

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE
TURISMO, SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Curitiba
2004

MARCELO BORBA JACOMASSI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE
TURISMO, SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Carlos Eduardo Manfredini
Hapner.**

**Curitiba
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO BORBA JACOMASSI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE
TURISMO, SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA
2004

RESUMO

Análise da questão da responsabilidade civil dos prestadores de serviços de turismo, segundo o Código de Defesa do Consumidor. Discorre sobre os institutos e regras basilares do Direito do Consumidor. Em seguida, dedica-se à demonstrar noções básicas de responsabilidade civil, bem como sua aplicação pelo mencionado Código, para, por fim, analisar a responsabilidade propriamente dita destes prestadores de serviços e as espécies de responsabilização, através de doutrina e jurisprudência brasileira, fazendo, ainda, um paralelo com o Direito Comparado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	2
2. NOÇÕES DE DIREITO DO CONSUMIDOR	4
2.1 – BREVE HISTÓRICO	4
2.2 – RELAÇÃO DE CONSUMO	5
2.2.1 – <i>Conceito de Consumidor</i>	6
2.2.2 – <i>Conceito de Fornecedor</i>	9
2.3 – POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	10
2.4 – PRINCÍPIOS REFERENTES AO DIREITO DO CONSUMIDOR	11
2.5 – DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR.....	13
3. RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	19
3.1 – NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	19
3.2 – RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO SERVIÇO E DO PRODUTO.....	22
3.3 – RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO E DO PRODUTO	31
3.4 – CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE	36
4. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS TURÍSTICOS	39
4.1 – CONSUMIDOR E FORNECEDOR	39
4.2 – CONTRATO DE TURISMO	41
4.3 – RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS TURÍSTICOS.....	42
4.3.1 – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA	43
4.3.2 – RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO.....	44
4.3.3 – RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO SERVIÇO.....	46
4.4 – BREVE ANÁLISE SOBRE O DIREITO COMPARADO.....	50
4.5 – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO	52
5. CONCLUSÃO.....	54
6. REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

Notadamente, o Turismo é uma das atividades de maior impacto na Economia mundial, ficando atrás apenas, em fluxo de riquezas, do setor petroquímico. Situação esta que, em breve, será revertida levando-se em consideração o crescimento vertiginoso pelo qual passa o setor.

Após o período pós-guerra, na segunda metade do século passado, começou-se a observar a importância social e política do turismo, e, paralelamente, foram surgindo os primeiros estudos em Direito voltados a esta atividade.

O país pioneiro, primeiro a normatizar a atividade turística, foi a França. O chamado *Droit du tourisme* procurou conceituar tudo que com turismo se relacionasse, bem como organizar as legislações esparsas em uma compilação específica: o Código do Turismo.¹

A Constituição francesa de 1958, em seu preâmbulo, trata o lazer como direito fundamental e, desde então, o turismo vem sendo compreendido como um dos grandes meios de efetivação deste direito.

Partindo da mesma linha de raciocínio dos franceses, e aliado ao dever de produzir um direito fruto de seu tempo, o legislador constituinte, quando da elaboração da Carta Constitucional de 1988, também consagrou o turismo, mas agora como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180).

O turismo engloba uma infinidade de atividades: hospedagem, alimentação, eventos, transportes, etc., interferindo, desta forma, consideravelmente nas relações sociais. Mesmo com esta tamanha relevância, o fenômeno turístico ainda encontra-se à margem dos estudos jurídicos, razão pela qual o presente trabalho procurará estudar certas ações turísticas caracterizadas, segundo o Direito, como relações de consumo, sendo, portanto, regidas por uma legislação específica, o Código de Defesa do Consumidor.

¹ BADARÓ, Rui de Lacerda. *A importância do direito para o turismo sob a ótica francesa* disponível em <http://www.pandectas.com.br/turismo>

O principal objeto deste trabalho, no entanto, será direcionado à questão da responsabilidade dos prestadores de serviços turísticos – em especial, das agências de turismo - em face de eventuais danos causados ao consumidor.

Preliminarmente, serão dadas noções de Direito do Consumidor a fim de contextualizar, de certa forma, o escopo deste estudo, fornecendo um breve histórico desta novíssima ramificação do Direito, bem como tratando do estudo das relações de consumo, conceituando e definindo os seus pólos – consumidor e fornecedor -, dos princípios atinentes aplicáveis à esta tutela especial e dos direitos básicos assegurados a todos os consumidores.

Após, analisar-se-á o instituto da responsabilidade civil. Por se tratar de um tema por demais complexo e extenso, não apenas estudado em capítulos, mas em volumes, a abordagem aqui se dará apenas superficialmente, de modo a não esgotar o assunto. Noções Básicas, aplicação no Direito do Consumidor e também as possíveis causas de exclusão serão os tópicos principais desta parte do trabalho.

Por fim, será tratada a questão da responsabilidade civil dos prestadores de serviços turísticos, analisando-se a incidência deste instituto nestas relações de consumo, sob a ótica também do Direito do Consumidor pátrio e fazendo uma breve relação com o Direito Comparado.

2. NOÇÕES DE DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 – Breve Histórico

Em virtude do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico obtido no século XX, consideráveis transformações sociais ocorreram, demandando, assim, mudanças normativas que visassem a adequação do Direito à ordem social vigente.

Neste novo contexto, surgiu, juntamente com outros novíssimos ramos da ciência jurídica, o Direito do Consumidor.

Tendo como objeto fundamental a tutela das modernas relações de consumo, consideravelmente evoluídas desde o fim do século XIX, em razão do aumento na produção e no desenvolvimento do mercado, esta ramificação do Direito Civil apareceu para proteger um novo sujeito de direitos, vulnerável e desprotegido: o consumidor.

A Constituição Federal reconhece tal importância e estabelece, no rol de direitos fundamentais – artigo 5º:

“XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

E, ainda, estabeleceu ser tarefa do legislador ordinário a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende do artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Ordem esta que foi cumprida pela Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro do referido ano, com a instituição do Código de Defesa do Consumidor, o qual, em plena era da descodificação, trouxe ao ordenamento jurídico um novo microsistema, composto de princípios e regras específicos, organizado sistematicamente, que almeja unicamente a proteção deste novo sujeito especial, sempre buscando a igualdade

material, ainda que passageira, e a harmonização das relações de consumo, pautada no equilíbrio entre consumidor e fornecedor.

2.2 – Relação de Consumo

Segundo CAPPELLETTI², a sociedade contemporânea se caracteriza pelos “fenômenos de massa”: produção em massa, comércio em massa e consumo em massa, onde apenas um ato omisso ou relapso pode atingir uma quantidade infindável de categorias e pessoas. Cita-se como exemplo, o caso da publicidade enganosa, que, sem dúvida, atinge boa parte da coletividade.

Frente a esse novo momento histórico, como reação às mudanças do quadro social e face a ineficácia do direito então vigente, a intervenção do Estado no seio das relações sócio-econômicas dos particulares, através da tutela das relações de consumo, se mostrou inevitável, haja vista que sempre houve um desequilíbrio perfeitamente visível nestas relações de consumo, restando o consumidor numa posição de *subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo*³.

Tal intervenção não visa um confronto direto entre as classes consumidora e produtora, mas sim, uma garantia, através do fornecimento de meios e instrumentos que procurem diminuir as diferenças entre os pólos da relação de consumo, do atendimento das necessidades dos consumidores.

Utopicamente, ainda na lição do renomado Professor José Batista de Almeida, se fosse alcançado perenemente um perfeito equilíbrio, estariam em condições iguais o consumidor e o fornecedor, não subsistindo, então mais nenhuma razão para a tutela especial do consumidor. No entanto, dado o baixo nível de educação do povo brasileiro, a realidade mostra que ainda por muito tempo, a intervenção estatal nas relações de consumo se mostrará necessária.

Para o prosseguimento do presente estudo, é necessário que, de início, compreendamos o que o legislador entendeu por *consumidor e fornecedor*, analisando seus conceitos e aplicações, para que, posteriormente, possamos passar à análise dos

² CAPPELLETTI, Mauro *apud* ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica*, *apud* ALMEIDA, João Batista de. *op. cit.*, pg. 33.

princípios atinentes ao Direito do Consumidor e das prerrogativas básicas deste novo sujeito de direitos.

2.2.1 – Conceito de Consumidor

A princípio, pode parecer tarefa simples definir o que seja *consumidor*, muito embora, como observa o Professor Antônio Herman BENJAMIN⁴, não o seja, posto que sua definição jurídica não se assenta em nenhuma das legislações específicas existentes em outros países. Adverte também que muitos desses regramentos preferem definições mais abertas, melhor especificadas em cada caso concreto, pela jurisprudência.

Doutrinariamente, existiram duas correntes que procuraram definir o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor: a finalista e a maximalista.

De acordo, com o inciso I do artigo 4º do CDC, o consumidor é reconhecidamente o pólo mais vulnerável das relações de consumo. Deste modo, para a teoria finalista, definir de modo mais restrito os que podem vir a ser considerados como consumidores é extremamente necessário, uma vez que, assim, seriam excluídos do âmbito da tutela especial todos aqueles que não teriam motivos – por não serem hipossuficientes de fato - para serem submetidos a ela.

Por este pensamento, seria restringido ao máximo o campo de aplicação do CDC, o que certamente asseguraria um nível mais alto de proteção aos consumidores. Logo, somente os destinatários finais não-profissionais, que no uso do produto não desejem auferir lucros, seriam abrangidos pela tutela do consumidor segundo os finalistas.

Diverso dispõe a teoria maximalista, segundo a qual as normas do CDC devem ser interpretadas o mais extensivamente possível, abrangendo o máximo possível de agentes de mercado. Os maximalistas não entendem a legislação do consumidor como meramente protetiva da parte mais vulnerável das relações de consumo, mas sim como

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

um conjunto de normas e princípios que protege a sociedade de consumo como um todo.

No Código de Defesa do Consumidor existem duas figuras: a do consumidor em sentido estrito e a do consumidor equiparado. Dispõe o artigo 2º da mencionada legislação:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Segundo Cláudia Lima MARQUES⁵, é necessário interpretar a norma antes transcrita em matéria contratual, admitindo ter o contrato uma inegável função social, pois, no Direito do Consumidor, como sabemos, existe um desequilíbrio de forças entre os contratantes, devendo, deste modo, para que se realize o princípio da igualdade material, os desiguais serem tratados de modo desigual, na medida de suas desigualdades.

Muito embora, nos primeiros anos de aplicação, a doutrina tenha entendido as normas do CDC como maximalistas, hoje reconhecidamente as citadas normas, ainda que não exclusivamente, são de cunho finalista.

Contudo, conforme o exposto, os finalistas excluiriam sumariamente da tutela do consumo os profissionais. Porém, pelos casos concretos trazidos ao Judiciário nestes quatorze anos de proteção especial do consumidor, pôde-se perceber que também em um contrato firmado entre profissionais, pode uma parte ser extremamente vulnerável em relação à outra. Levando-se em consideração que o conceito de vulnerabilidade é elástico e subjetivo, atualmente a jurisprudência entende que um contrato entre profissionais pode vir também ser tutelado pelo CDC.

Esta vulnerabilidade pode ser subdividida em três tipos: a *técnica*, a *jurídica* e a *fática* ou *econômica*.

Por vulnerabilidade *técnica* entende-se a decorrente do não conhecimento técnico sobre o produto adquirido, de onde facilmente surgem questionamentos acerca da natureza ou utilidade do mesmo. Este tipo de vulnerabilidade é presumido ao consumidor não profissional, mas também pode ser aplicado ao profissional em certos

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

casos. Por exemplo: uma concessionária que vende automóveis adquire uma máquina fotocopadora, pode ser considerada vulnerável, haja vista que seu conhecimento técnico é restrito apenas ao âmbito automobilístico, nada abrangendo o ramo das máquinas fotocopadoras.

Vulnerabilidade *jurídica*, por sua vez, é a falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou mesmo econômicos para o exercício de determinada atividade, e é somente presumida ao consumidor não-profissional e às pessoas físicas. Para os casos dos consumidores profissionais e das pessoas jurídicas, a presunção é justamente a inversa: toda e qualquer empresa ou profissional deve possuir os arcabouços jurídico e econômico necessários ao desenvolvimento de sua atividade.

Por fim, a vulnerabilidade *fática* ou *econômica* é a que se concentra no outro pólo da relação: o fornecedor, que, no monopólio de suas atividades ou em razão de seu grande poder econômico, impõe todas as condições que bem entender aos que com sua pessoa contratam, vez que sua condição de superioridade seria evidente.

