herman V. Benjamim. **Manual do Direito do Consumidor**. p. 32

responsabilidade é objetiva, não tratando de responsabilidade pessoal dos profissionais liberais. É importante distinguir o serviço prestado por um profissional liberal, como no caso do médico, e o serviço prestado por grupo de profissionais associados, como o grupo de médicos associados, configurando uma empresa de serviço, sendo que este grupo de médicos poderá ser responsabilizado de forma objetiva. Restou consignar que o art. 14, parágrafo 4, está inserido dentro do capítulo da responsabilidade pelo fato do produto, serviço (Seção III), envolvendo o serviço prestado por um fornecedor (profissional liberal), serviço este defeituoso que ocasiona um acidente de consumo, razão de a responsabilidade ser subjetiva. Em relação ao serviço prestado pelo profissional liberal que apresenta vício de qualidade, a doutrina entende que a responsabilidade do profissional é também subjetiva, devendo fazer a distinção entre a obrigação de meio e resultado assumida pelo profissional.¹³⁷

Do elenco de normas estudadas até agora, versando sobre a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, cristaliza-se a equiparação extensiva do conceito de consumidor para todas as vítimas do evento danoso. A proteção jurídica do CDC também se estende a qualquer pessoa atingida pelo acidente, reconhecendo-se a amplitude alcançada por meio desta Lei, buscando materializar as possibilidades de se indenizar, integralmente, os danos provenientes dos acidentes de consumo e seus nefastos efeitos na ordem econômica e social.

3.2 Responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço

Trataremos agora sobre a segunda das órbitas constantes no Código de Defesa do Consumidor que normatiza a responsabilidade civil nas relações de consumo. Aqui se disciplinam as situações onde ocorrem danos ao patrimônio econômico ou financeiro dos consumidores, bem como prejuízos internos ou incidentes na essência dos produtos e serviços adquiridos.

A responsabilidade aqui provém da manifestação de vícios ocultos nos produtos ou serviços que lhe diminuem o valor, serventia, qualidade ou quantidade, revelando impropriedades ou inutilizando-o ao destino perseguido por quem licitamente os adquiriu, o consumidor.

Responsáveis aqui serão todos os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis. Aqui estão incluídas todas as espécies de fornecedor, sem limitação, diferentemente do sistema, do fato, do produto ou do serviço.

¹³⁷ Plínio Lacerda Martins. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. p. 1.398.

O legislador, entretanto, não definiu os conceitos de bens duráveis e não duráveis, restando ao interprete ou operador do direito tal missão. Assim, valendo-se do critério da razoabilidade, a durabilidade ou não do bem de consumo deve ser auferida em relação ao desgaste decorrente do seu uso no tempo.

A responsabilidade dos fornecedores por vício do produto ou do serviço é objetiva, independe de culpa ou de dolo. Embora essa natureza não conste expressamente do texto legal, ela decorre do sistema implantado pelo diploma consumerista e a aplicabilidade desta lei somente seria possível com a adoção da responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores.

No tocante à responsabilidade por vícios do produto ou do serviço, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou a matéria nos Arts. 18 a 25 (constante em apêndice) .

No art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, observamos que o legislador dispôs a respeito da responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis pelos vícios de qualidade e quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. Traz ainda, o referido artigo, as alternativas de sanção aplicadas ao fornecedor na hipótese de não ter sido sanado o vício do produto no prazo de trinta dias.

No dizer de Rogério Marrone de Castro Sampaio “o legislador primou por delimitar, sem a pretensão de exaurir, os bens considerados impróprios para o consumo, no § 6º do art. 18 do CDC. Demonstrando tratar de rol exemplificativo, considerou, também, como impróprio os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”¹³⁸.

Vale ressaltar que esse artigo também considera a deficiência na informação sobre o produto ou serviço uma lesão ao consumidor, mesmo que o produto ou serviço em si não apresente problemas.

No artigo 19 do CDC, observamos a atribuição de responsabilidade solidária aos fornecedores de produtos e serviços, nos casos em que respeitadas as variações decorrentes da própria natureza do produto, o conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária. Logo, poderá o consumidor exercitar a ação contra todos os

¹³⁸ Rogério Marrone de Castro Sampaio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. P. 131

fornecedores, ou contra alguns ou até contra um só. Há solidariedade passiva, ou seja, se o escolhido não ressarcir o consumidor integralmente, ele poderá intentar a ação contra outro fornecedor. Aquele que ressarcir poderá utilizar-se de ação regressiva contra os outros fornecedores.

No caso de fornecedor de serviços, o art. 20 estabelece que além de responder pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou lhes diminuam o valor, respondendo ainda pela disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. O legislador adotou o critério da razoabilidade para classificar as inadequações incidentes nos serviços que por ventura venham a lhes tornar impróprios para o consumo.

O artigo 21 dispõe a respeito das determinações legais, a serem observadas pelo fornecedor no caso de consertos e reparações dos produtos.

No artigo 22 encontra-se prevista a responsabilidade do poder público, oriunda do fornecimento de serviços.

Os artigos 23 e 24 estabelecem, respectivamente, que a ignorância sobre os vícios de qualidade não escusa o fornecedor, nem o exime de responsabilidade, bem como que a garantia de boa qualidade do produto independe de termo expresso, pois decorre da própria vontade da lei.

Os artigos 23 e 25 trazem em sua essência comandos que determinam a impossibilidade de afastamento ou mitigação do rigor da responsabilidade objetiva, aplicável a tais casos, reafirmando a impossibilidade de tratativas entre os integrantes da relação de consumo que busquem limitar a obrigatoriedade da indenização pela cadeia de fornecedores, por se tratar de matéria de ordem pública, daí porque dizer-se de comandos inafastáveis.

Não será demais neste momento reafirmar que a regra geral do Código de Defesa do Consumidor é a aplicação da responsabilidade objetiva nas relações consumeristas, inclusive quando da ocorrência de vícios do produto ou do serviço. Ademais, quando o legislador pretendeu excepcionar a aplicação da regra geral que impõe responsabilidade objetiva às relações de consumo, assim o fez por meio de dispositivo próprio, a exemplo do art. 14, § 4.º, que trata da responsabilidade civil dos profissionais liberais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da

oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

O fornecedor responde pelos vícios de qualidade e de quantidade do serviço. Vícios de qualidade: quando os serviços são impróprios para o consumo, ou seja, quando se mostram inadequados para os fins que deles se esperam ou não atendam às normas regulamentadas de prestabilidade. Vícios de quantidade: quando houver disparidade em relação as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

3.2.1 Vício de Qualidade e Quantidade nos produtos

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

São os vícios capazes de tornar o produto impróprio ou inadequado ao consumo ou lhe diminua o valor. Podem ser ocultos ou aparentes.

A lei equiparou os vícios de qualidade que forem decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes

do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no **§ 4º** do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

São aqueles decorrentes da disparidade em relação às indicações constantes do recipiente, de embalagem, de rotulagem ou mensagem publicitária, quer sejam estas disparidades de medidas, volume, peso.

A questão dos vícios de quantidade é mais uma inovação jurídica descritas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ressalvadas as variações decorrentes da natureza do produto, a responsabilidade é solidária, a não ser que a diferença seja na pesagem, daí a responsabilidade será do fornecedor imediato, no caso do comerciante.

Aspectos técnicos devem ser relevados para que se afirme que estamos diante de vício de quantidade, relevando-se para tal análise aspectos exógenos e endógenos, internos e externos ao produto que possam vir a afastar a responsabilidade do fornecedor, o que deverá ocorrer por meio de laudos periciais especializada.

Os aspectos endógenos são inerentes a essência dos produtos, provêm da sua natureza, são internos e podem explicar a modificação da quantidade, sendo considerado verdadeiro fortuito.

Os aspectos exógenos dizem da externalidade do produto e suscitam apuração de responsabilidade pela regra geral do Código de Defesa do Consumidor.

3.2.2 Vícios de Qualidade e Quantidade nos serviços

Importante ressaltar que, caso a disparidade na quantidade venha a afastar a prestabilidade do produto, não estaríamos diante de vício de quantidade, mas sim de vício de qualidade, impondo-se aplicação da regra da apuração objetiva da responsabilidade, por assemelhar-se à figura do inadimplemento contratual.

O Código de Defesa do Consumidor faculta a este, frente à ocorrência de vícios de qualidade do serviço, a escolha entre três possibilidades: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional quando possível, podendo, inclusive, ser confiada a terceiros devidamente capacitados põem em risco o fornecedor; b) a restituição imediata da quantia paga, acrescida de correção monetária, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, como consequência da resolução do contrato; c) a redução em forma de abatimento na proporcionalidade do preço.

É de bom alvitre pontuar que não há determinação de hierarquia entre os direitos ou soluções acima apontadas e postas à livre escolha do consumidor. Caberá ao fornecedor arcar com a sanção do vício nos serviços, de acordo com a escolha expressa pelo consumidor, parte lesada em virtude da ocorrência dos vícios.

A reexecução dos serviços pelo fornecedor, quando possível, deverá ocorrer sem custos adicionais ao consumidor, priorizando-se sua realização pelo próprio fornecedor. O direito de escolha garantido ao consumidor não deve macular o princípio da proporcionalidade em relação ao dano sofrido, mas na apuração das suas consequências, devemos considerar que o preceito legal busca viabilizar o direito do consumidor em obter as benesses dos serviços, em equivalência às suas legítimas expectativas.

Também é aceitável que o fornecedor delegue a terceiros, devidamente capacitados, a reexecução dos serviços, mas que fique consignado que as despesas decorrentes da reexecução correrão por responsabilidade e risco do fornecedor.

No que tange aos vícios de quantidade poderá o consumidor exigir a reexecução do serviço e não apenas a complementação do mesmo, nos casos em que tenha aquele serviço viciado se tornado impróprio ao consumo a que inicialmente se destinava.

Em verdade o vício de quantidade no serviço denuncia o desequilíbrio econômico entre o serviço pactuado e o que foi efetivamente realizado ou prestado.

Daí porque ser responsabilidade objetiva do fornecedor corresponder na integralidade com os critérios de quantidade constantes na oferta do respectivo serviço.

Rogério Marrone de Castro Sampaio ao analisar a responsabilidade pelos vícios dos serviços, menciona com destaque as seguintes considerações:

Registre, ainda, que o serviço consistir na reparação de qualquer produto, ter-se a por implícita a obrigação do fornecedor, sob pena de ser configurada impropriedade do serviço, de empregar os componentes de reposição originais, adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a esta última hipótese, a autorização ao contrário do consumidor. (art. 21 CDC).

(...)

Importante destacar, também, que as pessoas jurídicas de direito público, ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público por delegação, ao prestarem serviços nas condições abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, passam a integrar a relação de consumo e, portanto, a responder civilmente pelos defeitos e vícios do serviço, nos moldes ora tratados (art. 22 do CDC)¹³⁹.

3.3 Teoria da Confiança

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, o verbo confiar significa ter confiança, ter fé ou esperar¹⁴⁰. Já por confiança, o mesmo autor diz que podemos considerar a segurança íntima no procedimento, crédito, fé.

Na vida em sociedade a confiança é um elemento central e serve de base ao agir, à ação e à atuação organizada dos indivíduos e grupos.

As expectativas legítimas dos indivíduos necessitam da proteção do Direito, pois a convivência harmônica da sociedade repousa sobre a confiança de que diante das interações sociais, um conjunto de regras prévias será cumprido ou imposto a todos, gerando a segurança básica que faz manter a espera legítima, a expectativa baseada na crença e na fé que se consolida pela efetividade das leis.

Cláudia Lima Marques, ao citar Karl Larenz, afirma que, hodiernamente, a confiança é princípio diretriz das relações contratuais, é também princípio

¹³⁹ Rogério Marrone de Castro Sampaio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. p. 133

¹⁴⁰ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. p. 256

inseparável de todo o Direito. Exige, portanto, proteção ao se constituir em fonte autônoma de responsabilidade.

Segundo o jurista Miguel Reale, podemos dizer que os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento. Os princípios Gerais do Direito nem sempre constam de textos legais, mas influenciam e determinam modelos doutrinários se constituindo no que o autor chama de modelos dogmáticos fundamentais¹⁴¹.

O princípio da confiança não está escrito nos textos legais do nosso microsistema do consumidor, mas inseridos na sociedade de consumo, muitos brasileiros se questionam sobre a segurança das novas formas e meios de promoção do comércio do mundo globalizado, quer seja no meio real ou especificamente pelo meio virtual. O maior desafio para a ciência do Direito, neste campo, continua a ser o de assegurar as expectativas legítimas dos consumidores e elevar a eficácia de atos negociais entre empresários e clientes, ao vender e consumir produtos ou serviços numa velocidade e complexidade cada vez maiores, promovendo-se, assim, a confiança na própria ordem econômica na qual o Direito do Consumidor se insere.

A Teoria da Confiança acolhida como novo paradigma do sistema da responsabilidade instaurado pelo CDC, alberga as legítimas expectativas geradas nos consumidores pelas aquisições realizadas e pelas informações transmitidas pelos fornecedores no ato da comercialização.

A obrigatoriedade de indenizar imposta ao fornecedor advém da quebra da confiança do consumidor, frustrado nas legítimas expectativas de poder usufruir de produtos ou serviços, sem vícios ou defeitos, com a qualidade, quantidade e adequação que lhes fora garantido durante a comercialização.

Da adequação ou inadequação do produto ou serviço na qualidade ou na quantidade, que gere conformidade ou desconformidade com as legítimas expectativas do consumidor, poderemos catalogar a responsabilidade do fornecedor como sendo da órbita do fato do produto ou do serviço, quando maculada a segurança do consumidor ou como sendo da órbita por vício do produto ou do serviço, quando maculado o patrimônio do consumidor.

¹⁴¹ *Lições Preliminares de Direito*. p. 303.

A estudante de Direito da Universidade do Ceará, Mariana Almeida de Souza define:

O princípio da confiança tem a pretensão de salvaguardar, de modo prioritário, as expectativas legitimadas fruto do outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações e no vínculo criado através da declaração de vontade do parceiro. Assim, é protegida a boa-fé e a confiança, ambas depositadas pelo consumidor na declaração do outro contratante.

A situação costumeira de o comerciante propor uma oferta ao consumidor e este por ela ter-se interessado, faz-nos supor que o consumidor acreditou na boa-fé do ofertante.

O princípio da confiança baseia-se no indivíduo e sua primazia, o qual recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os efeitos do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção aos legítimos interesses e a segurança das relações. O Código do Consumidor instituiu no Brasil o princípio da confiança do consumidor, que consta de dois aspectos deveras relevantes: a proteção da confiança no vínculo contratual – tem o intuito de assegurar o equilíbrio das obrigações e os deveres de cada uma das partes, através da proibição de cláusulas abusivas (em especial nos contratos de adesão) e de uma interpretação sempre pró-consumidor; a proteção da confiança na prestação contratual – procura garantir ao consumidor a adequação ao produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes mesmos produtos e serviços.

Consoante os aspectos observados, o mundo atual é um espaço para novos desafios no ramo do Direito Contratual e este só pode ser atendido de forma conveniente, com a aplicação dos princípios da confiança e da boa-fé. Assim, o ideal almejado é que o mercado seja um local seguro, onde haja harmonia e lealdade nas relações entre fornecedores e consumidores.¹⁴²

Ao observamos as relações de consumo concluídas através do meio eletrônico, o paradigma da confiança relacionado à boa-fé parece ainda mais complexo, pois conforme nos afirma Claudia Lima Marques¹⁴³ os negócios de consumo a distancia pela internet, desafiam o direito privado e o Direito do Consumidor, em especial pelas exigências da manifestação da boa-fé nas relações contratuais do comércio eletrônico, que se caracterizam, por serem não-presenciais, despersonalizadas, atemporais, desmaterializadas, desterritorializadas e concluídas por meios digitais.

