

A caracterização da relação de consumo em juízo e a análise do julgador para correto enquadramento à legislação consumerista

*Welton Pereira de Mendonça*¹

*Dener Rezende Borges*²

Resumo: O correto enquadramento da relação de consumo à legislação consumerista não é matéria pacífica entre os aplicadores do direito. Embora desde 1991, exista no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 8.078/90, sua aplicação tem sido controversa. O conceito de consumidor nos é dado pelo art. 2º da Lei 8.078/90, que determina ser toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, devendo o CDC ser aplicado em toda relação consumerista. Para que ocorra uma relação consumerista, é necessário identificar três elementos que a compõe: o subjetivo, ou seja, a pessoa física ou jurídica; o objetivo, que é a aquisição de produto ou serviço, e o teleológico, que é a finalidade pretendida com a aquisição do produto ou serviço. O correto entendimento de quem seja destinatário final, leva em consideração três teorias: a finalista, onde a expressão destinatário final seria restrita à parte mais vulnerável na relação contratual; a maximalista em que consumidor é visto de maneira bem ampla, e a finalista mitigada, que busca um consenso, rompendo com a restrição da primeira e reduzindo a amplitude da segunda. A controvérsia que o presente trabalho objetiva pacificar é justamente quanto ao enquadramento dos litígios nas relações de consumo ao diploma legal consumerista. Busca-se consolidar a teoria finalista mitigada, hoje consenso entre os doutrinadores nos casos concretos apresentados ao julgador, já que nas relações negociais o que se busca é a satisfação das partes.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. As relações negociais e contratuais; 2.1. Relações civílicas; 2.1.1. *Pacta sunt servanda*; 2.1.2. *Rebus sic stantibus*; 2.2. Relações consumeristas; 2.2.1. Teoria finalista; 2.2.2. Teoria maximalista; 2.2.3. Teoria finalista mitigada; 2.2.4. O Fornecedor na relação consumerista; 2.3. Produtos e serviços no Código de Defesa do Consumidor; 2.4. Direitos básicos do consumidor; 2.5. Princípios constitucionais de proteção ao consumidor; 3. A obrigação de reparar o dano; 3.1. Dolo e culpa nas relações de consumo; 3.2. As excludentes de responsabilização; 4. Hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor; 5. Inversão do ônus da prova nas relações consumeristas; 6. As controvérsias quanto ao enquadramento legal; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

Palavras Chave: Consumidor, enquadramento, recursos.

¹ Discente do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

² Advogado e docente na cadeira de Direito do Consumidor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI.

1. Considerações iniciais

O Código de Defesa do Consumidor foi sancionado em setembro de 1990 e entrou em vigor após o decurso da *vacatio legis*, em março de 1991, com o objetivo de tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores. No entanto, os conflitos envolvendo relações de comércio não são exclusivos da nossa contemporaneidade, uma vez que litígios envolvendo acordos não cumpridos integralmente remontam o início da civilização. Isso porque, pelo fato de as pessoas viverem em sociedade, em qualquer grupo social, existe a necessidade constante de adquirir produtos e serviços de outros grupos para atendimento de suas necessidades. Por mais que o negócio seja claramente definido, com contrato redigido em cláusulas específicas, há sempre a possibilidade de inadimplemento ou não cumprimento das obrigações de umas das partes, de forma que a satisfação plena da outra parte não seja atingida.

Nos primórdios, quando das trocas de mercadorias entre as tribos, seguramente essas desavenças eram resolvidas pelo líder máximo do grupo, cuja incumbência lhe era atribuída em função da idade e experiência e suas decisões embasadas em seu livre arbítrio. Fato semelhante acontece ainda hoje nas tribos indígenas, onde compete ao cacique e ao pajé a resolução dos litígios atinentes à sua maloca. Na sociedade organizada, essa incumbência é destinada a um juiz, remontando tal fato à civilização greco-romana.

No Brasil, a matéria de Direito do Consumidor foi introduzida nos currículos das faculdades de direito apenas após a Constituição da República Federativa de 1988, com a promulgação da Lei 8.078/90. Entretanto, o entendimento de consumidor como hipossuficiente na relação negocial remonta ao período colonial. O Código Civil, que até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, era a legislação pertinente à resolução dos litígios concernentes também às relações de comércio, não mais atende a realidade de hipossuficiência do consumidor. De acordo Rizzato Nunes, em sua obra Curso de Direito do Consumidor, o Código de Defesa do Consumidor foi sancionado objetivando proteger o consumidor, já que "passamos o século inteiro aplicando às relações de consumo o Código Civil, lei sancionada em janeiro de 1916 e que entrou em vigor em 1917, fundada na tradição do direito civil europeu do século anterior" (NUNES, 2008, p.2).

De acordo com os doutrinadores, foram os Estados Unidos da América quem primeiro definiu consumidor como parte insuficiente na relação negocial, já que foi o primeiro país a dominar o capitalismo, produzindo, comercializando e gerando o consumo em massa. De acordo com Josimar Santos Rosa:

[...] toma como marco do desenvolvimento legislativo em favor do consumir a mensagem dirigida pelo presidente Kennedy ao Congresso americano, no dia 15 de março de 1962, não apenas pela repercussão nacional e internacional desse texto, como pelo evidente propósito de reforma no sentido da proteção dos consumidores. Os Estados Unidos dever ser considerados, por isso, os vanguardeiros na difusão do movimento "consumerista" em todo o mundo. (ROSA, 1995, p. 19).

No entanto, há registros de aplicação da proteção do consumidor desde a Lei das Doze Tábuas, onde o comprador podia exigir do vendedor uma declaração solene, definindo as qualidades essenciais da coisa vendida. Tal declaração responsabilizava o vendedor, proibindo-o de realizar publicidade enganosa. Vejamos o que nos ensina Cretella Júnior:

As Doze Tábuas foram então promulgadas, havendo sido literalmente inscritas em doze tabletas de madeira (carvalho), que foram afixadas no Fórum Romano, de modo que todos pudessem lê-las e conhecê-las. Elas não são uma compilação abrangente e sistemática de todo o direito da época (portanto, não formam códigos, na acepção moderna do termo). São, antes, uma série de definições de diversos direitos privados e de procedimentos. Consideravam de conhecimento geral algumas instituições como a família e vários rituais para negócios formais. (CRETILLA JÚNIOR, 2009, p. 66).