Como assevera Antonio Herman BENJAMIM⁶, a vulnerabilidade é a “peça fundamental” do Direito do Consumidor, eis que é a causa mor do desequilíbrio contratual. Muitos doutrinadores, finalistas por excelência, entendem que a conceituação do consumidor deve ser a mais restritiva possível, somente abrangendo indivíduos não-profissionais e pessoas físicas, para que o direito especial de proteção em apreço perpetue seus objetivos, não recaindo em um direito comum simplesmente. Apesar disso, a jurisprudência, embasada nos novos direitos presentes no CDC, entende que os profissionais podem sim ser abrangidos pela tutela do mencionado Código, haja vista que se encaixariam em um outro conceito: o de consumidor equiparado.

Outora denominados equivocadamente de *terceiros*, os consumidores equiparados são aqueles que não se enquadram no conceito de consumidor em sentido estrito, mas igualmente podem ser prejudicados por determinadas atividades dos fornecedores.

⁶ BENJAMIM, Antônio Herman *apud* MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços. *Revista do Consumidor* n. 35. São Paulo: RT, 2000.

“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Neste caso, mesmo que fora da relação de consumo, pode qualquer indivíduo ser tratado como consumidor, mas apenas nos casos em que for vítima do evento danoso causado por fato do produto ou serviço, tendo em vista o instituto da responsabilidade objetiva trazido pelo CDC.

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

Mais uma vez, o legislador entendeu ampliar o conceito de consumidor para aqueles que não se encaixam nem no conceito estrito – do parágrafo 2º do CDC -, nem em outras relações regidas por outros regimes. Destarte, criou-se o instituto do consumidor equiparado para que mesmo aqueles fora da relação de consumo, mas expostos às práticas comerciais previstas no Código de Defesa do Consumidor, possam coibir abusos que os lesem ou que prejudiquem a harmonia do mercado.

2.2.2 – *Conceito de Fornecedor*

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor:

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

1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Da análise do referido dispositivo, verifica-se novamente um conceito amplo, agora definindo o pólo antagônico da relação de consumo: o fornecedor. Como pôde ser depreendido, primeiramente, só podem ser fornecedores os agentes que desenvolvam atividades tipicamente profissionais – tais como as arroladas no caput do mencionado artigo – e ainda quando em caráter de habitualidade, sendo portanto,

excluído da tutela do consumo um contrato firmado por dois indivíduos não-profissionais, por exemplo.

O legislador, no intuito de evitar eventuais divergências de interpretação e facilitar a aplicação da lei, descreveu nos parágrafos do artigo 3º do CDC as definições de produto e serviço. Com relação aos produtos, não há muito para ser falado, haja vista que fornecedor aqui é o agente que pratica uma das condutas elencadas no caput do mencionado dispositivo - produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos. Problemas, entretanto, podem surgir quando se fala na prestação de serviço. Aqui o elemento-chave é a remuneração e não a profissionalidade do prestador. De acordo com a doutrina, na quase totalidade dos casos, há algum tipo de remuneração aos fornecedores de serviços, mesmo nas relações aparentemente gratuitas. São expostas 3 possibilidades: a remuneração pelo serviço é diretamente prestada pelo consumidor; gratuito para o consumidor, sendo, no entanto, os fornecedores remunerados indiretamente, como é o caso da passagem gratuita para os idosos, onde o preço que pagariam está embutido no preço da passagem dos usuários que efetivamente a pagam; e por fim, quando o serviço não é oneroso para ambas as partes, sendo qualquer remuneração, neste caso, considerada como enriquecimento sem causa.

Os serviços públicos, pelo fato de a definição legal abarcar tanto pessoas de direito privado quanto de direito público, também estão incluídos no conceito consumerista de prestador de serviços. São os casos em o próprio Estado atua na relação de consumo na condição de fornecedor, operando os serviços de saúde, telefonia, transporte, etc..

Até mesmo os entes despersonalizados, como a família por exemplo, desde que pratique os respectivos atos, podem ser enquadradas no conceito legal de fornecedor.

2.3 – Política Nacional das Relações de Consumo

Antes do início do estudo dos Direitos Básicos do Consumidor é necessário, para uma melhor compreensão dos institutos vindouros, que se tenha conhecimento da Política Nacional das Relações de Consumo.

Implementada pelo Artigo 4º do CDC, a Política Nacional das Relações de Consumo é composta, basicamente, de preceitos que delinearão as relações de consumo no Brasil. Pode-se dizer que, de certa forma, tratam-se dos princípios e diretrizes que regem o Direito do Consumidor Brasileiro.

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

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

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

a) por iniciativa direta;

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

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

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

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

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

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

Em resumo, o dispositivo mencionado reconhece o consumidor como a parte mais vulnerável em *todas* as relações de consumo, e, por conseguinte, cabe ao Estado, através de medidas protetivas e imposição de determinados deveres aos fornecedores – como o dever de informar, por exemplo -, intervir nas relações de consumo a fim de harmonizá-las, assegurando, com isso, uma igualdade, ainda que momentânea, entre consumidores e fornecedores.

2.4 – Princípios referentes ao Direito do Consumidor

No Direito do Consumidor incidem vários princípios, alguns deles mais gerais, comuns a outros ramos do Direito. São eles: princípio da *isonomia*, da *equidade* e da *boa-fé*.

Todos são iguais perante a lei, estabelece soberana a nossa Constituição Federal. Entretanto, sabemos que, por vezes, não há como tratar igualmente os dois pólos de um conflito, em especial no Direito do Consumidor, onde uma das partes, o consumidor, é legitimamente reconhecida como hipossuficiente. Através do princípio da *isonomia*, celebrizado pelo nosso grande jurista Rui Barbosa, deve-se buscar a igualdade material entre ambos os lados, perfazendo uma situação de equivalência. Desta conjuntura decorre o princípio da *equidade*, o qual visa o equilíbrio entre direitos e deveres de ambas as partes, enaltecendo, assim, a justiça contratual.

Por seu turno, o princípio da *boa-fé*, de fundamental importância e principal orientador do Código de Defesa do Consumidor, implica em uma regra de conduta, um padrão de comportamento, que visa estabelecer certos parâmetros de lealdade e honestidade, no sentido de harmonizar as relações de consumo e assegurar a realização dos interesses tanto do consumidor, quanto do fornecedor.

À exceção destes princípios, cuja caracterização e aplicação é pacífica, desde a edição do CDC, em 1990, a doutrina vem se preocupando em classificar e sistematizar os demais princípios que norteiam o Direito do Consumidor.

Muito embora sejam aplicados normalmente, são enumerados diferentemente pelos autores. Cláudia Lima Marques, por exemplo, pende para o lado contratual, enquanto que o Professor Guilherme Fernandes Neto os relaciona com a figura do abuso de direito.

De acordo com o Professor José Batista de ALMEIDA⁷ são ainda princípios do Direito do Consumidor: *vulnerabilidade*, art. 4º, I; *intervenção estatal*, art. 4º, II; da *transparência*, art. 4º, caput; da *responsabilidade objetiva*, art. 6º, VI; da *solidariedade obrigacional*, art. 7º, parágrafo único; *acesso à justiça e regularização das desconformidades do consumo*, art. 4º, VI.

⁷ ALMEIDA, João Batista de. *op. cit.* pg. 47

2.5 – Direitos Básicos do Consumidor

Arrolados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, estão os direitos básicos do consumidor que, para uma análise pormenorizada, serão estudados individualmente a seguir.

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

Mesmo sendo considerados inafastáveis, o legislador entender por bem, tutelar expressamente os direitos à vida, à saúde e segurança acolhendo-os sob a égide também do Código de Defesa do Consumidor.

Cada preceito relacionado no Art. 6º pode ser tomado como uma diretriz que será melhor estabelecida em artigos posteriores. Logo, a análise de cada um desses direitos deve recair sistematicamente sobre a Codificação como um todo, e também mais especificamente sobre a Seção Especial que os tratam de maneira mais detalhada.

A Seção I, do Capítulo IV do CDC é a que trata da proteção à saúde e à segurança do Consumidor, sendo composta dos artigos 8º, 9º e 10º.

Como forma de efetivação do conteúdo do inciso em questão (I, do Art.6º) , o legislador estabeleceu que os produtos que entrarem no mercado não poderão trazer riscos à saúde ou segurança dos consumidores (Art. 8º), exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição, obrigando seus fornecedores, em quaisquer hipóteses, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Caso percebam os fornecedores que determinado produto possa vir a trazer riscos a consumidores, devem retirá-lo do mercado imediatamente e comunicar as autoridades competentes, e, mesmo assim, na incorrência de qualquer *fato do produto*, responderão objetivamente os fornecedores pelos prejuízos causados, nos termos do artigo 12 e seguintes.

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

Este dispositivo traz em seu texto a necessidade de educar e informar, os consumidores, sobre o correto consumo de bens e serviços, bem como assegura a liberdade contratual dentro das relações de consumo.

Primeiramente, a educação e a informação, uma vez arroladas na Política Nacional de Relações de Consumo, possuem status de princípios e não de meros direitos do consumidor. De certa forma, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que se relacionam com este inciso são basicamente os mesmos tratados no item anterior.

Assim, é de responsabilidade do fornecedor a prestação de informações, de maneira ostensiva e suficiente, sobre o uso e os riscos inerentes ao seu produto, sob pena de incriminação penal. Se tal informação revelar-se insuficiente, recai sobre o fornecedor, independente de culpa, a responsabilidade objetiva de indenizar possíveis danos decorrentes da omissão.

Já com relação aos contratos, ainda, obviamente, dentro do âmbito das relações de consumo, o inciso em apreço dispõe sobre a liberdade de escolha e de igualdade nas contratações. Igualdade esta que fora garantida em virtude da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.

A partir desta hipossuficiência, muitos institutos foram criados, dentre os quais destacam-se o da inversão do ônus da prova e a presunção do dano, dois dos principais alicerces em que se assenta a tutela jurídica do consumo.

Nenhum consumidor, em hipótese alguma pode ser compelido licitamente a adquirir um referido produto, ao passo que não poderá ser submetido a cláusulas que o coloquem em posição de inferioridade em relação aos fornecedores, efetivando, desta forma, os princípios da liberdade de escolha e igualdade na relação contratual, respectivamente.

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

Em mais um regramento, agora mais específico, impõe-se ao fornecedor o dever de informar, em vários aspectos, as características de seus produtos.

Se há disparidade entre as informações prestadas e a realidade ou havendo a ausência de tais informações, o produto ou o serviço é considerado defeituoso e o seu fornecedor é obrigado a indenizar.

Decisões jurisprudenciais embasadas neste dispositivo são comuns, dado o grande número de vícios existentes nos produtos e serviços no mercado. Como exemplo, podemos citar o caso dos produtos cuja massa é diferente – leia-se, inferior - da especificada na embalagem, facilmente encontrados no comércio de hoje em dia.

Parte desse problema tem sido solucionada sem a necessidade de tutela jurídica. Com a instituição dos SAC's (Serviços de Atendimento ao Consumidor), consumidores lesados por este tipo de vício têm encontrado soluções adequadas e céleres a seus problemas.

“IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

A publicidade assume um papel extremamente relevante nas relações de consumo, uma vez que, seguramente, por muitas vezes, é o elo inicial entre o consumidor e o fornecedor. Através dela o primeiro obtém informações a partir das quais poderá vir a consumir o produto ou serviço oferecido pelo segundo. Em razão disso, toda a informação veiculada através de publicidade vincula-se ao contrato, podendo o fornecedor responder por quaisquer desconformidades atinentes ao objeto que fora ofertado.

Portanto, as informações contidas em promoções publicitárias devem ser precisas em todos os aspectos, dando uma segurança maior aos direitos dos consumidores.

Basicamente, o legislador descreveu, no art. 37 do CDC, três modalidades de publicidade danosa: enganosa, enganosa por omissão e abusiva, as quais serão melhor apresentadas oportunamente.

Veicular publicidade sabendo ser abusiva ou enganosa, além da civil, pode incorrer responsabilidade penal, incorrendo em crime de detenção de três meses a um ano.

Logo, é vedado ao fornecedor, por força deste inciso e do Art. 39, praticar atos de forma abusiva, como por exemplo atuar sem o prévio consentimento do consumidor ou exigindo-lhe vantagem manifestamente excessiva.

O mesmo se estabelece no tocante às cláusulas contratuais. O código permite certas limitações aos direitos do consumidor, desde que sejam de fácil compreensão e redigidas com destaque, contudo, não são permitidas, sob nenhuma hipótese, cláusulas abusivas e/ou leoninas⁸. Com base no art. 51, do CDC, é que podemos determinar se um referido dispositivo é abusivo ou não.