¹⁴² SOUZA, Mariana Almeida. O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>> Acesso em 29/07/2009.

¹⁴³ *A Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. p. 37

Para a consagrada Claudia Lima Marques¹⁴⁴ “as características do nosso tempo (pós-moderno) são a ubiquidade, a velocidade e a liberdade, todas elas encontráveis nesse novo meio de comunicação e de comércio que é a internet”. Erik Jayme conclui que “o consumidor/usuário experimenta nesse meio livre, veloz e global uma nova vulnerabilidade, daí a importância de revistar as linhas da boa-fé no comércio e adaptá-las ao comércio eletrônico”.

Entre os advogados dos fornecedores persiste a querela sobre a crença, sobre a criação da confiança no meio virtual e no comerciante eletrônico. Entre os advogados dos consumidores eclodem toda sorte de conflitos inerentes a segurança, à concretização da cláusula geral da boa-fé e do desafio da proteção à confiança, num meio de contratar e assumir obrigações de forma rápida e despersonalizada.

Daí porque não raro se falar na desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico ou até mesmo no fenômeno da desconstrução das bases contratuais. O elemento informativo, indispensável à transparência exigida na relação comercial, aqui fica limitada a estímulos visuais ou sonoros emitidos através de máquinas a distância. Esse distanciamento do fornecedor e do consumidor é também fator de insegurança, gerando incertezas quanto ao pagamento, envio e recebimento do produto ou serviço, com a segurança, qualidade e quantidade garantida nas ofertas.

A fluidez ou desmaterialização do contrato eleva a insegurança, e no que tange ao problema das garantias e dos vícios, o consumidor desconfia se terá a quem reclamar, caso a encomenda não lhe chegue da forma prometida, ou venha com defeito, com vícios ou desconformidades.

Conforme afirmar Fuhrmann¹⁴⁵, no momento em que o consumidor decide contratar por meio eletrônico, ele tem de confiar que o próprio complexo sistema da internet funcionará, que o fornecedor cumprirá sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados e que também seus direitos de personalidade e sua privacidade continuarão a ser protegidos.

Por certo o sistema de responsabilidade objetiva adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, determinou ao fornecedor do comércio eletrônico a criação de meios seguros para oferecer, disponibilizar, comercializar produtos ou serviços

¹⁴⁴ Claudia Lima Marques. *Confiança...* p. 42

¹⁴⁵ Heiner Fuhrmann. *Vertrauen im Electronic Commerce*. Baden-Baden 2001 255, *apud* MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 96

por meios tecnológicos que ofereçam a segurança, transparência, confiança e boa-fé indispensáveis a qualquer relação de consumo, inclusive assegurando aos consumidores alternativas acessíveis à solução de controvérsias.

3.4 Teoria da Qualidade

A “Teoria da Qualidade”, que foi a precursora da responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico. Tal teoria foi trazida para o Brasil por Antônio Herman Benjamin e pode-se dizer que se impõe ao fornecedor por império da lei, um dever de qualidade de seus produtos e serviços¹⁴⁶.

A normatização constante no CDC não deixa de servir como parâmetro para o desenvolvimento econômico-social, pautando no dever de qualidade as práticas adotadas pelas pessoas físicas e jurídicas que visem fornecer produtos ou serviços ao mercado de consumo.

O artigo 4º do CDC baseia-se na busca da melhoria da qualidade de vida, segurança, saúde e proteção dos consumidores como objetivos a serem alcançados por meio da política nacional de relações de consumo.

A qualidade nos fornecimentos passou a ser exigência de ordem pública e interesse social, demandando esforços contínuos dos fornecedores para viabilizar a oferta de produtos aos consumidores dentro de padrões compatíveis com o desenvolvimento científico e social dos nossos tempos.

O desafio da qualidade imposto como responsabilidade dos fornecedores tem início na garantia implícita que o ato de fornecer ao mercado consumidor exige, consubstanciando-se a exigência da qualidade tanto nos momentos que antecedem a celebração da relação de consumo, como na fase pós-contratual.

Coube ao Estado o dever de orientar sua atividade governamental direcionando-a à proteção dos consumidores por meio de providências que garantam a permanência no mercado de consumo apenas de produtos ou serviços que ostentem os padrões adequados de qualidade. (art. 4.º, inc. II, letra “d”). Também é dever do Estado exigir dos fornecedores a criação de meios eficientes de controle da qualidade e segurança dos produtos e serviços (art. 4.º, inc. V).

¹⁴⁶ José Fernando Simão. *Vícios...* p. 70

O dever de assegurar a qualidade exigida dos produtos e serviços postos no mercado de consumo fez nascer aos fornecedores a responsabilidade objetiva e solidária de suportar o ônus da reparação dos danos ocasionados ao consumidor advindos de produtos ou serviços comercializados com defeitos, vícios, impropriedades, disparidades ou quaisquer inadequações, incluindo-se as que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor. Tal dever persiste inclusive nos casos de alegação, de ignorância, por parte do fornecedor, da incidência de tais malefícios, conforme preceitua o art. 23 do CDC.

No mesmo escólio, o art. 24 do CDC consagra que a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedando-se a exoneração contratual do fornecedor da obrigação de garantir-lhes a qualidade.

A garantia contratual complementa a legal, que é formada por disposições expressas e implícitas na lei de forma inarredável. Daí porque ser impossível juridicamente ao fornecedor desobrigar-se com a obrigação de qualidade daquilo que põe no mercado, desde a produção até após o consumo.

Pela relevância do princípio da qualidade oriundo da teoria com o mesmo nome, conclui-se pela essencialidade desta teoria e deste princípio, por servirem de parâmetros indutores ao desenvolvimento satisfatório da política nacional de consumo. Em sua real dimensão, ela se mostra fundamental à melhoria da condição de vida humana, contribuindo com o bem-estar próprio das pessoas e o progresso da sociedade.

3.5 Teoria do risco do empreendimento

No artigo 23, o Código de Defesa do Consumidor encampa a teoria do risco no negócio, com isso almeja o legislador evitar ao máximo a situação de desamparo do consumidor frente aos vícios, por isso reconhece, determina e autoriza o ressarcimento dos danos patrimoniais causados à vítima, independentemente da alegação de ignorância por parte dos fornecedores.

A bem da verdade, como destaca Sérgio Cavalieri Filho,

pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de

responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.¹⁴⁷

3.6 A sanção dos vícios: prazos

No que concerne à sanção do vício, existe discreta controvérsia na doutrina se é obrigatório ao consumidor informar previamente ao fornecedor a ocorrência dos vícios, permitindo que este último proceda dentro do prazo de trinta dias a sanção dos vícios e assumindo o fornecedor as despesas inerentes a tais obrigações, antes de promover qualquer ação judicial.

Para se sanarem os vícios dos produtos, o Código de Defesa do Consumidor exige que sejam substituídas partes ou componentes que revelarem impropriedade do mesmo. Ou seja, cabe ao fornecedor demandado, ou a quem o mesmo lhe determine, permutar peças e componentes defeituosos ou viciados por outros novos e originais, proibindo-se, antecipadamente, o aproveitamento, conserto ou substituição de peças que não tenham as qualidades anteriormente declinadas.

Exige-se também que seja mantida a qualidade do produto e que não ocorra desvalorização econômica do bem. O reparo deve substituir peças apenas secundárias ao produto, lembrando que durante o período em que estiver sob a guarda do fornecedor, responderá o mesmo por quaisquer eventos que venham a deteriorar, danificar ou perecer a coisa.

A doutrina majoritária entende ser direito do fornecedor e obrigatoriedade do consumidor a concessão preliminar de prazo legal para que sejam sanados os vícios. Parece bastante razoável que esse seja o raciocínio dominante, pois em sendo a substituição viável e o produto não considerado essencial, por princípio, deve-se evitar o desfazimento do contrato, concedendo-se, obrigatoriamente, prazo para que seja sanado o vício pelo fornecedor, antes da interposição de qualquer medida judicial.

¹⁴⁷ Sergio Cavalieri Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 475.

Marcio Marcuci afirmar que

A etapa preliminar da sanção do vício deve ser considerada obrigatória. Não atenderia ao princípio da razoabilidade exigir do fornecedor de imediato, a substituição do produto ou até mesmo o desfazimento do negócio, quando a eliminação do vício puder ser feita de formar singela, com a substituição de componente de importância menor, secundária. Até mesmo o jurista Paulo Luiz Netto Lobo defensor da facultatividade anota que a razoabilidade recomenda que não se resolva o contrato, quando se puder substituir as partes viciadas secundárias ou de pequena monta.¹⁴⁸

O prazo máximo concedido pelo CDC para reparos é de trinta dias, aceitando-se que o mesmo seja reduzido para sete ou ampliado para cento e vinte dias. Alguns doutrinadores entendem que a redução do prazo concedido ao fornecedor para sanção pode ser inferior a sete dias, pois tal diminuição beneficiaria, em síntese, o consumidor.

Entretanto, ao tratar-se de ampliação do prazo para sanção do vício, exige o Código de Defesa do Consumidor formalidades para nova estipulação, que deve resultar de livre e prévia pactuação entre as partes, o que só poderão fazê-lo mediante manifestação expressa, e em separado, com anuência do consumidor. Ademais, nos contratos de adesão, exige-se que a cláusula de ampliação convencional do prazo esteja acompanhada de condições previamente justificáveis.

No que concerne à contagem de prazo, preleciona Rizzatto Nunes que

O fornecedor não pode beneficiar-se da recontagem do prazo de trinta dias toda vez que o produto retorna com o mesmo vício. Se isso fosse permitido, o fornecedor poderia, na prática, manipulando o serviço de conserto, sempre prolongar indevidamente a resposta efetiva de saneamento.¹⁴⁹

Descabida é, portanto, qualquer tentativa de elastecer ou conceder novo prazo além do anteriormente avençado, pois entendemos que o prazo de trinta dias ou o prazo de sanção pactuado é preclusivo.

Em havendo recusa do fornecedor em promover a sanção a suas expensas ou descumprindo o prazo estabelecido, o diploma consumerista faculta ao consumidor exercer quaisquer dos direitos previstos no § 1º do art. 18, quais sejam *in verbis*:

¹⁴⁸ MARCUCCI, Marcio. *Responsabilidade por vícios do produto e do serviço*. São Paulo, 2007. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 45.

¹⁴⁹ *Ibidem*, *Idem*. p. 183.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Excetuando a regra geral de obrigatoriedade da concessão prévia de prazo para que o fornecedor sane às suas custas os vícios dos produtos, o CDC autoriza que o consumidor faça uso imediato das alternativas acima declinadas. Esta exceção ocorrerá quando as tentativas de sanção dos vícios possam desvalorizar o bem adquirido ou comprometer a qualidade ou características que lhe são peculiares.

A essencialidade do bem ou a extensão e gravidade do vício manifestado também pode autorizar o uso imediato das alternativas previstas acima, sempre que a sanção do vício comprometa as expectativas legítimas do consumidor.

A avaliação das circunstâncias acima narradas ocorrerá respeitando-se as particularidades de cada relação de consumo, pois a concessão obrigatória de prazo para sanção de vícios favorece ao fornecedor, mas não deve prejudicar o consumidor, nem desequilibrar as obrigações das partes envolvidas na relação de consumo.

Zelmo Denari sustenta que “produtos essenciais¹⁵⁰ são aqueles insuscetíveis de dissociação, formados pela mistura e confusão dos respectivos componentes”.

Marcos Marcucci diz que

A noção de produto essencial, alcança a de produtos ditos compósitos¹⁵¹, “a essencialidade, assim, deve ser auferida levando-se em conta a natureza do próprio produto (critério objetivo) ou à sua destinação, segundo às necessidades concretas do consumidor (critério subjetivo)”¹⁵². A aquisição para utilização imediata, como, por exemplo, a aquisição de chuveiro elétrico no período de inverno, ou de aparelho de ar condicionado no verão, justificaria a exceção em comento.

¹⁵⁰ Roberto Senise Lisboa, *Relação de consumo*, p. 196-197. É aquele que não pode ter qualquer de seus componentes retirados ou substituídos, sob pena de comprometer a sua substância.", de modo que seus elementos são insuscetíveis de dissociação. Este "não pode ser reparado no caso de existência de vício intrínseco, cabendo ao consumidor, neste caso, a adoção das outras soluções propugnadas pelo legislador (redibição, estimação ou troca)".

¹⁵¹ Roberto Senise Lisboa, *Relação de consumo*, p. 196-197.

¹⁵² Op. Cit. p. 152

3.7 Hipóteses de isenção e excludentes da responsabilidade civil na relação de consumo

Primeiramente é indispensável lembrar que as excludentes de responsabilidade na relação de consumo se encontram dispostas na seção II do Capítulo IV do CDC, ao tratar sobre a responsabilidade relativa aos defeitos do produto ou do serviço, indicando-se, portanto, responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Mas é imperioso consignar que as excludentes de responsabilidade ali dispostas não são aplicáveis apenas nas situações fáticas ali declinadas, pois, por analogia, também se aplicam à Seção III que trata da responsabilidade por vícios do produto ou do serviço.

Assim, esclarece Herman Benjamin

Tal analogia recomenda o transporte das excludentes para os vícios de qualidade por inadequação para manter o sistema uniforme, em acordo com a modernidade do Direito do Consumidor. Ora, se são admitidas as excludentes na hipóteses de acidentes de consumo, situações que põe em risco a integridade física e psíquica do consumidor e, portanto, consideradas graves pelo ordenamento jurídico, não haveria qualquer razão para não se admitir na hipótese de simples vícios de qualidade ou quantidade.¹⁵³

Haverá isenção da responsabilidade objetiva do fornecedor nos casos expressos no art. 12 e art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 12. (...)

§ 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;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. (...)

§ 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.

João Monteiro de Castro nos ensina que:

¹⁵³ Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. p. 115.

O legislador pátrio, ao concentrar objetivamente no fornecedor, independentemente de ser pessoa jurídica ou física, a responsabilidade por fatos e vícios do produto, admite: a) fornecedor real, que fabrica (inserir-se direta ou indiretamente, no processo de desenvolvimento e lançamentos de produtos não-industrializados, em particular os produtos animais e vegetais não-processados) ou constrói (lança no mercado produtos imobiliários) o produto acabado, parte componente ou matéria-prima; b) fornecedor aparente, que se apresenta, embora não integrante do processo de produção ou fabricação, como produtor ou fabricante, uma vez que põe sua marca, nome ou distintivo no produto; c) fornecedor presumido, que introduz o produto fabricado ou produzido em outro país no mercado nacional ou, ainda, que comercializa produtos sem identificação clara do fabricante, produtor ou importador ou construtor.

(...)

Assim, por força do parágrafo único do art. 7º., o Código do Consumidor instituiu, entre os diversos agentes econômicos conjugados (fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante) na produção e distribuição dos produtos, a solidariedade passiva na obrigação de reparar danos suportados pela vítima de produtos defeituosos.¹⁵⁴

Embora seja objetiva a responsabilidade civil do fornecedor na relação de consumo, não há que ser a mesma tratada por absoluta, vez que, aceitando o texto legal, hipóteses ou situações que isentam de responsabilidade o fornecedor, em verdade, fez obedecer à regra da imprescindibilidade do nexos causal para que se considerem indenizáveis os danos causados às vítimas, nestes casos os consumidores lesados em sua incolumidade física ou patrimonial.