No Brasil, desde os tempos do Império, já se observava uma proteção discreta do consumidor. No entanto, por se tratar de uma colônia de Portugal, não nos é possível precisar, nesse momento, características específicas protetivas do consumidor, já que o direito brasileiro se resumia ao que era posto pelas Ordenações do Reino de Portugal, a saber, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, durante todo o período de colonização.

Proclamada a independência do Brasil, uma lei editada em outubro de 1823 determinou a manutenção das Ordenações Filipinas em nossas terras, bem como das demais normativas emanadas dos imperadores portugueses, que vigoravam de 26 de abril de 1821. Somente em 1917, editou-se o primeiro Código Civil Brasileiro, criado dentro de uma filosofia marcada pelo liberalismo político e econômico, apresentando característica nitidamente patrimonialista. A preocupação com as relações de consumo surgiu no Brasil somente a partir das décadas de 40 a 60, quando foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo, dentre as quais pode-se citar a Lei 1221/51, lei de economia popular, a Lei Delegada n.º 4/62 e a Constituição de 1967, com a emenda n.º 1 de 1969, que emplaca a defesa do consumidor.

Portanto, com o Código de Defesa do Consumidor, nosso ordenamento jurídico inovou com uma legislação bem específica e pontual atinente à proteção do consumidor. Contudo, ocorrem percalços na aplicação desta lei, que sofreu uma difusa desqualificação, a partir do argumento que existem indefinições de alguns dos seus institutos. Tudo isso se explica, pelo embaraço que a edição de uma nova lei causou no cenário nacional. De acordo com Rizzato Nunes:

Olhemos, então, um pouco para o passado. Uma lei de proteção ao consumidor pressupõe entender a sociedade a que nós pertencemos. E essa sociedade tem uma origem bastante remota que precisamos pontuar, especialmente naquilo que nos interessa, para entendermos a chamada sociedade de massa, com sua produção em série na sociedade capitalista contemporânea. (NUNES, 2008, p.3).

Verifica-se, dessa forma, que ainda não há unanimidade, por parte dos aplicadores do direito, da legislação consumerista nos casos concretos.

2. As relações negociais e contratuais

A exploração comercial remonta o período da antiguidade, quando produtor e consumidor estabeleciam uma relação de compra e venda equilibrada, já que o comprador fazia a negociação diretamente com o artesão. As práticas comerciais estavam, portanto, envolvidas na cultura dos povos. Na Grécia antiga, não havia, propriamente, uma definição de "obrigação", embora já houvesse certa noção dessa figura Jurídica. Observemos a defesa de Aristóteles apresentada por Gagliano e Pablo Stolze:

Aristóteles dividiu as relações obrigatórias em dois tipos, a saber, as voluntárias (decorrentes de um acordo entre as partes) e as involuntárias (resultantes de um fato do qual nasce uma obrigação), subdividindo essas últimas em dois outros subtipos, tomando-se como parâmetro se o ato ilícito era cometido às escondidas ou se era praticado com violência. (GAGLIANO, Pablo Stolze, 2010, p. 40).

No Direito Romano, berço do direito brasileiro, também não se conhecia a expressão "obrigação" como resultado das relações negociais, mas o seu equivalente seria a figura do *nexum*, espécie de empréstimo que conferia ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, sob pena de responder com o seu próprio corpo, podendo ser reduzido, inclusive, à condição de escravo. Brillantemente sobre esse assunto, preleciona o professor Silvio Venosa:

No tocante a execução das obrigações, como o vínculo incidia sobre a pessoa do devedor, a substituição para fazer recair a execução sobre os bens parece ter sido lenta e ditada pelas necessidades da evolução da própria sociedade romana. (VENOSA, 2006, p. 10).

Após a Revolução Industrial, o diferencial do conceito moderno de obrigação está no seu conteúdo econômico, deslocando-se a sua garantia da pessoa do devedor para o seu patrimônio. A ampliação do consumo era inevitável, e para atender toda a demanda, foram criadas grandes fábricas que iniciaram a produção em larga escala dos produtos que, agora, por serem produzidos em série, eram iguais para todos os consumidores. O consumidor passa a ser um desconhecido para o produtor, fato que impede que aquele tenha a possibilidade de barganhar e de conhecer o produto que irá adquirir.

2.1. Relações civilistas

Nas relações contratuais do direito privado, embasadas nas normas do direito civil, existe um pressuposto de que aqueles que querem contratar, sentam-se à mesa em igualdade de condições, discutem o negócio a ser contratado e transforma o negócio em dado objetivo num pedaço de papel. São proposições que, organizadas em forma de cláusulas impressas num pedaço de papel, fazem surgir o contrato escrito. É a tentativa do delineamento objetivo de uma vontade, portanto, elemento subjetivo. É o contrato que o direito civil tradicional pretende controlar. E, uma vez que tal contrato foi assinado, *pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser respeitados. Entretanto, mesmo nas relações civilistas, há situações em que o contrato poderá ser revisto. Assim, faz-se necessário esclarecer dois brocardos recorrentes nas relações contratuais civilistas: o *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*.

2.1.1. *Pacta sunt servanda*

Em uma tradução livre do latim, o brocardo *pacta sunt servanda* significa que "os contratos existem para serem cumpridos". Muito mais que um dito jurídico, essa expressão encerra um princípio de direito no ramo das obrigações contratuais. É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes.

De acordo com Maria Helena Diniz, tal princípio se justifica porque "o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito". Comungando dessa teoria, as cláusulas contratuais devem ser cumpridas incondicionalmente, sujeitando as partes, do mesmo modo que as normas legais. Entretanto, essa obrigatoriedade não é absoluta. Há que se respeitar a lei e, sobretudo, outros princípios com os quais o da força obrigatória do contrato coexiste, como o princípio da boa-fé, legalidade, Igualdade, entre tantos outros; afinal, os princípios gerais do direito integram um sistema harmônico.

