



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

ANDERSON BORGES SANTOS

**VÍCIO EM PRODUTO PROMOCIONAL: INTEGRAÇÃO DA VANTAGEM
ECONÔMICA OFERTADA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DO CONSUMIDOR**

**JOÃO PESSOA
2020**

ANDERSON BORGES SANTOS

**VÍCIO EM PRODUTO PROMOCIONAL: INTEGRAÇÃO DA VANTAGEM
ECONÔMICA OFERTADA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Adaumirton Dias Lourenço

**JOÃO PESSOA
2020**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S237v Santos, Anderson Borges.

Vício em produto promocional : integração da vantagem econômica ofertada ao patrimônio jurídico do consumidor / Anderson Borges Santos. - João Pessoa, 2020.

71 f.

Orientação: Adaumirton Dias Lourenço.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Vício em produto promocional. 2. Vantagem econômica da oferta. 3. Vinculação da oferta. I. Lourenço, Adaumirton Dias. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

ANDERSON BORGES SANTOS

VÍCIO EM PRODUTO PROMOCIONAL: INTEGRAÇÃO DA VANTAGEM ECONÔMICA OFERTADA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Adaumirton Dias Lourenço

DATA DA APROVAÇÃO: 07/12/2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Me. ADAUMIRTON DIAS LOURENÇO
(ORIENTADOR)**

**Prof^a. Me. ADRIANA DE ABREU MASCARENHAS
(AVALIADORA)**

**Prof^a. Dr^a. MARIA GORETTI DAL BOSCO
(AVALIADORA)**

A meus pais, *in memoriam*
origem de todas as minhas forças.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais Anunciada Borges e José Sulpino, *in memoriam*, pela base educacional e por me apoiarem incondicionalmente, sempre me motivando e colaborando para que eu atingisse meu objetivo. Sempre estarão comigo.

Aos meus irmãos Joseane, Bráulio e André que torcem junto a cada fase da vida, e ensinam diariamente o verdadeiro sentido de irmandade.

A Gilberto Sobrinho, todo o amor. Agradeço por sempre acreditar em mim e me ajudar a evoluir.

A todos os amigos e colegas, em nome de Anderson Medeiros e Thayse Lima que sabem exatamente o que esse fechamento de ciclo na minha vida significa. Gratidão por subirem comigo todos os degraus no caminho. Não importa o quão longe estejamos fisicamente, não há como estarmos mais próximos em sintonia.

Ao professor e orientador Adaumirton Lourenço, meus sinceros agradecimentos, pelas lições acadêmicas e orientações demonstradas na elaboração deste trabalho de conclusão. Sua paciência e disponibilidade fizeram toda a diferença, especialmente no contexto inédito de adaptação vivenciado, diante da maior pandemia do século.

À equipe de coordenação, demais professores e profissionais do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, por toda a dedicação e atenção dispensadas, nos momentos de incertezas, dificuldades e de alegria.

RESUMO

A presente monografia discorre acerca da responsabilidade civil nas relações de consumo, tendo como objetivo responder a seguinte questão: Diante do vício do produto promocional, pode o consumidor, no exercício das alternativas dispostas no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), exigir a manutenção do benefício econômico representado pelo desconto oferecido na aquisição desse produto? Para tanto, como metodologia, fez-se uso das pesquisas teórica, qualitativa e descritiva. Na abordagem do tema deu-se preferência ao método hipotético-dedutivo. Utilizou-se ainda o método de procedimento histórico. Quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizadas as modalidades bibliográfica e documental indireta. O presente trabalho apresenta fundamentos constitucionais do CDC, conceitos doutrinários, legais e jurisprudenciais sobre alguns dos principais institutos relacionados ao tema da responsabilidade civil nas relações de consumo, bem como princípios como o da boa-fé e da vulnerabilidade do consumidor e a relação existente com direitos básicos de proteção. Aborda a teoria da qualidade, discorrendo sobre a distinção entre vício e defeito, além das principais características dos vícios em produtos. Apresenta as alternativas disponíveis aos consumidores quando envoltos numa relação consumerista onde se verifique como objeto um produto viciado. Finalmente, demonstra-se o conceito de oferta, sua importância e poder de vinculação para com o fornecedor, além de serem realizadas apontamentos sobre a questão do vício em produto promocional e a integração da vantagem econômica auferida ao patrimônio jurídico do consumidor. Tem-se concluso que o entendimento da referida inclusão pode ter justo fundamento, havendo linhas interpretativas da legislação consumerista favoráveis à sua concretização. Com a apresentação dessa viabilidade devidamente fundamentada, considera-se cumprido o objetivo do presente estudo.

Palavras-chave: Vício em produto promocional. Vantagem econômica da oferta. Vinculação da oferta.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ELEMENTOS GERAIS DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	11
2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR	12
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO	16
2.2.1 <i>Do princípio da vulnerabilidade do consumidor.....</i>	17
2.2.2 <i>Do princípio da boa-fé nas relações de consumo</i>	21
2.3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	23
2.3.1 <i>Do direito básico à proteção da vida, saúde e segurança</i>	24
2.3.2 <i>Do direito básico à liberdade de escolha.....</i>	26
2.3.3 <i>Do direito básico à informação</i>	27
2.3.4 <i>Do direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos.....</i>	30
3 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO.....	33
3.1 TEORIA DA QUALIDADE DO PRODUTO: DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO E DEFEITO	34
3.2 CARACTERIZAÇÃO DO VÍCIO DO PRODUTO	38
3.3 ALTERNATIVAS DO CONSUMIDOR DIANTE DO VÍCIO DO PRODUTO	42
4 PONDERAÇÕES SOBRE O VÍCIO DO PRODUTO PROMOCIONAL.....	49
4.1 OFERTA E VINCULAÇÃO DO FORNECEDOR	49
4.2 GARANTIA DA VANTAGEM ECONÔMICA OFERTADA EM CASO DE VÍCIO DO PRODUTO PROMOCIONAL.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

Algumas relações estabelecidas no mercado de consumo caracterizam os produtos como seus objetos, complementando a ligação entre fornecedores e consumidores. O direito consumerista brasileiro busca garantir que tais ligações se concretizem de forma justa e pacífica e também apresenta soluções efetivas para as demandas conflituosas, com fito de satisfazer as necessidades de ambos os partícipes em todo o processo de aquisição de produtos ou serviços.

Dessa forma, os produtos devem ser comercializados pelos fornecedores, de modo que se respeite os parâmetros estabelecidos pela legislação em todas as fases do seu decorrer, o que significa cuidar não apenas do aspecto físico dos produtos, mas também da devida veiculação de informações a seu respeito. As promoções e ofertas de produtos possuem íntima relação com as necessidades de conhecimento e informações experimentadas pelos consumidores. Não raro, encontram-se no mercado de consumo a promoção de produtos que não atingem satisfatoriamente os critérios básicos esperados para a sua comercialização. Assim, o direito do consumidor busca regular as estratégias que tornem justo o processo de aquisição de produtos de modo que se alcance a legítima expectativa do consumidor concebida inicialmente.

O tema se apresenta como juridicamente relevante à medida que o sistema de responsabilidade civil do direito consumerista brasileiro dispõe de cláusulas gerais que orientam e determinam direitos e obrigações a todos os envolvidos nas relações de consumo, apontando, no caso de aparecimento de vícios em produtos, as direções a serem tomadas. Essa situação pode dar ensejo a outras questões relacionadas aos produtos promocionais que demandam novos interesses passíveis de tutela.

Surgem, perante às intempéries do mercado de consumo de produtos promocionais, fatores economicamente importantes, especialmente aos consumidores que verificam nestes a presença de vícios de qualquer natureza. Paire sobre tal situação a problemática central do presente trabalho que consiste na questão: diante do víncio do produto promocional, pode o consumidor, no exercício das alternativas dispostas no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, exigir a manutenção do benefício econômico representado pelo desconto ofertado na aquisição desse produto?

Para entender a viabilidade do presente questionamento, como metodologia, fez-se uso da pesquisa com base teórica, por meio da revisão bibliográfica, sendo também uma pesquisa qualitativa para conseguir profundidade sobre a natureza dos fenômenos envolvendo as relações de consumo e descriptiva ao passo que traz exemplos e expõe implicações que convidam às reflexões sobre o tema. A pesquisa se desenvolve, ainda, por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, visto que procura construir raciocínios que se estruturam a partir de interpretações e hipóteses. Quanto aos métodos de procedimento, utilizou-se o método histórico, ao se demonstrar diferentes contextos percorridos pela legislação consumerista pátria, da necessidade de seu surgimento à sua consolidação. Ademais, quanto às técnicas de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta, fazendo uso de importantes produções e publicações nacionais, portanto, bibliográfica e também documental, de modo que se buscou posicionamentos jurisprudenciais com análises e citações de leis sobre o assunto.

A pesquisa acadêmica resultou neste trabalho que se divide em três capítulos. Primeiramente, busca-se apresentar elementos mais gerais da defesa do consumidor brasileiro, as bases constitucionais e seus fundamentos, assim como alguns dos princípios norteadores das relações de consumo e os principais direitos básicos dos consumidores que guardam intimidade com o tema em tela, com a devida referência à importância de seus efeitos protetivos em meio à sociedade de consumo. É realizada de forma ampla uma exposição sobre a integração das disposições constitucionais com o Código de Defesa do Consumidor e as características que permitem caracterizá-lo como lei principiológica, além de demonstrar os elementos essenciais à configuração da relação de consumo e suas consequências práticas, com base na legislação consumerista pátria, sendo ainda abordados os princípios e direitos básicos consumeristas como meios de dirimir a vulnerabilidade do consumidor.

O segundo capítulo cuida em apresentar um panorama da responsabilidade civil pelo vício do produto no direito do consumidor, apresentando importantes institutos relacionados ao tema, a exemplo da teoria da qualidade, da distinção entre vício e defeito e suas, com foco nas características dos vícios em produtos e na apresentação das alternativas disponíveis aos consumidores quando envoltos numa relação consumerista cujo objeto seja um produto viciado.

No terceiro capítulo aparece a abordagem do problema da presente pesquisa. Primeiramente, são realizados alguns apontamentos gerais o conceito de oferta, onde

se dá prioridade às questões sobre o seu poder de vinculação do fornecedor, com base na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias. Finalmente, reserva-se espaço para explicações que dizem respeito à possibilidade de garantia ao consumidor para ter incorporada no seu patrimônio jurídico a vantagem econômica ofertada quando da aquisição de um produto promocional com vício.

2 ELEMENTOS GERAIS DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Pode-se afirmar que o direito faz parte de um processo social de contínua transformação e deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, bem como que situações conflituosas estão ligadas diretamente às condições humanas e sociais, o que não poderia acontecer de forma diferente em relação aos direitos do consumidor.

No século XX, instaurou-se o modelo de produção em massa com a fabricação de produtos e ofertas de serviços padronizados e em grande escala, como nunca antes visto na história. Após a Segunda Guerra Mundial, o projeto de produção capitalista tomou enorme proporção e aumentou com o advento das tecnologias de ponta, com os sistemas telefônicos, eletrônicos, de automação, da robótica, da computação, etc., até os dias atuais (NUNES, 2015, p. 160).

O fenômeno da globalização em meados de 1990 praticamente completou seu ciclo, atingindo quase todo o planeta. Tal sistema de produção desencadeou a necessidade de ajuste das novas formas de relações jurídicas para a transação de bens e não podia o direito, portanto, ficar à margem desse processo, tendo seguido, em certa medida, a tendência da produção em série (NUNES, 2015, p. 160).

A legislação consumerista seguiu o desenvolver das relações de consumo que estão em constante dinamicidade para que se atenda aos anseios de defesa do consumidor. Essa proteção, conforme ensina José Geraldo Filomeno (2018, [p.47]), é interesse não apenas para as instituições públicas ou privadas, estatais ou não, mas demanda preocupação para além das entidades que lidam com essa proteção, ou seja, interessa a todos, sem exceções, na medida que diariamente exercem o ato de consumir. O consumo, como veremos, é uma prática cotidiana.

Nada obstante, o consumo ocorre, na maioria das vezes, em torno de uma relação em que são identificadas desigualdades importantes. Assim, segundo Bruno Miragem (2016, p. 60), “a doutrina consumerista desde sempre argumenta que ao estabelecer-se proteção específica ao consumidor, o que se promove é a equalização, por meio do direito, de uma relação faticamente desigual”.

Nesse sentido, nos tópicos seguintes será demonstrada a base constitucional da defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os principais mecanismos de sua efetivação, relacionados às categorias de princípios e direitos pertencentes ao sistema de proteção consumerista, por meio das perspectivas teóricas que nortearam a concretização do presente estudo.

2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição da República estabelece em seu art. 5º, caput, e inc. XXXII, o dever estatal de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em disposições do Capítulo I "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", do Título II, "Dos direitos e garantias fundamentais". O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um dos mais importantes instrumentos jurídicos no Brasil e visa efetivar tal proteção, funcionando como uma base estrutural do sistema de direitos na seara consumerista.

Primeiramente, não é exagero dizer que a grande maioria dos autores consideram o art. 5º da Constituição Federal como um dos mais importantes da Carta Magna, isso porque assim pensou também o constituinte, pois no art. 60, §4º, IV, da Constituição, estabeleceu a impossibilidade de apresentação de emenda constitucional que objetive extinguir os direitos e garantias individuais (previstos no art. 5º), dentre os quais se encontra a proteção dos consumidores pelo Estado (SODRÉ, 2007, p.165).

O constituinte brasileiro assegurou que os direitos do consumidor se estabelecessem como direito e princípio fundamental, além de ter determinado que o legislador concretizasse a ideia de um sistema com caráter normativo que garantisse a proteção determinada pela Constituição Federal de 1988. O Código de Defesa do Consumidor provém da obediência à expressa determinação da Constituição (artigo 48 do ADCT). Tanto na consagração da defesa do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, XXXII da Constituição Federal), quanto na sua concretização como princípio da ordem econômica (artigo 170, V, também da Constituição), identifica-se o consumidor como um sujeito específico, detentor de um direito subjetivo constitucional. A referência à relação de consumo, como realiza o CDC, constitui uma estratégia legislativa para essa identificação e determinação da proteção objetivada pelo Código (MIRAGEM, 2016, p. 50-51).