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

Relacionado aos contratos, o inciso V tem por escopo a efetivação da igualdade contratual dentro das relações de consumo, pois trata de formas que visam tornar equivalentes consumidor e fornecedor, harmonizando as relações contratuais.

Para que se alcance tal equipolência, atribui-se ao consumidor o direito de modificar as cláusulas que decorram em prestações desproporcionais, de forma a restabelecer o equilíbrio contratual. Entretanto, esse preceito não se aplica ao fornecedor uma vez que está localizado no rol de direitos básicos do *consumidor*. Ao contratar, o fornecedor aquiesce do risco de estar contratando em uma posição desfavorável. Em havendo uma desproporcionalidade exacerbada cabe tão-somente ao consumidor quebrar a regra do *pacta sunt servanda*. Socorre-se, contudo, o fornecedor através do art. 51, o qual estabelece que, havendo ônus excessivo, qualquer uma das partes pode pleitear alteração do contrato.

Em um segundo momento, o inciso V estabelece a teoria da imprevisão. Não pacificada ainda pela doutrina, tal teoria dispõe que, havendo evento superveniente que porventura venha a desequilibrar a relação contratual, trazendo consigo onerosidade excessiva ao consumidor, é permitida a revisão do contrato para que o equilíbrio anterior se restabeleça.

⁸ *Cláusula Leonina*: Cláusula contratual que atribui a uma das partes vantagens injustificadamente maiores do que aquelas conferidas à outra parte.

O exemplo mais comum condizente a esta situação é o caso dos contratos de arrendamento mercantil, o chamado *Leasing*, antes indexado pela cotação da moeda estadunidense, o dólar. Com a maxidesvalorização da moeda nacional, as relações contratuais advindas deste tipo se desestabilizaram, causando onerosidade excessiva aos consumidores que adquiriram produtos por meio dessa modalidade contratual atípica. Porém, embasados na teoria da imprevisão, muitos desses contratos foram revistos e indexados a outros índices mais estáveis.

“VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”

Com base neste dispositivo, assegura-se ao consumidor a real reparação do dano que lhe é causado pelo fornecedor, seja ele de qualquer natureza das citadas no texto do inciso.

Em resumo, trata-se de um dispositivo desnecessário e de eficácia duvidosa, uma vez que o seu conteúdo não traz nada que venha a acrescentar ao ordenamento, sua única finalidade é trazer expressamente uma das garantias advindas da tutela jurídica do consumo.

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

Efetiva-se o contido neste inciso através da respectiva tutela por meio dos órgãos do Poder Público específicos para as relações de consumo – o Procon, por exemplo – ou também por meio de Órgãos do Poder Judiciário, especializado na resolução de conflitos.

Basicamente, todo o sistema processual criado pelo CDC tem por finalidade proporcionar uma efetiva atividade processual de forma a tornar possível uma concreta realização dos direitos outorgados ao consumidor, bem como a real reparação dos danos sofridos pelo mesmo.

“VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Dada a vulnerabilidade do consumidor, dentro das relações de consumo, surge, a critério do juiz, a inversão do ônus da prova como mais uma forma de procurar uma equivalência entre as partes.

O ônus da prova, dentro do processo civil, é imposto ao autor para provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu para impor fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No caso do CDC, em o juiz verificando verossimilhança nas alegações do consumidor pode inverter o ônus da prova, atribuindo ao fornecedor a produção de um conjunto probatório que afaste as alegações da parte lesada.

Como desdobramento da inversão do ônus da prova, no tocante ao fato do produto e do serviço, existe a figura do dano presumido, na qual, havendo coerência nas alegações do consumidor, cabe, portanto, ao fornecedor provar a inexistência do nexo de causalidade entre o defeito e o dano causado.

No entanto, dentro do Direito do Consumidor, nem sempre o ônus da prova será invertido. Havendo dúvida pairando sobre a veracidade de determinadas informações, cabe ao patrocinador das mesmas a prova sua correspondência para com a verdade.

Dentro das relações contratuais, tem-se como abusiva a cláusula que estabeleça a inversão do ônus da prova em detrimento do consumidor.

“X- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Em seu último inciso, o artigo 6º fixa como direito do consumidor à prestação adequada e eficaz dos serviços públicos, atendidos os princípios que os regem, quais sejam: *continuidade* (o serviço a de perdurar, não podem ser interrompido), *generalidade* (enquanto perdurar, sua prestação deverá ser genérica, não estabelecendo distinções), *eficiência* (isto é, sua prestação deve ser efetuada da melhor maneira possível, com o mínimo de gastos, sendo estes devidamente dispendidos), *modicidade* (tarifas razoáveis) e *uniformidade* (tarifas uniformes para cada serviço).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 – Noções de Responsabilidade Civil e sua aplicação no Código de Defesa do Consumidor

O instituto da responsabilidade civil figura na ciência do Direito desde os mais remotos tempos romanos, quando os operadores do direito já se voltavam ao estudo do dever de indenizar os danos indevidamente causados a outrem. Neste contexto, a responsabilidade civil pode ser encarada como uma maneira de compensar o indivíduo por ofensas praticadas à sua pessoa, diretamente, ou de modo mais mediato, a seus bens.

Como se sabe, contudo, o fenômeno jurídico há de ser analisado pelo viés da perspectiva histórica do momento de que defluiu, sob pena de total ineficácia e frustração dos objetivos primordiais, dessa maneira, o desenvolvimento da indústria e da tecnologia e as relações em massa, surgidas após o advento da Revolução Industrial e que modificaram por completo as relações de consumo, fizeram com que o velho instituto da responsabilidade civil com suas antigas categorias não mais se prestassem ao seu fim, qual seja, de reparar os danos sofridos. Assim, o arcabouço jurídico, áureo à época de sua elaboração, isto é, os modelos jurídicos atinentes à responsabilidade civil desenvolvidos à época do Código Civil Francês – que, inegavelmente influenciou todo o movimento de codificação posterior, que chegou a nossos dias – pautados na igualdade, individualismo, no liberalismo econômico, verdadeiros pilares da codificação oitocentista, não mais se prestava a regular a sociedade contemporânea, protagonista de alterações econômico-sociais até então sem igual na história da civilização.

Vejamos porquê: a responsabilidade civil clássica, hoje denominada responsabilidade civil subjetiva funda-se em 3 pilares fundamentais: a conduta antijurídica, o dano e o nexo de causalidade. Essa conduta antijurídica, entretanto, classicamente demandava alguns adjetivos, qualificadores, por assim dizer, de tal

maneira, que não bastava o ato contrário ao ordenamento jurídico, se não fosse ele acompanhado de uma das duas figuras subjetivas, ou culpa, ou dolo.

Àquele que arrogava-se à posição de lesado por conduta alheia, seja omissiva, seja comissiva, proveniente de relação contratual previamente estabelecida – da qual se origina a chamada responsabilidade civil contratual – ou mesmo aquela praticada por sujeito com quem não se guarda qualquer espécie de relação jurídica prévia – assim, portanto, a responsabilidade civil extracontratual, também chamada aquiliana – competia a demonstração inequívoca da conduta subjetiva permeada pelo dolo, ou, ao menos, pela culpa – cujo ônus probatório igualmente lhe competia –, do dano sofrido e do nexo de causalidade que liga um ao outro.

Como já supra-referido, esse modelo de responsabilidade funcionava adequadamente até a superveniência das mudanças sociais provocadas pelo desenvolvimento do capitalismo de indústria. Nas relações sociais decorrentes dessa nova sociedade, que se mostra *anônima* – pois não mais se conhece, nem mesmo, o mais das vezes, se estabelece qualquer contato com aquele que produz os bens de consumo ou nos presta serviços, de uma maneira geral –; *complexa* – já que tanto menos se conhece a técnicas que se processam para a produção desse ou daquele produto, – e *desigual* – dada a preponderância econômica, técnica e, por que não dizer, jurídica do produtor frente ao consumidor – não mais se encontram presentes os antigos princípios liberais que iluminavam o Código Civil e a legislação de Direito Privado, como um todo.

Em relações tão despersonalizadas tornou-se impossível ao consumidor apontar, dentre os inúmeros sujeitos agentes na cadeia produtiva, o responsável pelo defeito de que adveio o fato ou vício provocador do dano; se, em raros casos, conseguisse fazê-lo, esbarrava o consumidor no *onus probandi* da culpa, elemento subjetivo da conduta do agente.

Isso deveras hostilizava a reparação dos danos sofridos pelo consumidor e por conta disso, a doutrina, a partir de metade do século XVIII, foi desenvolvendo um processo de objetivação da responsabilidade civil, com o fito de adequá-la à nova espécie de sociedade, para que os lesados não ficassem injustamente desprovidos de suas respectivas indenizações.

Essa adequação se procedia à medida em que se foi diluindo a importância da culpa para a configuração da responsabilidade civil; bastaria, assim, para que surgisse o dever de indenizar, que da conduta subjetiva proviesse o dano, independentemente de culpa ou dolo, pelo que se tentava carrear ao risco da atividade de determinada atividade ao próprio empresário e não mais à sociedade, que até então assistia a tudo sem as reparações que lhe eram devidas. Surgia, então, a chamada teoria do risco da atividade.

Difícil não é, portanto, de se compreender porque os ordenamentos jurídicos dos países de industrialização mais tardia demoraram-se no desenvolvimento, ou ao menos, na recepção da responsabilidade civil objetivamente considerada.

Assim, somente no início do século XX, é que o direito brasileiro teve a oportunidade de tomar contato com a teoria do risco num âmbito alheio ao terreno acadêmico-doutrinário, por meio de algumas legislações esparsas que procuravam socializar o risco e introduzir, paulatinamente, a responsabilidade objetiva no sistema jurídico pátrio.

Também por ocasião da elaboração do Projeto de Código de Obrigações tiveram os juristas brasileiros a oportunidade de demonstrar a sintonia com a moderna doutrina européia, que agora permearia não mais uma e outra lei, reguladora dessa ou daquela situação, mas que se mostraria no seio de um Código, que arrogava a si a empresa de regular o Direito Obrigacional como um todo.

Não tendo vindo a promulgação do referido Código, ainda que os Tribunais lá e cá de algum modo já aplicasse a teoria do risco como meio de beneficiar o consumidor, tão espoliado pelas conseqüências de divisão do processo produtivo, altamente técnico, que se apresenta na sociedade contemporânea, o direito brasileiro só foi recepcionar clara e expressamente a teoria da responsabilidade objetiva em momento posterior, após grandes mudanças no contexto jurídico-legislativo.

Frente a frustradas tentativas de elaboração de imensas codificações, que pretendam a regulamentação de imensas áreas do direito, o legislador parece ter-se desiludido do dogma da codificação, apresentado-se cada vez mais inclinado à legislação pertinente aos diversos microsistemas jurídicos, assim chamados pelos doutrinadores.

Embasado ainda pela Constituição Federal, a qual elegeu a pessoa humana, sua dignidade, e o desenvolvimento regular de sua personalidade como foco principal de sua ordem jurídica, e visando a tutela do pólo mais fraco dessas novas relações de consumo, elaborou o legislador, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

A mencionada legislação traz, em seu bojo, categórica e sistematicamente organizados, uma reunião de conceitos, princípios e regras aplicáveis sempre que se configurar a relação de consumo. Assim, no campo da responsabilidade civil, o Código disciplina de tal e qual maneira deverá se caracterizar a responsabilidade e o concernente dever de indenizar, bem como os meios através dos quais poder-se-á proceder a eles.

Desse modo, o Código delinea as categorias de vício e fato, que podem atingir tanto os bens, quanto os serviços prestados ao consumidor, os quais serão oportunamente analisados com o devido zelo. Todavia, desde já atente-se para o fato de que o CDC, embora inaugure um feixe de princípios que, ao que tudo indica, presenteia o direito nacional com a responsabilidade civil objetiva, ao criar duas categorias de responsabilização (segurança/saúde e qualidade/quantidade), como reflexo mesmo dos fenômenos atravessados pela ordem jurídica pátria, acima aludidos, buscou a objetivação da responsabilidade civil para a primeira categoria, em face de sua importância na relação de consumo, mas que, por outro lado, também admite, ainda que tacitamente, a presunção da culpa para a hipótese de vício do produto ou serviço.

3.2 – Responsabilidade por Vício do Serviço e do Produto

O Código de Defesa do Consumidor consolidou a existência de duas diferentes hipóteses para os problemas advindos dos produtos e serviços, quando a prática comercial envolver relação de consumo.

Assim, dividiu a tutela do consumidor em dois microssistemas, um para a tutela da integridade física dos utentes e outro para defesa do patrimônio dos consumidores. Ao primeiro deu-se o nome de fato do produto ou serviço e ao segundo de vício do produto ou serviço.