2.1.2. *Rebus sic stantibus*

A tradução mais correta seria "enquanto as coisas estão assim". Tem origem no Direito Canônico e é empregado para designar o princípio da imprevisão, onde fato imprevisto e imprevisível, posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo, implica alteração nas condições da sua execução. A cláusula de mesmo nome garantiria a adoção deste princípio pelos contratantes, e, havendo esta opção como cláusula, seu emprego constitui exceção, já que a imutabilidade do contrato é a regra geral. Ocorre que este princípio não pode ser encarado isoladamente, sem que se leve em conta a necessária segurança jurídica e, acima de tudo, o princípio da força obrigatória. Aliás, pode-se dizer o *pacta sunt servanda* e o *rebus sic stantibus* se completam, porque o alcance de um só vai até o início do outro.

2.2. Relações consumeristas

O conceito de consumidor nos é dado pelo art. 2º da Lei 8.078/90, que determina ser “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, O CDC deverá ser aplicado em toda relação consumerista. Para compreender como ocorrem essas relações, é necessário identificar três elementos que a compõe. O primeiro é o subjetivo, ou seja, a pessoa física ou jurídica; o segundo é o objetivo, qual seja, a aquisição de produto ou serviço, e o terceiro é o teleológico, a saber, a finalidade pretendida com a aquisição do produto ou serviço, destacado pela expressão “destinatário final”.

A característica principal dada pela norma para alcançar aquele quem será consumidor, de acordo com o legislador, seria a aquisição ou utilização do bem como “destinatário final”. E isso a lei não define, deixando a cargo da doutrina a solução para a interpretação dessa expressão, para então se definir, efetivamente, quem vem a ser, consumidor. Diante do impasse para se definir quem seria o consumidor destinatário final, três correntes se formaram, a saber, teoria finalista, maximalista e finalista mitigada.

2.2.1. Teoria finalista

Para a teoria finalista, a interpretação da expressão destinatário final seria restrita, onde somente o consumidor, parte mais vulnerável na relação contratual, mereceria amparo da norma. Assim, consumidor seria o não profissional, ou seja, aquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio ou de sua família, não podendo adquirir o produto para revenda ou uso profissional. Do contrário, seria instrumento de produção, e assim, incluído no preço final do produto, o que não haveria, na lei, a exigida “destinação final do produto ou serviço”. Destarte, o “destinatário final” seria aquele que retira o bem do mercado e coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que adquire um bem para continuar a produzir.

2.2.2. Teoria maximalista

A teoria maximalista contrapõe-se ao entendimento finalista e defende a ideia de que o consumidor seja visto de maneira bem mais ampla, alcançando um número maior de relações jurídicas, onde o destinatário final seria fático, não importando a destinação econômica do bem. Para esses doutrinadores, a definição do art. 2º da lei 8.078/90 deve ser interpretada o mais amplamente possível, alcançando um número bem maior de relação jurídica, não importando se pessoa física ou jurídica, tendo ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Consumidor seria o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome. Como exemplo, citamos a concessionária que adquire o veículo do fabricante para transporte dos seus clientes e funcionários, e ainda, o advogado que compra o computador para uso em seu escritório.

2.2.3. Teoria finalista mitigada

Buscando um consenso entre essas duas correntes divergentes, surge a teoria

finalista mitigada, que apresenta um meio termo entre a restrição da teoria finalista e a amplitude da teoria maximalista. Essa teoria vem se firmando tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e adota o entendimento da teoria finalista, mas não na sua concepção, devendo, por sua vez, ser observada a vulnerabilidade. Para esses doutrinadores existem três tipos de vulnerabilidades: a técnica, a científica e a fática.

A vulnerabilidade técnica seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, podendo ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A científica (ou jurídica) seria a falta de conhecimentos pertinentes à relação jurídica, como por exemplo, falta de conhecimentos matemáticos, financeiros, econômicos e até mesmo de contabilidade. Já a fática seria a vulnerabilidade real, em decorrência do poderio econômico pela posição do monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço prestado, impondo uma relação contratual de superioridade.

Destarte, de acordo com a teoria finalista mitigada, a definição de destinatário final, compreendida no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, somente poderia ser aquele que se encontra vulnerável, o que somente poderá ser observado no caso concreto pelo juiz, fazendo com que, mesmo aquele que não preencha os requisitos de destinatário final e econômico do produto ou serviço, possa ser abrangido pela tutela especial do CDC.

Resolvida a controvérsia quanto a quem seja o consumidor na relação negocial, faz-se necessário compreender outros dois elementos da relação consumerista: o fornecedor e os produtos ou serviços fornecidos.

2.2.4. O Fornecedor na relação consumerista

Com relação ao fornecedor, ao fixar limites a respeito, o Código de Defesa do Consumidor, determinou que este fosse gênero, o qual comportava as seguintes espécies: produtor, montador, criador, fabricante, construtor, transformador, importador, distribuidor, comerciante e o prestador de serviços, concedendo uma amplitude generalizada ao conceito.

No fornecimento de produtos e serviços podem ser considerados como fornecedores tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física. As pessoas jurídicas de direito público também poderão ser enquadradas como fornecedores, caso haja uma contraprestação direta pelos consumidores, como por exemplo, consumo de água, luz e telefone. Importante ressaltar que os entes despersonalizados também estão inseridos como fornecedores e que, há consenso de que a relação entre o banco e o cliente é considerada relação de consumo.

2.3. Produtos e serviços no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor conceitua produto em seu art. 3º, § 1º, como sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, dando máxima amplitude. Já serviço é definido no § 2º do art. 3º, sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

De acordo com o referido artigo, estariam excluídas do CDC aquelas atividades desempenhadas a título gratuito, como as feitas de favores ou por parentesco. É preciso ter cuidado para verificar se o fornecedor não está tendo uma remuneração indireta na relação. Alguns serviços, apesar de gratuitos, estão abrangidos pelo CDC, uma vez que o fornecedor, de alguma forma, está sendo remunerado pelo serviço. É o exemplo da gratuidade de transporte coletivo para os maiores de 65 anos, pois o fornecedor, embora não seja remunerado diretamente por essas pessoas, está sendo remunerado pela coletividade.