Como aguçadamente assinala Gabriel A. Stiglitz, como regra geral,

A exoneração total ou parcial da responsabilidade do fabricante requer, então, a presença de algum dos elementos obstativos do nexos causal, quer dizer, caso fortuito ou força maior externos à coisa ou empresa, ou ainda culpa da vítima ou de terceiro por quem não deva responder, não sendo suficiente ao produtor provar sua falta de culpa.¹⁵⁵

Segundo a maioria dos estudiosos, o nexos causal é o pressuposto mais importante para a compreensão da responsabilidade objetiva, é um ponto de conformação da mesma. A causalidade assume indiscutível relevo, qual seja o de não poder dispensar a ilegalidade para, assim, dar forma e existência à figura jurídica do responsável.

Relembremos, pois, a inteligente locução doutrinária de Paulo Sérgio Gomes Alonso, manifestando-se acerca da temática relativa ao risco, em relação ao nexos

¹⁵⁴ João Monteiro de Castro. **Responsabilidade Civil do Médico**. p. 171

¹⁵⁵ Gabriel A. Stiglitz. **Proteccion Jurídica del Consumidor**. p. 95.

causal, quando declinou que “As causas prováveis do dano devem ser averiguadas e constatadas; um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”¹⁵⁶.

Para que se configure a responsabilidade civil, indispensável é que se verifique a causalidade, pois esta também a determina. Impossível estabelecer responsabilidade ao fornecedor, sem que se estabeleça este liame, a relação entre a conduta do agente e o dano causado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, nexo de causalidade é a “relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

Em igual sentido, se pronuncia Sérgio Cavalieri Filho,

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que haja o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.¹⁵⁷

E completa, “Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele”.

Nessas situações previstas no CDC onde o fornecedor consegue provar, vez que este ônus lhe incumbe, que não colocou o produto no mercado ou que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente, e quando a culpa do dano é exclusiva do consumidor ou de terceiro, excluído estará o nexo causal no caso concreto, eximindo-se, afastando-se, por conseguinte, a responsabilidade civil do fornecedor, do fabricante, do construtor, do produtor ou do importador.

3.7.1 Caso fortuito e a Força maior

Na seara consumerista, os doutrinadores muito divergem sobre as excludentes de responsabilidade aceitas pelo Código de Defesa do Consumidor. As

¹⁵⁶ Paulo Sérgio Alonso. **Pressupostos da responsabilidade objetiva**. p. 151.

¹⁵⁷ Sergio Cavalieri Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 352.

divergências doutrinárias manifestam-se, de forma expressa, ao analisarmos como eximentes o caso fortuito ou a força maior em virtude de não terem sido expressamente mencionados no teor do que dispõe os já mencionados art. 12, § 3º e art. 14, § 2º, da Lei 8.078/90.

Jose Fernando Simão afirma que

O caso fortuito não tem o condão de elidir a responsabilidade civil do fornecedor, pois essa é baseada na teoria do risco e aceita como causas excludentes da responsabilidade na relação de consumo apenas as previstas no artigo 12, § 3º do CDC, além da força maior, em que pese a ausência de previsão expressa de lei.¹⁵⁸

O festejado autor conclui que tal ausência no CDC não significa que foram afastadas, mas assevera que devem ser aplicadas harmoniosamente entre os sistemas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Roberto Senise Lisboa, doutrinando sobre as excludentes da responsabilidade nas relações de consumo analisa que o correto ao intérprete é moldar-se à forma declarativa ou estrita contida no CDC, considerando inaceitável que se amplie a interpretação de normas restritivas de Direito, asseverando, ademais, que “o microsistema é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior”¹⁵⁹.

Corroborando à posição doutrinária acima, o ilustre escritor e professor Rizzatto Nunes, ao analisar, compulsoriamente, a utilização do advérbio “só” no texto legal, para discriminar as excludentes de responsabilidade previstas no § 3º do art. 12 (produtos) e do § 3º do art. 14 (serviços), tornando indubitável, que sendo o legislador taxativamente expresse, não há porque perscrutar acerca doutras excludentes não citadas, nos respectivos parágrafos¹⁶⁰.

Contrariamente, Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin posiciona-se com a experiência de quem foi um dos participantes do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que a regra geral no direito pátrio é a de que na ocorrência de caso fortuito ou a na incidência de força maior, extingue-se a responsabilidade civil, declinando ainda que o texto legal do CDC não os nomine como excludentes, também não os negue, motivo pelo qual defende que tanto o caso fortuito como a força maior elidem o dever de indenizar¹⁶¹.

Jaime Marins pragmaticamente, lembra-nos que o caso fortuito e a força maior afastam o nexos de causalidade, portanto exoneram a responsabilidade civil a depender do momento da ocorrência dos mesmos se dá na cadeia de produção ou após a introdução do produto no mercado. Defende, portanto, o autor, que a força maior e o caso fortuito devem ser aceitos como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo¹⁶².

¹⁵⁸ Jose Fernando Simão. Op cit. p. 184

¹⁵⁹ Roberto Senise Lisboa, Responsabilidade civil nas relações de consumo, p. 271.

¹⁶⁰ Assim também Sílvio Luis Ferreira da Rocha e Maria Antonieta Zanardo Donato, dentre outros.

¹⁶¹ Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 67.

¹⁶² Responsabilidade da empresa pelo fato do produto, p. 154.

Zelmo Denari ressalta que “a doutrina mais atualizada já se advertiu de que esses acontecimentos – ditados por forças físicas de natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo”, para concluir, espelhando-se em Jaime Marins, que, quando a ocorrência incidir após a introdução do produto no mercado, em consequência do desaparecimento do nexo de causalidade, as excludentes de responsabilidade, caso fortuito e força maior, ocorreriam¹⁶³.

João Batista de Almeida prediz que:

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

(...)

Não teria sentido, por exemplo, responsabilizar-se o fornecedor de um eletrodoméstico, se um raio faz explodir o aparelho, e, em consequência, causa incêndio e danos aos moradores: inexistiria nexo de causalidade a ligar eventual defeito do aparelho ao evento danoso.¹⁶⁴

No que tange aos serviços, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em relação aos serviços, ao analisar a matéria, acolheu pacificamente as excludentes de caso fortuito ou força maior, a partir do voto do E. Ministro Eduardo Ribeiro, que, ao relatar, pronunciou-se sobre a questão acerca de prestação de serviço e, conforme ementa que se analise, assim julgou: “*O fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil*” (a referência é ao Código de 1916, correspondente ao atual art. 393).¹⁶⁵

Por fim, acompanhamos as sábias conclusões de Herman Benjamin, que em artigo de sua lavra diz que “a regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código de Defesa do Consumidor, contudo, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito ou força maior para impedir o dever de indenizar”¹⁶⁶.

¹⁶³ Código Defesa do Consumidor comentado pelos..., p. 118-119.

¹⁶⁴ A proteção jurídica do consumidor, p. 69.

¹⁶⁵ STJ – 3ª Turma, Resp. nº 120.647-SP, j. 15.05.2000 in LEX - JSTJ e TRF – v. 132 – p. 101.

¹⁶⁶ Manual do Direito do Consumidor. p. 128

3.7.2 Culpa exclusiva da vítima

Muito se diz sobre culpa exclusiva da vítima, quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser admissível assinalar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência.

As previsões legais contidas no inciso III, § 3º do artigo 12, da Lei nº 8.078/90, assim como no inciso II, § 3º do artigo 14, afastam a responsabilidade do fornecedor, caso este prove que o acidente de consumo ocorreu em razão da culpa exclusiva da vítima ou por ação exclusiva de terceiro, porque afastado estaria, conseqüentemente, o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor do produto ou serviço.

Aqui o diploma legal consumerista admite a exclusão de responsabilidade conseqüente do uso inadequado de produto ou serviço, quer seja pelo próprio consumidor, quer ocorra por terceira pessoa. Contudo, não é somente o uso inapropriado que ensejará exoneração do fornecedor do dever de indenizar, pois circunstâncias outras que digam do comportamento negligente do consumidor como: ao utilizar-se do produto ou serviço; descumprir instruções de uso; confiar o produto à pessoa inabilitada; desconsiderar voluntariamente prazos de validade; dentre outras.

Ademais, quando o consumidor se expõe a riscos e acidentes que o produto ou o serviço normalmente não ofereceria, inaceitável seria responsabilizar o fornecedor pela inadequação comportamental da própria vítima. Não há que se falar aqui em risco advindo da atividade, mas sim, em comprovada inadequação de uso promovido pelo consumidor ou vítima do evento danoso.

Por certo, o Código de Defesa do Consumidor não tolhe o provimento ou venda de produtos ou serviços perigosos, contudo prescreve ao fornecedor que adote recomendações ao consumidor, facilmente inteligíveis, na precisão suficiente ao uso adequado do produto ou serviço (art. 31 do CDC). Negligenciando o consumidor, injusto seria penalizar o fornecedor, que ao cumprir todas as determinações legais, não contribuiu exposição do consumidor aos efeitos maléficos promovidos pelo fato lesivo.

3.7.3 Causas de Exclusão de responsabilidade nos serviços

As causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço seguem, em linhas gerais, aquelas traçadas para os produtos. Só que, em vez de três, resumem-se a duas: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nessa matéria também é causa de exoneração o caso fortuito e a força maior. O risco de desenvolvimento, como nos produtos, não exonera.

Por derradeiro, o surgimento de novas tecnologias não torna defeituoso um serviço prestado com base em técnica distinta, mas perfeitamente adequada à época de sua utilização.

CAPÍTULO IV – AS AÇÕES EDILÍCIAS COMO INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DE VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

4.1 As dificuldades do Acesso à Justiça dos Consumidores Virtuais

Para melhor delimitarmos o tema e, assim, facilitarmos sua compreensão neste estudo, entendemos primordial fazermos breves considerações sobre o problema do acesso à justiça, singularizando-o, ao final, sob a ótica dos consumidores na realidade virtual.

Inicialmente devemos enaltecer o significativo avanço legislativo proveniente do que fez a Constituição Federal de 1988, em harmonia com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao abarcar os direitos e garantias fundamentais do cidadão e os meios de defesa desses interesses, tanto sob o aspecto individual quanto no coletivo.

O Acesso à Justiça em nossos dias exige uma contínua busca por melhores resultados. Assim como todos os segmentos de uma sociedade dita pós-moderna, diante do desenvolvimento tecnológico e do aumento demográfico, a proteção dos direitos contra a lesão ou ameaças há de ser real, possuindo ganho verdadeiro, o que consiste na efetividade propriamente dita da justiça na percepção da sociedade.

Mauro Cappelletti revelou que a expressão “Acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar necessidades básicas do sistema jurídico: a forma pela qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Deve ser o meio igualmente acessível a todos de produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, sendo primordial o primeiro aspecto sem se perder de vista o segundo¹⁶⁷.

Com referência à efetividade dos direitos materiais do consumidor, deveremos observar a importância do controle extrajudicial dos contratos escritos ou não, das relações amplamente envolvidas e, acima de tudo, dos princípios que

¹⁶⁷ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. **Acesso à Justiça**. p. 8

devem regê-las, por se tratar de forma predominantemente utilizada, sobretudo na sociedade atual em suas relações de consumo, razão pela qual não se pode atribuir esse controle exclusivamente ao poder jurisdicional.

Os ensinamentos do professor argentino Gabriel Stiglitz sempre referendaram a fundamental e crescente importância dos contratos e sua abrangência nas relações de consumo, alertando ser indispensável que se realize a persecução da justiça contratual como garantia de acesso a um consumo digno.

As transformações ocorridas na economia e a crise operacional do poder judiciário geraram a necessidade de abandonar os esquemas tradicionais e individuais de defesa, que seriam inadequados, justificando-se o direito processual e material das relações de massa com os vastos mercados e a chamada globalização da economia, consequência das sociedades industriais, onde o consumidor é titular de direito que é fragmento de outro mais vasto, o difuso¹⁶⁸.

Não há como negar a perplexidade do tema. As soluções apontadas pelo projeto de Florença para o Acesso dos Consumidores à Justiça merecem adequação à realidade brasileira e sua aplicação efetiva, ressaltando-se sua concepção em dar proteção à perspectiva do consumidor, primazia ao direito e à justiça, entendida como demanda social por aquilo que é justo¹⁶⁹.

A verdadeira tutela dos consumidores virtuais também é necessária à sustentabilidade e ao equilíbrio do mercado econômico, equilíbrio entre o poderoso fornecedor/produtor e o isolado consumidor, principalmente no mercado digital, que se recente cada vez mais da efetividade do acesso à justiça.

Será indispensável criatividade e rapidez dos nossos legisladores buscando sanar a ausência de meios de defesa dos consumidores frente à acelerada profusão de conflitos que surgem do comércio eletrônico, sob pena de se reafirmarem intransponíveis os obstáculos ao eficaz acesso à justiça, e inacessível à real efetividade da prestação jurisdicional oferecida ante a proteção do direito material.

Exatamente no campo desses direitos, o emprego das leis não pode prender-se à ideia de litígio, na concepção da pretensão deduzida e resistida em juízo, sob pena de estarmos condenados às normas cogentes, necessárias ao controle da contratação em massa, à inocuidade, uma vez que não se pode reparar toda a lesão

¹⁶⁸ Mauro Cappelletti e Bryan Garth revelam no Projeto de Florença e em publicação da *Harvard Review* que chegam a 99% os contratos de massa, sem caráter individual, em alguns países do mundo (Acesso à Justiça., p.49).

¹⁶⁹ Mauro Cappelletti e Bryan Garth. *Acesso à Justiça*, cit., *passim*

causada ao direito, tanto mais nas questões que tenham como objeto os vícios dos produtos de consumo adquiridos pelos meios eletrônicos de contratação, próprios dos tempos hodiernos¹⁷⁰.

Nesse mister, o Estado, ao prestar a tutela, há de estar inserido na realidade, aprimorando os princípios do Código Civil e do CDC, aprimorando-se o diálogo destas fontes, sob pena de as ações fundadas nas relações de consumo não atingirem seus objetivos tutelados pela lei, e de isso significar um aumento maciço e desnecessário da demanda judicial.

As ações e todo o processo, compreendido como instrumentos de realização dos direitos, devem estar ajustados às realidades social, econômica e política.

Há muito que os meios de defesa e ações processuais existentes, não refletem um panorama estável e satisfatório que possa responder à pluralidade dos conflitos jurídicos advindos do comércio eletrônico.

As normas legais, assim como todo o sistema jurídico, devem buscar, acelerada e incessantemente, acompanhar a dinâmica da sociedade, por meio da atualização do ordenamento positivo e da aplicação das leis processuais de forma mais célere, resoluta e efetiva.

Analisaremos a seguir os meios de defesa aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro em vigor e postos à disposição do adquirente para resolução de conflitos que envolvam vícios redibitórios nas aquisições realizadas pelo comércio eletrônico e, em especial, por meio de atos contratuais de consumo celebrados por meio da internet.

4.2 Meios de Defesa e Garantias Processuais no comércio eletrônico

Sabemos, de antemão, que a todo direito violado ou ameaçado dos consumidores, cabem-lhe meios de defesa específicos, previstos no ordenamento pátrio em vigor, correspondendo-lhes, também, a faculdade inerente ao adquirente de propor a ação ou remédios processuais específicos, que visem dirimir a situação

¹⁷⁰ Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Maria Nery. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

conflituosa ou também indenizar-lhe por danos ou prejuízos por meio da responsabilização civil.

A interpretação doutrinária sobre o ordenamento vigente acata, majoritariamente, como aceitável, dentre outras formas de tutelar os direitos do consumidor que adquire por meio do comércio eletrônico produtos eivado de vícios redibitórios, os mesmos direitos e garantias processuais concedidos aos que os adquirem, por meio do comércio tradicional.