Para Sodré (2007, p. 165) o art. 170 da Constituição deixa claro como podem ser visualizados os limites da defesa do consumidor oferecida pelo Estado, isso porque o constituinte consolidou tanto a livre iniciativa, quanto a defesa do consumidor como princípios da ordem econômica e, por isso, devem, conjuntamente, ser compatibilizados. O autor afirma que a livre iniciativa não é tão livre assim, pois deve ser exercida de modo a não lesar o consumidor, bem como que, na contrapartida, a

defesa aos consumidores, que deve ser exercida pelo Estado, também deve respeitar a ordem econômica, ou seja, não pode inviabilizar o exercício da atividade econômica.

É interessante dizer que este é um dos reflexos da constitucionalização do direito civil que se apresentam de forma mais contundente a partir da Constituição de 1988, tal incorporação de relações jurídicas privadas no texto constitucional fez com que se desencadeasse uma maior proteção de direitos dos sujeitos de relações jurídico-privadas, comportando uma mudança qualitativa de *status* desses direitos que se caracterizam como subjetivos de matriz constitucional, significando um alargamento na tutela dos direitos fundamentais e seguindo com determinações de providências constitucionais mais sólidas (MIRAGEM, 2016, p. 53).

Sobre a colocação do Código consumerista no ordenamento jurídico brasileiro, Filomeno (2018, p. 57) o apresenta como um microssistema jurídico que possui seus próprios princípios norteadores, como o da vulnerabilidade do consumidor, entendendo ainda como uma de suas importantes características a multidisciplinaridade, dada a relação que mantém com diversos outros ramos do direito, a exemplo da responsabilidade civil nas relações de consumo.

A forma de ingresso do Código de Defesa do Consumidor no sistema jurídico brasileiro e a relação do CDC com a Constituição Federal, reforçam o seu status de lei principiológica, com força normativa capaz de atingir toda e qualquer relação de consumo, ainda que a situação fática encontre também respaldo em outra norma infraconstitucional (NUNES, 2019, p.101). Em todo esse entorno jurídico, pode-se afirmar que o atendimento às normas que disciplinam os direitos do consumidor concretiza o cumprimento do já citado dever estatal de proteção e defesa.

É por esta razão que a promulgação de um código foi prevista, por pressão do movimento de defesa dos consumidores, no ato das disposições constitucionais transitórias, em especial no seu art. 48. Motivo pelo qual é possível, também, afirmar que o Código de Defesa do Consumidor não é uma mera lei ordinária, mas uma lei principiológica, pois atende diretamente a um mandamento constitucional. Ela não ocupa um vazio legislativo, ela cumpre uma ordem de lei superior (SODRÉ, 2007, p. 166).

A previsão de promulgação do código de defesa do consumidor confirmada no art. 48 do ADCT o afirma como verdadeiro mecanismo que efetivou a disposição do art. 5º, XXXII da Constituição, que encontra referência ainda no art. 1º do CDC ao dispor que: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do

consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Tendo o exposto em mente, vale dizer que as relações consumeristas podem se configurar de inúmeras formas, podendo ser de ordem contratual, seguindo ritos mais formais ou mesmo de maneira completamente informal, ambas, porém, reservadas as devidas proporções, recebem da legislação consumerista o cuidado para que se firmem de maneira segura e justa, especialmente com relação ao consumidor. Com relação aos contratos de consumo, Paulo Lôbo (2020, p.33) explica que as últimas décadas do Séc. XX expressaram transformações profundas e importantes avanços nos mecanismos protetivos aos consumidores, processo histórico decorrente do desenvolvimento da sociedade de massa.

Tal cenário de expansão dos meios de defesa e proteção dos direitos dos consumidores agrupa vários aspectos, a exemplo da própria definição de consumidor que recebe tratamento diferenciado com a figura do consumidor equiparado trazido pelo CDC. Antes, contudo, cabe trazer a definição jurídica expressa no art. 2º do CDC que denomina como consumidor "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O parágrafo único do mesmo dispositivo realiza a equiparação considerando como tal a "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Para além do mencionado artigo, vale a leitura do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor que define o conceito de fornecedor.¹

Sobre a importância da definição de consumidor no art. 2º do CDC e sua condição de vulnerabilidade, e, ainda, sobre a sua relação com as formas de concretização da proteção às relações de consumo na atualidade, cabe trazer as palavras de Humberto Theodoro Júnior (2017, p.24):

É certo que vivemos em uma sociedade de consumo, onde as relações jurídicas são travadas em massa, por meio de contratos de adesão, previamente elaborados pelos fornecedores, sem qualquer possibilidade de negociação por parte do consumidor. Cabe a este, portanto, apenas aderir ou não ao instrumento que lhe é apresentado. Essa situação o coloca numa posição de evidente vulnerabilidade, justificando a proteção especial que o Código de Defesa do

¹ Art.3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Consumidor lhe confere. Eis o motivo pelo qual a conceituação de consumidor torna-se de extrema relevância

Da leitura da legislação, observa-se clara intenção de se buscar o equilíbrio das relações de consumo, ou seja, entre fornecedores e consumidores. Cabe ainda pontuar que tais relações têm como objeto o fornecimento de produtos e/ou serviços, cujas definições estão dispostas no art. 3º do CDC, respectivamente, nos parágrafos 1º e 2º, sendo considerado produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Como visto, o CDC pode ser visualizado como “instrumento catalisador de implementação de políticas públicas previstas nos princípios constitucionais; políticas estas disseminadas em diversas leis esparsas” (SODRÉ, 2007, p. 26).

Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno (2014, p. 16) ensina que:

[...] o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que um conjunto de normas inovadoras, em diversos aspectos do direito, é muito mais uma filosofia de ação, eis que traça uma política ou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido.

É, então, uma lei com firme base constitucional, de natureza inter e multidisciplinar que possui o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico, de modo que ao lado de princípios que lhes são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código relaciona-se com outras esferas do Direito e se atualiza, permitindo o exercício de novas interpretações a antigos institutos jurídicos. O CDC dispensa tratamento desigual aos desiguais (FILOMENO, 2019, p. 9).

Por todas as razões apresentadas e levando em consideração o art. 51, inc. XV do CDC, que prevê como puníveis com nulidade absoluta os casos de não cumprimento de suas disposições, mesmo por convenção entre as partes, seria um erro não considerar a forte carga de normatividade do CDC e sua intensa capacidade de determinação no ordenamento jurídico pátrio, mas o texto legal leva em consideração ainda alguns princípios que serão mencionados a seguir.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A preocupação em promover a harmonia entre as relações de consumo e proteger os principais protagonistas nelas envolvidos está presente em disposições constitucionais e infraconstitucionais. Além disso, encontra sua justificativa em princípios que possuem especial força no ordenamento jurídico e servem de orientação de ações no mercado de consumo, agindo tanto na prevenção de ilícitos, quanto, se consumados, nas soluções estabelecidas.

O 4º artigo do CDC é de grande importância para o direito consumerista pátrio, pois além de dispor acerca dos objetivos que orientam a política nacional de proteção ao consumidor, carrega também princípios que devem ser observados não apenas no processo de implementação de normas, mas em todas as fases das relações de consumo (GARCIA, 2016, p. 55).

Deste modo, nota-se uma relação de complementariedade entre os princípios mais evidenciados pela doutrina pátria e as normas existentes na seara consumerista. Exemplo disso, pode-se citar Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 56), quando explica que os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé, da informação, da segurança “permeiam todas as disposições do Código do Consumidor porque são verdades estruturantes de todo o seu sistema, que lhes dão unidade, harmonia, estabilidade e credibilidade”. De acordo com o autor, essa ligação entre os princípios dentro do sistema normativo gera um estado de maior segurança no mercado de consumo.

Sobre o prisma da proteção das normas consumeristas, merece menção o entendimento concordante com o exposto, verificado em julgado do Superior Tribunal de Justiça (2016) por ocasião do recurso especial nº 1.552.550/SP:

O direito consumerista pode ser utilizado como norma principiológica mesmo que inexista relação de consumo entre as partes litigantes porque as disposições do CDC veiculam cláusulas criadas para proteger o consumidor de práticas abusivas e desleais do fornecedor de serviços, inclusive as que proíbem a propaganda enganosa

Nota-se na citação acima a pertinência da preocupação com a defesa do consumidor e das relações de consumo em si, além da recorrente necessidade de evitar que fraquezas do mercado de consumo promovam situações injustas de forma preventiva. Rizzato Nunes (2019, p. 40) confirma tal importância ao deixar claro que “Esses princípios, que serão ligados a outros direitos e garantias fundamentais, [...]”

são necessários à correta interpretação de todas as normas constitucionais, bem como daquelas instituídas no CDC”.

Nesse sentido, faz-se oportuna a menção dos principais princípios norteadores das relações de consumo que se relacionam com o presente tema, assim como a explanação acerca das peculiaridades sobre a vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé nas relações de consumo e do princípio da harmonia e equilíbrio destas relações, para que fique clara a forma diante da qual se identifique a conciliação entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico.

2.2.1 Do princípio da vulnerabilidade do consumidor

Disposto no art. 4º, inc. I, do CDC, o princípio da vulnerabilidade do consumidor possui elevada importância para as relações consumeristas, pois não serve apenas para identificar o consumidor como a parte mais fraca, mas principalmente para proporcionar a devida proteção por parte da legislação. Segundo Nunes (2019, p. 122), a condição de vulnerabilidade pode decorrer de dois aspectos, sendo um de ordem econômica onde geralmente se observa que o consumidor possui menor capacidade econômica que o fornecedor e outro de ordem técnica, nesse caso, possui relação com conhecimento sobre os meios de produção.

Com relação ao que foi dito, contudo, como bem asseguram Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2020, p. 84), há que se reservar a devida cautela na utilização das denominações, pois o conceito de vulnerabilidade não deve ser confundido com o de hipossuficiência. Assim, todo consumidor é considerado vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente, pois o termo hipossuficiência não necessariamente está restrito às condições financeiras, mas a uma possível situação de falta de informação ou de conhecimento técnico. Contudo, não é exagero falar que confusões acerca da utilização dos termos mencionados podem ser encontradas na doutrina brasileira.

De todo modo, é interessante destacar que o princípio da vulnerabilidade demonstra a necessidade de proteção frente às explícitas dificuldades enfrentadas pelos consumidores quando se deparam com problemas na seara consumerista, independentemente da forma como se apresentam.

Sobre tais dificuldades, merece aqui registrar a seguinte lição:

Resta mais do que evidente que o consumidor, sobretudo quando se dispõe não exatamente a defender um interesse ou direito seu (por exemplo, um grave defeito de fabricação de um produto, ou então um medicamento com fator de risco maior do que o seu fator benefício), procura resolver a pendência pelos meios menos custosos e, por que não dizer, menos traumáticos, mas, quando frustrados, muitas vezes se queda inerte, não apenas pelos custos da justiça comum, e sua notória e irritante morosidade, como também em face do que irá enfrentar, ou seja, o poder econômico, incontestavelmente mais bem aparelhado e treinado para referidas questões. (FILOMENO, 2019, p.73).

Conforme explicado, a vulnerabilidade possui ligação direta com a condição de consumidor em meio a todos os fatores que reforçam sua fragilidade no mercado de consumo, restando sinalizado que esse caráter de substancial importância atribuído ao referido princípio é demonstrado não apenas na massiva doutrina consumerista, mas também nas colocações jurisprudenciais brasileiras que trazem sua aplicação aos casos concretos.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 33) confirma que o advento do CDC, além de unir e tomar para si a regulamentação de todas as relações de consumo, criou uma série de princípios e regras, sobressaindo no ordenamento jurídico não mais apenas a mera igualdade formal das partes, mas a material com a concretização da vulnerabilidade do consumidor e a desejável paridade dos agentes envolvidos em situações de consumo.

O princípio da vulnerabilidade, portanto, estabelece a presunção absoluta de fraqueza do consumidor frente ao mercado de consumo, de tal forma que serve como fundamento para a existência das normas protetivas, além de orientar as aplicações necessárias. Porém, tal tratamento pode variar de acordo com a maneira que o consumidor se apresente na relação de consumo no caso em concreto “em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais” (MIRAGEM, 2016, p 128-131).

A vulnerabilidade do consumidor, tendo em vista os artigos 4.º, inc. I, e 2.º do CDC, é entendida como um estado permanente ou momentâneo, individual ou de forma coletiva, em que o detentor de direitos se encontra frágil, propiciando um desequilíbrio na relação de consumo, portanto, aponta uma necessidade de proteção. Existem quatro tipos de vulnerabilidades reconhecidas no âmbito do Superior Tribunal

de Justiça, bem como na doutrina brasileira, as de ordem técnica, jurídica, fática e informacional (MARQUES, 2016, p. 97-98).

A vulnerabilidade técnica do consumidor pode ser entendida como a ausência de determinado conhecimento sobre o produto ou serviço adquirido, ou seja, o consumidor corre riscos de ser mais facilmente ludibriado por não conhecer as especificidades do objeto adquirido. Sobre a vulnerabilidade jurídica, entende-se como a ausência de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e também de seus reflexos na relação de consumo, por isso é igualmente de grande importância na seara consumerista. A vulnerabilidade fática, leva em consideração questões socioeconômicas, isso porque o foco que permite visualizá-la leva em consideração a posição do fornecedor e enquanto mais poderoso na relação de consumo, em razão de vários fatores, sejam econômicos, jurídicos ou da essencialidade dos serviços, impondo notável superioridade. Por fim, a vulnerabilidade informacional, aqui também trazida resumidamente, diz respeito à vulnerabilidade intrínseca do consumidor. Possui papel especial atualmente com a sociedade que cada vez mais lida com grande fluxo de informações. Nesse ponto, pode-se dizer que o que caracteriza o consumidor enquanto sujeito vulnerável é sua falta de informação ou, pelo menos, uma dificuldade informacional. Isso decorre também do fato de que cada vez mais há uma volumosa quantidade de informações, onde se pode observar facilidades de manipulações e controles, além de que, quando fornecidas, nos mais das vezes, se faz de forma desnecessária (MARQUES, 2016, p. 98-104).

Há de se compreender também o conceito de hipervulnerabilidade bem aceito pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do REsp: nº 586316 MG 2003/0161208-5 de Relatoria do Ministro Herman Benjamin:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR [...]

[...] 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ordem pública e interesse social. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado.

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo,

o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. [...]

18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.