2.4. Direitos básicos do consumidor

O artigo 6º do CDC apresenta uma série de direitos básicos, o que leva a concluir tratar-se de um rol exemplificativo. Dentre os principais, podemos destacar a *igualdade nas contratações*, confirmando a garantia expressa do princípio constitucional da igualdade; o *dever de informar*, já que o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço; a *proteção contra publicidade enganosa ou abusiva*; a *proibição de práticas e cláusulas abusivas*, tornando nulas todas as cláusulas abusivas e a *revisão dos contratos* através da cláusula *rebus sic stantibus*, tratada anteriormente, que é uma ressalva ao princípio da imutabilidade, de aplicabilidade excepcional e restrita, intrínseca em todos os contratos a longo prazo, devendo, para tanto, ser requerida pela parte interessada a revisão contratual no que concerne ao ponto que se torna inviável o cumprimento contratual.

2.5. Princípios constitucionais de proteção ao consumidor

Justamente por ser o Código de Defesa do Consumidor uma exigência constitucional, o art. 4º do referido diploma legal, apresenta o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, qual seja “o atendimento das necessidades dos consumidores, ao respeito, à dignidade, saúde e segurança, da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações”. Para isso, a lei estabelece obrigações e princípios que devem ser observados e respeitados, tanto pelo poder público quanto pelos fornecedores nas relações de consumo. Princípios significam normas jurídicas que traçam diretrizes gerais, regras fundamentais, enunciando, de certa forma, a causa ou a razão da conduta imposta. São verdadeiramente, “normas das normas”, ou seja, premissa maior.

Na relação de consumo, pode-se destacar como princípios específicos, dentre outros, o *princípio da isonomia*, também chamado de princípio da vulnerabilidade do consumidor, servindo de justificativa à sua tutela jurisdicional, uma vez que, na relação de consumo, é este o mais fraco na relação jurídica. De nada adiantaria existir normas e princípios que regulam determinada relação jurídica, mas não serem cumpridos no seio da coletividade. Pensando nessa possibilidade, o legislador coloca à disposição do Poder Público, instrumentos protetivos a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, conforme se pode verificar no art. 5º do CDC.

Destacam-se, nesses meios protetivos, a assistência jurídica gratuita para o consumidor carente, exercida pela Defensoria Pública de cada Estado, ou por advogados

nomeados pelos juízes indicados pelos órgãos de classe; a educação formal e informal do consumidor; órgãos oficiais como os PROCONS, serviço de atendimento das empresas, institutos de pesos e medidas, vigilância sanitária e o cadastro oficial de empresas idôneas, na forma do art. 44 do Código de Defesa do Consumidor.

3. A obrigação de reparar o dano

A previsão de reparação de dano, em virtude da prática de ato ilícito, está prevista no art. 927 do nosso Código Civil, onde "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". No parágrafo único do referido artigo, segue: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos, especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

O parágrafo único está inserido, justamente, para ressaltar que o causador do dano deve reparar a lesão, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei. Esta Lei, no presente caso, é justamente o Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário do que exige a lei civil, quando reclama a necessidade da prova da culpa, na relação entre consumidores, esta prova é plenamente descartada, sendo suficiente a existência do dano efetivo ao ofendido. Veja o que diz o Código de Defesa do Consumidor:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (CDC, art. 12)

Dessa forma, constatado o fato gerador do dano proveniente da relação de consumo, caberá ao responsável a sua reparação, não havendo necessidade de o consumidor apresentar prova da culpa. Nesse mesmo sentido, a redação do art. 14, também do Código de Defesa do Consumidor é clara:

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

Verifica-se que a Lei nº 8.078/90 estabeleceu a responsabilidade objetiva dos produtores e fornecedores da cadeia produtiva, não levando em consideração, a existência da culpa frente aos danos provenientes de acidentes de consumo ou vícios na qualidade ou quantidade dos mesmos ou na prestação dos serviços. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é esclarecedor:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INCLUSÃO INDEVIDA DE NOME NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO POR TERCEIRO ESTELIONATÁRIO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE AFASTADA. VALOR DA CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Os fornecedores de serviços respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados em decorrência da celebração de negócios jurídicos por estelionatário, em virtude da responsabilidade objetiva que lhes é imputada pelo Código de Defesa do Consumidor. A mensuração do dano moral consiste em árdua tarefa para o julgador, que deve pautar-se segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, para que o valor da indenização se equilibre com a intensidade e gravidade da dor sofrida, bem como o caráter punitivo ao ofensor, sem, contudo, representar enriquecimento ilícito por parte do ofendido. (Apelação Cível N° 1.0144.12.001381-4/001, Câmaras Cíveis Isoladas/13ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator Alberto Henrique, Julgado em 21/02/2013, publicado em 01/03/2013).

O entendimento supra é pacífico no poder judiciário, restando consagrada a determinação expressa da norma legal do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, preleciona o doutrinador Nelson Nery:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa. (JÚNIOR, 2002, p.275)

Nesse sentido, pouco importa a intenção subjetiva nas relações de consumo, pois esta não faz parte dos critérios determinantes no momento de se condenar à reparação do dano, já que, havendo ou não a pretensão de lesar, o que interessa é a existência do prejuízo, e por isso, o causador é obrigado a repará-lo.

3.1. Dolo e culpa nas relações de consumo

É consenso que o fornecedor pode ser responsabilizado pelos problemas ocasionados ao consumidor numa relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor, por ser uma legislação moderna e protetiva, estabeleceu a responsabilização

do fornecedor de forma diferente.