Essa diferença traz a necessidade de uma breve diferenciação entre vício e defeito, posto que este sempre estará ligado ao fato do produto, o qual será abordado em capítulo específico.

Vícios são anomalias que afetam a funcionalidade do produto e do serviço, de modo a torná-los impróprios ou inadequados aos fins a que se destinam ou, ainda, lhes diminuem o valor, afetando a esfera patrimonial do adquirente.

A análise que recai sobre os vícios deve ser tanto subjetiva, quanto objetiva. Subjetiva, pois analisa-se a utilidade da coisa/serviço esperada pelo consumidor, e objetiva, porque independe da intenção ou conhecimento do fornecedor.

Conforme o Código de Defesa do Consumidor, os vícios podem ser ocultos ou aparentes; de qualidade ou de quantidade; ou mesmo, apenas em desconformidade com o anúncio.

Dispostos agora nos artigos 18 a 26 do CDC, antes desta atual proteção especial, os vícios eram tutelados pela nossa legislação civil, com a utilização da teoria dos vícios redibitórios, a qual ainda subsiste para as relações onde não interaja um consumidor.

Antes da entrada em vigor do CDC todo litígio pautado no vício de um produto era regulado pelas regras atinentes ao vício redibitório do Código Civil, a qual não atingia os serviços, modalidade esta que engloba o foco principal deste trabalho.

Resumidamente, na teoria em apreço, eram apenas tuteladas as relações contratuais comutativas, excluindo plenamente o aproveitamento dos vícios por terceiros, eis que os efeitos eram somente *inter partes*. Os prazos para as alegações destes vícios eram exíguos, sendo de 15 dias para bens móveis e de 6 meses para bens imóveis, não havendo qualquer forma de interrupção ou suspensão deste prazo, o que, para muitos autores, ensejava um prazo decadencial e não prescricional como se entendia à época.

Não havia também, na Teoria dos Vícios Redibitórios, a proteção aos vícios de quantidade e só eram tutelados os que influíam consideravelmente na qualidade da coisa, tornando-a imprópria, reduzindo-lhe o valor ou sua capacidade de uso. Eram sumariamente excluídos do âmbito de sua proteção, portanto, os vícios de menor gravidade.

Caso não fosse cumprido o dever do alienante de garantir a coisa incólume, imune de vícios, poderia o adquirente optar pela *redibição* do contrato, e só lhe eram devidos perdas e danos caso comprovasse a má-fé do vendedor.

Os vícios deveriam ser, obrigatoriamente, anteriores à tradição da coisa e o ônus da prova, tanto da existência do vício, quanto da eventual má-fé do alienante, eram do adquirente.

Por fim, as regras deste instituto eram dispositivas e, portanto, afastáveis por convenção entre as partes. Não havia a compreensão do problema como de ordem pública. A responsabilidade, aqui, era subjetiva e baseada na teoria do inadimplemento. Dizia Washington de Barros MONTEIRO⁹:

“Ao celebrar o contrato, compromete-se o alienante a garantir o perfeito estado da coisa, assegurando-lhe a incolumidade, as qualidades enunciadas, e adequação aos fins propostos. Não pode ele fugir, portanto, à responsabilidade contratual, se a coisa apresenta com defeitos ou imperfeições, que a tornem inapta aos seus fins, ou lhe diminuam o valor”.

Justamente por se pautar em responsabilidade subjetiva, o comportamento do fornecedor era relevante, aplicando-se diferentes sanções, conforme o fornecedor ignorasse ou não o vício, conforme o artigo 1.103 do Código Civil de 1916.

A análise da Jurisprudência relativa aos vícios redibitórios revela a insuficiência dessa garantia legal na solução dos litígios provenientes de responsabilidade por vícios, especialmente em se tratando de relações de consumo.

Os casos de improcedência das ações redibitórias ou *quanti minoris* são muito mais numerosos que os de procedência. Tal fato se deve a dificuldade de prova do vício, a exigüidade dos prazos para reclamar, a estreiteza do conceito de vício redibitório, a exclusão da garantia da durabilidade e a disponibilidade da garantia.

Muitos julgados davam a improcedência das ações ou das alegações do adquirente, com base na prescrição do direito de proceder com a ação redibitória, mesmo nos casos em que o vício era oculto. Ainda, havia muita dificuldade em demonstrar a existência do vício, não se cogitando da garantia de durabilidade.

Para obter reparação era necessário provar, em primeiro lugar, a existência de

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 5

um vínculo contratual com o fornecedor. Não havia uma proteção específica, por exemplo, contra os vícios provenientes da prestação de serviços.

Assim, foram tentadas muitas soluções construtivas pelos tribunais, visando superar a inadequação da resposta legislativa à crescente ocorrência de vícios de produtos industrializados e, ao depois, dos serviços. Passando os tribunais a enquadrar o vício da coisa em erro de fato ou inadimplemento contratual, cujos prazos de prescrição são mais longos.

Subsistiam, ainda, decisões *contra legem*, admitindo a contagem do prazo para o momento da descoberta do vício oculto.

Dessa forma, constatava-se que havia uma necessidade de avançar na escolha do legislador, dando respaldo as exigências dos casos concretos, que, nas relações massificadas e com partes vulneráveis, não atingiam os objetivos da adequação entre o produto visado e aquele que efetivamente se apresentava.

Reagindo a estes abusos oriundos da lei civil, voltando-se para os interesses dos mais vulneráveis nas trocas comerciais, o Código de Defesa do Consumidor veio a suprir as lacunas deixadas pela Teoria dos Vícios Redibitórios e propôs uma proteção mais ampla, com vistas voltadas para o fenômeno do consumerismo, marca da sociedade atual.

Dessa forma, o CDC reelaborou a disciplina da garantia, conferindo-lhe nova fisionomia, mais adequada à natureza das relações de consumo, estabelecendo nova forma de alocação dos riscos entre consumidor e fornecedor.

Os prazos ali dispostos para a reclamação de vícios, no entanto, continuaram exíguos, sendo de 30 dias para bens não-duráveis e de 90 dias para bens duráveis (artigo 26).

A grande crítica aqui se dá justamente em relação aos bens imóveis, posto que se enquadram como bens duráveis, com garantia limitada de 90 dias. Inexplicavelmente o Código de Defesa do Consumidor reduziu o já exíguo prazo de 6 meses do Código Civil de 1916 pela metade.

Maior crítica se faz, contudo, com o advento do Código Civil de 2002, que havia ampliado o prazo para os bens imóveis para 1 ano, mas que, a princípio, não alcança as relações de consumo.

Apesar desta problemática, o grande benefício em relação aos prazos decadenciais dispostos pelo Código de Defesa do Consumidor, está em que tais prazos podem ser interrompidos. Agora, pode-se obstar a decadência de duas formas:

a) Com a instauração de inquérito civil, até seu encerramento, o qual pode ser realizado pelo Ministério Público, por exemplo (artigo 26, §2º).

b) Com a reclamação comprovadamente formulada perante o fornecedor de produtos e serviços, até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca.

Cabe lembrar que ao estabelecer que os prazos para o exercício do direito de reclamar pelos vícios do produto são de decadência, o Código de Defesa do Consumidor fulmina toda estipulação que, expressa ou tacitamente, determina a renúncia deste prazo.

Um dos maiores méritos do CDC foi a ampliação do rol de vícios, admitindo agora também a ocorrência dos vícios de qualidade mesmo que de menor gravidade, bem como a existência de vícios de quantidade e relativos aos serviços.

O vício de qualidade se refere às desconformidades de adequação às características de utilização completa do produto, ou seja, não preenche as expectativas subjetivas do consumidor quando adquiriu o produto ou procurou o serviço. A qualidade deve ser tal a permitir o amplo gozo do produto e a total satisfação do serviço, constituindo obrigação de resultado e não simples obrigação de meio. Essa adequação envolve, portanto, três elementos: a expectativa legítima dos consumidores; a conformidade com outros produtos existentes no mercado e o respeito aos padrões regulamentares públicos ou privados, os quais são estabelecidos para aferir a qualidade dos produtos e serviços.

Para se reduzir o grau da discricionariedade do intérprete, a legítima expectativa dos consumidores pode ser aferida levando-se em conta diversos fatores, como a natureza do produto, sua destinação, o estado da técnica e as informações oferecidas pelo fornecedor, seja ele fabricante ou mero distribuidor.¹⁰

Quanto à quantidade, esta se refere a diferenças de peso ou medidas informadas

¹⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A responsabilidade pelos vícios de produtos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT.

pelo fornecedor, ou ainda a não correspondência entre o ofertado e o efetivamente prestado, no caso dos serviços. Com relação a estes, o vício de quantidade influi diretamente na qualidade, pois frustra a expectativa do consumidor; no que tange aos produtos, geralmente os vícios de quantidade não chegam a influir na qualidade dos mesmos, mas existem exceções. Podemos citar, por exemplo, a falta de um componente de medicamento, o qual, por inexistir em sua total quantidade, será incapaz de curar o mal que se propusera a sana. Nesse caso, em que pese se tratar de quantidade do produto, o vício se dará na qualidade.

Portanto, seria bom senso considerar como quantidade apenas aqueles que não trouxessem tais conseqüências, restando apenas a sua própria falta na quantidade prometida, mas sem comprometer a qualidade.

A opção do legislador em fornecer zelo tanto aos vícios de qualidade quanto de quantidade refere-se menos ao fato de uma distinção científica, clara e acabada das espécies de vício e mais uma forma de impedir que o fornecedor alegue vício insuficiente, porque não atingiu a qualidade e proponha a sua isenção de responsabilidade.

Desta forma, abstém-se de qualquer necessidade discutir a espécie do vício produzido, tornando a parte vulnerável na relação mais próxima de satisfazer o que buscara no produto.

Não será preciso também cogitar da maior ou menor gravidade do vício do produto. O artigo 180, §6º, III, diz serem impróprios ao uso e consumo os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. Essa relação é em *numerus apertus*, ou seja, é uma relação exemplificativa, onde poderão ser incluídos, sem dúvida, outros fins, como por exemplo, a *durabilidade* esperada pelo consumidor.

Essa expressão “fim a que se destinam” é por demais elástica e certamente será analisada a partir da expectativa do consumidor.

Outra espécie de vício é aquela oriunda de vinculação publicitária, capaz de incutir no consumidor uma falsa expectativa acerca do produto. Esta é, indubitavelmente, uma das principais formas de lesão aos direitos do consumidor, e que agora é consagrada como uma forma de vício.

Neste sentido, a vinculação publicitária obriga, mesmo que diverso disponha a rotulagem, as indicações e o contrato formal acerca do produto ou do serviço fornecido.

Admite o Código de Defesa do Consumidor, ainda, além dos vícios ocultos, os vícios aparentes.

Vícios aparentes são aqueles que se apresentam de plano, sendo de fácil constatação, de modo a tornar os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhe diminuem o valor. Como exemplo temos os produtos com prazo de validade vencidos, mas que continuam expostos à venda, pouco importando que o produto continue regularmente consumível.

A doutrina tradicional sempre entendeu que admitir o vício aparente seria chancelar a má-fé ou dolo do adquirente, ou a falta de seu dever de diligência comum. Todavia, nas relações de consumo modernas, mercê de seu caráter impessoal, desigual e massificado, a inclusão do vício aparente é necessária para que se efetive o princípio de defesa do consumidor. Se não fosse assim, o consumidor estaria sujeito a intermináveis discussões judiciais acerca de seu desconhecimento do vício.

Questão interessante é quando o vício aparente é a razão mesma da aquisição ou utilização do produto ou serviço, pelo consumidor. É o que ocorre com a venda de produtos que ostentam defeitos de fabricação com preços inferiores aos similares perfeitos. Ou então com produtos de ponta de estoque, a preços promocionais. Neste caso a responsabilidade é inimputável ao fornecedor. Contudo, é indispensável que os defeitos sejam expressamente informados aos consumidores.

A sistemática adotada é a mesma daquela adotada para os vícios ocultos nos vícios redibitórios, ou seja, o prazo de decadência começa a contar da data da entrega (artigo 26, §1º do CDC) e o vício deve ser anterior a venda. Diferente é para os vícios ocultos, o qual tem início o prazo decadencial no momento em que ficar evidenciado o defeito (artigo 26, §3º).

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor atribui ao fornecedor a competência de provar que o vício inexistia no momento em que a venda se realizou.

A tradição milenar dos vícios redibitórios não tinha consagrado os serviços como objeto de possíveis vícios, contudo, sua tutela se mostrou extremamente

necessária haja vista que os mesmo passaram à dianteira na produção e circulação de riquezas, convertendo-se na área mais dinâmica da economia dos povos.