Faculta-se, à semelhança do comércio tradicional, ao consumidor que celebra via internet, contrato de consumo através do comércio eletrônico, o poder de recusar o recebimento da coisa ou da prestação avençada, quando constatar previamente a existência de vícios.

Nada obsta, também, que o lesado que tenha adquirido produtos com vícios ocultos através do comércio eletrônico da rede mundial de computadores, internet, exija que estes produtos sejam levados a conserto, as expensas dos que se enquadrem como fornecedores nesta relação consumerista, reflexão que se infere por meio da análise doutrinária e proveniente do diálogo das fontes ou das codificações, civil e do consumidor, brasileiras.

Registre-se, aqui, que essa posição doutrinária reflete o respeito inescusável ao princípio da conservação do negócio jurídico, ou do favor negotti¹⁷¹ do vernáculo.

Carvalho de Mendonça dizia que

É justa a recusa do comprador em receber o bem quando “as mercadorias não são da qualidade ajustada, ou, na falta de ajuste, se não estão de acordo com os usos comerciais, principalmente se se trata de mercadorias determinadas somente pelo gênero, se elas não contêm a quantidade convencionada, se não conferem com as amostras que serviram de base ao negócio (Cód. Comercial, art. 201), se se acham com vícios e defeitos aparentes, se não têm a marca de origem, quando esta se torna de conveniência não somente para garantir a proveniência como para assegurar o seu preço no mercado, se a embalagem ou os recipientes apropriados não se acham em bom estado, de modo a poderem ser transportadas com apto acondicionamento para os armazéns do comprador ou para outro destino, salvo sempre as estipulações em contrário” (grafia original).¹⁷²

¹⁷¹ Referida expressão latina diz respeito ao princípio da lei mais favorável. Corresponde ao *prélèvement* do direito francês que tem o mesmo sentido da expressão latina *favor negotti*. Princípio da prevalência do negócio em favor daqueles que intervieram de boa-fé, quando uma das partes, não tinha capacidade para fazê-lo.

¹⁷² Carvalho de Mendonça. *Contratos no direito civil brasileiro*. Apud: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por qualidade, quantidade e Insegurança**. p. 258.

A análise do vício e do caso concreto representam, por consequência, parte das limitações à faculdade permitida ao consumidor ao utilizar-se dos meios de defesa permitidos pelo ordenamento em vigor, pois todos os meios empregados neste mister, devem estar albergados no mais precípuo respeito ao princípio basilar da boa-fé, que, constatemos, teve inúmeras evoluções doutrinárias, chegando-se ao seu ápice com o conceito da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva se faz hoje, por exigência ética e legal, inerente, preponderante, determinável e exigível a todos os integrantes das relações de consumo e em qualquer das suas fases, inclusive na defesa de tudo o que foi pactuado no contrato, independentemente de que estas relações de consumo sejam caracterizadas como eletrônicas ou convencionais.

Paulo Jorge Scartezzinni diz que

Além dos meios de defesa acima expostos, e pelas normas do direito clássico, duas são as ações específicas para os casos de vício. A ação redibitória, que tem por finalidade a resolução do contrato, e a ação estimatória ou *quantum minoris*, que visa à diminuição do preço pago, com a co-respectiva devolução da diferença.¹⁷³

Nas relações de consumo o direito do consumidor prevê além das ações acima relatadas novas formas para resolução de conflitos que questionem a qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços fornecidos ao consumidor.

Os artigos 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor autorizam que seja solicitada a substituição do produto por outro de mesma espécie, marca ou modelo, em perfeitas condições de uso, ou que seja concedido abatimento proporcional do preço, previstos para os vícios de qualidade ou quantidade, ou a possibilidade de restituição integral dos valores pagos, atualizados monetariamente, sendo ainda possível o ressarcimento por perdas e danos.

Falar sobre meio de defesa implicará, neste estudo em particular, observarmos quais as ações processuais concernentes aos vícios redibitórios nas relações de consumo, quer sejam estes vícios por quantidade ou qualidade.

Inicialmente cumpre lembrar que, pelo instituto da solidariedade, todas as espécies de fornecedores poderão figurar no polo passivo da ação processual que vise sanar vícios ou defeitos, bem como nas ações que visem indenizar o

¹⁷³ Paulo Jorge Scartezzinni. Op.Cit. p. 256.

consumidor pela manifestação de tais malefícios no objeto da relação de consumo, quer tenha sido esta estabelecida pelo meio tradicional ou virtual.

4.3 Generalidades das Ações edilícias

Ressalte-se, preliminarmente, que a Lei da Proteção ao Consumo (Lei 8.078/90) tem sua aplicabilidade nas relações jurídicas estabelecidas entre fornecedores e consumidores, quer sejam estes efetivos compradores ou adquirentes em potencial de produtos ou serviços, oferecidos ou postos a comercialização no mercado de consumo, tanto por meio convencional como por meio virtual, conforme se deduz da abrangência jurídica descrita nos artigos 2º, 3º e 29 do CDC.

O CDC, ao referendar proteção diferenciada ao consumidor, reconheceu sua vulnerabilidade na relação jurídica de consumo e, ao tratar sobre os mecanismos de proteção perante os vícios dos produtos e serviços, disciplinou no seu artigo 18 aquilo que os doutrinadores chamam de garantia legal.

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, essa garantia não deixa de refletir o histórico do disciplinamento dos vícios redibitórios, que inicialmente teve regulamentação no ordenamento civil brasileiro, nos artigos 1.101 a 1.106 do revogado Código de 1916 e, atualmente, nos artigos 441 a 446 do vigente Código Civil de 2002.

Sabe-se que a lei consumerista de 1990, adotou o critério de qualidade a todo e qualquer produto ou serviço comercializado no mercado de consumo real ou virtual, exigindo-se desses bens, compatibilidade com os fins próprios a que se destinam. Portanto, caso lhes incidam vícios dentro dos prazos legais estabelecidos no art. 26 do CDC e, independentemente da concessão da garantia contratual ou garantia de fábrica, obriga-se o fornecedor, no dever de permutar o objeto da aquisição, ou a restituir pagamentos já recebidos ou a conceder abatimento proporcional no preço anteriormente convencional.

A garantia legal, advinda da disciplina do CDC em relação aos vícios do produto e dos serviços, não deve jamais ser confundida com a garantia contratual porventura oferecida pelo fabricante.

A doutrina é unânime ao entender que o (art. 1º do CDC) confere caráter público à garantia legal, implicando-lhe, portanto, sua inafastabilidade independentemente de qualquer desejo, desígnio ou acerto voluntário das partes integrantes da relação de consumo (art. 1º, 23, 24, 25, e 51, I). Ademais, o CDC ao disciplinar essas relações, além de impor garantia legal, textualmente preceitua a solidariedade passiva entre os fornecedores, distribuidores e comerciantes. (art. 18 CDC) independentemente de qualquer condição ou circunstância fática impeditiva e limitadora, a exemplo da inexistência de assistência técnica na localidade do consumidor.

Daí porque se entende ser concedida ao consumidor a prerrogativa da escolha de qual ou quais dos integrantes da cadeia de fornecedores, em separado ou simultaneamente, deverá acionar, exigindo-lhe seus direitos frente aos vícios, quer sejam pela efetivação da troca, pela devolução do dinheiro ou por meio da concessão de abatimento proporcional do preço anteriormente estipulado. Em sendo assim, num segundo momento, os fornecedores resolvem entre eles quem, ao final, deverá arcar com o prejuízo.

Por conveniência e para efeito de exemplo elucidativo, vejamos a seguinte referência doutrinária:

Todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento são responsáveis solidariamente, perante o consumidor, pelos vícios dos produtos e serviços que introduziram ou participaram de sua introdução no mercado de consumo. Esta solidariedade dos fornecedores tem em vista a efetividade da proteção do interesse do consumidor, permitindo o alcance mais amplo possível ao exercício das opções estabelecidas em lei.¹⁷⁴

Convenhamos, pois, que cabe inteiramente ao consumidor o direito de, a seu livre discernimento, procurar o comerciante ou o próprio fabricante através da rede credenciada de assistência técnica, podendo pleitear, legitimamente, seus direitos, ante a indesejável ocorrência dos vícios nos produtos ou serviços porventura adquiridos.

Daí porque se entende pacificamente e sem controvérsias doutrinárias, que é juridicamente inaceitável a imposição de qualquer óbice ao consumidor por parte daqueles que integram a cadeia de fornecedores da relação de consumo, no sentido

¹⁷⁴ Bruno Miragem. *Direito do Consumidor*. p. 313-314.

de retardar ou exigir que o consumidor, antes de demandá-lo, opte em procurar esse ou aquele integrante da cadeia de fornecedores da qual ele mesmo faz parte.

Portanto, na vigência do prazo de **garantia legal** (art. 26), cabe ao consumidor fazer, livremente, a opção de a quem pleitear a devolução do dinheiro pago, a troca do produto ou a diminuição do preço por meio da concessão de abatimento proporcional, pois a Lei 8.078/90, face aos indesejáveis vícios do produto ou do serviço, estabelece a solidariedade passiva entre todos os fornecedores e desautoriza quaisquer imposições aos consumidores que mitiguem a manifestação integral da incidência do instituto da solidariedade passiva entre aqueles.

Questão processual de extrema relevância para o estudo das ações edilícias diz respeito aos prazos inerentes à garantia legal e, por consequência, para o exercício da faculdade concedida ao consumidor de se utilizar dos meios judiciais cabíveis e almejar a adequada tutela processual face aos vícios, podendo, inclusive, pleitear, a reparação patrimonial pelos danos sofridos nestas aquisições realizadas por meio de contratos, quer sejam estes celebrados no comércio tradicional ou virtual e, desta feita, mais especificamente, por meio dos contratos eletrônicos de consumo.

Sabemos que o art. 26 do CDC estabelece os prazos para que se possa reclamar de vícios nos produtos, sendo de noventa dias para bens duráveis e de trinta dias para os bens não duráveis, identificando o termo inicial da contagem deste prazo.

Conforme § 1º do art. 26, no que concerne aos vícios aparentes, o termo inicial será o da efetiva entrega do bem, e já em consonância com o que determina o § 3º deste mesmo artigo, ao tratar-se da incidência de vícios ocultos a contagem do prazo se iniciará no instante em que se evidencie ou se revela perceptível ao consumidor a manifestação destes vícios ou defeitos.

É notório que, conforme entendimento do § 1º do art. 26, o prazo de garantia legal poderá vir a ser maior que o prazo de garantia contratual concedida ao adquirente. Citamos, por exemplo, o que ocorre nos produtos que usualmente vêm acompanhados de garantia de 1 ano, nos quais pode surgir tais vícios somente após 11 meses de utilização, ensejando, neste exemplo, prazo de garantia legal correspondente a 14 meses.

A doutrina aceita o critério de vida útil do bem como limitação temporal ao prazo de garantia, daí porque devemos excluir da cobertura inerente à garantia legal os vícios advindos do mau uso ou do desgaste natural do produto.

A propósito, Claudia Lima Marques observa: “se o vício é oculto, porque se manifesta somente com o uso, experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo após a tradição, o limite temporal da garantia legal está em aberto, seu termo inicial, segundo o § 3º do art. 26 é a descoberta do vício”.

Somente a partir da descoberta do vício (talvez meses ou anos após o contrato), é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, a nova garantia eterna? Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto”¹⁷⁵.

Seguindo o mesmo entendimento, posiciona-se Herman Benjamim que resume: “diante de um vício oculto qualquer o juiz vai sempre atuar casuisticamente. Aliás, como faz em outros sistemas legislativos. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia.” (Comentários ao Código..., p. 134-135). Antes de concluir, observa, com propriedade:

O legislador, na disciplina desta matéria, não tinha, de fato, muitas opções. De um lado, poderia estabelecer um prazo totalmente arbitrário para a garantia, abrangendo todo e qualquer produto ou serviço. Por exemplo, seis meses (e por que não dez anos?) a contar da entrega do bem. De outro lado, poderia deixar – como deixou – que o prazo (trinta ou noventa dias) passasse a ocorrer somente no momento em que o vício se manifestasse. Esta última hipótese, a adotada pelo legislador, tem prós e contras. Falta-lhe objetividade e pode dar ensejo a abusos. E estes podem encarecer desnecessariamente os produtos e serviços. Mas é ela a única realista, reconhecendo que muito pouco é uniforme entre os incontáveis produtos e serviços oferecidos no mercado.¹⁷⁶

O Promotor de Justiça Leonardo Roscoe Bessa assevera que

O novo Código Civil, inova em relação ao CC/1916 ao diferenciar prazo de garantia – período máximo em que o vício oculto deve surgir (180 dias para bens móveis e 1 ano para imóveis) – e prazo para ajuizamento das ações edilícias (30 dias para móveis e 1 ano para imóveis).

De qualquer sorte, analisando a matéria de modo amplo, constata-se que a disciplina do CDC em relação aos prazos para reclamar dos vícios dos produtos é bem mais vantajosa do que a do CC/1916 e do CC/2002,

¹⁷⁵ Claudia Lima Marques. **Contratos...**, p. 1196-1197.

¹⁷⁶ **Comentários ao Código...**, p. 134

especialmente por dois fatores: 1) não há limite máximo preestabelecido para surgimento do vício oculto; 2) o prazo decadencial pode ser obstado (§ 2º, art. 26).

Portanto, embora o prazo decadencial para reclamar de vícios redibitórios em imóveis, tanto no CC/1916 (180 dias) como no CC/2002 (1 ano), sejam mais amplos do que o prazo previsto no CDC (90 dias), a disciplina do CDC analisada de maneira integral é mais vantajosa.¹⁷⁷

Em face do critério da vida útil do produto, a garantia legal invariavelmente poderá ser superior à garantia contratual. Sendo assim, reafirma-se a importância do critério da vida útil dos produtos e serviços para o desígnio constitucional da defesa do consumidor, por torná-la exequível e congruente com o que preceitua o ordenamento jurídico, ao considerar a vulnerabilidade intrínseca do consumidor no atual mercado de consumo, daí a necessidade do diálogo das fontes entre o CC/2002 e o CDC.

Outras hipóteses e situações há em que, podemos ampliar o prazo do consumidor para reclamar de vícios dos produtos, como a prevista no § 2º, I, do art. 26 (interrupção ou suspensão do prazo diante de reclamação formulada pelo consumidor até resposta inequívoca do fornecedor).

4.3.1 As Ações edilícias nas Relações de Consumo

O Professor Marco Aurélio Bortolin, ao descrever sobre os aspectos diferenciadores da tutela conferida pelo Direito Civil e pelo Direito do Consumidor em face da ocorrência dos vícios redibitórios nos fez importantes observações que, em virtude da pertinência frente ao nosso estudo, transcrevemos e antecipadamente manifestamos concordância com os argumentos abaixo declinados.

Primeiramente diz o brilhante professor que

Parece comum imaginarmos inicialmente que os vícios que acarretam a responsabilidade do fornecedor na relação jurídica de consumo, são aqueles mesmos defeitos ocultos e graves que regem a disciplina dos vícios redibitórios no Direito Civil, ou seja, vícios que determinam a impropriedade do bem para o uso a que se destina ou que lhe diminua o valor, e que se mostrem preexistentes ao tempo da contratação, consoante dispõem os artigos 441 a 446, Código Civil.