Na legislação civil, em regra, vigora a responsabilidade subjetiva, ou seja, uma pessoa pode ser responsabilizada por eventos ocorridos quando estão presentes o dano, o nexo de causalidade e o dolo ou culpa, que é o elemento subjetivo que consiste na intenção ou na negligência, imprudência ou imperícia. Sem a presença desses elementos, não há, em regra, responsabilidade na legislação civil. Entretanto, para o CDC, a regra se inverte, ou seja, a responsabilidade é objetiva, já que não precisa estar presente o elemento subjetivo. Estando presentes o dano e o nexo de causalidade, via de regra, o fornecedor será responsabilizado.

O Código de Defesa do Consumidor traz uma exceção à responsabilidade objetiva no que tange ao profissional liberal. Esses profissionais, como médicos, dentistas, advogados, contadores, caso trabalhem como autônomos, para haver a responsabilização desses fornecedores nas relações de consumo, o consumidor terá que demonstrar a ocorrência dos três elementos da responsabilidade, a saber, dano, nexo de causalidade e dolo ou culpa, e não apenas os dois primeiros, como ocorre na regra geral da responsabilidade do fornecedor.

Todavia, se o profissional assumiu uma obrigação de resultado, poderá ser responsabilizado sem a demonstração de dolo ou culpa. Como exemplo, podemos citar a cirurgia plástica estética. Em regra, o médico que efetua uma cirurgia plástica estética, assume a obrigação de deixar o paciente que a ele se submete em melhor estado do que antes da cirurgia, assumindo uma obrigação de resultado. Na ocorrência de resultado diverso daquele esperado pelo paciente, em tese, o médico será responsabilizado, mesmo que não seja demonstrado se agiu com dolo ou culpa, pois isso é indiferente na responsabilidade objetiva.

Para Rizzatto Nunes, essa é outra forma de caracterizar a profissão dita liberal, qual seja, a de estabelecer que sua atividade não seja de fim, mas de meio. O profissional não assegura o fim de sua própria atividade. Não porque não deseje, mas porque não pode:

Assim, por exemplo, não pode – nem deve – um psiquiatra afirmar que irá obter a cura do problema mental de seu cliente. Da mesma maneira não pode – nem deve, nem tem condições objetivas – um advogado afirmar a seu cliente que este sairá vitorioso no julgamento pelo Júri do processo criminal. E, ainda, num terceiro exemplo, não pode – e não deve – o cirurgião dizer para o paciente não se preocupar porque a cirurgia de transplante de coração correrá bem e, sem nenhuma dúvida, o operado voltará à sua vida normal. (NUNES, 2008, p. 353).

O profissional liberal somente será responsabilizado quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. De acordo com o CDC, cabe ao profissional, provar em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.

3.2. As excludentes de responsabilização

As excludentes de responsabilidade estão previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor, de maneira que o fornecedor se exonera da responsabilidade de reparar o dano nos seguintes casos:

O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (CDC, art. 14, § 3º, I e II)

A reflexão inicial se atém no enunciado do parágrafo terceiro. A utilização do advérbio "só" não deixa margem a dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no parágrafo 3º do artigo 14, que são taxativas. Qualquer outra que não esteja ali tratada, desobriga o responsável pela prestação do serviço defeituoso.

Necessário se faz, portanto, compreender o inciso II, que trata das excludentes de responsabilização que recaem sobre o consumidor ou terceiro. Na primeira parte desse inciso, a norma desonera da obrigação de reparar o dano quando se tratar de culpa exclusiva do consumidor, ou seja, o consumidor sozinho causou o dano, não havendo nexo de causalidade. Nesse sentido, Rizzato Nunes é taxativo:

[...] a norma dispõe que o prestador do serviço não responde se provar culpa "exclusiva" do consumidor. Ressalte-se: culpa exclusiva. Se for caso de culpa concorrente do consumidor (por exemplo, o serviço não é bem executado e há também culpa do consumidor), ainda assim o prestador do serviço tem a responsabilidade de reparar integralmente os danos causados. Apenas se provar que o acidente de consumo se deu por culpa exclusiva do consumidor é que o prestador do serviço não responde. O termo "provar" significa que o ônus de produzir essa prova é do prestador do serviço. (Rizzato Nunes, 2008, p.315)

Já na segunda parte, o legislador prevê a exclusão de responsabilidade quando a culpa for exclusiva de terceiro, ou seja, quando um terceiro sozinho, causou o dano, não havendo nexo de causalidade. Da mesma forma, o comerciante varejista ou atacadista de que trata o Código de Defesa do Consumidor, não poderá ser considerado terceiro porque é parte integrante do ciclo de fornecimento do produto ou do serviço:

Assim, repita-se, o prestador do serviço só não responde se o acidente for causado por terceiro autêntico. Assim, no caso da queda do avião, a exclusão por culpa do terceiro se daria, por exemplo, se o avião fosse derrubado por um foguete e não porque

o motor sofreu pane. (RIZZATO NUNES, 2008, p. 317).

É prudente salientar que o Código de Defesa do Consumidor não proíbe o fornecimento ou comercialização de produtos ou serviços perigosos, apenas exige do fornecedor, que sejam disponibilizadas ao consumidor, de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa, todas as informações de uso adequado do produto ou serviço. (CDC, art. 31). Se o consumidor é negligente, não se pode premiar sua falta de diligência, responsabilizando quem não contribuiu para o evento danoso.

4. Hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor

É consenso entre os doutrinadores a atribuição de hipossuficiência ao consumidor, já que, em uma relação consumerista, o consumidor assume o lado mais fraco da relação. No entanto, há equívocos e controvérsias quanto ao uso indiscriminado desse termo, quando na verdade, o que o CDC reconhece é o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

De acordo com o dicionário Aurélio, hipossuficiente é aquela pessoa que é economicamente muito humilde, desprovida de recursos financeiros, que não é autossuficiente. Já a vulnerabilidade, decorre do fato de o consumidor ser o elemento mais fraco da relação consumerista, por não dispor do controle sobre a produção dos produtos. Destarte, não se deve confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência do consumidor. De acordo com Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores. (BENJAMIN, 1991, pp.224-225)

Na seara consumerista, a vulnerabilidade implica um olhar mais aprofundado no reconhecimento destas desigualdades, haja vista que o fornecedor não é só aquele que produz os bens e os disponibiliza, mas há um marketing social feito pelo capital, que impulsiona, que compele o cidadão a consumir para que este se sinta incluído na sociedade. Nesse sentido, o CDC, deve ser utilizado para munir o consumidor das ferramentas necessárias para estar no mesmo patamar de igualdade jurídica frente aos fornecedores.