A primeira tutela a ser buscada junto ao fornecedor, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, é obrigatória, salvo se ocorrer a hipótese do §3º, do artigo 18, devendo o consumidor requerer a substituição das partes viciadas em trinta dias, ou conforme o acordado entre as partes (poderá variar de 7 e 180 dias). Após, não satisfeito, poderá escolher uma das seguintes pretensões:

- a) Substituir o Produto;
- b) Pedir a restituição imediata da quantia paga (correspondente ao pretendido através da Ação Redibitória);
- c) Abatimento proporcional do preço (similar à Ação *quanti minoris* ou estimatória).

Os vícios de quantidade, por outro lado, oferecem ao consumidor uma opção específica que consiste na possibilidade de pleitear a complementação do peso ou medida, desde que possível.

E, como de justiça, em todas as hipóteses caberão perdas e danos, sendo desnecessária a análise da questão do elemento subjetivo (má fé). Seja qual for o ânimo do fornecedor ao realizar o negócio, deverá arcar com os prejuízos, repassando os custos sociais à sociedade de consumo. Daí a importância de chamá-lo à responsabilidade, pois o elemento mais apto a ressarcir os danos ocasionados ao consumidor.

Fora a garantia legal disposta pelo CDC, podem, ainda, as partes acordar uma garantia contratual, a qual terá caráter subsidiário, posto que o Código de Defesa do Consumidor veda a disposição sobre a garantia legal. Assim, a estipulação da garantia contratual não pode impedir o consumidor de recorrer às disposições eventualmente mais favoráveis previstas pela garantia legal.

Outra diferença importante, é que a garantia contratual obriga o fornecedor a manter a coisa em bom estado no prazo e condições estabelecidos pelo fornecedor. No entanto, uma vez concedida, a garantia contratual deve-se subordinar aos requisitos do artigo 50, parágrafo único, do CDC.

A título de conclusão, cabe aqui expor as principais inovações do Código de

Defesa do Consumidor no que se refere aos vícios de produtos e serviços, em comparação com a Teoria dos Vícios Redibitórios, anteriormente aplicada.

Primeiramente, não se faz mais necessária uma efetiva relação contratual, podendo a vítima reclamar do fabricante, por exemplo, com quem certamente não contratou. Poderá também o terceiro, agora chamado de consumidor equiparado, o qual sequer contratou com o alienante primário, pleitear os direitos advindos do Código de Defesa do Consumidor, desde que seja estabelecido o nexo de causalidade.

Os prazos para a reclamação são maiores: 30 dias se o produto for não durável e 90 dias se for durável (artigo 26 do CDC). Além do mais uma simples reclamação comprovada obsta (interrompe) o prazo que se dilarga *sine die*, ou melhor, até que haja uma clara e inequívoca declaração do fornecedor negando a solução requerida, propiciando a oportunidade de uma reclamação judicial para que não caduque tal direito.

Não só os vícios graves são alcançados. Falhas menores e vícios de quantidade que importem em inadequação terão igual cobertura da garantia.

Os dispositivos do CDC são de ordem pública e de interesse social, sendo insuscetíveis, portanto, de renúncia ou disposição.

Há, agora, possibilidade de inversão do ônus da prova, quer em relação ao defeito em si, quer sobre sua anterioridade, em sendo o vício oculto bem como aparente.

Poderá o consumidor requer a substituição da parte viciada no prazo de trinta dias. Entretanto, este prazo pode ser alterado por convenção declarada pelas partes, oscilando entre 7 e 180 dias.

Por fim, cumpre demarcar a natureza jurídica da responsabilidade sobre os vícios do produto e do serviço. No código Civil de 2002, a matéria dos vícios redibitórios continua sendo vista como da Teoria dos Contratos, tanto que a sua atuação se dá para todos os contratos comutativos, excetuados, por óbvio, os provenientes das relações de consumo.

Por outro lado, a disciplina alcançada pelo CDC adota de forma franca a responsabilidade objetiva ou com culpa presumida, obrigando o fornecedor mesmo sem que haja uma relação jurídica prévia - contrato.

Porém, essa responsabilidade não é meramente aquiliana, desprovida de qualquer relação contratual, posto que acreditar nisso privaria o consumidor lesado da possibilidade de recorrer a outros instrumentos, diversos da reparação do dano. Ora, o não reconhecimento de algo contratual nesta responsabilidade impediria a tutela específica da obrigação.

Em face deste paradoxo, onde, de um lado é impossível reconhecer como contratual uma relação que muitas vezes não se sujeita e nem é oriunda de um contrato, e por outro lado reconhecer como extracontratual, impedindo o consumidor de requerer uma tutela diversa da reparação.

Nesse sentido, a conclusão mais razoável é concluir que a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço é espécie mista do gênero responsabilidade civil, com elementos contratuais e extracontratuais em sua composição, superando a clássica dicotomia. Somente assim será possível compatibilizar sua natureza com a realidade dos fatos.

3.3 – Responsabilidade por Fato do Serviço e do Produto

A seção II do capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. O termo fato do produto e do serviço diz respeito aos que chamamos de acidentes de consumo.

Desta forma, o produto ou serviço que possuir determinada anormalidade pode apenas ocasionar responsabilidade por vício. Entretanto, caso haja, efetivamente, um dano ao consumidor, daquela mesma anormalidade surgirá responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço.

O artigo 12 do CDC traz a responsabilidade nos casos de danos à saúde e segurança do consumidor quando da introdução de determinado produto no mercado que ocasione os acidentes de consumo e o artigo 14, da mesma forma, porém nos casos relacionados aos serviços.

Segundo Eduardo Arruda ALVIM¹¹:

¹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor. *Revista do Consumidor*. n. 15. São Paulo: RT, 1995.

“fato do produto significa dano causado por defeito apto a ensejar a responsabilidade do fornecedor pelo sistema do Código. O fato do produto, de conseguinte, não se confunde com o mero defeito. Sem dano, não há fato do produto, mas mero vício do produto. Doutra parte, o fato do produto também não se confunde com o dano, pois para que haja fato do produto, este deve ter sido causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código de ensejar a responsabilidade do fornecedor.”

Essa responsabilidade, contudo, não é absoluta, posto que permite causas de exclusão. Para a sua configuração deve haver o defeito, o nexo de causalidade e o dano. O consumidor apenas não é obrigado a provar a culpa do fornecedor, admitindo-se a inversão do ônus da prova, bem como a prova do nexo causal poderá ser obtida por meio de presunções. Assim é pressuposto da responsabilidade o defeito.

O conceito de defeitos dos produtos encontra-se no artigo 12, §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: sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam, a época em que foi colocado em circulação”.

Assim não pode ser considerado defeito do produto quando dele é feito o uso errôneo, salvo se este uso decorrer da falta de informações adequadas. Entretanto, deve o fabricante prever que poderá o seu produto ser utilizado para outras finalidades além daquela para a qual foi produzida e, neste sentido, tem o dever de alertar o consumidor. Ou seja, deve estar atento para os usos razoavelmente previsíveis que o consumidor fará de seu produto.

A idéia de defeito do produto está extremamente ligada, conforme se depreende da inteligência do artigo, à idéia de segurança que legitimamente se pode esperar.

Segurança não significa apenas a adequação do produto ao fim ao qual foi destinado. Ela é mais ampla que isso. Certamente o código não exige segurança absoluta do produto até mesmo porque existem produtos que, devido as suas próprias características, não são de todo seguros. Exige-se, assim, a segurança que legitimamente se espera do produto. Seria uma utopia acreditar que nenhum produto poderia ocasionar danos ao consumidor.

Os riscos do produto podem ser considerados de duas formas: os riscos toleráveis e os produtos que apresentam uma periculosidade adquirida.

Os primeiros, também chamados de periculosidade inerente, geralmente não são incluídos no conceito de defeito uma vez que, apesar de causarem acidentes, correspondem à legítima expectativa do consumidor. Em verdade poderão gerar responsabilidade quando da falta de informações adequadas referentes a sua periculosidade.

Via de regra, fala-se em produto defeituoso quanto àqueles que tem a periculosidade adquirida, ou seja, a periculosidade não decorre da própria característica do produto.

Ainda deve se considerar que o produto só pode ser considerado defeituoso, se não tem a segurança que dele legitimamente se espera no momento em que é colocado no mercado. Isto porque, com o desenvolvimento tecnológico, pode vir posteriormente a se considerar que tal produto possui risco acima da média, mas isso será posteriormente à sua entrada no mercado.

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor classifica os defeitos dos produtos em: defeitos de fabricação, defeitos de projeto e o risco do desenvolvimento e instruções inadequadas.

a) Os defeitos de fabricação

Os defeitos de fabricação são aqueles que ocorrem com alguns exemplares de determinado produto, não em todos, ou seja, não são defeitos derivados da concepção do produto.

Na sociedade de economia de massas e fabricação em série tornar-se-ia quase impossível uma produção infalível, vez que sempre ocorrem erros nas linhas de produção. Desta forma, pode o fabricante, adotando técnicas mais modernas apenas minorar as possibilidades de erro, mas jamais excluí-las totalmente.

Em verdade, os defeitos de fabricação acabam por fazer parte do risco do próprio negócio e são incorporados, inclusive, ao custo do produto. Podem inclusive ser objeto de estatísticas, uma vez que são previsíveis.

Devido à idéia de inevitabilidade do erro é que surge a responsabilidade sem culpa, pois, uma vez que inevitavelmente ocorrerão danos deve aquele que retira o lucro da atividade arcar com os mesmos.

Pode-se dizer também que tal defeito tem manifestação limitada, eis que não serão todos os consumidores que sofrerão danos decorrentes desse defeito.

A responsabilidade objetiva não significa responsabilidade absoluta, com o consumidor isento de quaisquer provas. Todavia, é seu dever provar o nexo de causalidade entre o defeito indicado e o dano sofrido.

b) os defeitos do projeto e o risco do desenvolvimento

Há produtos que possuem defeitos decorrentes de sua própria concepção. São defeitos de projeto, desenho, especificações técnicas, dentre outros. Diferentemente do anterior são evitáveis.

Não há como impedir que tais produtos cheguem ao mercado, ou seja, não há como haver prevenção, atuando-se apenas no campo da responsabilidade civil.

Nesse ponto certamente tem maior presença a negligência do fabricante, uma vez que este pode ter colocado no mercado produto que não tenha sido suficientemente testado. Entretanto há também aqui a responsabilidade objetiva, até porque, como já foi ressaltado acima, tal defeito pode ser evitado.

Em alguns países indaga-se, ainda, da culpa do fabricante nestes casos, fazendo-se a comparação com o avanço tecnológico da sociedade, que seria o padrão.

Porém, no Brasil entende-se que responde o fabricante objetivamente pelo defeito de projeto. Seria ilógico aceitar a responsabilidade objetiva por defeito de fabricação e não aceitá-la por defeito de projeto. Se o fabricante assumiu o risco de uma inovação e com isto terá seu lucro, deve responder pelos danos que eventualmente causar. Se introduziu o produto no mercado sem tê-lo testado suficientemente, age com negligência e também deve ser responsabilizado.

c) instruções inadequadas

Há produtos que são naturalmente mais complexos que outros, devendo, portanto possuir informações mais completas. Outros produtos são fontes de risco devido à sua própria concepção. Tudo isso deve ser informado ao consumidor.

Responsabiliza-se o fabricante se o consumidor, quando da utilização de um produto mesmo seguindo corretamente as instruções que lhe foram fornecidas, sofrer algum dano. Há responsabilização se estas informações forem insuficientes ou inexistentes. A responsabilidade neste caso pode ser, inclusive, de índole penal, pois daria origem a um crime omissivo próprio.

Com relação aos serviços, a responsabilidade é disciplinada no artigo 14 do CDC. Segundo este dispositivo, do mesmo modo aplicável aos fatos do produto, responde o fornecedor por danos causados por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como pela falta ou insuficiência de informações sobre sua fruição e seus riscos.

O defeito, neste caso, acontece quando o serviço não fornece a segurança necessária que o consumidor possa dele esperar (art. 14, §1º), levando-se em consideração circunstâncias relevantes como o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos esperados e a época em que foi fornecido.

Caso, posteriormente, sejam adotadas novas técnicas o serviço antes prestado não pode ser considerado defeituoso (art. 14, §2º), lembrando que a lei não pode obstar o progresso tecnológico.