19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

Para entender o conceito de hipervulnerabilidade acima apresentado, pode-se utilizar como exemplo a situação de extrema vulnerabilidade de um consumidor, quando esse necessita tanto de recursos financeiros que se submete a condições negociais extremamente onerosas para obter um crédito, mantendo-se em real hipervulnerabilidade, isso pode ocorrer para atender a alguma necessidade imprevista ou para solucionar/minorar efeitos de uma desorganização financeira pessoal (MIRAGEM, 2016, p. 434).

Assim, são considerados hipervulneráveis os consumidores com vulnerabilidade agravada, como o próprio nome já indica. Tal característica pode se dar devido a uma característica especial, como a sua idade, o grau de instrução, ou mesmo uma deficiência que lhe impossibilite a compreensão ou, pelo menos, a reduzir, de modo que se faz necessário potencializar os deveres de cuidado, boa-fé e informação do fornecedor para com o consumidor.

As necessidades especiais, acima citadas encontram sustentação no CDC com as disposições dos arts. 37, § 2º e 39, IV que indicam:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

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

[...]

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

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Verifica-se, dentro do contexto apresentado, a importância de se considerar o princípio da vulnerabilidade do consumidor como ponto crucial da defesa e proteção visadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Porém, esse princípio não é o único, vez que mantém uma relação de harmonia entre os demais existentes na legislação consumerista, dentre os quais, para a presente pesquisa, está o da boa-fé nas relações de consumo que também será aqui abordado.

2.2.2 Do princípio da boa-fé nas relações de consumo

A boa-fé deve ser observada em todas as relações de consumo e tal ideia é extraída do próprio CDC, a partir da leitura do art. 4º que, como visto, fala sobre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, estabelecendo em seu inciso III o respeito “à boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2019b, p. 266), “[...] o Direito deixou de ser só técnica para ser também ética, pois foi pela porta da boa-fé que a etização do Direito se deu. Por isso se diz também que a boa-fé é a ética negocial.” Portanto, considera que a boa-fé revela a conduta necessária à convivência social harmônica, sendo fonte de deveres anexos de cuidado, informação, cooperação e lealdade, dentre outros.

Na visão de Paulo Lôbo (2020, p. 86), o inciso III do art. 4º do CDC aplica o princípio da boa-fé aos consumidores e fornecedores de forma que se adequa à situação de vulnerabilidade do consumidor, ou seja, o autor ensina que, por exemplo, no que se refere à informação, o princípio da boa-fé está mais direcionado ao dever de informar do fornecedor. Pode-se dizer que tal princípio sustenta a relação consumerista atribuindo-lhe certo grau de confiança.

Para o adequado esclarecimento sobre o tema, faz-se aqui necessário ainda apresentar a distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. É importante, então, mencionar que a boa-fé referida pelo Código de Defesa do Consumidor se dá, segundo Rizzato Nunes (2019, p.124), de forma objetiva e se materializa como uma norma de comportamento fiel, devendo ser demonstrada por parâmetros de

honestidade e lealdade, a fim de se conseguir um equilíbrio de posições contratuais, para garantir ações sem abusos. Portanto, o caráter subjetivo presente na culpa da ação não é levado em consideração no caso da boa-fé objetiva.

A diferenciação entre as noções de boa-fé subjetiva e objetiva pode ser visualizada, a grosso modo, nas seguintes palavras de Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2020, p. 89):

Como é notório, a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva). Pelo conceito anterior de boa-fé subjetiva, relativo ao elemento intrínseco do sujeito da relação negocial, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé subjetiva, condicionado somente à intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é do que a própria concretização dessa vontade. E como se sabe, conforme o dito popular, não basta ser bem intencionado, pois de pessoas bem intencionadas o inferno está cheio

Na prática, o magistrado, por exemplo, deve realizar a interpretação das cláusulas contratuais de modo a desvalorizar a parte que verificar ter obtido vantagem indevida através da conduta, pois como bem aponta Leonardo Garcia (2016, p. 62) "A função interpretativa da boa-fé [...] serve de orientação para o juiz, devendo este sempre prestigiar, diante de convenções e contratos, a teoria da confiança, segundo a qual as partes agem com lealdade na busca do adimplemento contratual".

Pode-se afirmar, assim, que os princípios do direito do consumidor e a própria lei Nº 8.078/1990, com sua base constitucional, auxiliam na busca por relações de consumo harmônicas e prestam efetivo atendimento às demandas apresentadas socialmente. Fato é que relacionados à tal proteção encontram-se direitos e deveres que devem ser respeitados por ambos os agentes envolvidos, gerando naturalmente uma expectativa de compatibilização de vontades, conquistando o equilíbrio desejado e, consequentemente, uma cooperação mútua.

Alguns dos vários direitos direcionados aos consumidores merecem ser destacados na presente pesquisa devido à influência que exercem nas relações consumeristas como um todo. A capacidade de interferência de qualquer dos direitos estabelecidos possui fundamento legal e, naturalmente, pode sujeitar os comportamentos dos envolvidos, por isso a necessidade de cumprimento dos ditames

legais dos direitos dos consumidores é considerada fundamental como se verá a seguir.

2.3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

A busca por proteção nas inúmeras relações de consumo efetuadas diariamente só é possível por conta da existência de direitos básicos concretizados na legislação consumerista. Todo o aparato normativo tem o papel de evitar que desdobramentos negativos ocorram no mundo jurídico, a exemplo de uma situação de deslealdade entre consumidor e fornecedor ou de supressão ilegal de direitos.

O CDC considera o consumidor como sujeito de direitos com proteção constitucional, sendo, portanto, detentor de poder atribuído pela norma jurídica para agir e com deveres a cumprir. Tem-se como grande contribuição do CDC que o consumidor não é visto como apenas mais um número ou um ente figurado de forma abstrata, mas sujeito de direitos, possuindo a titularidade de direitos básicos (CAVALIEIRI FILHO, 2019a, p.116).

O art. 6º do CDC traz um rol de incisos contendo alguns direitos básicos do consumidor, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

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

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)
Vigência

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;

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

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

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;

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;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

Os direitos destacados acima, complementam o sistema jurídico consumerista e se fazem presente em todas as situações desse contexto. Porém, importante frisar que segundo Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 118) o rol apresentado não se trata de uma disposição taxativa, ao contrário, há no presente artigo apenas uma síntese dos demais direitos presentes no CDC.

É válida a colocação de Bruno Miragem (2016, p. 60) quando afirma que a concessão de direitos subjetivos é a maneira mais efetiva de tutela jurídica. Em tratando de defesa dos consumidores, vê-se que a inovação de apresentar novos direitos e indicar-lhes à titularidade dos consumidores, como também garantir-lhes direitos pré-existentes fizeram parte da estratégia legislativa do Código à tutela específica do consumidor, portanto, conclui que “O legislador brasileiro, como modo de realização do direito fundamental, optou por constituir novos direitos ou referir os já existentes por meio da criação pela lei, dos chamados direitos básicos do consumidor”.

De todo modo, para os fins do presente trabalho, interessa substancialmente a abordagem, apenas, dos seguintes direitos básicos: o da proteção da vida, saúde e segurança; à liberdade de escolha; à informação e à efetiva prevenção e reparação de danos. Portanto, segue-se com apontamentos sobre as conceituações desses direitos e também das razões que esclarecem a importância de cada um, identificadas nas interpretações de disposições do CDC.

2.3.1 Do direito básico à proteção da vida, saúde e segurança

Da leitura do art. 6º, I, do CDC, comprehende-se que o direito básico dos consumidores à proteção da vida, saúde e segurança, contra os riscos provocados por ato ou omissão no fornecimento de produtos e serviços, assume caráter

fundamental. A tutela desse direito básico e, principalmente, da proteção à incolumidade física e psíquica dos consumidores é de cristalina relevância, o que justifica sua indisponibilidade, dada a proteção que exerce à integridade dos consumidores.

O CDC busca agir pela prevenção a fim de evitar a ocorrência de danos a todo os partícipes da relação de consumo. A proteção da vida, saúde e segurança ocorre por meio de medidas que evitem tais atentados prioritariamente. Os produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo não podem acarretar perigo a esses bens indisponíveis, reservadas as devidas exceções em que, pela própria natureza do produto, seja o risco a ele inerente - no CDC, o art. 8º, *caput*, define tais riscos como "normais e previsíveis, podendo ser citados como exemplos as medicações e bebidas alcoólicas, dentre outros, assim, uma faca de cozinha, para demonstrar eficiência, deve ser afiada, portanto, naturalmente perigosa (GARCIA, 2016, p. 146-149). Nesse sentido, afirma também Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 63) que "protege-se [...] a incolumidade física do consumidor, seu direito de não ser exposto a perigos. [...] o fornecedor é obrigado a garantir a segurança razoável do produto ou serviço disponibilizado no mercado".

Outro ponto a se destacar sobre a segurança dos consumidores é o fato de que em uma sociedade em que os produtos e serviços podem apresentar perigos, caso o fornecedor não consiga comprovar o objeto da relação não oferece riscos, não deve introduzi-lo no mercado de consumo. A incerteza quanto aos possíveis efeitos negativos, por precaução, não permite a introdução do produto ou serviço até que se prove o contrário. A título de exemplo, tem-se os transgênicos, cujos efeitos ainda são desconhecidos em sua totalidade (GARCIA, 2016, p. 149).

Assim, vale observar parte de decisão recente da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, referente ao Recurso Especial Nº 1888383/RS:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. VÍCIO DO PRODUTO. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. CONSUMIDORES INDETERMINADOS OU INDETERMINÁVEIS [...]

[...]

7. Na hipótese dos autos, a comercialização de garrafas de água impróprias para o consumo, em defeitos observados em 7 (sete) lotes do citado produto, ultrapassa os limites do interesse puramente particular do consumidor que efetivamente adquiriu o produto, pois

ofende interesses superiores, correspondentes à proteção da vida, saúde e segurança dos potenciais consumidores dos produtos fabricados pela recorrente, como também a efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais, de qualquer natureza, conforme previsto nos incisos I e VI do art. 6º do CDC, estando, assim, configurada a legitimidade do Ministério Público para sua proteção em juízo.

Pode-se perceber, diante de todo o exposto, que a segurança está diretamente ligada à vida e saúde dos consumidores, devendo se ter em mente que as periculosidades apresentadas em produtos ou serviços apodem atingir tais direitos básicos caros à defesa do consumidor e possivelmente uma indefinida coletividade.

2.3.2 Do direito básico à liberdade de escolha

A liberdade de escolha deve estar presente em todos os momentos da relação de consumo. Tal afirmação se justifica porque, naturalmente, uma vez bem instruído, o consumidor poderá exercer seus direitos e realizar suas escolhas de forma consciente. Como visto, o inc. II do art. 6º do CDC dispõe que o consumidor deve receber "educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações".

Segundo a lição de José Geraldo Brito Filomeno (2019, p.144):

Referido trabalho educativo não tem apenas a finalidade de alertar os consumidores com relação a eventuais perigos representados à sua saúde, por exemplo, na aquisição de alimentos com certas características que podem indicar sua deterioração, mas também para que se garanta ao consumidor liberdade de escolha e a almejada igualdade de contratação, informando-o previamente das condições contratuais, e para que ele não seja surpreendido posteriormente com alguma cláusula potestativa ou abusiva

Desse modo, o direito básico de liberdade de escolha deve ser, portanto, assegurado ao consumidor através de todos os mecanismos disponíveis, inclusive aos que se referem à publicidade, propaganda e o marketing, pois têm importante influência na decisão do consumidor ao realizar a compra ou contratação. (SOUZA; WERNER; NEVES, 2018, p. 42).

Vale ressaltar que Rizzato Nunes (2015, p. 86) entende haver uma impropriedade na utilização da expressão “liberdade de escolha”, afirmando que o consumidor, por não ter acesso aos meios de produção, já tem sua escolha limitada

ao que o mercado lhe oferece. Portanto, essa referida escolha geralmente está relacionada a aspectos como preços, condições de pagamento, etc. Assim, escolhe, mas dentro do que lhe é oferecido no mercado de consumo. Importante destacar, conforme explica o autor (NUNES, 2015, p. 87), que “[...] mesmo o consumidor mais esclarecido é, da mesma forma que qualquer outro, vulnerável, pois não tem acesso nem determina o ciclo da produção”.

Diante do exposto, pode-se observar que a proteção da liberdade de escolha do consumidor, revestido como direito consumerista basilar do CDC, inicia-se com a devida educação e divulgação sobre o consumo, ou seja, deve fazer parte de todas as etapas das relações no mercado consumerista, essencialmente para que o consumidor tenha como se defender frente a diversas práticas indesejadas que atentem contra tal princípio, e tenha aparato suficiente para procurar a melhor maneira de atender aos seus interesses de forma justa, inclusive para sanar possíveis conflitos.

2.3.3 Do direito básico à informação

O direito básico à informação mencionado anteriormente no art. 6º, III, do CDC, encontra compatibilidade com os demais dispositivos desse Código, dado o seu caráter protetivo e equilibrante em todas as áreas de consumo, especialmente na atualidade, com as grandes cargas de informações recepcionadas pelos consumidores. No art. 6º, inc. III, do CDC é possível verificar as informações relacionadas aos tributos incidentes sobre o preço, juntamente das especificações de quantidades, características, composições, qualidade e riscos que já ocupavam seu posto no referido inciso.

Sobre o direito básico à informação, segundo Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2020, p.107), há, no CDC, vasta proteção que se compatibiliza com os ditames constitucionais, a exemplo do já mencionado art. 5º, em seu inc. XIV, dispositivo em que se encontra registrado o compromisso de assegurar a todos o devido acesso à informação, apresentando ainda o justo resguardo a casos em que se encontre a necessidade de sigilo da fonte, devido a exercício profissional.

Se insere também nesse contexto o art. 31 do CDC, isso porque dispõe que as ofertas e toda a 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. Vale dizer também que de acordo com o parágrafo único desse artigo, as informações nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, devem ser gravadas de forma indelével.