¹⁷⁷ Leonardo Roscoe Bessa. Promotor de Justiça. Ação Civil Pública com Pedido de Antecipação de Tutela. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/acp_ponto_frio_acao__oletiva_garantia_legal.pdf

Com clareza pedagógica estabelece diferenciações no tocante à responsabilidade pelos vícios nas relações jurídicas disciplinadas pelo Código Civil e pelo CDC constatando que

No Direito do Consumidor, a responsabilidade pelo vício é mais ampla, já que também alcança os vícios aparentes, além, é claro, dos ocultos; alcança defeitos surgidos antes e depois da contratação, e mais importante: não é necessário que provoquem a diminuição do valor do produto, bastando que estejam em disparidade com o conteúdo da embalagem. Portanto, a análise da relação jurídica de consumo é realmente diferente da análise conferida pela norma para uma relação jurídica contratual regida pelo Direito Civil, pois o presumido equilíbrio da relação contratual comutativa, que a teoria dos vícios redibitórios busca manter, exige que exista um fator de desequilíbrio para sua aplicação, ao passo que no Direito do Consumidor, há a presunção legal de que a relação jurídica é naturalmente desequilibrada, daí porque notamos diversas diferenças de tratamento jurídico, não se exigindo sequer cautela média do consumidor na verificação de um vício, que pode ser, inclusive, aparente, recebendo sempre o consumidor na relação jurídica de consumo, objetivamente, a proteção da norma especial.¹⁷⁸

À semelhança do que ocorre nas relações jurídicas civis, duas são as ações edilícias ou ações processuais específicas para dirimir conflitos inerentes aos vícios nas relações jurídicas de consumo: a ação redibitória e a ação estimatória ou *quantum minoris*.

O Professor e Advogado Waldir de Pinho Veloso assevera que

Quando o adquirente opta pelo abatimento do preço da coisa adquirida em vez da devolução pura e simples, com rescisão contratual, a ação própria leva o nome de "estimatória" ou "quantum minoris". Se, porém, a opção é pela rescisão contratual, com a devolução da coisa e a consequente cobrança do preço anteriormente pago, acrescido da atualização monetária, toma por mão a "ação redibitória".

(...)

Ambas as ações pertencem às chamadas "ações edilícias". Os princípios que autorizam a reclamação, em juízo, pelo adquirente que se vê lesado em seus direitos, voam pelos lados dos que desautorizam o enriquecimento sem causa, bem como o princípio da boa-fé contratual.¹⁷⁹

Carlos Roberto Gonçalves ensina que “as referidas ações recebem a denominação de edilícias, em alusão aos *edis curules*, que atuavam junto aos

¹⁷⁸ Prof. Marco Aurélio Bortolin. Curso de Direito Civil – Contratos – 3ª Série – 2009. disponível em: <http://ambientalecaconsumidor.pro.br/contratos/aulas13e14contr09.htm>. Acessado em: 29/07/2009.

¹⁷⁹ Waldir de Pinho Veloso. Evicção E Outros Vícios Redibitórios. Disponível em: <http://www.iobonlinejuridico.com.br>. Acesso em: 28.7.2009

grandes mercados, na época do direito romano, em questões referentes à resolução do contrato ou ao abatimento do preço”¹⁸⁰.

Como já visto no primeiro capítulo deste trabalho, José Fernando Simão, nesse mesmo sentido, também afirma que

As ações redibitórias e *quanti minoris* recebem a denominação de edilícias ou edilicianas por razões históricas, pois são criações dos aediles curules. Mais tarde, em virtude da jurisdição dos aediles curules, magistrados incumbidos da polícia dos mercados, concederam-se ao comprador lesado, no caso de descoberta de vícios ocultos não declarados pelo vendedor, duas ações: a *actio redhibitoria*, para a resolução da venda; a *actio quanti minoris* ou *aestimatoria* para abatimento do preço.¹⁸¹

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece ao consumidor o direito de ver restabelecido o *status quo ante*, anterior à celebração do contrato de aquisição da mercadoria viciada, ao preconizar a aquele, o direito correspondente à violação sofrida, em virtude da ilegalidade da entrega e recebimento da mercadoria com vícios, encaminhada pelo fornecedor.

Essa desconformidade do produto ou do serviço com os direitos e as expectativas do consumidor de ver satisfeitas as necessidades normalmente esperadas, em virtude da aquisição pela qual desprende recursos financeiros, faz surgir o direito subjetivo do consumidor lesado de enjeitar a coisa viciada ou defeituosa, exigir que lhe sejam devolvidos, acrescendo-se correção, os recursos financeiros investidos para a realização do contrato, pleiteando-se o reconhecimento, pela autoridade judicial, da rescisão do contrato anteriormente celebrado.

Poderá surgir também ao consumidor, caso prove a existência de má-fé do fornecedor ao enviar-lhe ou ocultar-lhe mercadorias com vícios dos quais já conhecia, o direito de pleitear também, além da rescisão do contrato a condenação do fornecedor com a conseqüente responsabilização por *lucrum cessans* e *damnum emergens*.

Caso o consumidor lesado pela ocorrência dos vícios não queira propor a ação redibitória, poderá o mesmo propor o segundo tipo de ação edilícia, a chamada ação estimatória ou *quanti minoris*.

¹⁸⁰ Carlos Roberto Gonçalves. *Direito das Obrigações. Parte Especial*. p. 53

¹⁸¹ Op. Cit. p.51.

Por meio da ação edilícia estimatória ou *quanti minoris*, o consumidor postulará em juízo a redução proporcional do preço da mercadoria adquirida, em virtude da ocorrência de vícios redibitórios que lhe diminuem o valor ou inabilitam a destinação final declarada e pretendida pelo consumidor no ato da aquisição.

Note-se que nesse caso não ocorrerá a rescisão do contrato, mas sim o ajuste do valor pactuado entre as partes durante a feitura do contrato de compra e venda, quer seja este bem comercializado nas formas tradicional ou virtual de consumo.

4.3.2 Particularidades da Ação Redibitória

Ao intentar a ação redibitória, busca o consumidor anular judicialmente uma venda ou serviço em que a coisa negociada foi entregue com vícios ou defeitos ocultos, que impossibilitam ou frustram o uso ao qual se destinam, diminuem o valor ou a satisfação das expectativas, normalmente esperadas, em virtude da aquisição.

Como dito anteriormente, redibir, do latim *redhibere*, significa reaver. Percebe-se que, com a redibição, tanto o fornecedor quanto o consumidor devem retornar ou reaver a condição econômica anterior à realização do negócio jurídico. Caberá, portanto, ao consumidor restituir o bem adquirido e incumbe ao fornecedor a obrigação de devolver ao adquirente a quantia paga, acrescida de correção monetária.

Lembra Paulo Jorge Guimarães Scartezini que

Segundo consta do art. 82 da Convenção de Viena, é regra que o comprador perde o direito de rescindir o contrato se não puder devolver a coisa, ou não puder devolvê-la no mesmo estado em que a recebeu. Abre a norma algumas exceções; assim, se a impossibilidade de devolução da coisa não deriva de ato ou omissão do comprador; se a coisa se perde, se deteriora, se é vendida, consumida, transformada pelo comprador no curso de seu uso normal, antes que fosse descoberta a imperfeição.¹⁸²

Conforme art. 18, § 1º do CDC, é direito material do fornecedor o prazo para que venha a sanar vícios ou defeitos incidentes no bem comercializado. Ao consumidor corresponde a obrigação de informar e conceder, uma única vez, prazo

¹⁸² Op. Cit. p. 258.

máximo de trinta dias, para que o fornecedor repare ou substitua o produto ou serviço defeituoso ou viciado.

Portanto, num primeiro momento, ao consumidor só é facultado o direito de demandar pela troca das peças ou partes viciadas. A escolha pela substituição do produto ou pela devolução do valor pago somente terá lugar se o fornecedor não reparar os defeitos ou não promover a substituição das partes viciadas, no prazo de trinta dias. Além do mais, o direito apenas subsistirá se o consumidor tiver respeitado os prazos decadenciais estabelecidos pelo artigo 26 do CDC.

Vê-se, pois, que o Código de Defesa do Consumidor exige do fornecedor, inicialmente, apenas a reparação dos defeitos ou a substituição das peças viciadas. Daí o porquê de ser juridicamente aconselhável que o consumidor registre pela forma escrita suas reclamações, assim como também é indicado que o fornecedor registre documentalmente quaisquer queixas ou notificações advindas do consumidor, discriminando nestes registros a incidência ou não dos vícios ou defeitos, bem como os dados inerentes ao período, data, hora e local da reclamação e dos respectivos serviços ou assistências técnicas porventura realizadas, com o objetivo de se garantir direitos em eventuais demandas ou defesas futuras.

Ademais, os fornecedores devem atender aos consumidores que se dirigem aos seus estabelecimentos sob alegação de vício do produto, ainda que seja para averiguar se a hipótese é de vício ocasionado pelo consumidor.

Por se tratar de relação de consumo, esse prazo poderá ser negociado, diminuindo-o para um período mínimo de sete dias ou dilatando-o para um período máximo de 180 dias, a contar da data efetiva da entrega do produto ou serviço.

José Fernando Simão ressalta que há um limitado e reduzido poder de transação entre as partes com relação a esse prazo de direito material. Em sendo contrato de adesão, tal convenção exige manifestação expressa e em separado do consumidor¹⁸³.

Concordamos com os ensinamentos de Pedro Romano Martinez ao analisar a questão do prazo exíguo para propositura da ação edilícia pelo consumidor, por entender juridicamente aceitável a presunção de que os vícios incidentes neste breve período tiveram seu nascedouro em tempo anterior à realização do negócio.¹⁸⁴

¹⁸³ Jorge Fernando Simão. Op. Cit. (ver pagina)

¹⁸⁴ Pedro Romano Martinez. **Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada.** p. 358 e 349.

Nas relações de consumo a responsabilidade do fornecedor frente aos vícios persiste e sua conduta subjetiva é desconsiderada. Isso é consequência do princípio da boa-fé objetiva adotado pelo CDC. Daí porque, ao colocar produtos ou serviços no mercado de consumo responde o fornecedor por vícios de quantidade e qualidade, ou seja, colocando produtos impróprios ou inadequados em circulação, responderá independentemente do estabelecimento da má-fé ou negligência.

Ademais, é sempre importante lembrar que o Código de Defesa do Consumidor ao adotar a solidariedade ou legitimidade passiva processual de toda a cadeia fornecedora, também admitiu ser escolha do consumidor demandar qualquer dos fornecedores, em conjunto ou separado, objetivando sanar os defeitos e vícios ou indenizar-lhes os prejuízos, o que poderá ocorrer por meio de recursos advindos de um ou de todos os demandados.

A responsabilidade solidária de todos os fornecedores de bens ou serviços, consta no CDC, no *caput* do art. 18, mas também é mencionada nos Arts. 19 e 20. Na busca da proteção do consumidor em sua integralidade, o legislador reconheceu as mudanças dos mecanismos de produção dos tempos atuais e adotou no art. 25, § 2º do CDC, a solidariedade entre o fabricante, construtora ou importadora, e o que realizou a incorporação, ainda que o dano causado ao consumidor surja em virtude de um componente ou peça incorporada ao produto ou serviço.

A professora Claudia Lima Marques, ao analisar as vantagens da solidariedade passiva da cadeia fornecedora, assim se pronuncia

No sistema do CDC a escolha de qual dos fornecedores solidários será sujeito passivo da reclamação do consumidor cabe a este último. Normalmente, o consumidor preferirá reclamar do comerciante mais próximo a ele, mais conhecido, parceiro contratual identificado, mas o fabricante, muitas vezes, o único que possui conhecimentos técnicos para suprir a falha no produto, será eventualmente demandado para sanar o vício.¹⁸⁵

Excetuando-se a regra da solidariedade dos fornecedores, o CDC previu as hipóteses inseridas no art. 18, § 5º, art. 19, § 2º, *in verbis*:

Art. 18. § 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

¹⁸⁵ Claudia Lima Marques. **Contratos...** p. 186.

Art. 19. § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

4.3.3 Particularidades da ação estimatória ou *quantum minoris*

A ação estimatória ou *quantum minoris* deverá ser proposta pelo consumidor quando, por livre escolha, resolva ficar ou permanecer com o objeto da avença, qual seja o produto ou serviço viciado ou defeituoso. Nestes casos, faculta-se ao consumidor o direito de pleitear, via ação edilícia estimatória ou *quantum minoris*, abatimento no preço da aquisição proporcional aos malefícios causados pela incidência do vício ou defeito.

Pedro Romano Martinez diz que

No sinalagma do negócio jurídico temos o preço e a coisa adquirida, esta com todas as suas qualidades. A falta de qualquer das características típicas ou prometidas cria um desequilíbrio na prestação, já que a coisa ou o serviço passa a valer menos do que o valor pago. Por esse motivo, tal redução não se confunde com uma indenização.¹⁸⁶

Autores na doutrina há que sustentam que a escolha da ação edilícia a ser proposta é deferida ao adquirente. Portanto, ao decidir pela ação estimatória, não poderá propor a ação redibitória, tampouco, cumular pedidos, tipo rejeitar a coisa ou conservá-la, pleiteando uma diminuição proporcional do valor ao vício.

Nessa mesma linha doutrinária, sustentam ainda alguns mestres que poderá o consumidor, conforme lhe for conveniente, utilizar-se de uma ou outra da ação edilícia, porém não poderá cumulá-las. Sua escolha será irrevogável, tendo o efeito de concentrar a prestação; uma vez feita à opção, não poderá desistir após a citação do alienante.

A doutrina relata casos de exceção à regra da escolha da ação edilícia pelo consumidor, quando ocorra caso de perecimento da coisa em consequência do vício, só restando ao adquirente propor a ação redibitória.

Sílvio Venosa discorda desta exceção e sustenta que "(...) em nosso Direito, a liberdade de opção por uma ou outra ação é ampla, podendo, por exemplo, ser

¹⁸⁶ Pedro Romano Martinez. **Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada.** p. 405

escolhida a ação de redução do preço, ainda que a coisa se torne imprópria para sua destinação”¹⁸⁷.

O CDC descarta ação regressiva e obriga na cadeia solidária qualquer parte que tenha condições econômicas, para ampliar as garantias do consumidor.

Paulo Jorge Scarttezzini diz que

Ademais, sob a análise prática do problema, somente se verificará o grau de perda da coisa ou serviço na fase instrutória (geralmente através da perícia), não sendo razoável que após esta e, constatando-se que a redução chega próximo ao valor total da coisa ou do serviço, extinga-se o feito, para que se proponha a ação redibitória. Isso afrontaria o princípio da economia processual.¹⁸⁸

4.3.4 Observações gerais sobre essas ações

O Direito Moderno prima pela manutenção dos negócios jurídicos e dos contratos, daí porque os doutrinadores ao estudarem o fim social como um dos princípios basilares dos contratos, afirmam que os interesses da coletividade deve preponderar sobre os interesses individuais dos contratantes. Exemplo disso ocorre quando se diz que o vício de somenos importância não justifica ou autoriza, por si só, o pedido de desfazimento do negócio contratual. Em tais situações poderá o consumidor utilizar-se doutras alternativas processuais: as ações estimatórias ou *quantum minoris*.

Paulo Jorge Scarttezzini afirma que

Sempre se entendeu que essas duas ações poderiam ser livremente escolhidas pelo adquirente, porém acreditamos na existência de duas situações, além daquela já mencionada acima, que impossibilitariam o adquirente do pleno exercício discricionário das vias processuais.

Em primeiro lugar isso ocorreria quando o vício fosse de pequena importância, não se justificando o desfazimento do contrato, mas, tão-somente as demais alternativas.

Não podemos ainda nos esquecer de que o direito do adquirente também se funda no princípio da boa-fé, que tem como uma das suas faces a limitação do direito subjetivo.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Silvio Venosa, Direito Civil: teoria geral. p. 481.

