

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 513

(ano VIII)

(06/01/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



06/01/2016 Rômulo de Andrade Moreira

» [O Procurador-Geral da República não pode dirimir conflito de atribuição entre os Ministérios Públicos dos Estados, decidiu o Supremo Tribunal Federal](#)

ARTIGOS

06/01/2016 Luciano Roberto Gulart Cabral Júnior

» [Tutelas de urgência e de evidência - conceitos e distinção](#)

06/01/2016 Lucas Gabriel Santos Costa

» [A segurança pública e a guetificação do espaço urbano](#)

06/01/2016 Vinicius Loureiro da Mota Silveira

» [Quais os índices de juros e de correção monetária devem ser aplicados em face de condenações da Fazenda Pública: discussão entre a TR e o IPCA](#)

06/01/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Resolução nº 39/248 da ONU: A Proteção Internacional do Consumidor](#)

06/01/2016 Isabela Maria Rosal Santos

» [A pesquisa de células tronco e o estado laico brasileiro: estudo sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal e suas consequências](#)

06/01/2016 Clarissa Pereira Borges

» [Terceirização na Administração Pública: interpretação da Súmula 331 do TST e ADC nº 4](#)

MONOGRAFIA

06/01/2016 André Igo Mota de Carvalho

» [A contratação do seguro de garantia estendida em face do prazo decadencial para os vícios ocultos previsto no CDC](#)

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA NÃO PODE DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS, DECIDIU O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia.

O Procurador-Geral da República não tem atribuição para dirimir conflitos de atribuições entre os Ministérios Públicos dos Estados, segundo decidiu o Ministro Celso de Mello, ao julgar um pedido do Chefe do Ministério Público da União, que pretendia ter reconhecido o direito de definir qual unidade da federação deve proceder a investigação de um determinado crime.

O pedido foi feito em uma Ação Cível Originária em curso no Supremo Tribunal Federal em que se discutia qual Ministério Público, se o do Rio de Janeiro ou o de São Paulo, deveria apurar um caso de falso sequestro. Na manifestação, o Chefe do Ministério Público da União requereu que fosse reconhecida "*sua atribuição para dirimir o presente conflito negativo de atribuição*".

Ao negar o pedido, o Ministro Celso de Mello afirmou "*implicar ofensa à autonomia institucional do Ministério Público dos estados,*

exigir-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do senhor procurador-geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do ‘parquet’ estadual, pois lhe incube, unicamente por expressa definição constitucional a chefia do Ministério Público da União”, acrescentando que “o Ministério Público estadual não é representado, muito menos chefiado, pelo senhor procurador-geral da República, eis que é plena a autonomia do ‘parquet’ local em face do eminente chefe do Ministério Público da União”.

O relator frisou ainda que o Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, por isso tem direito de postular, autonomamente, em sede originária, perante o Supremo: *“Tais são as razões pelas quais também não compete ao eminente senhor procurador-geral da República o poder para dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos estaduais entre si ou, ainda, entre integrantes do Ministério Público da União e agentes do Ministério Público dos estados-membros, eis que, em referidas situações de antagonismo, a atribuição originária para resolver eventuais conflitos (positivos ou negativos) pertence ao Supremo Tribunal Federal.”*^[1]

O acerto do Ministro salta aos olhos. Já o pedido do Procurador-Geral da República foi de todo equivocado, pois antes de se iniciar a ação penal, com o oferecimento da denúncia, não se pode falar em conflito de competência, mas, tão somente, de atribuições entre membros do Ministério Público a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça (ou pela Câmara de Coordenação e Revisão – art. 62, VII da Lei Complementar n. 75/93, conforme o caso), salvo em caso de requerimento de alguma medida cautelar.

O que diferencia o conflito de atribuição do conflito de competência não são exatamente as autoridades em "confronto", mas o tipo de ato (processual ou procedimental) a ser praticado. Assim, o fato de dois Juízes

declararem não ser competentes, não implica necessariamente que tenha surgido entre eles um conflito negativo de competência, pois o que importa para a identificação do problema é visualizarmos em cada caso concreto qual a natureza do ato praticado e não a autoridade que o praticou.

Ora, quando se está diante de uma investigação preliminar não há, ainda, evidentemente, processo instaurado, sequer ação penal iniciada. Nestas condições, os atos judiciais exarados em um procedimento investigatório revestem-se de caráter eminentemente investigatório (salvo as medidas de natureza cautelar, as provas técnicas e as provas produzidas antecipadamente), não podendo ser considerados atos jurisdicionais, nem gerar, por conseguinte, qualquer vinculação do ponto de vista da competência processual.

Aliás, admitindo-se o contrário estaria ferida de morte a autonomia dos membros do Ministério Público, pois a atribuição ministerial seria ditada pelo ato do Juiz, o que é inconcebível no sistema acusatório. Sendo persecutório o ato a ser praticado, e exclusivo do Ministério Público, não pode se admitir que o órgão jurisdicional, antes de iniciada a ação penal, decida sobre sua competência, visto que a análise de tal matéria ainda lhe é defesa.