Compreender isso é crucial para verificar o motivo de não apenas o CDC dar o devido destaque ao direito à informação adequada, como, por exemplo, há ainda na legislação infraconstitucional, diversas disposições que o fazem valer, como a Lei nº 12.291/2010 que traz em seu 1º artigo a seguinte disposição: “São os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços obrigados a manter, em local visível e de fácil acesso ao público, 1 (um) exemplar do Código de Defesa do Consumidor”, bem reforçada aqui a ideia de que a informação não está relacionada apenas com a venda ou às características do produto ou serviço, mas, para além, do próprio conhecimento acerca dos direitos e deveres existentes por parte dos consumidores.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2020, p. 250) ensina que:

O direito busca um novo equilíbrio, entre os contratantes, que contemple o direito à informação, a tutela da parte vulnerável, o direito a melhores garantias legais, o direito de arrepender-se, o direito à segurança. Uma maior garantia deve ser dada ao comprador consumidor, pois o comércio de bens opera sob condições que não mais permitem a verificação de qualidade e muitos desses bens apresentam tecnologia complexa cujo conhecimento apenas os profissionais detêm

Concordante com o exposto, o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor é outro dispositivo normativo que perfeitamente serve de exemplo, uma vez que ressalta o poder do direito à informação, estabelecendo que os consumidores não têm obrigação de cumprirem os contratos de consumo sem que tenham o conhecimento prévio do seu conteúdo, ou nos casos em que estejam redigidos de forma que dificulte sua compreensão e seu sentido.

O direito à informação cumpre com sua eficácia de forma satisfatória quando o consumidor estiver devidamente a par das informações necessárias ao exercício pleno da compra ou contratação, isso porque o mero cumprimento formal da indicação de dados e demais elementos informativos por parte do fornecedor, sem a

preocupação de que estejam sendo entendidos pelo destinatário, não satisfaz o objetivo real do direito em tela (MIRAGEM, 2016, p. 215).

Reforçando tal entendimento, o julgamento do Recurso Especial nº: 586316 MG 2003/0161208-5 possui também apontamentos importantes acerca do direito básico à informação, onde Herman Benjamin elucida o que se pode apreciar:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR [...]

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.
6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.
7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente 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 (art. 6º, III).
8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.
9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, 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 (art. 31 do CDC).
10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixia ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.
11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço) [...]

Fica claro, assim, que as informações disponibilizadas ao consumidor devem atender ao propósito de esclarecê-lo da melhor forma, ou seja, com objetividade em seu conteúdo, de modo que o consumidor se contemple com o conhecimento prévio

e obtenha uma efetiva noção das características do produto ou serviço, bem como das obrigações de ambas as partes, relacionadas ao objeto de consumo.

Não é difícil entender também que o desejo de consumo nem sempre está em sintonia com as informações precisas sobre os produtos ou serviços disponíveis no mercado de consumo, ou mesmo com a disponibilidade de recursos econômicos necessários à satisfação da aquisição por parte do consumidor, por isso entende-se que a sua escolha é influenciada por diversos fatores, como visto. A informação é um elemento crucial nesse processo e sua ausência, em certa medida, pode encaminhar a parte vulnerável à tomada de decisões inadequadas.

2.3.4 Do direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos

Por fim, o art. 6º, VI, do CDC garante na sua disposição o direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, individuais, coletivos e difusos, aspectos importantes para o exercício dos direitos dos consumidores e a percepção dessa substancial importância para o presente trabalho se revela no fato de que, em uma situação de produto que apresente vício, há de se obter da legislação o devido direcionamento à resolução.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 130), o sentido de “efetivo” remete a tudo o que atinge seu real propósito. O autor continua afirmando que devido ao fato de o CDC se configurar como forte contribuinte para a consolidação de um sistema com valores e princípios que lhes são próprios, inclusive com toda a base constitucional já referenciada, é importante também entender que a interpretação desse sistema acompanhe sua lógica e sejam as normas consumeristas aplicadas de forma compatível com os seus objetivos. Assim, para que se consiga dar garantia aos consumidores, referente à efetiva prevenção e reparação de danos, o código consumerista conta com um elaborado sistema de responsabilidade civil que aparece, em regra, de forma objetiva, ou seja, não depende de comprovação de culpa pela parte que agiu fora da legalidade.

Vale dizer que as formas de se buscar a efetiva prevenção e reparação utilizadas pelo Código do Consumidor são variadas, por também assim serem diferentes as necessidades de cada caso. Como demonstração, tem-se:

É o que ocorre, por exemplo, quando as empresas chamam os consumidores para trocarem peças defeituosas nos bens alienados, procedimento denominado *recall*. Protege, também, o consumidor de forma repressiva, ao determinar a reparação integral (patrimonial e moral) dos danos individuais, coletivos e difusos provocados ao consumidor. A proteção legal engloba não apenas os danos individuais, mas, também, os coletivos e difusos (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.71).

Outro ponto valioso sobre as questões de responsabilidade é que essa se apresenta de forma solidária e também encontra respaldo no direito básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais aqui abordado. Argumento válido paira sobre o fato de que a concreta reparação, em diversos casos, só resta possível devido ao fato de que existe uma pluralidade de responsáveis, não sendo consideradas incomuns as situações em que alguns fornecedores se abstêm de apresentar qualquer solução para as demandas na prática e simplesmente desaparecerem, deixando o consumidor no prejuízo (BESSA, 2018, p. 189).

Para além, pode-se dizer que é de conhecimento geral o fato de que algumas empresas impõem seus produtos de maneira abusiva aos seus consumidores e, relacionado ao tema de prevenção e reparação de danos, esse tipo de prática ilegal encontra vedação no art. 39, do CDC que dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade

credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI – Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. (Incluído pela Lei nº 13.425, de 2017)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Desse modo, o art. 39 supra apresenta o rol de situações vedadas expressamente pelo Código Consumerista. Acrescentam-se como outras maneiras de efetiva prevenção as disposições denominadas como cláusulas abusivas ou cláusulas leoninas no art. 51 do CDC, onde a lei determina como sendo nula qualquer cláusula contratual que estabeleça "obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada; incompatíveis com a boa-fé ou a equidade", visto, portanto, como mais um forte mecanismo de proteção aos consumidores.

Tendo em vista os aspectos referentes aos direitos básicos, pode-se observar que a legislação consumerista brasileira conta com mecanismos de proteção e defesa que, se falhando preventivamente, direcionam os agentes envolvidos ao caminho a ser traçado com relação à responsabilização da parte que faltou com a legalidade, tema cuja abordagem se faz importante para o presente trabalho, o que justifica sua explanação no próximo capítulo que trata justamente da responsabilidade por vícios de produtos e suas nuances no direito do consumidor.

3 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO

O desenvolvimento do presente trabalho até aqui viabilizou a análise de como o Código de Defesa do Consumidor se posiciona no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da explanação de seus elementos gerais e seu fundamento constitucional, além de ter possibilitado a visualização de importantes princípios caros à seara consumerista, como o da vulnerabilidade do consumidor e o princípio da boa-fé nas relações de consumo. Foi também possível entender a importância dos direitos básicos trazidos pela legislação pátria, aqui citando os direitos básicos à liberdade de escolha e à informação, com reforço no que se encontrou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em entendimento sobre tais direitos e a sua necessária compatibilização.

Como já esclarecido, as relações firmadas no âmbito consumerista, como em qualquer relação jurídica, podem desencadear conflitos provenientes de diversas razões, como acontece, em situação de consumo, nos casos em que se verifica a presença de um vício em um produto ou serviço, por isso, o direito do consumidor brasileiro presta dedicação à prevenção e aponta também mecanismos que orientam para a resolução desse tipo de demanda, como será visto a seguir.

Para que se ofereça uma melhor noção do que será abordado, Silvano Alves Alcântara (2017, p.143) explica que “Se buscarmos a origem da palavra responsabilidade na etimologia, vamos descobrir que ela resulta da junção de dois termos do latim, *responsus* e *spondere*, significando ‘garantir o que fora pactuado anteriormente’. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor dispõe de regras de direitos, deveres e responsabilidades de cumprimento obrigatório aos fornecedores, dada a posição que ocupam na relação de consumo e à obediência aos princípios basilares que estruturam toda a legislação consumerista.

Destarte, o presente capítulo disporá acerca da Teoria da Qualidade, de suma importância para o desenvolvimento do tema, além de trazer o entendimento acerca da definição de vícios em produtos e as alternativas trazidas na legislação consumerista disponíveis aos consumidores, portanto, as questões de responsabilização do fornecedor, uma vez constatados os vícios.

3.1 TEORIA DA QUALIDADE DO PRODUTO: DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO E DEFEITO

Há no Direito consumerista brasileiro uma diferenciação importante acerca das definições de vínculo e de defeito para fins de responsabilização nas relações de consumo. Antes, contudo, cabe reforçar que na aquisição de produtos e contratação de serviços os direitos básicos à proteção da vida, saúde e segurança, além da prevenção e reparação de danos aqui já abordados, devem se relacionar harmonicamente com os deveres de informação do fornecedor, bem como com o respeito à vulnerabilidade do consumidor e tal lógica será aqui demonstrada.

A proteção ao consumidor no direito brasileiro possui duas áreas de preocupações que nem sempre se encontram em posição de excludência entre si, são, então a) garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, ligada à sua saúde e segurança e b) incolumidade econômica, com ligação ao seu patrimônio financeiro. A vista disso, a excelsa doutrina de Herman Benjamin (2016, p.136), preconiza que “enquanto a primeira órbita afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso”, desse modo, assevera que a responsabilidade pelo fato disciplina os acidentes de consumo, enquanto que a responsabilidade pelo vínculo busca regrar os incidentes de consumo. Tal entendimento se faz necessário para que se possa observar com clareza que, em algumas situações fáticas relacionadas à responsabilização na seara consumerista, a forma de tratamento apontada pelo CDC poderá ser diferente.

Nesse sentido, a teoria da qualidade volta-se à questão da responsabilidade dos fornecedores, organizando as suas consequências e direciona a sua devida aplicação nas relações de consumo, onde no prisma da responsabilização civil, por exemplo, comporta a reparação, considerado elemento crucial para o consumidor lesado (BENJAMIN, 2016, p. 144).

A necessidade de proteção ao consumidor e efetivo atendimento às demandas que se mostravam insatisfatoriamente solucionadas pela teoria dos vícios redibitórios - visto que tal instituto não acompanhou todas as transformações sociais e o consumo em massa - desencadeou a busca de repaginação das formulações legais e doutrinárias.

Sobre o assunto, vale dizer que, segundo Bruno Miragem (2016, p. 645), “o direito civil, desde suas fontes romanas possui largo desenvolvimento teórico e prático

acerca dos chamados vícios redibitórios (redibir vem do latim *redihbere* = reaver)". Tal teoria com histórica influência no direito brasileiro, contudo, tornou-se obsoleta e de aplicação subsidiária na legislação consumerista contemporânea.

A teoria da qualidade, então, não surgiu para aniquilar a teoria dos vícios redibitórios, mas para proporcionar uma releitura com especial atenção às garantias tradicionais, de forma a assegurar uma unicidade de fundamento à responsabilidade do fornecedor, garantindo a efetivação dos deveres legais de qualidade e quantidade dos bens de consumo (BENJAMIN, 2016, p. 142).

Outro ponto que demonstra o desenvolvimento dada pela legislação está relacionado à questão da exigência de vínculo contratual, isso porque ao se falar sobre a teoria dos vícios redibitórios, nas palavras de Herman Benjamin, "a primeira ideia que surge à mente é a de um contrato comutativo unindo a vítima e o responsável pela reparação. Não há dúvida que o vício redibitório é instituto decididamente atado à realidade contratual". Isso se dá, em certo nível, porque o instituto não distingue as duas esferas da proteção do consumidor (a econômica e a físico-psíquica), como ocorre na teoria da qualidade. Em outras palavras, não acolhe facilmente a garantia de segurança, inerente à proteção eficiente da órbita físico-psíquica do consumidor. (BENJAMIN, 2016, p. 138-139).

Com a teoria da qualidade, a necessidade de formalidades contratuais, por exemplo, no âmbito das responsabilizações contratuais e extracontratuais, passa a ser mera decorrência de um dever de qualidade e quantidade, garantindo maior segurança e proteção ao consumidor (BENJAMIN, 2016, p. 142).

Com relação à responsabilidade civil do fornecedor em direito do consumidor, tem-se uma divisão em dois regimes: o da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e o da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço e, assim, o regime jurídico a ser adotado é determinado de acordo com o conteúdo do dever violado (MIRAGEM, 2016, p. 649).

Quanto aos tipos de prejuízos causados aos consumidores que adquirem um produto, Herman Benjamin ensina que podem se dar por uma depreciação do próprio bem adquirido que se restrinja a atingir sua utilidade de forma *intrínseca* [vício], ou, ainda, pode ser proveniente de um acidente de consumo, causando danos não apenas intrínsecos, mas *extrínsecos* ao bem [defeito] (BENJAMIN, 2016, p. 137).

Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno (2018, p. 293) traz a válida definição de vício de produto ou serviço apontando-o como uma anomalia que é capaz

de tornar o bem inadequado ao fim a que se destina ou, da mesma forma, ocorre com um serviço prestado de forma inadequada por determinado fornecedor. Entende, ainda, como defeito, as anomalias constatadas que não apenas tornem os bens ou serviços inadequados aos fins a que se destinam, mas que causem danos aos consumidores, ou representem risco à vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores.

A questão dos defeitos em produtos e serviços é abordada pelo CDC nos artigos 12 e 14, respectivamente, assim dispondo:

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

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

[...]

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Com relação à definição legal de vício de produtos e à responsabilização dos fornecedores sobre as irregularidades encontradas, bem como às medidas reparatórias para os vícios, o artigo 18 do CDC aduz que:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

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

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

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

III - o abatimento proporcional do preço.

[...]

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

[...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

No direito do consumidor, a responsabilidade pelo vício do produto entregue no mercado de consumo se dá de forma solidária entre os fornecedores que, uma vez partícipes da cadeia de consumo, assumem o compromisso de arcar com as consequências advindas por eventuais vícios, avarias ou problemas de uso que apareçam. Desse modo, o consumidor pode exercer o direito de escolha que a lei lhe assegura, ao acionar um ou todos os envolvidos, o que se pode verificar da leitura do art. 18, §1º do CDC, que dispõe. O artigo supracitado traz, além da definição de vício, disposições acerca das formas de resarcimento que serão abordadas *a posteriori*.

É importante também dizer que o § 6º do art. 18 trata como impróprios os produtos com prazos de validade vencidos, deteriorados, alterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação e produtos que, por qualquer razão se mostrem inadequados ao fim a que se destinam.

Para melhor elucidar a diferenciação proposta, Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2020, p. 292) trazem o exemplo da compra de um ferro de passar roupas realizada por um consumidor. No caso de uma explosão do produto durante sua utilização, pode ocorrer de não atingir nada, além do próprio ferro, não causando danos a ninguém, caracterizando o vício do produto. Por outro lado, se na mesma situação o

eletrodoméstico cause danos físicos no consumidor [acidente de consumo], há fato do produto ou defeito.