5. Inversão do ônus da prova nas relações consumeristas.

O Código de Processo Civil, estabelece que é do réu o ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. Assim para estabelecer uma igualdade entre as partes na relação de consumo, e ainda, baseado na hipossuficiência do consumidor, o CDC estabelece em seu art. 6º, VIII, que é um direito do consumidor a

facilitação da defesa dos seus direitos diante do juiz, incluindo a inversão do ônus da prova a favor do mesmo, quando, no processo civil, a critério do juiz, for verossímil a alegação, ou ainda, quando for o consumidor hipossuficiente.

Para que ocorra a inversão do ônus prova, deverá haver a clara hipossuficiência, que no contexto do CDC, ocorre quando o consumidor se encontra em posição inferior ao fornecedor, estando em desvantagem não apenas econômica, mas geral em relação ao fornecedor, tendo assim dificuldades para comprovar que suas alegações são verídicas.

Na prática, isso tem inúmeros reflexos nas relações de consumo. O fato do consumidor não ter que comprovar o elemento subjetivo para ser indenizado lhe traz, certamente, benefícios significativos. Tomemos como exemplo o caso em que o consumidor adquire uma moto zero quilômetro com problemas no motor. Se ele tivesse que provar que a empresa teve a intenção de fabricar o veículo com aquele problema (dolo) ou mesmo que a empresa agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ficaria muito mais difícil ser ressarcido pelos danos ocasionados. Assim, para a inversão das provas é importante que estejam presentes a verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor, como ensina o Professor Humberto Theodoro Junior que diz:

Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal. (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 134).

Ainda, mesmo que constatada a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações do consumidor, fica a critério do juiz a inversão do ônus da prova, podendo assim o juiz, se achar necessário, seguir o disposto no Código de Processo Civil, que poderá ser feita de ofício pelo juiz ou requerida pela parte.

Porém, há divergência da doutrina quanto ao momento adequado para se aplicar as regras de inversão do ônus da prova, destacando duas correntes: A regra de procedimento e a regra de julgamento. Os doutrinadores adeptos da regra de julgamento acreditam que, o momento correto para inversão da prova seria anterior a sentença, para que o fornecedor tenha direito de se defender, exercendo assim o devido processo legal e preservando o contraditório. Assim entende Humberto Theodoro Junior:

No art. 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. [...] É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 333 do CPC em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se

pleiteiam e se produzem os elementos de sua convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será a consequência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte. (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 140 e 141).

Há posição nesse sentido do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

[...] - A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. (STJ. REsp 881651/BA. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento: 10/04/2007. Votação Unânime)

Já os defensores da corrente da regra de julgamento, defendem que a inversão do ônus da prova deve ser declarada em sentença, já que trata-se de favorecimento da defesa do consumidor e assim, ao não produzir a prova, o fornecedor assumirá um risco por não produzi-la. Nesse sentido, não há para esta corrente qualquer contradição ao princípio do devido processo legal, pois a parte teve, em momento processual determinado, a oportunidade de produzir provas e não o fez. Adepto a esta corrente, diz José Geraldo Brito Filomeno, na obra de Ada Pellegrini, que a inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. (GRINOVER, 2001, p. 130).

Ainda há posição do Superior Tribunal de Justiça, que contradiz julgado anterior, se manifestando a favor da regra de julgamento:

[...] A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. – Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal. (Resp. 949.000/ES, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 27/03/2008).

Por se tratar de uma exceção prevista em lei, a corrente majoritária segue a regra de procedimento, entendendo que deve a parte ter direito a se manifestar quanto à inversão do ônus da prova, e assim poder produzir as provas que achar necessário para sua defesa.

6. As controvérsias quanto ao enquadramento legal

Diante do exposto, nota-se que a sociedade brasileira tem à sua disposição, uma norma de proteção consumerista extremamente eficiente e eficaz, respaldando o consumidor final da tirania do poder econômico, aqui representado pelo fornecedor do produto ou serviço.

No entanto, pelo fato de a incumbência da aplicação das normas no caso concreto competir ao magistrado, e esse, pessoa humana, com sua bagagem de conhecimentos e experiências, acumulados através de valores e crenças peculiares, o resultado nem sempre se mostra uniforme. Prova disso, é a quantidade de julgados disponíveis nas jurisprudências dos tribunais brasileiros, modificando sentenças de juízes singulares:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - FORO DE ELEIÇÃO - NULIDADE - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PESSOA FÍSICA - VULNERABILIDADE. Ainda que não fosse o Agravante destinatário final do produto, nos termos do caput do art. 2º do CDC, a vulnerabilidade econômica, técnica e fática em relação à outra parte autoriza, excepcionalmente, a aplicação da legislação consumerista, pois a finalidade desta legislação é tutelar o direito daqueles que estejam em posição vulnerável, ou seja, proteger o mais fraco nas relações mercadológicas, nos termos do art. 4, inc. I, CDC. (Agravado de Instrumento nº 1.0024.12.279387-0/001, Câmaras Cíveis/18ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator Desembargador Mota e Silva, Julgado em 28/05/2013, publicado em 05/06/2013).

A ementa acima apresenta fato clássico e cotidiano nas comarcas de primeira instância. O juiz singular, ao sentenciar o litígio, não reconhece se tratar de relação consumerista, incorrendo o consumidor em desgaste, tendo que utilizar-se do princípio do duplo grau de jurisdição na tentativa de modificar a sentença.