¹⁸⁸ Op. Cit. p. 285

¹⁸⁹ Op. Cit p. 289 ss.

Não é outra a opinião de Romano Martinez. Afirma o autor que “o princípio da boa-fé tem aplicação recíproca, pelo que, não sendo o defeito significativo, o credor tem o dever de aceitar o que lhe for prestado”¹⁹⁰.

Facilmente se percebe que Scartezzini acata a derogabilidade do princípio da livre escolha do adquirente na ação a ser proposta (redibitória ou estimatória); a ampla faculdade só existe se a imperfeição fosse relevante.

Elucida, ainda o autor, situações em que o consumidor não poderá pleitear o desfazimento do contrato, nem o refazimento do serviço, mas apenas a possibilidade de devolução de parte do preço, pois este consumiu total ou parcialmente o produto ou serviço adquirido, apesar de não lhe corresponder na integralidade as suas justas expectativas, sendo-lhe, por isto, considerados, parcialmente úteis, e exemplifica:

A compra de combustível para veículo, descobrindo-se após o seu uso, que continha outra substância (álcool na gasolina, por exemplo) em quantidade superior à autorizada por lei; ou o contrato de locação de imóvel de praia que não possui todas as qualidades informadas, mas, pela distância, é inviável o retorno, e o locatário acaba por permanecer no local¹⁹¹.

Para Paulo Jorge Scartezzini, o artigo 264 do Código Processual Civil inviabiliza a alteração do pedido após a citação do réu exceto se o réu concordar. Observe-se, entretanto, que havendo multiplicidade de réus, sem que todos tenham sido citados, ainda poderá o autor modificar o pedido e causa de pedir, sendo desnecessário o consentimento daqueles que já foram citados, porém em respeito ao contraditório deverá fazê-lo novamente.

Após o saneamento do processo, independentemente da concordância ou não do(s) réu(s) com as modificações solicitadas no pedido ou causa de pedir, estas alterações não serão mais cabíveis.

O mesmo raciocínio jurídico deverá ser aplicado quando da ocorrência de pedido reconvenicional.

Discorda Paulo Jorge Scartezzini de Silvio Venosa e Otto de Souza Lima que sustentam a impossibilidade de desistência de uma ação edilícia com o posterior ingresso de outra, ou seja, *electa una via non datur regressas ad alteram*. Para sustentar seu entendimento discordante, o autor acredita que

¹⁹⁰ Ibidem. p. 289.

¹⁹¹ Romano Martinez. Op. Cit. p. 285.

A questão deve ser analisada puramente pelo ângulo processual. Nosso Código de Processo Civil permite ao demandante desistir do feito, sem necessidade de concordância por parte do réu, até o final do prazo para resposta. Depois desse momento, dependerá do consentimento do demandado, porém a recusa deste deve ser motivada (4.º do art. 267). Em qualquer dessas situações deverá o autor arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios da outra parte (art. 26 do CPC).

Ocorrendo a desistência, o juiz extinguirá o feito sem julgamento do mérito (Art. 267, VIII, do CPC), o que dará direito ao credor de propor nova ação, já que aqui ocorreu apenas a coisa julgada formai (art. 268).¹⁹²

Particularmente, preferimos filiar-nos ao pensamento de Scartezzini por entender saudável ao princípio constitucional e maior desafio de se promover a defesa do consumidor em todas as searas, incluindo-se a facilitação da defesa no direito processual. Daí porque entendemos importante salutar o sistema mais uma vez e reconhecer a fragilidade *incontesti* do consumidor e desta feita oportunizar a escolha da ação que entenda melhor socorrer-lhe frente aos conflitos inerentes as relações de consumo, respeitando-se, por óbvio, a regra do ressarcimento de despesas e prejuízos a que deu causa, conforme artigo 26 do Código Processual Civil.

Também, à semelhança do que defende Scartezzini, entendemos aconselhável que se acate o pedido sucessivo, conforme art. 289 do CPC. Frise-se que caberá ao juiz analisar caso a caso a gravidade do vício, sendo também *incontesti* certa subjetividade nesta avaliação. Daí porque, após a improcedência da ação redibitória em virtude de não ser esta cabível, face às características dos vícios diagnosticados, não tenha o autor que promover toda uma nova ação estimatória ou *quantum minoris*, retardando-se a prestação jurisdicional.

Quanto a ser cabível ou não nas ações edilícias o pedido alternativo por parte do consumidor, parece mais apropriado que o fornecedor avalie a oportunidade e conveniência econômica de suportar a redibição ou diminuição do preço, sem, entretanto, descuidarmos da proteção econômica do consumidor, mas apenas fazendo cumprir o que determina o CDC.

É factível, que dentro do prazo de garantia escolhida à ação estimatória e descoberto novo vício, o adquirente proponha nova ação, que poderá ser a redibitória ou uma nova estimatória.

¹⁹² Paulo Jorge Scartezzini. Op. Cit. p. 294.

Em decorrência desse entendimento, caso opte o consumidor pela ação redibitória e já tenha recebido devolução de valores advindos de uma ação estimatória anteriormente proposta, restará ao fornecedor restituir ao proponente consumidor a diferença entre elas. Caso opte por uma nova ação estimatória, caberá tão somente ao fornecedor suportar o ônus de um novo abatimento no preço, considerando-se também a redução já efetivada na primeira ação estimatória anteriormente proposta.

Também é aceitável que o juiz, de ofício, altere o pedido formulado pelo autor que o fez de forma inadequada, solicitando pedido desconforme com a ação proposta ou com a gravidade do vício efetivamente apresentado. Sendo assim, mesmo quando a ação redibitória tenha sido proposta poderá o juiz conceder a simples indenização pela diminuição do preço, em virtude de que os vícios e suas malélicas circunstâncias ou efeitos não justifiquem por si só a rescisão do contrato.

Scartezzinni diz que “por esse motivo, se for proposta uma ação redibitória, sem pedido sucessivo, e se entender o juiz que o vício é de pequena monta, não justificando a rescisão do negócio jurídico, deverá julgar a ação improcedente”¹⁹³.

O entendimento acima não deixa de reconhecer a importância do princípio da preservação contratual. Entretanto, o art. 460 do CPC, diz que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Neste diapasão, não entendo aceitável que tendo o consumidor proposto ação estimatória deva o juiz, de ofício, alterar o pedido de forma a conceder a resolução do contrato. Afinal, cabe tão somente ao consumidor avaliar da conveniência em receber indenização paritária aos vícios ou desistir, em definitivo, da aquisição, pleiteando devolução integral dos valores pagos.

Por fim, cumpre salientar que as ações edilícias podem ser propostas por todos que se enquadrem no conceito de consumidor aceito pelo CDC ou pelo adquirente, pelo compromissário comprador, pelo usuário (ou pelos herdeiros destes) e por qualquer das pessoas elencadas no art. 12 do CPC, *in verbis*:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

¹⁹³ Paulo Jorge Scartezzinni. Op. Cit. 259.

- I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;
- II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;
- III - a massa falida, pelo síndico;
- IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;
- V - o espólio, pelo inventariante;
- VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;
- VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;
- VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único);
- IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

§ 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

§ 2º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.

§ 3º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.

4.4 As Ações Edilícias e o Diálogo das Fontes

O Código de Defesa do Consumidor assim como o Código Civil previu as ações edilícias para dirimir conflitos em que se pretenda a rescisão do contrato ou a restituição monetária equivalente ao vício do produto.

O mestre Erik Jayme assevera que

“Diálogo das Fontes” uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, co-existentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (cohérence dérivée ou restaurée), que, em momento posterior à descodificação, à tópica e à microrredificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.

(...)

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja completamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹⁹⁴

¹⁹⁴ Erik Jayme. Curso Geral de Haia de 1995, *apud* Claudia Lima Marques [et. al.] **Manual de Direito do Consumidor**. p. 87.

Previu o CDC, entretanto, além das formas já previstas no Código Civil por meios das ações edilícias, outras ações processuais, que se singularizam pelo fato de o consumidor pleitear a manutenção do preço contratual, mas em contrapartida, exigir a reparação imediata do vício ou substituição da coisa ou ainda que o fornecedor, às suas custas, refaça o serviço na forma inicialmente avençada durante a contratação.

A doutrina vem se posicionando no sentido de que é salutar para a sociedade e para a segurança jurídica das relações econômicas de consumo, que se busque a manutenção dos contratos e negócios jurídicos.

Essa inteligência doutrinário-interpretativa releva como argumentos de sustentação, ser consequência do salutar respeito ao princípio da boa-fé, o conseqüente direito do fornecedor de que o consumidor, primeiramente lhe oportunize a possibilidade de analisar a viabilidade econômica de, às suas custas, prover o saneamento dos vícios indicados pelo consumidor, como uma pré - condição, para que se possa demandar judicialmente por meio das ações edilícias.

O § 1º do art. 18 do CDC estipula que, antes da escolha de uma das três alternativas que se abrem em favor do consumidor na hipótese de vício do produto (substituição do bem, devolução do dinheiro, abatimento do preço), o fornecedor possui prazo de 30 dias para sanar o vício.

Há de ressaltar, entretanto, que esse prazo deverá ser concedido ao fornecedor uma única vez, a depender do tipo de vício detectado, e até da essencialidade do bem, o que também deverá ser analisado equitativamente pelo juiz nos casos in concreto.

Afrontaria o princípio da proteção integral do consumidor caso, surgindo novamente o vício que já deveria ter sido definitivamente sanado pelo fornecedor, a obrigatoriedade da concessão de novo prazo pelo consumidor.

Caso os vícios não sejam sanados e voltem a aparecer, esta obrigatoriedade de respeito ao prazo não mais persistirá para o consumidor, que não se verá obrigado, a conviver com a insegurança do reaparecimento da desconformidade que lhe diminui as condições de usufruir, tranquilamente, da coisa adquirida.

Caso surjam outros vícios além dos que deram margem ao primeiro prazo concedido ao fornecedor para saná-los, reconhecemos a grande possibilidade de diminuição do valor do produto o que autoriza ao consumidor a escolha facultativa

de três alternativas (substituição do bem, restituição do preço, abatimento proporcional).

Para concluir o raciocínio exposto, sempre que o consumidor não der ou conceder a possibilidade ao fornecedor de sanar o vício (com exceção das hipóteses previstas no § 3º do art. 18) e propuser imediatamente uma das ações previstas em lei, poderá o réu invocar em sua defesa a falta de oportunidade de eliminar o problema, e a ação deverá ser julgada extinta por falta de pressuposto processual (art. 267, IV, do CPC).

Paulo Jorge Scartezzinni Guimarães lembra ainda que “alguns doutrinadores admitem que o pedido de eliminação do vício seja feito pela primeira vez em juízo, com o que não concordamos, já que a ação só pode ser proposta quando houver interesse processual, isso dentro do binômio necessidade/adequação¹⁹⁵.”

Novamente se faz imperioso lembrar que não perece ao consumidor o direito de pleitear ressarcimento por danos decorrentes da não utilização da mercadoria ou do serviço contratado, pela forçosa égide da teoria do risco inerente as atividades empresariais do vendedor.

Acrescente-se que, mesmo na situação excepcional de aplicação do prazo de 30 dias para sanção do vício, o fornecedor, em razão do direito básico de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6.º, VI), possui o dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo consumidor, oriundos da privação do uso do bem durante o prazo de conserto, que, recorde-se, pode ser ampliado até 180 dias (art. 18, § 2.º).

O Código Civil não exige prazo prévio para que o adquirente venha solicitar devolução ou abatimento proporcional do preço, mas o CDC assim o determina. Para solucionarmos tal conflito, indispensável é lembrar o diálogo das fontes, entre o CDC e o CC, que neste particular nos indica uma interpretação restritiva da exigência do prazo de 30 dias e sua inter-relação com a noção de abuso de direito contida no art. 187 do CC/2002.

Leonardo Roscoe Bessa assevera que

A categoria do abuso do direito surgiu justamente no intuito de reprimir os atos que, embora praticado com estrita observância da lei, violavam o seu espírito. Em que pese a diversidade de conceitos e critérios de aferição de abusividade, “sustenta-se na atualidade a noção de abuso como uma

¹⁹⁵ Jorge Scartezzinni Guimarães. Op. Cit. p. 303

conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover¹⁹⁶.

Finalmente, após concedido o prazo de 30 dias para que o fornecedor avalie se lhe é antieconômico ou até impossível sanar o vício detectado, poderá o consumidor exercer com total liberdade a faculdade legal que lhe é concedida de escolher entre promover as ações edilícias; exigir a permuta do bem viciado por outro de características idênticas ou semelhantes; que a medida, peso ou quantidade conforme contrato seja recomposta; ou até a reexecução do serviço.

Nunca é demais frisar que este prazo de 30 dias previsto no § 1.º do art. 18 do CDC só será utilizado em situações especiais, que permitem a substituição de partes do produto. Nesse sentido, é claro o § 3.º que exclui o prazo “sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou característica do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.” É um critério bastante subjetivo, que será sempre interpretado pró-consumidor, tendo em vista as expectativas legítimas que o produto despertou nele.¹⁹⁷

4.5 As Ações Edilícias e o Comércio Eletrônico de Consumo

Nos tempos do comércio virtual são comuns os incidentes que afetam a incolumidade econômica do consumidor ao relacionar-se com a cadeia fornecedora do consumo.

As ações edilícias também são utilizadas para dirimir conflitos inerentes à incidência dos vícios dos produtos e serviços que afetem a incolumidade econômica do consumidor e que possam atingir seu patrimônio.

Daí a importância de estudarmos se a tutela processual oferecida pelas ações edilícias face aos vícios redibitórios nas relações eletrônicas de consumo se adaptam ou não à efetiva proteção dos interesses e direitos dos consumidores.

Há muito que se criticava a efetividade das ações edilícias e a inadequação da milenar teoria dos vícios redibitórios por não promover a satisfatória proteção do consumidor no comércio tradicional. Sabe-se, entretanto, que como dizia Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin “O consumidor é um sujeito de batismo jurídico recente. Logo, qualquer esforço no sentido de buscar sua proteção no direito

¹⁹⁶ **Manual de Direito do Consumidor: Vício do Produto e do Serviço.** p. 247

¹⁹⁷ Cláudia Lima Marques. **Comentários ao CDC.** p. 339.

tradicional — tutelado como consumidor e atuando *ex proprio jure*, por direito próprio será em vão”.

Entretanto, o consumidor tradicional, antes do surgimento do consumidor virtual, não estava totalmente desamparado pelo direito, pois na condição de comprador, múltiplos dispositivos legais os protegiam e, como consequência da obrigação de entrega, se inseriam as garantias contra os vícios redibitórios.

As ações edilícias, como facilmente se percebe, ganharam relevo processual em um ambiente muito diferente daquele que se notabiliza pela complexidade característica das atuais sociedades de consumo. Dessa forma, dentre as múltiplas garantias legais existentes, a garantia contra os vícios redibitórios almejada pelos consumidores ao promover as ações edilícias, se revelaram ineficazes como instrumento de defesa real e efetiva.

Historicamente as ações edilícias, assim como os vícios redibitórios, provêm de um sistema jurídico concebido à época dos idos tempos do Código Napoleônico de 1804, e que permaneceu praticamente inalterado durante quase dois séculos. Não poderíamos esperar que dessem respostas apropriadas às necessidades processuais de um mundo radicalmente transformado.

Como dizia Jean Calais Auloy¹⁹⁸ em tal situação de desconformidade entre a realidade econômico-social e as respostas jurídicas, o máximo que o consumidor poderia almejar seria uma proteção "imperfeita", fruto mais de uma adaptação forçada do que propriamente de uma modernização sistemática do tema. E, por ser imperfeita, também recheada de injustiças.