Para além, vale dizer que a teoria da qualidade aqui abordada ao se relacionar diretamente com os direitos básicos do consumidor de proteção à sua vida, saúde e segurança e ainda à efetiva prevenção e reparação de danos, conforme demonstrado, viabiliza a consolidação harmoniosa das relações de consumo, caracterizando-se como mecanismo importante nesse processo que objetiva minimizar os efeitos da vulnerabilidade do consumidor.

Em virtude do que foi mencionado, é possível verificar que a responsabilidade pelo vício do produto faz parte de uma das formas elencadas pelo sistema de responsabilidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, onde tais vícios, segundo Garcia (2016, p. 154), estão divididos em duas categorias pelo ordenamento jurídico, sendo vícios de qualidade (art.18) e vícios de quantidade (art. 19), conforme se verá adiante.

3.2 CARACTERIZAÇÃO DO VÍCIO DO PRODUTO

Diante do que já foi objeto de análise do presente trabalho, infere-se que o vício, enquanto anomalia intrínseca do produto, ou seja, pode se manifestar de diferentes formas e sua caracterização será abordada levando considerando as disposições e definições trazidas tanto pela doutrina, quanto pela legislação pátrias.

Como já exposto, a matéria relacionada especificamente aos vícios de qualidade e quantidade dos produtos está disciplinada no artigo 18 do CDC e, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 353), configura-se como uma grande inovação introduzida pelo Código do Consumidor, onde a garantia é efetivada de forma bem mais ampla que anteriormente prevista no Código Civil de 1916, isso porque, dentre outros motivos, para a configuração do vício, não há qualquer distinção em relação à sua gravidade ou por tal vício ser anterior, contemporâneo ou posterior a entrega do bem, e nem se se deu em razão de contrato.

Dentre os traços característicos da responsabilidade por vício do produto podem ser citados: a) a espécie e qualidade dos vícios do produto e do serviço no regime do CDC (superação da bipartição entre vícios aparentes e ocultos); b) a responsabilidade objetiva do fornecedor; c) a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores; d) seus efeitos, com o surgimento do direito de escolha do

consumidor frente às alternativas previstas na lei 8.078/1990, e e) as normas que disciplinam a matéria são de ordem pública, insusceptíveis de derrogação por acordo das partes (artigos 24, 25 e 51, I. do CDC)², a menos que dentro dos limites estabelecidos pelo próprio CDC (MIRAGEM, 2016, p. 652).

Sobre os vícios aparentes dos produtos, ou de fácil constatação, como a própria nomenclatura indica, são os que aparecem no seu simples uso ou consumo, enquanto os vícios ocultos surgem com certo tempo após a sua utilização, não sendo detectados tão rapidamente (NUNES, 2019, p. 234). Neste sentido, independente se os vícios são aparentes ou ocultos, ambos possuem o mesmo prazo para reclamação, distinguindo-se somente o momento inicial da contagem, assim, vale dizer que no caso de demonstração de um vício aparente no produto, se deve contar a partir da sua tradição (art. 26, § 1º do CDC)³ e no caso de vício oculto, a contagem do prazo decadencial se dá a partir do momento em que este é descoberto, conforme estabelece o (art. 26, § 3º do CDC)⁴.

Assim, o prazo decadencial é de 90 dias para os produtos duráveis e de 30 dias para os não duráveis. Os produtos considerados não duráveis são os que se exaurem após o consumo, enquanto que os duráveis não se exaurem após o consumo, mas que também não se perpetuam, tendo sua durabilidade determinada em fatores que estabelecem a sua vida útil (GARCIA, 2016, p. 244). Como já dito, ainda, os vícios podem se apresentar de modo que afete a qualidade do produto ou que atinja a quantidade, aparecendo de forma discrepante à adquirida, nesse sentido, cabe trazer as principais características de cada um e sua forma de aplicação.

Sobre o assunto, há que se fazer uma distinção bem clara, o vício do produto não pode ser confundido com as deteriorações comuns provenientes do seu uso, pois, para a caracterização do vício do produto deve se levar em consideração sua

² Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

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

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

³ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

⁴ § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

durabilidade, as características que definem a vida útil do produto que está sendo adquirido". Para tanto, como exemplo, um consumidor que adquire um veículo não pode reclamar como vício o fato de os pneus estarem carecas após cinco anos de utilização (TARTUCE; AMORIM, 2020, p. 301-302).

Zelmo Denari (2019, p. 219) explica que apesar de o art. 18 de fato fazer referência à essas duas espécies de vícios, seus parágrafos e incisos disciplinam, de forma exclusiva, apenas a responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade dos produtos, portanto, os capazes de torná-los impróprios, inadequados ao consumo ou que lhes desvalorize no mercado, o autor traz como exemplos do vícios de qualidade do produto um problema no sistema de freio de um veículo, ou no sistema de refrigeração, som ou imagem em aparelhos eletrodomésticos.

Os vícios de qualidade do produto estão, como dito, caracterizados no §6º do art. 18 do CDC:

Art. 18. [...] §6º São impróprios ao uso e consumo: I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Desse modo, Bruno Miragem (2016, p. 653) ensina que o vício de qualidade do produto – objeto da relação de consumo - é proveniente da ausência de propriedades ou características que possibilitem a este atender os fins legitimamente esperados pelo consumidor, o autor afirma ainda que “é legítimo ao consumidor assegurar que o produto adquirido [...] não sofra diminuição indevida do seu valor em razão de falha em sua apresentação, funcionamento ou utilidade representada por vício do mesmo”.

Outro ponto importante que mantém relação com os vícios de qualidade é o fato de que o sistema jurídico de consumo brasileiro possibilita, ao fornecedor, a realização de venda de produtos com pequenos vícios que, além de, obrigatoriamente, serem devidamente informados aos consumidores, não comprometam de forma absoluta sua utilidade, como no caso das ofertas e saldos com produtos que devem ser mais baratos que os mesmos produtos comercializados sem vícios, em razão da diminuição da sua utilidade. Contudo, não pode também o

produto chegar ao ponto de apresentar qualquer risco à saúde ou segurança dos consumidores “qualificando-se como defeito” (MIRAGEM, 2016, p. 654).

Nesse sentido, o fornecedor deve respeitar e atender a alguns critérios para que se utilize dessa estratégia de forma legal, assim, nas lições de Zelmo Denari (2019, p. 220):

Tenha-se presente, contudo, que os fornecedores não estão proibidos de ofertar e colocar no mercado de consumo – com abatimento do preço, naturalmente – produtos levemente viciados, desde que forneçam informações corretas, claras e precisas sobre os aludidos vícios. Trata-se, aliás, de velha usança, principalmente no comércio de eletrodomésticos. Por medida de cautela, a nota fiscal de venda deverá consignar as razões determinantes do abatimento do preço, pois, do contrário, presumir-se-á a indefectibilidade do produto ofertado e o fornecedor responderá pelas sanções previstas no § 1º do art. 18

Por todas as razões apresentadas, vê-se que não há razão para que tal prática deixe de ser utilizada, desde que atenda aos termos estabelecidos na legislação, é legítima. Destarte, acaba sendo, se efetuada corretamente, um mecanismo interessante, capaz de promover vantagens para ambas as partes da relação de consumo, bem como útil à utilização do produto já produzido.

A segunda modalidade de vício abarcada pela legislação consumerista apresenta-se como os vícios de quantidade do produto. Estes dizem a respeito a um erro proveniente da disparidade entre a “quantidade apresentada, ofertada ou sugerida na publicidade, rotulagem ou apresentação do produto ou serviço e aquela efetivamente contida ou disponibilizada ao consumidor” (MIRAGEM, 2016, p. 654).

O artigo 19 do CDC cuida dessa matéria e estabelece que sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, o conteúdo líquido do produto for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, os fornecedores são solidariamente responsáveis. A expressão “respeitadas as variações de sua natureza” extraída do artigo supracitado refere-se aos produtos que podem apresentar leve perda de conteúdo líquido como o gás liquefeito de petróleo engarrafado, nesses casos, o vício de quantidade só será configurado se apuradas quantidades de perdas superiores aos índices-padrão fixados pelo Instituto de Pesos e Medidas (CAVALIERI FILHO, 2019a, p.358).

Além disso, a redação do art. 19 apresenta uma restrição ao guardar referência apenas às disparidades do conteúdo líquido dos produtos disponíveis no mercado de

consumo, mas a sua interpretação deve ser, sem dúvidas, realizada de modo extensivo. Portanto, “Se o consumidor adquire 1.000 unidades e recebe somente 800, a relação de consumo estará afetada, da mesma sorte, por vício de quantidade, sem qualquer disparidade de ‘conteúdo líquido’ (DENARI, 2019, p. 224).

A proteção aos consumidores acerca de problemas relacionados à vícios de quantidade em produtos se justifica, dentre outros motivos, pelo fato de que é comum, por exemplo, o consumidor em geral não se preocupar em verificar quantidades dos produtos que adquire e aqui é possível observar um ponto de ligação do presente instituto com o direito à informação. Não resta dúvida de que a falta de informação correta sobre as quantidades configura prejuízo ao consumidor que se encontra em constante situação de vulnerabilidade por todas as razões aqui já reveladas.

Dando ênfase à necessidade de informação na prática sobre os vícios de quantidade e exemplificando com situações que já foram constatadas, Bruno Miragem (2016, p. 654) explica que há alguns anos no Brasil, devido à estabilização de preços e competição em certos setores econômicos, muitos fornecedores realizaram diminuições na quantidade de produtos, como os casos de marcas de papel higiênico, reduzindo a metragem dos rolos de 40 para 30 metros, sem realizar a devida alteração desse tipo de informação nas embalagens. Além disso, o autor informa que, mesmo quando alguns fornecedores o faziam, procuravam demonstrar de forma não explícita, onde tal informação não era facilmente identificável pelo consumidor.

Espera-se, dessa forma, que ambos os vícios de produtos não venham a se materializar, mas, uma vez constatados, é evidente que o direito do consumidor deve proporcionar o amparo necessário aos que dele necessitem. Diante das informações apresentadas, a função das alternativas trazidas nos artigos 18 e 19 do CDC é justamente solucionar, da forma mais adequada ao consumidor, as demandas que guardem relação com o presente assunto. Dessa forma, serão demonstradas a seguir quais são as opções dispostas no CDC, bem como em que momentos podem ser utilizadas.

3.3 ALTERNATIVAS DO CONSUMIDOR DIANTE DO VÍCIO DO PRODUTO

Em reforço às informações já dispostas, merece aqui afirmar que, em regra, todos os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios dos produtos, sejam eles de qualidade ou quantidade, nos termos dos artigos 18 e 19 do CDC,

respectivamente. Desse modo, as alternativas de soluções legais trazidas nos artigos 18 e 19 do CDC, devem manter conformidade com critérios de razoabilidade e proporcionalidade na sua utilização, aspectos substanciais à manutenção da proteção nas relações de consumo e têm aplicabilidade, de fato, na maior parte dos casos.

Assim, as sanções aqui analisadas buscam garantir a fluidez e justo relacionamento entre consumidores e fornecedores, especialmente no que diz respeito à forma como as resoluções das demandas consumeristas devem ser realizadas nesses casos.

O primeiro parágrafo do art. 18 do CDC, já mencionado anteriormente, apresenta em seus incisos as referidas alternativas nos casos de vícios de qualidade nos produtos que não tenham sido sanados dentro do prazo de 30 dias, deixando ao consumidor a opção de escolha entre: “I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço”, destarte, o § 3º do mesmo artigo aduz que o consumidor poderá utilizar-se imediatamente das alternativas do § 1º já citado nos casos em que, devido à extensão do vício, reste comprometida a qualidade ou as características do produto de modo a inviabilizar a sua substituição, lhe diminua o valor ou no caso de se tratar de um produto essencial.

Ainda sobre a primeira opção disposta no inciso I, quando se fala em substituição do produto por outro da mesma espécie, segundo Zelmo Denari (2019, p. 221), deve-se realizar uma interpretação no sentido que possibilite a substituição por outro da mesma espécie, marca e modelo, isso porque entende como uma atitude abusiva exigir-se do fornecedor, por exemplo, que se substituta um veículo (espécie) de uma marca por outra de maior renome. Tal entendimento é compartilhado por Rizzato Nunes (2019, p.250).

Cabe ainda dizer que o CDC, no caso de uma impossibilidade de substituição do produto, por razão estranha à vontade das partes, permite a substituição do produto viciado por outro de espécie, marca ou modelo diferente, com a complementação ou ajuste de eventual quantia paga (artigo 18, § 4º). Contudo, há que se ter cautela, pois não é permitida qualquer pressão ao consumidor que o force a aceitar uma substituição, principalmente se a troca for realizada por produto que custe um valor acima do que o viciado, não sendo lícito que o fornecedor negue ou retarde esse processo de substituição (MIRAGEM, 2016, p. 664).

Sobre a segunda alternativa, restituição imediata da quantia paga, cabem algumas considerações. Considera-se como uma espécie de direito potestativo do consumidor capaz de desconstituir o negócio jurídico e também de produzir eficácia jurídica extintiva dos efeitos da relação contratual que naturalmente deve contar com o devido atendimento pelo fornecedor, sem prejuízo por eventuais perdas e danos (MIRAGEM, 2016, p. 664).

Para além, Rizzato Nunes (2019, p. 252-253) relata que ao tomar o dinheiro de volta e procurar um produto distinto tal escolha pode ser uma boa opção, mas que a questão do direito de pleitear indenização pelos danos sofridos deve ser tratada considerando peculiaridades, isso porque, embora a responsabilidade do fornecedor continue sendo objetiva, ocorre de forma diferenciada, assim, consideram-se pelo menos dois pontos, sendo a) serviço incompleto ou não realizado e que manteve o produto viciado e b) extinção do prazo de 30 dias para o saneamento do vício, portanto, deve haver a demonstração do dano por parte do consumidor, o nexo de causalidade entre o dano e o não saneamento do vício e restar ainda comprovada a extinção do prazo supracitado. Vale ressaltar também que, de acordo com o que se dispõe na presente alternativa, o conceito de imediatismo por ela trazido deve ser interpretado de forma relativa e devido à realidade dos fatos e toda a conjuntura inflacionária a que as relações de consumo se submetem, essa restituição deve acompanhar os processos de correção monetária, de modo que prevaleça a data-base do pagamento do produto" (DENARI, 2019, p. 221).