Observa-se que o agravante celebrou contrato de revenda e outras avenças com a agravada, com o objetivo de revender os produtos alimentícios fabricados pela mesma. Entretanto, sustentando descumprimento contratual, o agravante ajuizou ação de indenização de danos morais e materiais em face da agravada, que apresentou exceção de incompetência com relação ao foro eleito para dirimir as dúvidas decorrentes do contrato de revenda. A MMª. Juíza de primeira instância acolheu a exceção de incompetência ao fundamento de não haver relação de consumo entre as partes.

Ora, a parte agravante, revendedora no contrato, é pessoa física, o que demonstra a sua qualidade de consumidora. Ainda que se utilize dos produtos como insumos, e se admita a existência de contrato firmado entre empresários, verifica-se que a aplicação do CDC se deve em razão da vulnerabilidade do adquirente, já que o agravante é empresário individual e não possui grandes rendimentos, demonstrando a sua vulnerabilidade em relação à agravada.

O tribunal, na análise recursal, entendeu que tal relação em discussão é regida pelas normas e princípios consumeristas, com patente hipossuficiência do consumidor,

adotando o entendimento dos maximalistas, que veem nas normas do Código de Defesa do Consumidor, o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional.

Nesse sentido, a regra do art. 2º do CDC deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do referido diploma legal. Só uma interpretação teleológica do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os consumidores equiparados, os quais por determinação legal merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação, sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

Neste caso, embora o agravante utilize o produto como insumo à sua atividade empresarial, o faz numa condição muito inferior à apresentada pela outra parte contratante, ou seja, se encontra tão vulnerável ao fornecedor que sequer lhe é permitido discutir as cláusulas da avença. Demonstra-se, assim, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso para reformar a decisão agravada. Situação semelhante se verifica em outro julgado, também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - RECONHECIMENTO - CDC - APLICABILIDADE - FORO ESPECIAL - DOMICÍLIO - CONSUMIDOR - MANUTENÇÃO - DECISÃO REFORMADA. É imperiosa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação de consumo demonstrada nos autos, a fim de que seja permitida e facilitada a defesa de direitos pelo economicamente mais fraco, equilibrando-se, pois, a relação firmada. A norma do inciso I do art. 101 do Código Consumerista merece interpretação sistemática e constitucionalmente adequada, para que seja entendida como uma prerrogativa, uma faculdade do consumidor, a escolha do seu domicílio para a propositura da ação, e não uma imposição, o que desvirtuaria toda a ordenação jurídica acima referenciada. (Agravo de Instrumento nº 1.0384.12.002185-0/001, Câmaras Cíveis/16ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Sebastião Pereira de Souza, Julgado em 29/05/2013, publicado em 14/06/2013).

A lide nessa sentença se refere ao foro competente para julgá-la, tendo o agravante se valido da prerrogativa que lhe é conferida pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência e o ordenamento jurídico admitem o afastamento da cláusula de eleição de foro quando esta se mostrar abusiva, dificultando a defesa do aderente.

O artigo 3º § 2º do CDC define a prestação de serviço abrangido por suas disposições como a atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes

de caráter trabalhista. Assim, não há questionamento que o serviço prestado pelo agravado enquadra-se na definição do estatuto consumerista.

O próprio CDC garante a propositura da ação no foro do domicílio do autor, nas ações de responsabilidade civil do prestador de serviço. A norma do inciso I, art. 101 do código consumerista, merece interpretação sistemática e constitucionalmente adequada, para que seja entendida como uma prerrogativa, uma faculdade do consumidor, a escolha do seu domicílio para a propositura da ação, e não uma imposição, o que desvirtuaria toda a ordenação jurídica mencionada. O MM. Desembargador relator inferiu a imposição da competência do foro mais benéfico ao consumidor votando pela reforma da decisão agravada, julgando improcedente o pedido formulado na exceção de incompetência e mantendo o regular prosseguimento do feito no juízo escolhido pelo consumidor.

Após analisar esses dois casos de recentes julgados, meramente exemplificativos, onde o Tribunal entendeu se tratar realmente de relação consumerista, optou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e reformou a decisão, veja outros dois julgados, também extraídos da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde o entendimento dos desembargadores foi justamente o contrário, ou seja, não ser possível aplicar o CDC:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. INVERSÃO DOS ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I - Embora o diploma consumerista seja aplicável às instituições financeiras, consoante assevera a Súmula nº 297 do Eg. STJ, a sua incidência limita-se às operações que envolvam destinatários finais dos produtos e serviços fornecidos por estas instituições, não abrangendo operações de financiamento que tenham por objetivo o fomento da atividade econômica. II - Afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é inviável a inversão do ônus no caso concreto, devendo, em razão da garantia constitucional do devido processo legal, que ampara a ambos os litigantes, serem observadas as normas pertinentes à atividade probatória constantes do CPC. SÚMULA: "Deram provimento ao recuso". (Agravado de Instrumento nº 1.0702.12.001157-3/001, Câmaras Cíveis/17ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Leite Praça, Julgado em 21/02/2013, publicado em 04/03/2013).

A ementa acima, transcrita trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou a inversão do ônus da prova no processo de origem, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor. Sustenta o agravante a ausência dos requisitos necessários ao deferimento de inversão do ônus da prova, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. O MM. Desembargador relator entendeu ser inaplicável as normas previstas no CDC, já que, embora o diploma consumerista seja aplicável às instituições financeiras, a sua incidência limita-se às operações que envolvam destinatários finais dos produtos e serviços fornecidos por estas instituições, não abrangendo operações de financiamento que tenham por objetivo o fomento da atividade econômica, como o caso em questão.