Os danos, basicamente, podem ser ocasionados por:

- *Propaganda do produto ou serviço*: por este meio procura-se ressaltar as qualidades do produto ou serviço, sempre escondendo seus aspectos negativos. Deste modo, é comum o fato de o consumidor não atentar para os riscos decorrentes de determinado produto ou serviço, a partir de uma imagem ideal projetada por propaganda publicitária.
- *Forma e conteúdo das informações prestadas*: os riscos devem ter o mesmo destaque que suas vantagens. A questão da forma é bastante complicada uma vez que, subjetivamente, pode-se considerar que estão prestadas as informações de forma adequada. Todavia, nessa análise deve-

se atentar para a média da população brasileira e para sua dificuldade de compreensão.

Quando o produto ou o serviço colocado no mercado representar risco, deve o fabricante ostensivamente informar o consumidor. Em não o fazendo poderá o Ministério Público fazê-lo.

Entretanto pode ocorrer a descoberta do risco somente após a colocação do produto ou serviço no mercado. Nesses casos é possível o Estado alertar de imediato a sociedade acerca dos riscos. Todavia deve-se atentar para o fato desta informação poder causar danos à empresa, que pode ter sua imagem deturpada. Deve-se procurar, em cada caso, a solução mais razoável.

Por fim, cabe lembrar que qualquer vítima do evento é qualificada como consumidor conforme o entendimento do Código de Defesa do Consumidor, desta forma aquele que recebe, por exemplo, um determinado produto de presente e este vem a ocasionar-lhe um dano, poderá pleitear a indenização do fabricante, pois é considerado consumidor. Assim sendo, terá os mesmos direitos do consumidor que efetivamente contratou com o fornecedor.

3.4 – Causas de Exclusão da Responsabilidade

A responsabilidade do fornecedor nos casos de vícios e fatos do produto/serviço, como afirmamos, não é absoluta, sendo, portanto, afastáveis em determinadas ocasiões.

As situações excludentes da responsabilidade são as seguintes:

a) quando o *fornecedor* provar que *não colocou o produto no mercado* ou que *não executou o serviço*, incidindo aqui a responsabilidade sobre quem efetivamente tenha colocado o produto no mercado (artigo 12, §3º, inciso I) ou prestado o serviço (hipótese não prevista pelo CDC, mas aplicada analogicamente).

b) *quando o defeito não existe* (artigo 12, §3º, inciso II e artigo 14, §3º, inciso I). Neste caso, o fornecedor colocou o produto no mercado – ou prestou o serviço- e o dano efetivamente ocorreu, porém o defeito indicado não existe. Tendo, portanto, o

dano sido causado por outras circunstâncias, não existe o nexo causal, inexistindo também o dever de indenizar.

c) *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* (artigo 12, §3º, inciso III e artigo 14, §3º, inciso II). Quando o defeito é ocasionado exclusivamente pelo consumidor ou terceiro, não havendo qualquer influência do fornecedor. Caso haja culpa concorrente – influenciada tanto pelo consumidor, quanto pelo fornecedor, concomitantemente – entende a jurisprudência subsistir, embora minorado, o dever de indenizar.

d) *caso fortuito ou de força maior* (artigo 393, parágrafo único, do Código Civil). Mesmo não sendo previstas pelo CDC, ambas as hipóteses excluem a responsabilidade de indenizar, eis que há a inexistência de nexo causal entre o defeito e o dano causado ao consumidor.

Lembrando ainda que foram expressamente vedadas, pelo CDC, as cláusulas exonerativas ou atenuantes do dever de indenizar (art. 25) e também, ainda com relação ao ressarcimento civil ¹², é impedida a ignorância do fornecedor quanto aos vícios de qualidade por inadequação de produtos e serviços (art. 23) e dispensando termo expresse de garantia (art. 24).

Muito embora estabeleça extensivamente as hipóteses de excludentes da responsabilidade por fato do produto ou serviço, o Código de Defesa do Consumidor silencia acerca das possibilidades de exclusão do dever de indenizar decorrentes de vícios de produtos e serviços.

No entanto, segundo o professor João Batista de ALMEIDA¹³, as causas de exclusão de responsabilidade nos casos dos vícios são as seguintes:

a) quando o fornecedor (seja ele construtor, produtor, importador, etc.) do produto ou prestador de serviço provar que não colocou o produto no mercado;

b) mesmo com a colocação no mercado inequívoca, provar que o vício não existe;

c) decadência, ou seja, decurso do prazo para a devida reclamação;

¹² ALMEIDA, João Batista de. *op. cit.* pg. 89.

¹³ ALMEIDA, João Batista de. *idem.* pg. 98.

d) nos mesmos termos, antes mencionados, para os casos de vícios decorrentes de casos fortuitos ou de força maior.

Nestes casos, a reparação do vício cabe única e exclusivamente ao consumidor.

4. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS TURÍSTICOS

4.1 – Consumidor e Fornecedor

Preliminarmente, antes do estudo do contrato de turismo e da responsabilidade dele decorrente, cumpre-nos delimitar os pólos da relação de consumo turística, fixando os indivíduos a serem tratados como consumidor e fornecedor.

Como consumidores, temos os turistas, cuja conceituação é um tanto confusa, como afirma Gustavo TEPEDINO¹⁴, dada a eliminação das barreiras alfandegárias e pela crescente igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.

Turista, segundo os dicionários, é a pessoa que faz turismo. Definição esta um tanto simplória que nos remete à acepção do vocábulo turismo: *viagem ou excursão feita por prazer, a lugares que despertam interesse*. Analisando conjuntamente as duas palavras, temos, por conseguinte, que turista é *aquele que viaja ou excursiona, por prazer, a lugares que lhe despertam interesse*.

O Código de Defesa do Consumidor, assim como já fora exposto, não protege apenas as partes contratantes, eis que estende também sua tutela até os que não façam parte de tal relação contratual. Deste modo, o turista, ainda que não tenha celebrado pessoalmente o contrato, é protegido pelo Direito do Consumidor, na condição de consumidor equiparado. Fazendo um paralelo aqui com o Direito Comparado, na União Européia o pensamento é no mesmo sentido: é considerado consumidor, todo e qualquer turista, independentemente de ser ou não o contratante, nos termos da Diretiva 314/90 – da Comunidade Económica Européia.

No que concerne à definição dos fornecedores no mercado de consumo turístico, o rol de atividades que possam ser enquadradas como tal é deveras extenso, haja vista que o legislador procurou elencar o máximo de atividades possíveis no intuito de proteger um maior número de relações de consumo. Assim estabeleceu Mário Carlos BENI¹⁵, distribuindo-as conforme a necessidade do turista:

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista do Consumidor*. n.26. São Paulo: RT, 1998.

¹⁵ BENI, Mário Carlos. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: Senac, 1998.

- Transportes: transportadoras para curtas, médias e longas distâncias, oferecendo transporte rodoviário, ferroviário, aéreo, marítimo, fluvial e lacustre; locadoras de veículos;
- Alojamento: hotéis, motéis, camping, imobiliárias para locação de férias, etc.;
- Alimentação: restaurantes, lanchonetes, supermercados, etc.;
- Recreação e entretenimento: hotéis, boates, bares, cinemas, teatros, cassinos e outras instalações de lazer e entretenimento;
- Saúde, convalescença e restabelecimento: policlínicas, balneários, termas, estação de águas, spas, etc.;
- informação e organização de viagens: agências de viagens e operadoras de turismo, transportadoras, organizações corporativas, etc.

Todos os prestadores dos serviços acima aludidos podem ser considerados como fornecedores nas relações de consumo pautadas no turismo. No entanto, para os fins deste trabalho, trataremos, de modo mais incisivo, da face mais visível deste tipo de prestação de serviços: as agências de turismo.

Toda essa atenção se deve ao fato de, em muitas das vezes, ser a agência de turismo a criadora dos roteiros, passeios, programas e excursões, e, em razão disso, contratar com os demais prestadores de serviços específicos – transporte, alojamento, etc. – estabelecendo uma verdadeira rede entre todos os fornecedores, ficando, então, também solidariamente responsável por eventuais danos causados aos consumidores por qualquer um destes indivíduos.

Muito embora possuam suas atribuições sejam as de maior relevo dentro das relações de consumo turísticas, as agências de turismo e suas atividades são reguladas por um Decreto, qual seja, o de nº 84.934. Ora, o Decreto é um ato de origem do poder executivo - instituível e revogável facilmente, sem maiores garantias - e portanto não é suficiente para se criar uma reserva de mercado, diante da ordem constitucional vigente.¹⁶ Razão esta pela qual, tramita atualmente pela Câmara dos Deputados, em Brasília, um projeto de lei proposto pelo Deputado paranaense Alex Canziani, o qual,

¹⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito do turismo: legislação específica aplicada*. São Paulo: Atlas, 2001.

em sendo aprovado, disporá e regulará, finalmente, mediante lei ordinária, as atividades das agências de turismo no Brasil.

4.2 – Contrato de Turismo

Na perfeita definição de Cláudia Lima MARQUES¹⁷ sobre os contratos de turismo:

“Estes contratos são fechados entre agências de turismo e consumidores, incluindo em seu objeto não só a viagem (aérea, marítima ou terrestre), mas também a hospedagem, os traslados e uma série de atividades recreativas, como excursões, idas a museus, shows, etc. É um contrato de prestação de serviços, mas os serviços nem sempre são prestados por prepostos da agência e sim, por uma verdadeira rede de fornecedores, ficando a depender destes a qualidade da prestação no total.”

Em termos de classificação o contrato de turismo seria: *atípico*, pois não se amolda a nenhum tipo contratual previamente estabelecido pelo legislador; *bilateral*, possuem reciprocidade de obrigações; *oneroso*, pois há um “sacrifício” patrimonial de ambas as partes; *comutativo*, existem direitos e deveres mutuamente e, por fim, caracterizado pela prestação de serviços especializados relativos à organização de viagens turísticas.¹⁸ Sinteticamente, é um contrato de prestação de serviços de viagem, cuja causa é um resultado útil ao viajante, contra o pagamento de um valor correspondente à tais serviços.

O turismo é uma atividade destinada ao lazer, caracterizada pelo eminente estado de despreocupação do turista. Deste modo, a fim de se exonerar das preocupações organizacionais, o consumidor *transfere* essa responsabilidade ao agente para que este planeje toda sua viagem, do início ao fim, transferência esta que, dada sua natureza, enseja uma *obrigação de resultado* por parte do agente ou operador de turismo.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* pg. 378

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *apud* SPODE, Guinter. Turismo e o consumidor. *Revista do Consumidor*. n.35 São Paulo: RT, 2000.

Obrigação de resultado a partir da qual, pautado no princípio da boa-fé objetiva, o fornecedor é forçado a realizar um resultado útil ao consumidor, ou seja, deve fazer cumprir o que prometeu quando da celebração do contrato.

Por isso, é de suma importância a determinação deste momento, pois, via de regra, o consumidor compra um pacote turístico através do oferecimento de uma parte do pagamento, um sinal, como se fosse uma fase preparatória do contrato. Neste instante, faculta-se às agências declinar da organização da viagem – caso não consiga efetivamente garantir o cumprimento total do pacote, seja o entrave relacionado às passagens, seja à hospedagem, etc - pois, uma vez convergidas as vontades no sentido de efetivar a celebração do contrato, temos um contrato feito e acabado, do qual decorrerá plena responsabilidade contratual.

4.3 – Responsabilidade dos Prestadores de Serviços Turísticos

A prestação de serviços atinentes ao turismo é, como já foi visto em capítulos anteriores, enseja uma relação de consumo e, portanto, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Logo, a responsabilidade aqui incidente, tal como nas demais relações de consumo, é a objetiva, a qual independe da demonstração de culpa do fornecedor para que surja o dever de indenizar. O legislador assim estabeleceu por entender que deste modo daria uma maior proteção ao consumidor.

A responsabilidade objetiva no Direito do Consumidor se manifesta de duas formas: na responsabilidade por fato e vício do produto ou serviço.

Para uma melhor exemplificação da incidência da responsabilidade civil objetiva no campo das atividades turísticas, se faz necessária a demonstração de sua aplicação, pela jurisprudência, no caso concreto. Tal tarefa será feita juntamente com a análise mais pormenorizada de cada uma das espécies de responsabilidade relativa à prestação de serviços turísticos.

Lembrando que as condições de exoneração de responsabilidade do fornecedor, já demonstradas anteriormente, valem igualmente para os contratos de turismo.

4.3.1 – Responsabilidade Solidária

A responsabilidade solidária no Direito do Consumidor está prevista expressamente na legislação, como se pode depreender do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor:

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

No caso das agências e operadoras de turismo não é diferente: respondem solidariamente pelos danos causados aos consumidores pela inadequação e vícios de qualidade dos serviços prestados por fornecedor conveniado.