Por fim, tem-se como possibilidade de escolha do consumidor ainda o abatimento proporcional do preço do produto, independentemente da extensão do dano, de modo que se o valor do produto já foi pago, deve-se restituir a quantia maior ao consumidor, porém se o pagamento ainda não houver sido finalizado, existe o direito de dedução do valor do pagamento, onde deve-se pagar o valor restante ao fornecedor. Destarte, a questão mais trabalhosa dessa alternativa é a dificuldade existente em se determinar exatamente o devido abatimento para o vício apresentado, sendo tal mensuração, nos vícios de qualidade, realizada de forma subjetiva (MIRAGEM, 2016, p. 660).

A dificuldade apresentada deixa várias dúvidas sobre como se resolverá o abatimento nos casos concretos, a ponto de se sugerir que, tendo outras opções viáveis, seria interessante ao consumidor não se utilizar da presente opção. Isso porque, não havendo solução amigável do conflito para se chegar a um número exato,

a situação pode se agravar caso seja necessário levá-la à uma ação judicial que contará com soluções que podem não ser satisfatórias ao consumidor (NUNES, 2019, p. 255). Olhando por um outro prisma, Zelmo Denari (2019, p. 221) afirma ser esta uma excelente oportunidade de escolha ao consumidor para os casos em que se tenha escassez de ofertas de determinados produtos.

Com relação ao prazo legal de 30 dias estabelecido pelo já citado art. 18, §1º do CDC, faz-se necessário saber que o fornecedor não pode se negar, passado tal prazo legal, a atender a escolha realizada pelo consumidor e sobre o assunto é importante verificar a seguinte citação:

A lei dá ao consumidor uma alternativa e gostaríamos de lembrar: é preciso que o consumidor avalie se a saída é boa, já que será o mesmo produto, que pode vir a apresentar novamente o mesmo vício. E se o novo produto também apresentar vício, começará tudo de novo, com a devolução do prazo de 30 dias para o fornecedor sanar o vício. É que a hipótese do inciso I implica o desfazimento da entrega do produto com efeito *ex tunc*. Retorna-se ao início da relação. Os prazos para ambos os lados começam a fluir novamente, como se a operação anterior não existisse (NUNES, 2019, p. 251).

Diante de vícios de quantidade, o art. 19 também traz alternativas similares de escolha do consumidor que a fará livremente, valendo também tratá-las para melhor compreensão do dispositivo legal. Desta forma, tem-se como opções ao consumidor: I - abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

É também importante mencionar que uma vez constatado o vício de quantidade no produto, o consumidor automaticamente pode se valer das alternativas dispostas pelo art. 19, ou seja, não incide, nesses casos, o prazo de 30 dias para que o fornecedor possa sanar o problema, podendo acionar imediatamente a lei nesses casos (GARCIA, 2016, p. 213).

Primeiro, a solução trazida pelo abatimento, dada a característica dessa espécie de vício, é realizada por meio de cálculo matemático, assim verifica-se quanto o consumidor recebeu a menos que o oferecido, levando em consideração o preço do produto, achando-se o valor em moeda corrente que o fornecedor deve devolver. Já para a opção de complementação do peso ou medida trazida no inciso II, em vez de

o consumidor escolher o abatimento do preço, pede a complementação da quantidade restante, através da mesma lógica de cálculo. As demais soluções disponíveis, podem ser entendidas como similares às três já explicadas, relativas aos vícios de qualidade dos produtos do art. 18 do CDC (NUNES, 2019, p. 278-279).

Vale dizer que pode não ser possível a realização da complementação de peso ou medida, a depender do produto viciado, então, quando se verificar a impossibilidade objetiva do fornecedor de atender à demanda apresentada, o consumidor poderá fazer uso das demais alternativas (MIRAGEM, 2016, p. 661).

Também serve a informação de que tanto a reclamação comprovada do consumidor até a resposta negativa do fornecedor, quanto instauração de inquérito civil até o seu devido encerramento, obstarão a decadência do prazo para a garantia legal no caso do víncio do produto. É o que se extrai da leitura do art. 26, §2º.

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

[...]

§ 2º Obstarão a decadência:

- I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
- II - (Vetado).
- III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

O inciso II do supracitado artigo trazia como causa obstativa também a reclamação formalizada pelo consumidor perante os órgãos ou entidades de defesa e foi vetado pelo Presidente da República com argumento de que seria uma ameaça à estabilidade das relações jurídicas, uma vez que permitia à entidade privada a realização de uma função que por natureza é reservada aos agentes públicos (GARCIA, 2016, p. 252).

Para além dessas questões, vale dizer que o CDC, diante do víncio do produto, traz como mais um instrumento protetivo a garantia de adequação do produto ou serviço, cuja disposição se encontra no art. 24, cuja validade independe de termo expresso, sendo ainda vedada a exoneração contratual do fornecedor. Isso ocorre porque quando determinado fornecedor se disponibiliza a prestar um serviço ou assume a responsabilidade de colocar um produto no mercado de consumo, assume a obrigação de assegurar que o objeto da relação corresponda às legítimas

expectativas do consumidor em qualidade e quantidade, além de eficiência e informação (GARCIA, 2016, p. 238).

Ainda sobre as garantias, o artigo 50 do CDC diferencia a garantia contratual da legal, trazendo a contratual como complementar e, diferentemente da legal, somente é conferida mediante termo escrito. O parágrafo único o dispositivo, esclarece que:

O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

A garantia legal não será extinta, mesmo que o fornecedor proporcione também a contratual ou qualquer outra forma de garantia. A garantia contratual em todos os casos, serve como complementar à legal, um plus que favorece o consumidor. A garantia contratual é, ainda, uma faculdade do fornecedor, ao contrário da legal que é sempre obrigatória. Desse modo, tanto os termos dessa garantia contratual, quanto seus prazos são estabelecidos da forma como o fornecedor estabelecer (NERY JÚNIOR, 2019, p. 568).

Consegue-se observar, no dispositivo legal supramencionado, o reforço às ideias que relacionam o direito de garantia com outros mecanismos de proteção e defesa pertencentes ao direito do consumidor, a exemplo do direito básico à informação antes já apontado, assim como não é exagero dizer que tais instrumentos viabilizam também ao consumidor a efetiva proteção no exercício do seu direito de escolha.

Outro ponto relacionado ao tema refere-se às garantias estendidas, com sua natureza securitária, com incidência posterior às garantias do fabricante e a legal. Sobre essa questão, Leonardo Roscoe Bessa (2016, p. 213) afirma não enxergar qualquer vantagem na aquisição de garantia estendida, alegando que se o consumidor realizar corretamente a contagem do prazo para reclamar dos vícios do produto, considerando o critério da vida útil, a legislação consumerista oferece suficiente proteção aos interesses do consumidor por meio da garantia legal. O que ocorre, na prática, é que muitas vezes os consumidores não fazem valer o critério da

vida útil do produto, que pode ocorrer por falta de informação ou mesmo devido à indisposição de buscar pela efetivação de seus direitos na Justiça.

De todo modo, as alternativas disponibilizadas pelo código de defesa do consumidor, diante do aparecimento de vícios em produtos, se coadunam com os demais mecanismos de proteção já mencionados e tornam viável a efetivação de uma relação de consumo de qualidade, firmada sobre os princípios caros à defesa dos consumidores.

Porém, há, ainda, importantes reflexões que merecem ser realizadas com relação aos casos de aparecimento de vícios em produtos promocionais, cuja oferta, como se verá, possui um poder de vinculação do fornecedor. Essa é mais uma garantia que o CDC dispõe, razão pela qual o seguinte capítulo discorrerá acerca da possibilidade de sua utilização, pelo consumidor, a fim de se verificar as situações em que se pode vislumbrar a integração da vantagem econômica ofertada em produto viciado ao patrimônio jurídico do consumidor.

4 PONDERAÇÕES SOBRE O VÍCIO DO PRODUTO PROMOCIONAL

Concordante com o que já foi visto até então, no tocante aos produtos promocionais que apresentam vícios, é possível que surjam questionamentos relevantes, diante da crescente complexidade das demandas consumeristas. Uma delas é a discussão acerca da possibilidade de integração da vantagem econômica oferecida na aquisição do produto em promoção ao patrimônio jurídico do consumidor, cujo tratamento merece atenção.

Um fator importante desse processo diz respeito à utilização das ofertas como mecanismos de vendas nas relações de consumo, assim como a sua capacidade de vinculação do fornecedor. Tal garantia pode se consolidar no caso concreto para sanar problemas jurídicos causados por vícios em produtos promocionais.

Desse modo, entende-se que a divulgação de produtos por meio de ofertas dos fornecedores influencia diretamente o comportamento dos consumidores, atraídos pelos mais variados tipos de vantagens. Nesse sentido, vale discorrer sobre a necessidade de proteção, por meio da interpretação da legislação mais benéfica ao consumidor, para os referidos casos, a fim de se evitar injustiças. Nesse prisma, serão realizados alguns apontamentos adiante.

4.1 OFERTA E VINCULAÇÃO DO FORNECEDOR

Tendo em vista os aspectos observados até então, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro dedica especial valor à boa-fé. Esse princípio estruturante que deve ser respeitado em toda e qualquer relação de consumo, encontra clara exigência de aplicabilidade no processo de propagação das ofertas e grandes saldos de mercado. Na atual sociedade de consumo, mesmo sem a força do querer, todos participam do fetichismo da mercadoria. Não se consegue desviar da força que a publicidade exerce sobre todas as pessoas. Mesmo que inconscientemente as pessoas adquirem e seguem novos hábitos, despertam desejos e transformam, inclusive, o comportamento, o que pode acontecer pela influência que o poder da publicidade realiza (CHIACHIRI, 2010, p. 8).

À vista das ofertas, não custa dizer que seus objetivos se direcionam à concretização da venda almejada pelos fornecedores, o que muitas vezes se promove

por meio de inclusão de desconto ou qualquer vantagem econômica, como será exposto, gerando automática obrigação de cumprimento, nos seus exatos termos.

De todo modo, é possível dizer que a oferta permeia por diferentes enfoques no meio de consumo e sua vinculação pode também se materializar, por exemplo, na venda de um produto promocional que esteja com vício, ficando o fornecedor obrigado a arcar com a devida reparação na sua integralidade, observando o que a legislação dispõe.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que a oferta de produtos promocionais gera naturalmente uma especial atração aos consumidores e, logo, uma rápida procura pela aquisição. Isso ocorre porque, como já sugerido, há nesse tipo de relação consumerista, um sentimento de premiação identificado na oportunidade disponibilizada, caracterizando-se numa vantagem oferecida por determinado fornecedor que busca também a concretização da venda, unindo-se então as vontades de ambas as partes. A legítima expectativa do consumidor quanto ao que lhe foi ofertado é um dos motivos que ensejam na necessidade de vinculação das ofertas.

O termo oferta deve ser entendido como gênero, em amplo sentido. Engloba qualquer forma de transmissão da vontade e possui o intuito de influenciar, seduzir, provocar a atração dos consumidores com o objetivo de realizar a venda do produto ou a prestação de um serviço. Existe também a publicidade que não se pode confundir com a oferta. A publicidade, apesar de também possuir objetivos de utilização para fins de consumo, como a propaganda, pode se direcionar a finalidades políticas, ideológicas ou sociais, não necessariamente direcionadas às vendas de produtos ou fornecimento de serviços (TARTUCE; AMORIM, 2020, p. 734-735).

Herman Benjamin (2019, p. 270) com muita propriedade ensina que a concepção mais atual do termo “oferta” pode ser entendida como *marketing*, englobando então os métodos, técnicas e instrumentos que buscam trazer os consumidores à aquisição dos produtos e serviços, bastando que tais mecanismos sejam suficientemente precisos, residindo aí uma das mais importantes contribuições do Direito do Consumidor, que modernamente abrange tanto as técnicas de indução pessoal, como as coletivas e difusas, a exemplo das promoções de vendas e da publicidade.

Para José Geraldo Brito Filomeno (2018, p. 296) também pode-se dizer, didaticamente, que a publicidade é uma das espécies do gênero oferta. Nesse sentido,

define-se como oferta qualquer manifestação do fornecedor para afirmar sua posição no mercado de consumo, enquanto a publicidade é vista como uma mensagem estratégica, elaborada por profissionais, veiculada pelos meios de comunicação de massa como outdoors, televisão, rádios, Internet, etc., tendo dois objetivos específicos básicos que são o de levar o produto ou serviço ao conhecimento dos consumidores e também o de convencê-los a adquirir o objeto do anúncio.

A oferta, por si só, de acordo com Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p. 287), carrega força suficiente para solidificar um vínculo entre fornecedor e o consumidor, de onde surge uma forma de obrigação pré-contratual capaz de obrigar o fornecedor ao seu cumprimento, obedecendo aos termos exatos apresentados no anúncio. Desse modo, o fornecedor deve respeitar a oferta e cumprir cada elemento que propôs ao consumidor.

Esse entendimento de que há, antes mesmo da concretização da venda, uma obrigação do fornecedor, de forma pré-contratual, é outro mecanismo tido para a presente pesquisa como garantidor da defesa do consumidor. Nesse ponto de vista, Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 173) aduz que todos os contratos, mesmo os mais simples, iniciam-se com a oferta de uma das partes da relação, onde a consumação se materializa com a aceitação pelo outro polo, por isso se fala em ‘proposta’ no art. 427⁵ do atual Código Civil Brasileiro, de onde o termo oferta do CDC encontraria correspondência, guardadas as peculiaridades de ambos os dispositivos legais.

As regras relacionadas à presente matéria encontram-se expressas entre os artigos 30 e 38 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 30 reforça o princípio da boa-fé objetiva, apresentando o vínculo do produto ou serviço ao meio de proposta e publicidade anunciado no mercado de consumo, veja-se:

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.

Da leitura do caput do referido artigo pode-se inferir, resumidamente, que o Código Consumerista determina como obrigatório o cumprimento de determinada oferta nas condições anunciadas pelo fornecedor. Para Herman Benjamin (2016, p.

⁵ Código Civil. Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

224) a lei 8.078/1990, ao trazer dispositivos como os artigos 30 e 35, incluiu, no nosso ordenamento jurídico, verdadeiras soluções revolucionárias no tratamento da publicidade para o direito brasileiro.

O princípio da vinculação da oferta é amplamente abordado pelos doutrinadores pátrios e guarda familiaridade com os dispositivos legais supracitados, pois deles decorre. Inúmeros são os fatores e situações que justificam a necessidade de se vincular uma oferta, especialmente na atual dinâmica de mercado.