Em sua justificativa, considerou ainda que os contratos de empréstimo, celebrados entre as partes, referem-se à concessão de crédito para capital de giro de pessoa jurídica, entendendo não ser a agravada consumidora final, já que os serviços bancários contratados apenas visaram implementar a atividade lucrativa, dando provimento ao recurso para revogar a decisão que inverteu os ônus da prova. Ora, se o juízo singular já havia entendido estarem presentes na relação, causa espanto o Tribunal modificar a decisão e não considerar a vulnerabilidade do consumidor. Destaque a outra súmula nesse mesmo sentido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVERSÃO ÔNUS DA PROVA - PERÍCIA - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - CUSTEIO - REGRA DO ART. 33, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECISÃO CASSADA - RECURSO PROVIDO. Não se enquadrando o agravado no conceito de consumidor final, conforme preceitua o art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica ao caso *sub judice* a lei consumerista. Desta forma, não pode ser aplicado o instituto da inversão do ônus, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser cassada a decisão hostilizada, arcando a parte que requereu a perícia com os honorários periciais, nos termos do art. 33, do Código de Processo Civil. SÚMULA: "Deram provimento ao recurso". (Agravado de Instrumento nº 1.0019.12.001764-5/001, Câmaras Cíveis/13ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Newton Teixeira Carvalho, Julgado em 18/04/2013, publicado em 26/04/2013).

Nesse último julgado, a agravante alegou em suas razões recursais não se tratar de relação de consumo, já que adquiriu crédito através de cessão onerosa, em operação de fomento mercantil, não se enquadrando o agravado no conceito de destinatário final. Alegou ainda, não ter o magistrado fundamentado sua decisão, não apontando os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova. Com essas alegações, requereu o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada, reconhecendo a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor.

O relator entende não haver relação de consumo na lide, conforme sentenciada pelo juiz singular de primeira instância, já que a dívida executada teve origem em contrato de fomento mercantil, não se enquadrando o agravado no conceito de consumidor final, dando provimento ao recurso para cassar a decisão agravada, modificando a sentença singular.

Percebe-se claramente ter o douto desembargador se embasado na teoria finalista, portanto restrita, considerando como consumidor somente aquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio ou de sua família, não podendo adquiri-lo para revenda ou uso profissional. Portanto, conforme elucidado em linhas anteriores, o relator se desviou da corrente majoritária utilizada pelos aplicadores do direito, que é a teoria finalista mitigada. Destarte, mister salientar não haver consenso quanto a aplicação da norma consumerista, argumento devidamente justificado com as transcrições das súmulas *supra*.

7. Considerações finais

Diante de exaustivas reflexões, embasamentos em doutrinadores consagrados na seara consumerista e súmulas recentes, sem a intenção de esgotar o tema, delineou-se o atual cenário no que tange aos enquadramentos legais utilizados pelos aplicadores do direito em litígios negociais. O consumidor sai prejudicado, já que a definição da aplicação ou não da norma consumerista está atrelada à corrente adotada pelo magistrado. Nem sempre se utiliza a corrente finalista mitigada, majoritariamente consenso entre os doutrinadores.

O objetivo principal que norteia qualquer relação negocial, e porque não dizer, consumerista, é a completa satisfação do vendedor e do comprador. Entretanto, torna-se cada vez mais comum, queixas de consumidores que reclamam do pós-venda das empresas, argumentando que no momento da venda, o fornecedor se demonstrou extremamente solícito, mas consolidado o negócio, se furta a solucionar o problema.

Também para isso, o legislador previu no artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor, a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, em que contará o poder público com alguns instrumentos, como manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; instituição de promotorias de justiça de defesa do consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de juizados especiais de pequenas causas e varas especializadas para a solução de litígios de consumo e concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

Nos casos envolvendo o consumidor, que é a parte mais vulnerável na relação, sua completa satisfação com a aquisição do produto ou serviço, está condicionada ao negócio pleno. Havendo litígio, urge que o consumidor tenha seu correto enquadramento em juízo como destinatário final, à luz da teoria finalista mitigada, tendo a solução do conflito apaziguada com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos. **Código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Cartilha do Consumidor**, Brasília, 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 881651/BA**. Recorrente: Cea Modas Ltda. Recorrido: Nilce Pereira do Vale. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Acórdão julgado em: 10.04.2007. Votação unânime.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 949.000/ES**. Terceira Turma. Recorrente: Hypofarma Instituto de Hypodermia e Farmácia. Recorrido: Maria

Lucília Costa. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão julgado em 27.03.2008. Votação unânime.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Cíveis Isoladas/13ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0144.12.001381-4/001**. Apelante: Banco Santander (Brasil) S/A. Apelado: Rogério Antônio Bueno. Relator: Desembargador Alberto Henrique. Acórdão julgado em 21.02.2013 e publicado em 01.03.2013. Votação unânime.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Cíveis/13ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1.0019.12.001764-5/001**. Agravante: Redfactor Factoring e Fomento Comercial S/A. Agravado: Camilo de Lellis Borges. Relator: Desembargador Newton Teixeira Carvalho. Acórdão julgado em 18.04.2013 e publicado em 26.04.2013. Votação unânime.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Cíveis/16ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1.0384.12.002185-0/001**. Agravante: Carlos Alberto Bartole Paixão Vieira. Agravado: Minas Tuck Associação de Veículos Pesados. Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Acórdão Julgado em 29.05.2013 e publicado em 14.06.2013. Votação não unânime.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Cíveis/17ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1.0702.12.001157-3/001**. Agravante: Banco Fibra S/A. Agravado: TJ Logística e Distribuição Ltda. Relator: Desembargador Leite Praça, Acórdão julgado em 21.02.2013 e publicado em 04.03.2013. Votação não unânime.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Cíveis/18ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.279387-0/001**. Apelante: Telemar Norte Leste S/A. Apelados: Telemar Norte Leste S/A, Madeireira Caus Ltda, Linknett Comercio e Serviços de Telecomunicações Ltda. Relator: Desembargador Mota e Silva. Acórdão julgado em 28.05.2013 e publicado em 05.06.2013. Votação unânime.

_____. Universidade de São Paulo. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 14 jun. 2013.

CAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2649327>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

ESTRELLA, Anderson Ferreira. **Direito do consumidor: teoria geral do direito do consumidor**. Apostilas utilizadas na disciplina Direito do Consumidor do curso de Direito da UNITRI, Centro Universitário do Triângulo. Disponível em: <http://ead.unitri.edu.br/pluginfile.php/622/mod_resource/content/5/uni1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

ZANON, José Antônio. **Direitos do consumidor e a responsabilidade dos fornecedores**. Campinas: Copola Livros, 1996.