Segundo a Professora Ada Pellegrini GRINOVER¹⁹, ao consumidor cabe intentar as medidas cabíveis contra todos que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a prestação do serviço.

Cláudia Lima MARQUES²⁰ mais uma vez acertadamente definiu:

“A relação contratual do consumidor é com a agência de viagem, podendo exigir desta a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços, que adquiriu no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores seus prepostos fosse (...) tratando-se de um contrato de organização de viagens, responsabilizam a agência de viagens pela conduta de qualquer prestador de serviço envolvido na viagem turística, prestador este que é considerado um auxiliar da agência (...)”

É da própria agência ou operadora de turismo, portanto, o risco pela eleição e pela qualidade do estabelecimento prestador de serviços.

Ainda, às agências e operadoras de turismo cabem duas responsabilidades: *escolher e vigiar* adequadamente aqueles que, por fazer parte de toda sua estrutura organizacional, em seu nome irão agir, *in casu*, os prestadores de serviços específicos – hotelaria, transporte, entretenimento, etc.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos* disponível em www.jus.com.br

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* pg. 378

Existe um dever jurídico da empresa em escolher adequadamente o prestador de serviço, agindo culposamente se a escolha é feita equivocadamente, o que incorre na chamada *culpa in eligendo*, expressão latina que significa culpa resultante de escolha.

Além do dever de escolher corretamente, subsiste ainda o dever de *vigiar* corretamente todos os fornecedores com os quais a própria operadora trabalha. Do contrário, existe agora a culpa denominada *in vigilando*, que incorre numa falta do dever de fiscalizar, de vigiar.

Logo, a qualidade dos estabelecimentos hoteleiros, de transporte e de muitas outras atividades relacionadas ao turismo, é também - além dos próprios fornecedores - de responsabilidade das agências e operadoras de turismo. Deste modo, qualquer consumidor que se sentir lesado, poderá ingressar em juízo contra a empresa que lhe vendeu o pacote e contra toda cadeia de fornecedores envolvida, os quais responderão solidária e objetivamente por eventuais danos.

4.3.2 – Responsabilidade por Fato do Serviço

Relembrando o que fora exposto no capítulo 2 deste trabalho, a disciplina da responsabilidade da prestação de serviços por fato do serviço está disposta no artigo 14 do CDC, o qual estabelece que o fornecedor responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados por defeito na prestação de seus serviços ou pela falta ou insuficiência de informação sobre os riscos da atividade, além de fixar ser um serviço defeituoso quando o mesmo não oferecer a segurança que dele se espera.

EMENTA: INDENIZAÇÃO. FURTO DE VEÍCULO. ESTABELECIMENTO HOTELEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VALOR. O furto de veículo, pelo manobrista de Hotel quatro estrelas, frustrando as férias dos autores, que se viram sem qualquer cobertura pelo ocorrido, além de enfrentar o descaso dos responsáveis pelo estabelecimento, evidencia, por si só, a ocorrência de danos morais, que encontram previsão legal e constitucional. O conceito de intimidade, obviamente, inclui não só a chamada honra subjetiva, mas também todos os sentimentos interiores de desvalia, medo, desassossego, que, em última análise, venham a desqualificar a vida do indivíduo. Valor que se mostra compatível com os prejuízos sofridos. Salário mínimo. Sucumbência mínima, que valoriza o reconhecimento do ilícito indenizável e a grandeza da reparação concedida. Agravo retido. Recurso adesivo. Parcial contraposição ao principal. Deram parcial provimento ao apelo, não conheceram o agravo retido e, em parte, o adesivo, que restou prejudicado no ponto em que conhecido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70002501450, DÉCIMA CÂMARA

CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, JULGADO EM 22/11/2001)

Fazendo um breve do relatório do caso em tela: o consumidor hospedou-se em um determinado estabelecimento hoteleiro, e, durante a prestação dos serviços, teve seu carro furtado pelo manobrista do hotel.

Primeiramente, verifica-se a falha na prestação dos serviços no sentido de que houve omissão do fornecedor quanto à segurança do empreendimento, recaindo sobre si, independentemente de culpa, o dever de indenizar.

O ato ilícito foi cometido por um funcionário do estabelecimento, o que faz com que haja a figura da responsabilidade solidária do fornecedor em ressarcir os prejuízos, tendo em vista que houve a *culpa in eligendo*, ou seja, a falha do fornecedor em contratar prepostos inidôneos para a realização do serviço.

Dispõe ainda o Código Civil no parágrafo único do artigo 649:

“Parágrafo único. Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos”

Houve, ainda, por parte do fornecedor a tentativa de estancar momentaneamente os efeitos do ato do seu funcionário, transformando o momento que deveria ser de lazer e descanso em momentos de angústia e apreensão, deste modo, indubitavelmente, se justifica o pleito de danos morais juntamente com o devido ressarcimento pela perda do veículo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco.

Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos.

(RESP 291384/RJ; RECURSO ESPECIAL 2000/0128674-9)

Neste caso, uma determinada agência de viagens, quando da organização de um pacote turístico, contratou os serviços de uma embarcação, a qual, durante o passeio,

incendiou-se, fazendo com o que os passageiros – ora, consumidores – se lançassem ao mar, sem coletes salva-vidas, os quais, além de tudo, eram inexistentes no barco.

Mais uma vez é flagrante a falta de segurança na execução dos serviços, incorrendo-se, deste modo, em uma prestação defeituosa. O fornecedor – o responsável pela embarcação – agiu de modo negligente ao prosseguir o passeio sem a devida proteção em casos de acidente, qual seja, a falta de coletes salva-vidas.

Por sua vez, reside no caso em apreço o instituto da responsabilidade solidária das agências de turismo em indenizar o consumidor. A operadora ou agência de turismo, à época da celebração do contrato, comprometeu-se a promover um resultado útil ao consumidor, uma obrigação de resultado. Contudo, falhou na escolha de um dos prestadores de serviço – responsáveis pelo passeio de barco – e deve responder por possíveis prejuízos supervenientes.

4.3.3 – Responsabilidade por Vício do Serviço

Por vício do serviço, de acordo com o CDC, entende-se toda e qualquer imperfeição que torne imprópria a sua fruição ou que lhe diminua valor, incluindo às disparidades decorrentes de veiculação publicitária e descumprimento da oferta.

Serviço impróprio, ainda em consonância com o Código, são aqueles que se mostrem inadequados para os fins que deles se esperam ou que não atendam as normas regulamentares de sua prestabilidade.

No que se refere às atividades turísticas, dada a sua natureza mais simples e uma certa “*malandragem*” muitas vezes por parte do operador, os vícios do serviço são mais comuns que propriamente os defeitos.

Pacotes turísticos em que se descumpra o que fora ofertado ao consumidor, antes da celebração do contrato, e a desvinculação o promovido por meios publicitários são os vícios de qualidade mais comuns no turismo.

A oferta no Código de Defesa do Consumidor está disciplinada nos artigos:

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

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

Neste sentido, em complementação, assevera Gladston MAMEDE²¹:

“A oferta é elemento jurídico de importância vital, pois caracteriza proposição de um ajuste, e essa proposição vincula o proponente, na forma do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, obrigando o fornecedor a atender a todas as particularidades constantes das ofertas feitas. Dessa forma, a oferta assume o status jurídico de promessa, isto é, da assunção unilateral de uma obrigação jurídica pelo simples fato de ter se ofertado o produto (bem ou serviço) ao mercado, indistintamente, ou a uma pessoa em especial.”

Brevemente, tudo o que é ofertado pelo fornecedor vincula-se ao objeto do contrato, gerando a devida responsabilidade nos casos de descumprimento.

Devem os fornecedores agir de modo que todas as informações pertinentes ao sucesso da viagem sejam passadas ao consumidor, evitando que este crie falsas expectativas acerca da prestação correta dos serviços.

No campo específico do turismo, essa estrita vinculação ao que é ofertado, faz com que, ardilosamente, os operadores e agentes ofertem seus serviços de modo vago, com critérios subjetivos, para que tenham um campo maior de atuação. O melhor exemplo disso, é uso indistinto da expressão “*similar*” quando do oferecimento do estabelecimento hoteleiro. O critério subjetivo agride o disposto no artigo 30 e impõe risco na relação de consumo, freqüentemente induzindo a erro o consumidor. Mormente no caso dos hotéis, onde por falta de cumprimento das normas específicas, dois estabelecimentos podem ter a mesma classificação (por exemplo, com quatro “estrelas”), sendo completamente ímpares entre si.

Tais atitudes ferem irremediavelmente o princípio da boa-fé objetiva, que estabelece, acima de tudo, a lealdade entre as partes, razão pela qual é perigoso para o próprio fornecedor ser omissivo ou vago quanto ao objeto da contratação, haja vista que será indubitavelmente responsável pelo mesmo.

O outro vício comum nas atividades turísticas é o decorrente da desvinculação de promoção publicitária. Sobre a publicidade dos produtos, nos traz o CDC:

²¹ MAMEDE, Gladston. *Direito do consumidor no turismo*.pg. 106 São Paulo: Atlas, 2004.

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

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

No contexto atual, a publicidade é a melhor forma de se promover um produto, seja ele um bem ou um serviço. A publicidade, no que se refere ao turismo, se torna ainda mais presente pelo fato de “*não ser possível dar amostras grátis de serviços turísticos. Não dá pra comparar dois ou mais serviços pegando-os na mão*”, como afirma ironicamente Ulrich MIELENHAUSEN²².

O Código também impõe que toda e qualquer publicidade seja facilmente identificada como tal. Evita-se assim, propagandas travestidas de matérias jornalística e a malfadada propaganda subliminar²³. Logo, cria-se também uma regra de boa-fé nas relações de consumo, dando à publicidade a tarefa apenas de incitar o consumo, transparecendo ao consumidor ser uma imagem dirigida ao seu convencimento.

A publicidade, quando lesiva, pode se apresentar de duas maneiras: sendo *enganosa* ou sendo *abusiva*.

A definição de cada uma está no próprio código do consumidor, mais especificamente nos §§1º e 2º, do artigo 37:

“§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

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

A publicidade enganosa pode ainda se dar na forma omissiva, nos termos do §3º, também do artigo 37.

Vejamos, agora, exemplos de vícios do produto pela jurisprudência:

²² MIELENHAUSEN, Ulrich *apud* LAGE, Beatriz Helena Gelas. *Turismo: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2000.

²³ Propaganda Subliminar é toda aquela que, de algum modo, passa uma informação sem ser percebida pelos sentidos humanos. Ela é captada pela visão periférica e chega ao subconsciente, sem qualquer sinal perceptível.

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍCIO DE QUALIDADE. ART. 20, CDC. VIAGEM TURÍSTICA. DANO MATERIAL E DANO MORAL. DISTINÇÃO. OPÇÃO DO CONSUMIDOR. ADEQUAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO. RECURSO DESACOLHIDO. (Resp 328182/RS; Recurso Especial 2001/0070121-2 – STJ)

I - Na prestação de serviços de viagem turística, o desconforto, o abalo, o aborrecimento e a desproporção entre o lazer esperado e o obtido não se incluem entre os danos materiais, mas pertencem à esfera moral de cada um dos viajantes, devendo a esse título ser ressarcidos.

II - Os danos materiais, que sabidamente se distinguem dos morais, devem recompor estritamente o dispêndio do consumidor efetuado em razão da prestação de serviços deficiente, sem o caráter de punir o fornecedor.

III - O direito de opção mencionado no art. 20, I a III do Código de Defesa do Consumidor, relaciona-se com a suficiência da reparação do dano, não devendo afrontar nem a proporcionalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado, nem o princípio que veda o enriquecimento indevido.

O caso acima mencionado nos traz uma família que, visando passar férias no estado da Bahia, adquiriu um pacote turístico através de uma agência de viagens, mas que teve toda sua expectativa frustrada em razão dos péssimos serviços contratados por esta última.

Mais especificamente, o hotel se mostrou completamente em desacordo com o que fora contratado, incidindo aqui a responsabilidade do fornecedor por *descumprimento da oferta*. O serviço, por óbvio, era inferior ao ofertado, podendo, neste caso, o vício ser sanado nos moldes do artigo 20, com a possível mas improvável reexecução do serviço, com a restituição da quantia paga ou com o abatimento proporcional do preço.

Em face do desconforto e do aborrecimento, além do ressarcimento material, deve também a família ser indenizada por danos morais.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA INDENIZATORIA. DANO MORAL. SERVIÇOS PROPAGANDEADOS COMO “TOP DE LINHA”.