No entendimento de Herman Benjamin (2016, p. 226), é interessante que sejam observados dois requisitos necessários para verificar a incidência do referido princípio. Primeiro, a efetiva veiculação da informação, ou seja, essa deve de fato chegar ao conhecimento do consumidor, e, ainda, tal informação deve aparecer de forma suficientemente precisa. Isso quer dizer que termos muito abertos e abstratos como “o melhor sabor” não são suficientemente capazes de vincular, dada a ausência de objetividade, portanto, o referido autor explica “[...] não é qualquer informação veiculada que vincula o fornecedor. Tem ela de conter uma qualidade essencial: a precisão”.

Sobre o presente assunto vale destacar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1365609/SP de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, acerca dos casos em que são verificadas disparidades entre a qualidade do produto anunciado e ao que efetivamente foi entregue ao consumidor, considerando a vinculação da oferta:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DO PRODUTO. AUTOMÓVEIS SEMINOVOS. PUBLICIDADE QUE GARANTIA A QUALIDADE DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. USO DA MARCA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚM. 7/STJ.

[...] 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, **a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada**, em observância à principiologia do CDC. Realmente, **o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparéncia e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30.** [...] [destaque nosso].

Tal entendimento enfatiza a relação existente entre o dever de informação, o princípio da vinculação, a boa-fé e a transparéncia, todos devendo estar em

consonância ainda com outro importante instituto do direito consumerista, a legítima expectativa do consumidor. Há expressa obrigação na seara consumerista no sentido de que a informação deve chegar com precisão aos consumidores, através de qualquer meio publicitário, como já visto. Um dos fundamentos capazes de estruturar esse sistema traduz-se na proteção das legítimas expectativas dos consumidores (MIRAGEM, 2016, p. 271).

Sobre a legítima expectativa do consumidor, cabe a realização de alguns apontamentos. No caso da oferta, naturalmente é gerada uma expectativa por parte do consumidor, baseada no que lhe foi proposto, e tal sentimento é considerado legítimo pelo ordenamento jurídico que determina a devida conformação às especificações do produto anunciado, tendo como razão para tanto a condição de vulnerabilidade do consumidor aqui já abordada. Esse estado de proteção o acompanha em todas as fases da relação de consumo, por exemplo, desde a fase da oferta, ou seja, da promoção apresentada por determinado produto, perpassa ainda todos os atos de contratação e o segue também na fase pós-contratual, onde venha a aparecer no produto promocional um vício de qualquer natureza.

Nesse sentido, Leonardo Garcia (2016, p. 63) vai além ao dizer que não se pode admitir um direito exercido de forma desleal, que frustra as legítimas expectativas criadas, por meio de desvios de finalidade, estando caracterizadas, nesses moldes, claras ilicitudes. Assim, mais uma vez o princípio da boa-fé objetiva é utilizado como parâmetro que deve aferir tais limites e evitar abusos no exercício de direitos, objetivando a manutenção da lealdade e da confiança nas relações consumeristas. Sérgio Cavalieri Filho (2019a, p. 294) traz alguns exemplos dessas práticas desleais como: “anúncios de venda de prédios de frente para a praia, quando não se consegue enxergá-la nem de binóculo” ou “a cinco minutos do mar, quando esses cinco minutos são de helicóptero”. Tais situações frustram a legítima expectativa criada no consumidor, visto que o que lhe foi oferecido pelo fornecedor, não corresponde à situação de fato.

De acordo com o que foi exposto sobre o art. 6º, inc. III do CDC, o direito básico à informação e todas as suas nuances, cabe aqui expor a disposição fiel do art. 31 do mesmo diploma legal:

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.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Tem-se aqui mais uma disposição do CDC que traz o dever que os fornecedores têm de prestarem, de forma clara e precisa, as necessárias informações sobre os produtos e serviços que comercializam.

Herman Benjamin (2016, p. 234-236) afirma que a obrigação de informação disposta no art. 31 do CDC desdobra-se em quatro classes que se relacionam, sendo: o tipo de informação-conteúdo, apresentando os aspectos intrínsecos do produto ou do serviço; também aparece o tipo de informação-utilização que objetiva orientar o uso; uma terceira espécie trata-se da informação-preço, que diz respeito aos valores de custos, além de modalidades de pagamento; e, ainda, a informação-advertência, de extrema importância, pois deve descrever os potenciais riscos que o produto ou serviço podem apresentar. Além disso, esclarece que a lista apresentada no artigo, apontando a expressão “entre outros”, é apenas exemplificativa, cabendo ao fornecedor, que conhece bem o seu produto, adicionar os “outros” detalhes que julgar importantes.

O art. 35 do CDC, fornece ao consumidor alternativas no caso de violação do princípio da vinculação da oferta. Pode o consumidor, nessas situações, alternativamente e à sua livre escolha exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, podendo pedir ainda indenização por eventuais danos sofridos em decorrência da quebra de confiança.

A título de exemplo, a ausência de informações que porventura induza o consumidor em erro, uma oferta enganosa por deixar de informar limitações ou riscos relativos ao negócio celebrado, outorga ao consumidor o direito de rescindir o contrato, sem prejuízo por perdas e danos sofridos. A contratação realizada pelo consumidor se dá, nesse caso, em vista de um cenário incongruente com a realidade fática, dada a omissão do fornecedor. Aqui o CDC, portanto, refere-se ao termo rescisão, pelo não cumprimento da oferta, nos termos do art. 35, III. Isso se dá porque

considera-se como a oferta exigível aquela que foi compreendida pelo consumidor, desse modo, eventuais limitações ou exclusões alegadas após a contratação, configuram-se simplesmente como descumprimento da oferta (MIRAGEM, 2016, p. 302).

Não custa entender que o direito básico do consumidor à informação é chave para o seu esclarecimento, inclusive para que se torne possível a busca pela garantia de uma relação de consumo justa, que atenda às suas expectativas. Contudo, não é essa a única ferramenta de que o consumidor dispõe para efetivar o cumprimento de ofertas em produtos promocionais, desse modo, é interessante analisar outras possibilidades trazidas pela legislação, levando em conta, em alguns casos a necessidade de manobras de interpretação acerca do tema que beneficiem de forma justa o consumidor, dada a sua condição de vulnerabilidade.

4.2 GARANTIA DA VANTAGEM ECONÔMICA OFERTADA EM CASO DE VÍCIO DO PRODUTO PROMOCIONAL

O Código de Defesa do Consumidor é categórico com relação à necessidade de proteção dos consumidores como forma de inibir abusos, visto a sua situação enquanto parte mais fraca da relação de consumo. No tocante aos produtos promocionais, bem como às vantagens econômicas que estes apresentam aos consumidores, vale trazer algumas das disposições legais garantidoras, capazes de fazerem valer a devida responsabilização dos fornecedores no caso de aparecimento de vícios.

Não há empecilho para a utilização de tais dispositivos nas demandas em que se observem a presença de vícios em produtos promocionais, por isso, aqui tido como um reforço desse entendimento, o artigo 35 do CDC, já mencionado, expressamente aduz que:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Fica claro que o art. 35 trata-se de um importante instrumento de efetivação da vinculação da oferta no ordenamento consumerista brasileiro, através do qual o consumidor pode exigir que o fornecedor ou prestador de serviços cumpra com o que exatamente tenha ofertado. Nos incisos do referido artigo estão estabelecidas as consequências próprias do inadimplemento com a obrigação disposta, com mais uma devida referência à livre escolha do consumidor.

Nota-se um aspecto prático na leitura do art. 35, I, ao informar que o consumidor pode exigir o cumprimento da oferta. Tal disposição consolida-se como norma garantidora do direito material e oferece essa prerrogativa ao consumidor. Já o inciso seguinte estabelece que o consumidor poderá aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, porém essa opção é uma prerrogativa natural a qualquer relação jurídica de consumo, não havendo necessidade de a lei dispor que o consumidor pode aceitar um produto ou serviço diferente do que pretendia inicialmente. No caso do inciso III, tem-se o direito à rescisão contratual com a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos como mais uma opção disponibilizada ao consumidor (NUNES, 2019, p. 497-498).

Observa-se aqui um dos efeitos do fenômeno da vinculação. Uma vez realizada a oferta, fica o fornecedor a ela vinculado. O fornecedor de produtos ou serviços não pode voltar atrás na oferta porque justamente uma das características da oferta é a sua objetividade, assim como orienta o CDC, portanto, quando uma vez realizada, a própria mensagem que a veicula serve como importante elemento comprobatório de sua existência e, consequentemente, de sua vinculação (NUNES, 2019, p. 470).

Isto posto, pode-se dizer ainda, como única exceção, que há a possibilidade de o fornecedor alegar um erro escusável para voltar atrás na oferta, quando a existência de erro restar evidenciado na própria oferta. Rizzato Nunes (2019, p. 470) exemplifica tal situação ao apresentar o caso de uma loja de eletrodomésticos que resolva realizar uma oferta de televisores de 20 polegadas em cores, que custa cerca de R\$ 600,00 no mercado. A oferta anunciada em dois jornais de grande circulação promove que serão 100 aparelhos de TV pelo preço de R\$ 500,00 (o equivalente a 20% de desconto). Contudo, verifica-se um erro de digitação em apenas um dos jornais, assim, no jornal “A”, a TV é anunciada pelo valor de R\$ 450,00, e no “B” por somente R\$ 5,00. “No caso do jornal “B”, é plausível que o fornecedor se recuse ao cumprimento da oferta, porque o erro é grosso, flagrante. A oferta é evidentemente

falha, contrariando qualquer padrão regular e usual de preço de venda do produto daquele tipo".

Não obstante, Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2020, p. 748) entendem que no caso de erro crasso constante da oferta que trouxer justas expectativas ao consumidor, pelo fato de o preço não restar destoante das regras de mercado, do que se verificar como prática habitual nas vendas do anunciante ou de seus concorrentes, restará mantida a força vinculativa da oferta, mesmo se o valor estiver abaixo de 10% do preço cheio do bem anunciado.

Para os fins do artigo 35, caput, vale dizer que o fornecedor referido é o anunciante direto, ou seja, o que paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio. Contudo, há de considerar casos em que o anunciante indireto, que se aproveita do anúncio de terceiro pode também ser responsabilizado, especialmente quando utilizar, no seu estabelecimento, o anúncio em questão em benefício próprio. Deve-se ter em mente também que, em regra, o veículo de comunicação não é considerado como o "fornecedor", para fins do presente artigo, mas em situações de publicidade enganosa, por exemplo, ou quando se está a par da incapacidade do anunciante de cumprir o com a oferta, fica reconhecida a responsabilidade civil do veículo, por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula. No mais, no momento em que o fornecedor direto decide realizar o anúncio que lhe é facultado, se compromete a realizar a atividade exatamente o que tornar público. Assume todos as consequências, tanto com relação ao aumento no volume das vendas, quanto à vinculação imediata da oferta (BENJAMIN, 2019, p. 304).

Nesse sentido, é possível entender como ato abusivo por parte do fornecedor o não cumprimento das prerrogativas trazida no art. 35 do CDC. Rizzato Nunes (2019, p.603) entende como prática abusiva a ação que, apenas por existir, se caracteriza como ilícita, independentemente de estar ou não o consumidor lesado ou que tenha o assim se sentido. São ilícitas apenas por existirem de fato.

Adiante, o art. 39 do CDC traz um rol exemplificativo de práticas consideradas abusivas, que se coadunam com o art. 6º, inciso IV, também do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece ser direito básico do consumidor "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", vale a leitura de alguns incisos que servem como exemplos do presente assunto:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

[...]

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

A recusa do atendimento trazida no inciso II do artigo supracitado, por exemplo, é dispositivo que se relaciona com os artigos 30 e 35 do CDC, pois como foi visto, de acordo com o art. 30, a oferta vincula o fornecedor, traz a obrigação do seu cumprimento, concedendo ao consumidor os benefícios do art. 35, com sua execução automática e efetiva para que se concretize a relação nos exatos termos do que lhe foi ofertado (NUNES, p. 609).

Com essas informações expostas, pode-se notar que a vinculação da oferta objetiva, dentre outros, a inibição das ocorrências de práticas abusivas por qualquer das partes integrantes na relação consumerista, sendo também uma forma de defesa crucial no sistema jurídico brasileiro. Portanto, a legislação mais que auxilia, de fato constrói uma estrutura protetiva que socorre especialmente a parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor, proporcionando o conhecimento necessário à efetiva defesa e confirmado sua capacidade de intervenção ao dispor e aplicar as devidas sanções quando cabíveis.

No caso da comercialização de produtos promocionais, quando estes apresentam vícios, já foi explicado que, o consumidor pode fazer uso das opções elencadas no art. 18 do CDC e tal dispositivo deve manter conformidade com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade na atuação, substanciais à manutenção da efetiva defesa das relações de consumo, tendo aplicabilidade, de fato, na maior parte dos casos em que os produtos apresentam vícios.

Porém, partindo-se do pressuposto de que os produtos promocionais que apresentam vícios trazem novas questões, inclusive sobre as vantagens econômicas adquiridas pelo consumidor, é possível imaginar várias situações que poderiam estruturar um cenário de instabilidade, ensejando em insegurança jurídica se não efetivamente tuteladas.

Reiterando o exposto sobre a vinculação da oferta, a posição de vulnerabilidade do consumidor, seus direitos básicos e ainda fazendo referência às opções trazidas pelo art. 18 do CDC, a título de exemplo, no caso de produtos promocionais com vício, imagine-se situações fáticas em que hajam, simultaneamente:

- a) impossibilidade da troca do produto viciado por outro de igual espécie, seja por escassez no mercado ou mesmo inexistência desse produto no estoque do fornecedor;
- b) negação à restituição da quantia paga por parte do consumidor – por ser tal valor abaixo do que de fato valeria o produto nas condições normais de utilização. Vale lembrar aqui que, mesmo tendo o consumidor realizado o pagamento de um valor abaixo do de mercado por conta da oferta, o produto adquirido não perdeu o seu valor original, trata-se exatamente de uma vantagem econômica que o consumidor já havia adquirido no ato da aquisição do produto e a devolução da quantia que foi paga restaria como um evidente prejuízo;
- c) inviabilidade de abatimento proporcional do preço, por também restar prejuízo ao consumidor, isso porque mesmo recebendo um abatimento proporcional no valor, a inutilização do produto promocional com vício perduraria.