Nos tempos atuais as palavras acima se adaptam com perfeição e permanecem apropriadas ao se analisar as exigências processuais características de um tempo virtual, cujos conflitos se multiplicam e evoluem de uma maneira cada vez mais acelerada, de forma a exigir que as ações e os meios de defesa se modernizem buscando alcançar e garantir a efetiva proteção dos direitos dos consumidores dos tempos eletrônicos.

Poderíamos dissertar longamente sobre as inconveniências das ações edilícias para a tutela do consumidor, em um contexto de produção e consumo em massa, em especial, no momento em que o consumidor decide contratar por meio

¹⁹⁸ **Droit de la consommation**, p. 223

eletrônico. Há inevitavelmente uma intrínseca complexidade técnica e jurídica desse tipo de contratação a distância.

Quanto à complexidade jurídica, ressalta-se que todos os contratos não solenes podem ser hoje realizados por meios eletrônicos, em especial os contratos que tratam sobre relações de consumo estabelecidas por meio da internet. Tais relações jurídicas só tendem a crescer em número e complexidade como resultado inevitável dos atrativos e facilidades oferecidos pelo meio virtual de consumo e pela oferta excessiva de produtos e serviços comercializados pela rede.

Segundo Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin as deficiências jurídicas das ações edilícias se notabilizaram após o surgimento da sociedade industrial caracterizada pela produção e comercialização em massa, o que criou por consequência um ambiente inóspito para efetividade das garantias clássicas face aos vícios redibitórios.

Nos tempos atuais os operadores do direito e o próprio judiciário se esmeram ao buscar suplantar os limites processuais intrínsecos e restritivos da efetividade dessas ações. As incertezas e dúvidas quanto à eficácia das ações edilícias face aos vícios redibitórios nos contratos eletrônicos de consumo fazem com que o consumidor que opte pela via de aquisição virtual raramente leve suas reclamações ao judiciário.

Quando falamos em vício redibitório, a primeira ideia que surge à mente é a de um contrato comutativo unindo a vítima e o responsável pela reparação. Não há dúvida de que o vício redibitório é instituto decididamente atado à realidade contratual.

O instituto mostra-se, portanto, incapaz de reger todas aquelas situações em que a vítima não consegue demonstrar a existência de um vínculo contratual com o sujeito que diz ser responsável pelo dano que sofreu. Há aí uma dupla deficiência pelo prisma da tutela do consumidor.

A garantia contra os vícios redibitórios, pelo menos como princípio, pode ser utilizada contra o fabricante, mesmo que o consumidor esteja alegando um simples vício de qualidade por inadequação.

É notório que os prazos para exercício da garantia são extremamente exíguos. São fatais e impiedosos com o consumidor comum que, em regra, os ignora por inteiro.

Os abusos praticados contra os consumidores, em decorrência da exiguidade do prazo (fato este conhecido pelos fornecedores e, de regra, desconhecido pelo consumidor), são os mais distintos.

No Brasil as ações edilícias também se fazem cabíveis face aos vícios de quantidade ou qualidade e à semelhança da doutrina e jurisprudências estrangeiras adotam a teoria do vício funcional, isto é, podem ser adotadas como remédio processual em face de qualquer desconformidade incidente nas aquisições que limitem ou impossibilitem o uso ao qual o bem ou serviço se destinava. Podem também ser adotadas face aos vícios de qualidade por inadequação, exceto sobre vícios de somenos importância que não justifiquem pela inexistência da gravidade do vício, qualquer forma de alteração ou modificação no cumprimento do contrato, condição essa imprescindível à acolhida da garantia.

No meio eletrônico de consumo a capacidade de o consumidor examinar o produto se pressupõe diminuída em face de impossibilidade real e concreta do contato direto com a coisa a ser adquirida. A percepção de eventuais vícios ou defeitos, em especial os vícios de difícil constatação, e os assim chamados ocultos ou redibitórios, materializam-se, inescusavelmente, apenas durante o uso.

No atual sistema de consumo é pelo uso efetivo por parte dos consumidores que os produtos ou serviços adquirem maior valor econômico e condição de satisfazer as necessidades predominantes daqueles que os adquiriram.

Os tradicionais remédios edilícios se revelam insuficientes para satisfazer a complexidade das demandas jurídicas que discutem os direitos do consumidor que adquire produtos com vícios redibitórios por meio dos meios eletrônicos de consumo. A insuficiência desses modelos jurídicos calcados na responsabilidade do fornecedor em garantir a satisfação das necessidades que motivaram a aquisição dos produtos ou serviços, tradicionalmente preconizam a possibilidade de troca, substituição do produto ou serviço e a diminuição do preço:

Se o produto ou serviço apresenta vício quanto à quantidade ou qualidade (art. 18 e 20), sendo de algum modo impróprio ao uso e ao consumo (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º), a lei concede ao consumidor o direito formativo de escolher entre as alternativas de substituição do produto, abatimento proporcional do preço, a reexecução do serviço, ou a resolução do contrato, com a restituição do preço (art. 18, § 2º, e inciso do art. 20). A lei cuida dessas situações como sendo um direito formativo do consumidor.¹⁹⁹

¹⁹⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Artigo: Decadência e Prescrição no CDC: Vício e Fato do Produto e do Serviço.** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Essas possibilidades jurídicas somente se materializam após a consecução de uma vitória jurídica no mais das vezes tardia, face ao prolongado tempo em que se arrastam estas demandas no judiciário, agravando-se ainda mais os prejuízos econômicos suportados pelo consumidor virtual, que em virtude da via escolhida para a aquisição, novamente se vê frente ao dilema da falta de confiança e segurança que caracterizam o comércio eletrônico.

A prática na aplicação diária desses institutos tem demonstrado que, apesar de algumas concordâncias, as divergências ganham a cada dia maior fôlego, multiplicando-se os trabalhos jurídicos que buscam, em última análise, encontrar soluções mais céleres para questões de maior complexidade que, diariamente, desaguam no Poder Judiciário.

Persistem no meio judiciário as querelas relativas a impossibilidade de produção de provas por meio de perícia técnica de maior complexidade nos conflitos levados ao deslinde pelos juizados, conforme preceitua a promulgada em 26 de setembro de 1995, Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com o objetivo de proporcionar maior celeridade, objetividade, informalidade e eficácia na prestação jurisdicional à solução dos conflitos da população que necessita da aplicação do Direito Brasileiro.

Não há como deixar de reconhecer os avanços do CDC no tocante à inversão do ônus da prova, mas é da natureza dos vícios redibitórios a sua revelação durante ou após a aquisição dos produtos ou serviços.

Ao analisarmos tais dificuldades nos produtos ou serviços comercializados eletronicamente, a carência da prova técnica parece se agravar, pois a distância do consumidor em relação ao fornecedor ou fabricante dificulta ainda mais a elaboração de pareceres que possam subsidiar a avaliação do juiz quanto à existência de malefícios dos vícios dos produtos adquiridos eletronicamente.

Ora, a avaliação da natureza do próprio vício, dirá em primeira análise sobre o cabimento da obrigatoriedade de indenizar, sem esquecer que dirá da propriedade ou não das ações edilícias, enquanto via processual escolhida.

Aos analisarmos as ações edilícias propostas, é comum que em sua defesa os fornecedores aleguem que são insuficientes ao livre convencimento do

magistrado a pura e simples análise visual do produto, sem esquecer as alegações de que o julgador não detém o conhecimento técnico necessário para determinar se o vício reclamado é decorrente ou não da responsabilidade advinda pelo mau uso por parte do consumidor, o que exclui a responsabilidade do fornecedor.

Aos analisarmos as ações edilícias promovidas em sede dos Juizados Cíveis, é comum que os fornecedores ofereçam defesa alegando preliminarmente incompetência do juizado tendo em vista a necessidade de prova técnica. Também é comum alegarem no mérito ter realizado procedimentos padrões adotados por eles próprios e que, ao realizar exames técnicos do produto, não diagnosticaram qualquer vício nos mesmos, pugnando que se julgue improcedente o pedido constante na inicial, determinando-se o arquivamento da ação sem julgamento do mérito.

Sabemos que o vício e o defeito não precisam “ipso facto” de maiores conhecimentos técnicos pelo juiz e não sendo complexa a matéria dos vícios, também não há no que se falar da obrigatoriedade da remessa dos autos à justiça comum, argumento este sempre requerido pela defesa dos fornecedores.

Para exemplificar tal situação citamos abaixo acórdãos sobre a matéria apreciada:

CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. COMPLEXIDADE DA PROVA. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. VÍCIO DE PRODUTO. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO REGRESSIVA DO COMERCIANTE EM DESFAVOR DO FABRICANTE. DESNECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DO PRAZO LEGAL PARA SANAR O VÍCIO DO PRODUTO EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES DO CASO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste complexidade de matéria capaz de afastar a competência constitucionalmente outorgada aos Juizados Especiais, em face do simples entendimento da parte de que a questão sub examine necessita, para o seu deslinde, da realização de prova pericial, quando, pelo suporte probatório coligido aos autos, constata-se que o novel aparelho de som apresentou sérios defeitos operacionais capazes de comprometer a sua utilidade. ACJ nº 20030110896605ACJ D, Rel. Juíza Nilsoni de Freitas Custódio)

“Direito do Consumidor. Rescisão de Contrato. Produto com vício de qualidade. Aplicação do art. 18, do CDC. Prova pericial desnecessária. Cerceamento de defesa não configurado. Sentença mantida. 1. Tendo o bem de consumo durável apresentado vício de qualidade com pouco tempo de uso, e tendo o fornecedor ofertado solução paliativa, ao invés de saná-lo definitivamente, no prazo e forma previstos em lei, é direito do consumidor pedir a rescisão do contrato, com a devolução do preço pago, corrigido monetariamente e acrescido dos juros legais. 2. Não configura cerceamento de defesa a decisão do juiz que julgou prejudicada a realização de perícia

requerida pela ré, se tal perícia em nada contribuiria para influenciar na decisão de mérito. 3. Preliminar rejeitada. 4. Decisão: negar provimento.” (ACJ Nº 0030110953617, Rel. Juiz JESUÍNO APARECIDO RISSATO)

“Ao juiz, como destinatário da prova e expressão do princípio da livre convicção, é assegurado o poder de deferir e determinar a produção das provas reputadas indispensáveis à instrução do processo, indeferimento as diligências reputadas inúteis ou meramente protelatórias, não podendo permanecer em estado letárgico e ficar adstrito à exclusiva vontade dos litigantes quanto à produção das provas que lhes afiguram pertinentes e adequadas para o equacionamento dos fatos controvertidos, consoante emerge do artigo 33 da Lei de Regência dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) como corolário do regramento derivado do artigo 130 do estatuto processual vigente.” (ACJ nº 2003,03,1,014383-6, 2ª TR, Rel. Juiz Teófilo Rodrigues Caetano Neto).

Feitas tais considerações, abalizada doutrina sobre a realização de perícia técnica nos Juizados Especiais Cíveis assim se pronuncia.

Conforme o art. 35, caput, e seu parágrafo único, da Lei nº. 9099/95:

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.
Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado.

Trata-se da perícia técnica. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁰:

Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova real, porque incide sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exame sem participar das atividades de extração de informes.

A esse respeito, ensina Humberto Theodoro Júnior²⁰¹:

A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito escolhido pelo Juiz, será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art. 35, caput). Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor ‘causas cíveis de menor complexidade’ (CF, art. 98, inc. I).

²⁰⁰ Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 584.

²⁰¹ Humberto Theodoro Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 436.

Nesse sentido:

Admite-se a prova técnica nos Juizados Especiais, através de simples esclarecimentos do experto em audiência. (JEC, Apelação 100/96, 1ª Turma Recursal, Belo Horizonte, rel. Marine da Costa - in Informa Jurídico 25).

O art. 35, caput, e seu parágrafo único, da Lei Federal nº 9.099 de 26.09.1995, em consonância com o princípio geral da oralidade do art. 2º do mesmo estatuto, conduzem à conclusão de que no sistema dos juizados especiais, a prova técnica poderá ser produzida, desde que o seja apenas oralmente. (TJSC - CC 97.000813-9 - 2ª C.C. - rel. Des. Nelson Schaefer Martins - julg. 10.4.97).

AÇÃO REDIBITÓRIA – VÍCIOS – DEMONSTRAÇÃO – PROVA TÉCNICA – NECESSIDADE.

AÇÃO REDIBITÓRIA – REQUISITOS PARA DEMONSTRAR O VÍCIO OCULTO – NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – PRELIMINAR ACOLHIDA COM A DESCONSIDERAÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – PROVIMENTO DO RECURSO.

1 – O vício redibitório, de acordo com o art. 441 do CC é aquele defeito oculto que tem força de tornar a coisa imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminua o valor.

2 – Em se tratando de alegação de vício oculto em veículo zero quilômetro (moto), é indispensável a prova técnica capaz de aferir a inaptidão dele para uso ou a diminuição expressiva de seu valor econômico pois “não é qualquer defeito que fundamenta o pedido de efetivação do princípio”, porém aqueles que positivamente prejudicam a utilidade da coisa, tornando-a inapta às suas finalidades, ou reduzindo a sua expressão econômica, como anotou Caio Mário da Silva Pereira (cit. no corpo do voto).

3 – Havendo necessidade de realização de perícia técnica para aferir o grau de inaptidão do bem para uso, ou expressiva diminuição em seu valor econômico, é incompetente o Juizado Especial Cível para dirimir demanda a esse respeito. (1ª Turma Recursal / Divinópolis – Rec. 0223.06.200.806-3 – Rel. José Maria dos Reis).

MEDIDOR – SUPOSTA ADULTERAÇÃO – NECESSIDADE PROVA TÉCNICA – JUIZADO – INCOMPETÊNCIA.

QUESTIONAMENTO DE ADULTERAÇÃO NO MEDIDOR DE CONSUMO DE ENERGIA – LAUDO DE IRREGULARIDADE UNILATERAL FORNECIDO PELA CEMIG – NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA PERICIAL COM OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PROVA COMPLEXA – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JEC – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO COM BASE NOS ARTS. 3º E 51, II, DA LEI 9099/95 – SENTENÇA CONFIRMADA. Se a demanda reclama exame pericial para apurar a natureza e o valor do dano em discussão, é inadequado o procedimento previsto na Lei 9099/95 que é norteado pela celeridade, informalidade e simplicidade. Quando a causa está a exigir exame pericial, cujo rito está previsto nos Arts. 420 e seguintes do CPC, a incompetência do JEC é absoluta e deve ser declarada de ofício pelo juiz, com base nos Arts. 3º e 51, II, da Lei 9099/95. Sentença

confirmada. (1ª Turma Recursal / Divinópolis – Rec. 0223.06.200.842-8 – Rel. José Maria dos Reis).

Ao analisarmos o julgamento de mérito das ações edilícias em segunda instância, pedimos vênias para transcrever brilhante fundamentação constante em Apelação Cível do Juizado Especial do TJDF (constante em apêndice)

Após a leitura do caso, logo identificamos, mais uma vez, a importância processual do reconhecimento da natureza da relação jurídica de que trata a ação. Reconhecendo-se, claramente, tratar-se de relação consumerista, o julgador, analisa os elementos estruturais da responsabilidade, e ao enfrentá-los, reconhece ou não que o fornecedor contribuiu direta ou indiretamente para os prejuízos sofridos pelo consumidor. Finalmente, deve respaldar sua decisão no modelo de responsabilidade preconizado no sistema do CDC, que é em regra objetiva, refletindo o fundamento da responsabilidade pelos vícios de qualidade por inadequação, cuja culpa, diz-se presumida, daí porque imune a qualquer contestação.