Responde a agência de viagens pelos transtornos causados, evidenciando contraprestação inferior, em dissintonia com o contratado, mormente tendo a ré dado causa a expectativa diversa. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. A quantificação do dano moral segue critérios balizadores assentados no bom senso e razoabilidade, resguardando-se o aspecto punitivo/inibitório da condenação. Sentença mantida. Apelo desprovido (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001445360, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANA LÚCIA CARVALHO PINTO VIEIRA, JULGADO EM 29/08/2001)

A decisão *supra* nos traz mais uma situação de descumprimento do que fora ofertado, sendo o serviço proporcionado de qualidade consideravelmente inferior

àquele proposto anteriormente, só que desta a vez a oferta se deu por promoção publicitária.

Eis um evidente caso de propaganda enganosa, onde a veiculação publicitária criou uma falsa expectativa no consumidor, induzindo este a erro e comprometendo o resultado útil que a empresa fornecedora se comprometera a cumprir.

4.4 – Breve Análise sobre o Direito Comparado

Voltando as atenções, mais uma vez, à Diretiva 314/90 – da CEE, analisemos o Decreto Legislativo 111/95 que a introduziu no Direito Positivo italiano²⁴, regulamentando, assim, a disciplina das viagens, excursões e pacotes turísticos naquele país e que pode vir nos ajudar a compreender os nossos institutos.

“Art.14

1. In caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico l'organizzatore e il venditore sono tenuti al risarcimento del danno, secondo le rispettive responsabilità, se non provano che il mancato o inesatto adempimento c'è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a loro non imputabile.

Art.15

1. Il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico è risarcibile nei limiti delle convenzioni internazionali che disciplinano la materia, di cui sono parte l'Italia o l'Unione europea, ed, in particolare, nei limiti previsti dalla convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 sul trasporto aereo internazionale, resa esecutiva con legge 19 maggio 1932, n. 841, dalla convenzione di Berna del 25 febbraio 1961 sul trasporto ferroviario, resa esecutiva con legge 2 marzo 1963, n. 806, e dalla convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 (C.C.V.), resa esecutiva con legge 27 dicembre 1977, n. 1084, per ogni altra ipotesi di responsabilità dell'organizzatore e del venditore, così come recepite nell'ordinamento.

2. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza, salvo il termine di diciotto o dodici mesi per quanto attiene all'inadempimento di prestazioni di trasporto dall'inadempimento comprese nel pacchetto turistico per le quali si applica l'art.2951 del codice civile.

3. E' nullo ogni accordo che stabilisca limiti di risarcimento inferiori a quelli di cui al comma 1.

Art.16

1. Le parti contraenti possono convenire in forma scritta, fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'art.1341, secondo comma, del codice civile (9), limitazioni al risarcimento del danno alla persona, derivante dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

2. La limitazione di cui al comma 1 non può essere, a pena di nullità, comunque inferiore a quanto previsto dall'art.13 della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio

²⁴ GALLO, Giovanni Batista. *La tutela del consumatore-turista ed il fenomeno dell'overbooking* disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5751>

(C.C.V.) firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970, resa esecutiva con la legge 29 dicembre 1977, n. 1084.

3. In assenza di specifica pattuizione, il risarcimento del danno è ammesso nei limiti previsti dall'art. 13 della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (C.C.V.), firmata a Bruxelles il 3 aprile 1970, resa esecutiva con legge 29 dicembre 1977, n. 1084 e dall'art. 1783 e seguenti del codice civile.

4. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in un anno dal rientro del viaggiatore nel luogo della partenza.

Art. 17

1. L'organizzatore ed il venditore sono esonerati dalla responsabilità di cui agli articoli 15 e 16, quando la mancata o inesatta esecuzione del contratto è imputabile al consumatore o è dipesa dal fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile, ovvero da un caso fortuito o di forza maggiore.

2. L'organizzatore o il venditore apprestano con sollecitudine ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui l'inesatto adempimento del contratto sia a questo ultimo imputabile.

Art. 18

1. L'organizzatore o il venditore, che hanno risarcito il consumatore, sono surrogati in tutti i diritti e azioni di quest'ultimo verso i terzi responsabili.

2. Il consumatore fornisce all'organizzatore o al venditore tutti i documenti, le informazioni e gli elementi in suo possesso utili per l'esercizio del diritto di surroga.”

No artigo 14, acima mencionado, está prevista a responsabilidade pelo não cumprimento ou cumprimento insuficiente das obrigações. Pôde-se perceber que o legislador italiano, como observa Enzo ROPPO²⁵, atribuiu a reparação do dano ao organizador e ao vendedor na exata medida de suas responsabilidades, evitando assim a responsabilidade solidária, o quê, no entender do autor, incorre em uma solução menos garantista ao consumidor.

Os artigos 15 e 16 dispõem sobre a responsabilidade por danos à pessoa e por danos diversos daquele à pessoa, respectivamente. Em suma, tratam da limitação dos valores indenizatórios, os quais podem ser fixados pelas partes, desde que não sejam inferiores aos estabelecidos nas Convenções Internacionais contidas na parte 1 do art. 15.

Já o artigo 17 se refere às cláusulas de exclusão da responsabilidade. É exonerado do dever de indenizar o fornecedor que provar que o não cumprimento da obrigação ou sua insuficiência se deu em razão de comportamento exclusivo do consumidor ou de fato de terceiro com natureza imprevisível ou inevitável, a caso

²⁵ ROPPO, Enzo. *apud* TEPEDINO, Gustavo. *op.cit.* pg. 89

fortuito ou de força maior. Neste caso, as condições de exoneração de responsabilidade se assemelham muito com as descritas pelo nosso Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, o artigo 18 prevê o direito de regresso do organizador ou vendedor, que tenham ressarcido o consumidor, contra o terceiro responsável pelo dano.

4.5 – Decadência e Prescrição

À guisa de finalização do presente trabalho, cumpre-nos tratar do tema da decadência e prescrição no que se refere aos prazos para reclamação de vícios e defeitos de produtos.

O prazo para reclamar vícios de fácil constatação, na prestação de serviços, é 30 dias, contados a partir do término de sua realização. No que tange às atividades relacionadas ao turismo, como um pacote turístico, o prazo somente começa a correr após o fim da seqüência, isto é, o fim da viagem ou excursão.

O prazo aqui é decadencial, ou seja, decorrido o lapso, o consumidor perde o direito propriamente dito à reparação do vício, não apenas o seu direito de ação, como ocorreria se o prazo fosse prescricional.

Não haverá, entretanto, a contagem do prazo caso o consumidor comprove que tenha formulado reclamação junto ao fornecedor, o que faz com que o prazo decadencial tenha início somente após a resposta negativa deste. Nestes casos, para invocar a decadência, o fornecedor deverá comprovar documental e testemunhalmente a data que o consumidor tomou conhecimento da rejeição da reclamação que apresentara. Também não se verifica a decadência com a instauração de inquérito civil no intuito de investigar o fornecimento do bem em questão; agora, o prazo começa a correr a partir da data de conclusão do inquérito.

No que tange aos vícios ocultos, o prazo para reclamar se inicia a partir do momento em que é evidenciado o defeito (Art. 26, §3º do CDC).

Contudo, os prazos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor não são absolutamente decadenciais. Há casos em que o prazo é de prescrição, como o disposto no artigo 27, que fixa um lapso cinco anos para a reclamação de danos

causados pelo fato do produto ou serviço, começando a contagem a partir da data do conhecimento do dano e de sua autoria.

5. CONCLUSÃO

De início, a partir da breve análise sobre o Direito do Consumidor feita na primeira parte deste trabalho, pode perceber o quão rico tornou-se o nosso ordenamento jurídico com a implantação desta tutela especial sobre as relações de consumo.

Na minha concepção, a adoção de determinados institutos pelo legislador, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, como o da responsabilidade solidária entre todos os fornecedores pertencentes à cadeia de responsabilidades, por exemplo, foi extremamente válida na medida em que, deste modo, garante-se ao consumidor uma situação mais favorável à reparação dos danos sofridos. Veja-se o paralelo feito com o Direito italiano, onde não existe tal figura e dividem-se as responsabilidades entre todos os fornecedores, proporcionalmente a seus atos. Deste modo, o consumidor fica desprotegido, eis que deverá pleitear a reparação do dano a vários fornecedores individualmente. Comparações estas que mais uma vez mostraram a crescente evolução do Direito Brasileiro frente aos dos outros países.

A ampliação do âmbito de proteção contra eventuais vícios - agora abrangidos também os aparentes, de quantidade e os relativos aos serviços - também foi um grande avanço, haja vista que a Teoria dos Vícios Redibitórios, antes aplicada, mostrava-se bastante arcaica e ineficaz frente às especificidades das relações de consumo do Século XXI.

Frente à essas mudanças no seio das trocas comerciais, o Direito do Consumidor surge com o intuito de salvaguardar os interesses dos consumidores, parte esta reconhecidamente mais vulnerável das relações de consumo. Valendo-se de princípios consagrados com o da igualdade, da equidade e o da boa-fé, sem contar uma variedade de princípios específicos - responsabilidade solidária, intervenção estatal, etc. -, tem o condão de harmonizar as relações de consumo, conferindo proteção até mesmo aos indivíduos que sequer dela participam - os consumidores equiparados. Assim, todos aqueles, ainda que totalmente alheios, se sentirem lesados por determinada conduta de um fornecedor, podem pleitear a reparação do dano como se consumidores estritos fossem.

O CDC, ainda, assegurou uma série de direitos básicos aos consumidores. São eles: direito à segurança; à escolha; à informação; direito à indenização, direito à educação; proteção contra abusos e acesso à justiça.

Já no campo da responsabilidade civil, pudemos perceber que, com a complexidade e a despersonalização presente nas relações de consumo, o legislador brasileiro acertou em objetivá-la visando majorar a proteção ao consumidor, eis que tornou-se impossível, face os inúmeros agentes da cadeia produtiva, apontar os responsáveis por determinado defeito.

Da razoabilidade do legislador, com o mesmo propósito, adotou-se a inversão do ônus da prova. Ora, se o fornecedor é o detentor dos meios de produção, possuindo muito mais condições que o simples consumidor – hipossuficiente -, nada mais justo que o *onus probandi* recaia sobre sua pessoa.

Do instituto da responsabilidade objetiva, no CDC, derivou-se a responsabilidade por fato e por vício do produto/serviço.

Por responsabilidade por fato do produto entende-se o dever do fornecedor em indenizar os danos decorrentes de certos defeitos.

Já por responsabilidade decorrente de vício, afirma-se ser o dever de reparar toda e qualquer anormalidade que afete a funcionalidade dos serviços ou dos produtos, diminuindo-lhes o preço ou tornando-os inadequados aos fins a que se destinam.

Há ainda a responsabilidade solidária, já mencionada anteriormente nesta conclusão.

A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, como vimos, foi acertadamente ampliada, de modo a englobar o maior número de relações de consumo possível.

Com os contratos de prestação de serviços turísticos não é diferente. Todos os fornecedores responsáveis por eventuais danos possuem o dever de indenizar e, solidariamente a eles, responde também a agência de turismo que os contratou. É dever da operadora ou agência de turismo a escolha dos profissionais adequados para as atividades específicas. haja vista que sobre si também recai a responsabilidade decorrente de uma má-escolha.

Finalizando, foi uma imensa gratificação poder juntar neste trabalho as duas áreas que mais me são afeitas – Direito e Turismo – e também perceber, da análise jurisprudencial, que, desde que corretamente aplicados, os institutos do Direito do Consumidor cumprem efetivamente os fins a que se propõem.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor. *Revista do Consumidor*. n.15. São Paulo: RT, 1995.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A responsabilidade pelos vícios de produtos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. *Responsabilidade solidária das agências de viagens e operadoras de turismo segundo o código de defesa do consumidor* disponível em www.jus.com.br.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BENI, Mário Carlos. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: SENAC, 1998.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos* disponível em www.jus.com.br

FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do consumidor nos contratos de turismo*. Bauru: Edipro, 2003.

GALLO, Giovani Batista. *La tutela del consumatore-turista ed il fenomeno dell'overbooking* disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5751>

LAGE, Beatriz Helena Gelas *Turismo: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2000.

MAMEDE, Gladston. *Direito do consumidor no turismo*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, Gladston. *Direito do turismo: legislação específica aplicada*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4^a ed. São Paulo: RT, 2002.

_____, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços. *Revista do Consumidor*. n.35. São Paulo: RT, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 5

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*. n.5. São Paulo: RT, 1993.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SPODE, Guinter. Turismo e o consumidor. *Revista do Consumidor*. n.35. São Paulo: RT, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista do Consumidor*. n.26. São Paulo: RT, 1998.