A possibilidade de tais situações ocorrerem sobre o mesmo produto promocional viciado, no mesmo contexto fático, podem gerar uma instabilidade jurídica carente de tutela e refletir sobre essas possíveis eventualidades pode ser uma forma de se encontrar saídas no ordenamento jurídico sobre o tema. Não seria injusto o consumidor, na troca do produto promocional viciado, simplesmente perder a vantagem econômica obtida? Não poderia este realizar a troca por outro produto, considerando o real valor de mercado do produto adquirido primeiramente e não apenas a quantia efetivamente paga pelo consumidor?

Por todo o exposto até aqui, ao se visualizar a importância dos fundamentos legais para a interpretação favorável ao justo relacionamento entre os fornecedores e consumidores, sob o caráter protetivo do CDC ao que se apresenta como vulnerável, considera-se como adequada a integração da vantagem econômica auferida na aquisição de um produto promocional que venha a apresentar vício. Parece plenamente plausível a vinculação da oferta, devendo esta ser visualizada em sua integralidade, ou seja, é interessante que se verifique toda a situação da aquisição como pertencente ao patrimônio jurídico do consumidor a partir do momento de sua efetivação.

Verifica-se como sensato o pensamento de que o consumidor, por exemplo, ao pedir a substituição do produto promocional viciado por um produto distinto, devido à impossibilidade de qualquer das outras alternativas, não precise realizar pagamentos a título de complementação do valor, por ter realizado anteriormente o pagamento de uma quantia menor, justamente por ter adquirido o produto por meio de uma oferta que lhe ensejou na aquisição também de uma vantagem econômica.

Entende-se que o reconhecimento dessa integração da vantagem econômica ao patrimônio do consumidor representaria a afirmação de um avanço na efetiva proteção e defesa do consumidor no atual contexto social, partindo para um provável despertar com reflexões para a comunidade jurídica. Reafirma-se, portanto, como uma adequada saída especificamente aos casos de impossibilidade do cumprimento de todas as três alternativas do artigo 18 do CDC. A expectativa sobre o reconhecimento da necessidade desse tipo de ponderação na responsabilização por vício do produto promocional encontra validez e é uma realidade que merece atenção a fim de se evitar injustiças no plano jurídico e se desestimulem práticas comerciais desleais no mercado de consumo.

No caso da comercialização de produtos promocionais, quando estes apresentam vícios já foi explicado que o consumidor pode fazer uso das opções elencadas no art. 18 do CDC. Tal dispositivo deve manter conformidade com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade na atuação, substanciais à manutenção da efetiva defesa das relações de consumo, tendo aplicabilidade, de fato, na maior parte dos casos em que os produtos apresentam vícios.

Porém, partindo-se do pressuposto de que os produtos promocionais que apresentam vícios trazem novas questões, inclusive sobre as vantagens econômicas adquiridas pelo consumidor, é possível imaginar várias situações que poderiam estruturar um cenário de instabilidade, ensejando em insegurança jurídica se não efetivamente tuteladas.

Reiterando o exposto sobre a vinculação da oferta, a posição de vulnerabilidade do consumidor, seus direitos básicos e ainda fazendo referência às opções trazidas pelo art. 18 do CDC, a título de exemplo, no caso de produtos promocionais com vício, imagine-se situações fáticas em que hajam, simultaneamente:

a) impossibilidade da troca do produto viciado por outro de igual espécie, seja por escassez no mercado ou mesmo inexistência desse produto no estoque do fornecedor;

b) negação à restituição da quantia paga por parte do consumidor – por ser tal valor abaixo do que de fato valeria o produto nas condições normais de utilização. Vale lembrar aqui que, mesmo tendo o consumidor realizado o pagamento de um valor abaixo do de mercado por conta da oferta, o produto adquirido não perdeu o seu valor original, trata-se exatamente de uma vantagem econômica que o consumidor já havia adquirido no ato da aquisição do produto e a devolução da quantia que foi paga restaria como um evidente prejuízo;

c) inviabilidade de abatimento proporcional do preço, por também restar prejuízo ao consumidor, isso porque mesmo recebendo um abatimento proporcional no valor, a inutilização do produto promocional com vínculo perduraria.

A possibilidade de tais situações ocorrerem sobre o mesmo produto promocional viciado, no mesmo contexto fático, podem gerar uma instabilidade jurídica carente de tutela e refletir sobre essas possíveis eventualidades pode ser uma forma de se encontrar saídas no ordenamento jurídico sobre o tema.

Vale a reflexão então. Não seria injusto o fato de consumidor, na troca do produto promocional viciado por um outro produto distinto – dada a inviabilidade de todas as alternativas do art. 18 do CDC - simplesmente perder a vantagem econômica obtida? Não poderia o consumidor realizar a troca por outro produto distinto, considerando o real valor de mercado do produto adquirido primeiramente e não apenas a quantia efetivamente paga?

A vinculação da oferta, nos seus exatos termos, deve aparecer como forte fundamento para a manutenção da vantagem adquirida quando da contratação. Deve visualizar a importância dos fundamentos legais para a interpretação favorável à parte vulnerável da relação de consumo, levando em conta o inegável caráter protetivo do CDC.

Apesar de haver no mercado de consumo o costume de se considerar apenas o valor que foi efetivamente pago pelo consumidor, entende-se aqui que o desprezo à vantagem econômica obtida pelo consumidor (que também pode em alguns casos ser quantificada em valores) vai de encontro aos parâmetros de defesa e proteção abordados no presente trabalho.

Nesses moldes, considera-se como adequada a integração da vantagem econômica auferida na aquisição de um produto promocional que venha a apresentar vínculo. Vê-se como plenamente plausível a vinculação da oferta nesses casos, de modo que essa deve ser visualizada em sua integralidade, ou seja, que abarque toda a

situação da aquisição como pertencente ao patrimônio jurídico do consumidor a partir do momento de sua efetivação.

Reforça-se a sensatez presente no pensamento de que o consumidor, por exemplo, ao pedir a substituição do produto promocional viciado por um produto distinto, devido à impossibilidade de qualquer das outras alternativas, não precise realizar pagamentos a título de complementação do valor, justamente por ter realizado anteriormente o pagamento de uma quantia menor. Depreende-se desse modo por ter o consumidor, na aquisição do produto, obtido a vantagem econômica que é sua de direito.

O amplo reconhecimento da integração da referida vantagem econômica ao patrimônio do consumidor representaria a afirmação de um avanço na efetiva proteção e defesa do consumidor no atual contexto social, partindo para um provável despertar, com reflexões para a comunidade jurídica.

Considerando a situação de vulnerabilidade do consumidor, entende-se que esta estaria sendo potencializada em situações similares às hipóteses aqui trazidas, ou seja, nos casos da simples desconsideração da vantagem econômica obtida pelo consumidor.

Na busca de alcançar o efetivo atendimento das necessidades dos consumidores, é necessário que haja o respeito a todos os seus direitos, a defesa de seus interesses econômicos e a consequente melhoria da sua qualidade de vida, chegando cada vez mais próximo da harmonia nas relações consumeristas atendendo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e manutenção da boa-fé nas relações de consumo.

Bruno Miragem (2016, p. 56) afirma que a desigualdade reside na posição favorecida do fornecedor, dentre outros motivos, isso ocorre por conta de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo. O autor entende que essa situação “corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de vulnerabilidade deste em relação àquele”.

Destarte, reafirma-se que a consideração e efetivação da integração da vantagem econômica auferida na oferta ao patrimônio jurídico do consumidor pode ser entendida como uma saída adequada e que respeita o princípio da vulnerabilidade. Em específico, refere-se aqui aos casos de impossibilidade do cumprimento de todas as três alternativas do artigo 18 do CDC. A expectativa sobre

o reconhecimento da necessidade desse tipo de ponderação na responsabilização por vício do produto promocional encontra validez e é uma realidade que merece atenção a fim de se evitar o cometimento de injustiças no plano jurídico, sendo também uma forma de desestímulo às práticas comerciais desleais no mercado de consumo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise de como o Direito do Consumidor brasileiro lida com as questões voltadas à responsabilidade civil nas relações de consumo contemporâneas ligadas aos casos de produtos promocionais que apresentam vícios. Uma reflexão sobre a importância dos direitos e deveres direcionados aos agentes participantes das relações consumeristas.

Além disso, permitiu a utilização didática de leis, produções bibliográficas e jurisprudência nacional como recursos que objetivaram entender a estrutura principiológica do Direito do Consumidor – vislumbrando alguns de seus princípios, como a boa-fé objetiva, da vulnerabilidade do consumidor, e dos principais direitos básicos que guardam relação com o tema, servindo de bases que orientam as condutas dos envolvidos para a prática de uma relação de consumo mais justa e harmoniosa.

O principal questionamento apresentado no presente trabalho consiste em responder à seguinte indagação: diante do vínculo do produto promocional, pode o consumidor, no exercício das alternativas dispostas no art. 18 do CDC, exigir a manutenção do benefício econômico representado pelo desconto oferecido na aquisição desse produto?

De modo geral, foi possível identificar linhas favoráveis de interpretação da legislação consumerista que direcionam positivamente para essa possibilidade. Utilizando-se do CDC como fonte de seus direitos, o consumidor pode encontrar a seu favor a permissão de exigir a vantagem econômica adquirida no caso de um produto promocional viciado como parte integrante de seu patrimônio jurídico.

Para se chegar a essa percepção, realizou-se a explanação sobre os principais fundamentos constitucionais do direito do consumidor brasileiro, bem como do atual contexto da sociedade de consumo e a utilização do instituto da responsabilidade civil enquanto meio de proteção e defesa do consumidor. Restou compreendido que o objetivo de equilíbrio entre fornecedor e consumidor e a preservação do princípio da boa-fé nas relações de consumo, por exemplo, configuram-se como algumas das estratégias capazes de atender às expectativas dos consumidores legitimadas pelo CDC e favorecem o entendimento da necessidade de proteção nos casos de produtos promocionais com vícios.

Além disso, a pesquisa avançou nos seus objetivos ao ter abordado a conceituação de oferta no plano jurídico como uma prática comercial que ocorre quando o fornecedor tem por fim realizar a venda de seus produtos ou serviços, com respeito às disposições legais. Nesse sentido, ressaltou-se que tal prática ocorre constantemente e possui ligação direta com o dever de informação do fornecedor, que deve veiculá-la de forma prudente e leal, restando evidente, em todo o entorno da explicação, o forte poder de vinculação que as informações constantes na oferta possuem.

Trabalhou-se, ainda, com todas as alternativas disponíveis aos consumidores nos casos do aparecimento de vícios em produtos, plenamente aplicáveis no caso de produtos promocionais, além de ter-se demonstrado que o desrespeito às disposições do CDC é considerado como uma prática abusiva passível de responsabilização. Tal informação, relacionada à regra inegável da vinculação das ofertas, configuram-se como de crucial importância para a presente pesquisa, pois demonstram a existência da responsabilidade que os fornecedores possuem quando o surgimento de uma demanda para saneamento de vícios em produtos promocionais é vivenciado pelos consumidores.

A explicação sobre a teoria da qualidade conseguiu esclarecer a distinção entre vício e defeito e relacionou importantes institutos do direito do consumidor brasileiro através da relação estabelecida com os dispositivos do CDC, reforçando o seu conteúdo e possibilitando a visualização das possíveis consequências jurídicas que a apresentação do vício pode gerar, além de ter ressaltado a necessidade das ações preventivas que visem proteger a vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos como mais um direito básico do CDC.

Sobre o foco central do estudo, configurou-se como plausível o entendimento de que é adequada a integração da vantagem econômica auferida na aquisição de um produto promocional que venha a apresentar vício. Uma vez adquirida pelo consumidor, entendeu-se que a oferta deve vincular e ser visualizada em sua integralidade.

Assim, para atender de forma satisfatória ao princípio da vulnerabilidade do consumidor e sua legítima expectativa, ou seja, para restar efetivada sua proteção, toda a situação da aquisição do produto promocional com vício deve ser considerada como pertencente ao patrimônio jurídico do consumidor. Não se encontrou empecilho

legal que obste a referida integração, pelo contrário, percebeu-se que o entendimento da referida inclusão pode ter justo fundamento, havendo linhas interpretativas favoráveis à sua concretização, por meio dos mecanismos de defesa disponíveis aos consumidores. Desse modo, com a apresentação dessa viabilidade, considera-se cumprido o objetivo do presente estudo.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Silvano Alves. **Direito empresarial e direito do consumidor.** Curitiba: InterSaber, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Capítulo V. DAS PRÁTICAS COMERCIAIS: In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto:** direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 270-304.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Capítulo V. TEORIA DA QUALIDADE. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. **Manual de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 136-144.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. VIII. OFERTA E PUBLICIDADE. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. **Manual de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 224-236.

BESSA, Leonardo Roscoe. Capítulo VII. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. **Manual de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências [Código de Defesa do Consumidor]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 05 nov 2020.

_____. **Lei nº 12.291, de 20 de julho de 2010.** Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2007-2010/2010/lei/l12291.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.552.550/SP 2014/0188722-7** Relator. MINISTRO MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 1 março 2016. DJe 22 abril 2016. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1552550_193fa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1603200389&Signature=Hc0PZDOpKQXyC7VE9OVVFH76whM%3D. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1888383/RS 2020/0039055-6**. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24 nov. 2020. DJe 01 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&equencial=2006524&num_registro=202000390556&data=20201201&formato=PDF. Acesso em: 03 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1365609/SP 2011/0105689-3**. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28 abril 2015. DJe 25 maio 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1365609_ef_178.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1601124059&Signature=QMG5gtMjQSDAqG9rfOra6QOZnQY%3D. Acesso em: 26 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 586316/MG 2003/0161208-5**. Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17 abril 2007. DJe 19 março 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHIACHIRI, Roberto. **O poder sugestivo da publicidade**: uma análise semiótica. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

DENARI, Zelmo. Capítulo IV: DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS, DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO DOS DANOS: *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 219-224.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I: DISPOSIÇÕES GERAIS. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 13-69.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo II: DA POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO: *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 71-134.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo III DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR: *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: direito material e

processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 136-174.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado: artigo por artigo**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**: direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. - Rio de Janeiro, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 37, p. 59-76, jan/mar. 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Capítulo III. CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97-104.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Capítulo VI: DA PROTEÇÃO CONTRATUAL. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**: direito material e processo coletivo: volume único. Colaboração Vicente de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 511-660.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. re., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book disponível na plataforma Minha Biblioteca.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.