Em sendo assim, as ações edilícias inicialmente não devem ser tratadas como causas cíveis de maior complexidade, entretanto o deslinde da necessidade de perícia técnica parece-nos ser matéria de extrema relevância a ser enfrentada pelo julgador quando da análise do cabimento ou juízo de admissibilidade da via processual escolhida.

Somam-se às ações edilícias, além das dificuldades processuais acima apontadas, as limitações causadas pelo funcionamento precário da garantia dos vícios redibitórios em face da proteção do consumidor virtual ante ao consumo de massa.

O desconhecimento do consumidor sobre a existência da garantia legal tem desdobramentos que se refletem no exercício do acesso à justiça e como já nos dizia Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

Desconhecendo a garantia, não se anima a reclamá-la. Com isso há um enriquecimento sem causa do fornecedor.

Mesmo que o consumidor esteja a par da existência da garantia legal e de seu prazo, recusando-se o fornecedor a cumpri-la, não lhe restará outra opção a não ser a via judicial, ou melhor, a *via crucis*, com enormes custos, econômicos e psicológicos.

O cotidiano revela que o consumidor não quer, como não pode, suportar esse ônus, enquanto o fornecedor não só pode, como também está disposto a enfrentá-lo. No Brasil, em particular, o consumidor, reiteradamente, depara com um fornecedor pronto para mandá-lo "buscar seus direitos". E ele, compreensivelmente, sem recursos e inseguro acerca de seus direitos, não vai.

Trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa, agora oferecidos por meio do comércio eletrônico.

O modo de produção e distribuição da empresa moderna lhe impõe riscos provenientes da complexidade e velocidade da criação de novos bens de consumo, fragilizando-se ainda mais a tutela processual do consumidor no *e-commerce*, portanto não mais se justifica ou se aceita a inadequação dos meios processuais postos à disposição dos consumidores, tampouco a ineficácia das ações edilícias frente aos vícios redibitórios no comércio eletrônico de consumo.

Por conseguinte, é com base nessa nova forma de comercialização que se impõe a formulação de meios processuais céleres, acessíveis e adequados, viabilizando um tratamento moderno, mais rigoroso e eficiente - pelo prisma do acesso à justiça, pela eficácia dos seus meios e pela efetividade das ações processuais.

CONCLUSÃO

Finalmente, buscando sistematizar as ideias desenvolvidas na presente dissertação, apresentaremos de forma objetiva algumas constatações e conclusões que foram alcançadas após este estudo.

Conforme analisado no primeiro capítulo, conclui-se que, historicamente, o secular instituto jurídico dos vícios redibitórios reflete as transformações jurídicas, econômicas, políticas e sociais da evolução dos tempos. Podemos dizer que o instituto dos vícios redibitórios originou-se na Grécia Antiga, mas foi no Império Romano que a teoria se consolidou, constatando-se facilmente sua influência nas mais importantes codificações dos séculos XIX e XX.

No segundo capítulo vimos que o comércio eletrônico se caracteriza pela singularidade dos seus atores ou sujeitos de direito. O sujeito fornecedor agora é um ofertante profissional automatizado e globalizado que se utiliza da linguagem virtual para realizar negócios e contratar eletronicamente. O sujeito consumidor é agora um destinatário final contratante, que contrata eletronicamente em qualquer tempo ou língua, por meio de uma assinatura eletrônica e por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas. Pode ser uma coletividade de pessoas envolvidas numa relação de consumo virtual ou vítima de práticas eletrônicas criminosas.

O fundamento da garantia por vícios redibitórios ou ocultos está no princípio da boa-fé objetiva, cabendo ao alienante a responsabilidade pelos vícios, ainda que os desconheça, em razão de haver verdadeira presunção de que deveria saber de sua existência.

Nas relações de consumo, os direitos conferidos aos consumidores em face da incidência de vícios aparentes ou ocultos nos produtos ou serviços apenas alteram o início do prazo para propositura da ação edilícia.

Sempre que o consumidor não der prazo legal ou conceder a possibilidade ao fornecedor de sanar o vício e propuser imediatamente uma das ações previstas em lei, poderá o réu invocar em sua defesa a falta de oportunidade de eliminar o problema, e a ação deverá ser julgada extinta por falta de pressuposto processual.

Após concedido o prazo de 30 dias para que o fornecedor avalie se lhe é antieconômico ou até impossível sanar o vício detectado, poderá o consumidor exercer com total liberdade a faculdade legal que lhe é concedida de escolher entre

promover as ações edilícias; exigir a permuta do bem viciado por outro de características idênticas ou semelhantes; a complementação da medida, peso ou quantidade, até a recomposição do contrato; ou a reexecução do serviço.

O prazo de natureza decadencial para a reclamação de vícios aparentes ou de fácil constatação é de 30 dias para produtos não duráveis e de 90 dias para produtos duráveis, iniciando-se com a entrega efetiva do produto. Com relação aos vícios ocultos, o prazo decadencial é idêntico, sendo que o termo inicial ocorre no momento em que for evidenciado o defeito.

Nas relações de consumo, a boa ou má-fé do fornecedor é absolutamente irrelevante, pois sua responsabilidade persiste de maneira objetiva e sua conduta subjetiva é desconsiderada.

São requisitos para que o consumidor possa utilizar a garantia legal prevista no Código de Defesa do Consumidor com relação aos vícios de quantidade e qualidade: (a) existência de um contrato; (b) ocorrência do vício; (c) anterioridade do vício; e (d) reclamação nos prazos estabelecidos em lei.

Conforme estudado no capítulo terceiro, conclui-se que, no Código de Defesa do Consumidor, são excludentes de responsabilidade do fornecedor a não-colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Tais excludentes aplicam-se à responsabilidade pelo fato do produto e, por analogia, à responsabilidade pelos vícios do produto. A força maior, em que pese a ausência de previsão expressa de lei, também deve ser considerada como excludente de responsabilidade. O caso fortuito, todavia, não tem o condão de elidir a responsabilidade civil do fornecedor, pois essa é baseada na teoria do risco.

O novo diploma civil de 2002 não foge de tradição romana e continua a repudiar a proteção do adquirente em se tratando de vícios aparentes, bem como continua a permitir o exercício das ações clássicas, redibitória e *quanti minoris*; mas, por outro lado, altera substancialmente a questão dos prazos para tal propositura.

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, por meio do diálogo das fontes, convivem de maneira harmônica e independente na matéria referente aos vícios dos produtos. Ademais, o CDC socorre-se dos conceitos jurídicos primeiramente previstos na legislação Civil que, subsidiariamente, disciplina-lhe, simultaneamente, a matéria dos vícios e remédios processuais aqui estudados.

No capítulo quarto, vimos que as ações edilícias não devem ser tratadas como causas cíveis de maior ou menor complexidade, entretanto o deslinde da necessidade de perícia técnica parece-nos ser matéria de relevância a ser enfrentada pelo julgador nas ações propostas nos juizados especiais quando da análise da propriedade, cabimento ou juízo de admissibilidade da via processual livremente escolhida pelo consumidor.

O modo de produção e distribuição das empresas modernas lhes impõe demasiados riscos provenientes da complexidade e velocidade da criação de novos bens de consumo, fragilizando, ainda mais, a tutela processual do consumidor no *e-commerce*. Portanto, não mais se justifica ou se aceita a inadequação dos meios processuais postos à disposição dos fornecedores e consumidores, tampouco a ineficácia das ações edilícias frente aos vícios redibitórios no comércio eletrônico de consumo.

Os tradicionais remédios edilícios se revelam insuficientes para satisfazer a complexidade das demandas jurídicas que discutem os direitos do consumidor que adquire produtos com vícios redibitórios por meio dos meios eletrônicos de consumo. A insuficiência desses modelos jurídicos calcados na responsabilidade do fornecedor, em garantir a satisfação das necessidades que motivaram a aquisição dos produtos ou serviços, tradicionalmente preconizam a possibilidade de troca, substituição do produto ou serviço e a diminuição do preço.

Na sociedade de consumo pós-moderna, o almejado equilíbrio contratual dar-se-á por meio do indiscutível papel disciplinador das leis e da sua eficiente aplicação, buscando referendar a livre manifestação consensual da autonomia da vontade protegida. A lei deverá, então, procurar sempre melhor proteger determinados interesses sociais e econômicos, valorizando primordialmente a confiança entre as partes, as suas legítimas expectativas e a boa-fé que entre estas deve sempre prosperar.

Por conseguinte, é com base nessa nova forma de comercialização que se espera dos governantes a formulação de novas leis e meios processuais mais céleres, acessíveis e adequados aos novos tempos, viabilizando-se, paulatinamente, uma prestação jurisdicional mais moderna, mais célere e mais eficiente – tudo pelo crivo da insofismável promoção e facilitação do acesso à justiça, pela eficácia dos seus meios e pela efetividade das ações processuais legitimamente interpostas.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio, **Pressupostos da responsabilidade objetiva**, São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5 ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJAMIM, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BORTOLIN, Marco Aurélio. **Curso de Direito Civil – Contratos – 3ª Série – 2009**. <http://ambientalecaconsumidor.pro.br/contratos/aulas13e14contr09.htm>. Acessado em: 29/07/2009.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Artigo: Decadência e Prescrição no CDC: Vício e Fato do Produto e do Serviço**. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_cons/decadencia_prescricao_cdc.pdf. Acesso em 29/07/2009.

CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE LUCCA, Newton, **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: SARAIVA, 2004.

DENARI, Zelmo, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III, p. 584. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Positivo, 2004.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume III, Contratos e atos unilaterais. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade e Insegurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004

MARCUCCI, Marcio. **Responsabilidade por vícios do produto e do serviço**. São Paulo, 2007. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 2002,

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

MARTINS, Plínio Lacerda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Positivo, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson (coordenadores). **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUEIROZ, Ricardo Canguçu Barroso de. Vícios no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: diferenças. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=716>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. v. 3. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado: principalmente no ponto de vista prático**. v. 15.6. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1954.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v.3 e 4.

SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo Código Civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SOUZA, Mariana Almeida. **O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>> Acesso em 29/07/2009.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 31 ed., v. III. Editora Forense Universitária, 2003.

VELASCO. Ignácio Maria Poveda. **Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios no direito romano**. 1990. Dissertação (mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Evicção E Outros Vícios Redibitórios**. Disponível em: <http://www.iobonlinejuridico.com.br> . Acesso em: 28.7.2009

APÊNDICE

A. Arts 441 a 446 do Código Civil

TÍTULO V

Dos Contratos em Geral

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Seção V

Dos Vícios Redibitórios

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

C. Arts. 12 a 27 – 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.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 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;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do Artigo anterior, quando:

- I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. (Vetado).

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

C. Arts. 18 a 25 – Código de Defesa do Consumidor

TÍTULO I

Dos Direitos do Consumidor

CAPÍTULO IV

Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos

SEÇÃO III

Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário 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.

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

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie 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.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

D. TJDF - APELAÇÃO CÍVEL NO JUIZADO ESPECIAL

Processual civil. PRELIMINAR. Incompetência dos juizados especiais cíveis não acolhida. Prova pericial. DESNECESSIDADE. Civil. CONSUMIDOR. Ação de ressarcimento. Danos materiais. Tênis defeituoso. Responsabilidade objetiva do fabricante. Danos materiais demonstrados.

Verifico que a relação jurídica entre a requerente e a requerida versa sobre autêntica relação de consumo, nos termos do artigos 2º, caput, 3º, caput, e seus §§ 1º e 2º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. A hipótese vertente envolve duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente final de um produto ou serviço. Ressalte-se que o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhes destinados, arrisca-se a se submeter às condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços. A ré, Nike do Brasil Com. e Part. Ltda., assume seu papel nesse contexto como fornecedora de produtos, na medida em que é pessoa jurídica que atua de forma habitual, ofertante de serviços e produtos no mercado. O contrato de compra e venda representa a comercialização de um produto – tênis. Assim, através da lente do microsistema consumerista, passo à análise dos elementos estruturais da responsabilidade para o caso em questão. Em primeiro lugar, verifico que a ré foi quem efetivamente colocou no mercado o tênis objeto da presente demanda. Tal produto, por sua vez, revelou-se inadequado, conforme reclamação da autora e pela constatação do produto nesta solenidade. Tal fato configura-se como verdadeiro e exemplar vício de qualidade por inadequação do produto, disciplinado na Seção III do Código de Defesa do Consumidor. Essa deve ser a regência legal a ser adotada. Os vícios de adequação do produto afetam a expectativa do consumidor, tornando o mesmo impróprio ou inadequado ao uso a que se destinam. In casu, o tênis passou a apresentar defeito com apenas 04 meses de uso, impedindo que a consumidora fizesse uso do mesmo, mostrando-se inadequado à sua normal utilização. No sistema do CDC, o vício de qualidade por inadequação do produto não sanado no prazo de trinta dias implica três opções ao consumidor: a substituição do produto, a restituição do valor pago ou o abatimento do preço (art. 18, § 1º, CDC). A responsabilidade, no caso dos vícios de qualidade por inadequação, é solidária entre o fornecedor e o comerciante/distribuidor. É o que se extrai diretamente do texto do artigo 18, caput, do CDC, verbis: ‘Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim com por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas’. Grifamos. In casu, a autora pretende a substituição do produto por outro em perfeita condições de uso, ou alternativamente a devolução da quantia de R\$ 400,00, corrigida monetariamente e com juros a partir da citação, sendo tal pleito plenamente possível e legítimo. (...) A responsabilidade prevista no sistema do CDC é objetiva, e o fundamento na responsabilidade nos vícios de qualidade por inadequação é a culpa presumida, imune a qualquer contestação. A empresa Ré colocou no mercado produto, que por sua vez, revelou-se inadequado, limitando-se a afirmar, sem apresentar qualquer elemento probante substancial, que o defeito não é coberto pela garantia e que se deu por culpa exclusiva da autora, ônus probandi que cabia à ré. Nesse ponto, acrescento que assiste inteira razão a Defesa da autora quando sustenta que o laudo apresentado é “extremamente genérico e evasivo”. A afirmação de que “o calçado foi submetido a uso constante” não pode ilidir a responsabilidade da ré pela (sic) defeito do produto, ora calçado é para ser usado. Quanto a afirmação de que ‘na lateral externa do pé direito do calçado na região da entressola constamos, que existe um incisão na borracha, no formado de um corte reto e horizontal, resultante do contato com algum agente externo cortante ou pontiagudo’, verifico observando

diretamente o tênis em toda a sua superfície que houve um equívoco do Diretor de Produto da Nike, que realizou o Laudo Técnico, visto que o que se percebe é tão somente o descolamento da sola do tênis. Quanto a afirmação de que 'no tocante ao material empregado na confecção de tênis (cabedal, solado, e entressola) não constatamos nenhuma irregularidade na composição dos mesmos', novamente verifico o equívoco de tal afirmação, visto que a irregularidade existe, tanto que o solado do tênis está se soltando na entressola. Com relação a última afirmação do dito laudo 'todo calçado possui uma vida útil que é determinada pela frequência em que é utilizado e pela finalidade que lhe é dada', considerando que a autora utilizava tal tênis 2 vezes por semana, em atividade regular e que o tênis começou a apresentar defeitos com apenas 04 meses de uso, é inadmissível não concluir que houve defeito de fabricação por parte da ré." (Relator(a): ALFEU MACHADO - Julgamento: 30/09/2004 - Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados - Especiais Cíveis e Criminais do D.F - Publicação: DJU 04/02/2005 - Pág. : 183.)