Bem a propósito, vê-se que o art. 109 do Código de Processo Penal refere-se a processo quando determina que o Juiz se declare incompetente. E procedimento investigatório não é processo... Assim, impossível enxergar em tais hipóteses as feições de um conflito negativo de competência, pois os atos judiciais proferidos em inquérito policial (ou em qualquer outra peça informativa) não se caracterizam como decisões de positivação ou de negação de suas respectivas competências.

Afrânio Silva Jardim, discorrendo sobre o tema, assim se pronunciou há tempos:

“Como se sabe, o inquérito policial tem natureza administrativa, sendo atividade investigatória do Estado-Administração, destinada a dar lastro probatório mínimo a eventual pretensão punitiva. Se tal é a natureza do procedimento policial, outra não pode ser a natureza dos diversos atos que o compõem. Mesmo os atos praticados pelo Juiz no curso do inquérito têm a natureza administrativa, sendo, por isso, chamados pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho de anômalos, tendo em vista o sistema acusatório. Não são jurisdicionais, pois sem ação não há jurisdição. Inexiste possibilidade de conflito de competência ou jurisdição na fase inquisitorial, pela própria natureza dos atos que aí são praticados. Ficam expressamente ressalvadas as hipóteses de jurisdição cautelar, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória (contracautela). O simples fato de os Juízes, no inquérito, terem encaminhado os respectivos autos, a requerimento do MP, para outro órgão judicial não implica em afirmar ou negar a sua competência, tratando-se de despachos de mero expediente ou ordinatórios. Note-se que o art. 109 do CPP permite que o Juiz declare sua incompetência ‘em qualquer fase do processo’, não do inquérito policial.” [2]

Da mesma maneira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “O juiz, quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos do cartório. (...) o despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa). Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese. Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja,

não podemos transformá-lo de uma penada, sem um exame mais cauteloso de cada hipótese, em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda a ordem processual, além dos demais e gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria.”[\[3\]](#)

Pois bem. Qual a outra questão?

Caso surja (e não é incomum, muito pelo contrário) um conflito de atribuições entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos (ou mesmo entre representantes do Ministério Público Federal e Estadual), quem deve dirimi-lo?

Não será o Superior Tribunal, pois, como se disse acima, não se trata de um conflito de competência; ademais, não se encontra esta competência elencada no art. 105 da Constituição Federal, e *“a competência expressa determinada pela Constituição Federal não pode ser ampliada ou estendida, uma vez que o poder constituinte originário assim o pretendia.”*[\[4\]](#)

Também, e evidentemente, estão excluídos o Procurador-Geral de Justiça respectivo e o Procurador-Geral da República, pois ambos chefiam instituições independentes (inclusive do ponto de vista constitucional) e não há falar-se em hierarquia entre elas, de modo que o chefe de uma não poderá impor ao membro da outra o seu posicionamento.

Resta-nos, então, considerando que, **in casu**, estamos possivelmente diante de um conflito federativo instaurado entre a União (via Ministério Público Federal) e o Estado (através do respectivo Ministério Público Estadual), ou entre este Estado e um outro, entendermos que é o Supremo Tribunal Federal o órgão judiciário competente para dirimir este conflito, pois a ele cabe processar e julgar originariamente *“as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”* (art. 102, I, “f”).[\[5\]](#) Esta é uma

posição defendida há mais de duas décadas pelos Professores Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[6] e Afrânio Silva Jardim[7].

O Supremo Tribunal Federal decidiu neste sentido pela primeira vez no julgamento da Petição nº. 3.528-3 - BA, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio. A partir deste julgamento, várias outras decisões se sucederam.

Nada obstante este entendimento já consolidado na Corte Suprema, **de lege ferenda**, entendemos que seria mais adequado, seja do ponto de vista do acima analisado sistema acusatório (art. 129, I, da Constituição Federal), seja sob o prisma institucional (art. 127, §§ 1º. e 2º., da Carta Magna), seja sob o aspecto constitucional (art. 130-A, § 2º. da Constituição Federal), que tais conflitos de atribuição fossem decididos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão constitucionalmente legitimado para o controle do *“cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”*.

Para tanto, acrescentar-se-ia ao art. 130-A, § 2º. da Constituição Federal, o inciso VI, com a seguinte redação: *“dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público de Estados diversos e entre estes e os membros do Ministério Público da União”*. Fica a sugestão para um Projeto de Emenda à Constituição.

NOTAS:

[1] <http://www.conjur.com.br/2015-dez-24/nao-compete-pgr-decidir-conflito-atribuicao-entre-mps-decide-stf>

[2] Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 10ª. ed., 2001, p. 225 e segs.

[3] O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed., 1995, págs. 190 e segs.

[4] Gomes, Luiz Flávio, Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

[5] Na verdade, do ponto de vista da Constituição Federal, só há conflito federativo quando houver “*intensidade do risco de ruptura da harmonia entre os entes federados*”, conforme afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, na Ação Cível Originária (ACO) 1110.

[6] O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed., 1995, pp. 211 e segs.

[7] Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 10ª. ed., 2001, p. 233.

TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA - CONCEITOS E DISTINÇÃO

LUCIANO ROBERTO GULART CABRAL JÚNIOR:
Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande. Advogado (OAB/RS).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre os conceitos e a distinção entre as tutelas de urgência (tutela antecipatória e tutela cautelar) e a tutela de evidência no Direito Processual Civil brasileiro, com apontamentos a respeito das alterações visadas pela Lei 13.105/2015, que estatui o Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: tutela de urgência; tutela antecipatória; tutela cautelar; tutela de evidência; Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O processo, de um modo geral, vive uma crise provocada pela morosidade procedimental. Inúmeros são os fatores desencadeadores de tal situação, merecendo destaque, no entanto, a falta de estrutura do aparato judicial para a celeridade do trâmite processual.

A sociedade clama por uma solução.

E foi justamente a partir deste prisma que se originaram as chamadas *tutelas de urgência*. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR discorre sobre elas da seguinte maneira, indo, inclusive, além da razão aludida:

Não raro, porém, são os casos em que, a ter-se de aguardar a composição definitiva da lide por sentença, o provimento final da justiça se tornará vão e inútil, porque o bem disputado terá desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada

pelo ato judicial. Outras vezes, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata, sob pena de não poder fazê-lo o respectivo titular, se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada. Para estas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma *tutela jurisdicional diferenciada*, que recebe o nome de *tutela de urgência*, desdobrada, no direito brasileiro, em duas espécies distintas: a) a *tutela cautelar*, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e b) a *antecipação de tutela*, que, por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.^[1]

As *tutelas de urgência* são aquelas, então, que exigem uma atuação imediata do Poder Judiciário, seja antecipando os efeitos da pretensão postulada (tutela antecipada), seja resguardando a fruição futura da mesma (tutela cautelar).

1. TUTELA ANTECIPATÓRIA

O tempo, por vezes, pode dilacerar e tornar ineficaz o provimento judicial. O Legislador, portanto, se viu compelido a editar uma norma jurídica que amenizasse os nefastos prejuízos que o tempo pode acarretar, e isso ocorreu por intermédio da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, instituindo-se, assim, a *tutela antecipada*. Consiste o instituto em comento "na possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da própria sentença. Com isso, satisfaz-se provisoriamente a pretensão posta em juízo. Por seu intermédio, o juiz concede, antecipadamente, aquilo que está sendo pedido"^[2].

Não são raros os caos nos quais a iminência de perecimento da pretensão impõe a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final, porquanto, como assinada percucientemente CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. [...] Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer; isso se dá, p.ex., se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o no entanto depois do concurso já realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostas ao titular de direitos – p.ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição – o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informes úteis ao bom julgamento da causa ou se desaparece o bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor.^[3]

A regulamentação da tutela antecipatória está disposta no artigo 273 do atual Código de Processo civil[4], com a redação determinada pela lei supramencionada. Em linhas gerais, o deferimento da tutela antecipada exige (a) a verossimilhança das alegações e (b) a prova inequívoca, ambas aliadas a um dos seguintes requisitos: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, *ou* abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Gize-se: os dois requisitos citados nas alíneas "a" e "b" são cumulativos, e exigem a presença de um único dos seus sucessores (alternativos). A irreversibilidade da medida também é essencial.

2. TUTELA CAUTELAR

A *tutela cautelar* não possui caráter satisfativo, mas sim preservativo. Almeja assegurar o resultado útil ao provimento jurisdicional.

A atividade cautelar destina-se à conservação de certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado correta e eficientemente (bens suscetíveis de constrição judicial, fontes de prova). [...] Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (*fumus boni juris*): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o *dopericulum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos.[5]

Requisitos, portanto, do deferimento da tutela cautelar são o *fumus boni juris* (fumaça de bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora). Aquele significa que "o alegado direito é plausível"[6], que a probabilidade da arguição ser verídica, em

conferência com o contexto probatório, é concreta. O segundo, consiste na urgência (imediatidade) da concessão da tutela (cautelar) pelo Poder Judiciário, sob pena de frustrar a eficácia futura e eventual do direito material.

3. TUTELA DE EVIDÊNCIA

O Código de Processo Civil está na iminência de ser reeditado. A Lei 13.105/2015 se destina a tal desiderato. Incontáveis as mudanças que estão a ser introduzidas. Destaca-se, na ocasião, a disciplina da *tutela de evidência*. Veja-se, a seguir, o trecho extraído do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.

FREDIE DIDIER JÚNIOR explica a acepção da palavra *evidência* desta forma:

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja

prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado.^[7]

Para a concessão da tutela de evidência, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (ou *opericulum in mora*) é dispensado. Não há urgência que possa acarretar dano imediato (embora possa se concluir que a própria demora processual já é, por si só, nefasta). Assim, se enquadrando numa das hipóteses previstas pelo artigo 311 Novo Código de Processo Civil, a tutela de evidência pode ser deferida, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

São casos nos quais o interesse do demandante se sobrepuja ao do demandado, haja vista a evidência de seu direito. São, ainda, situações excepcionais, e, portanto, a interpretação deve ser taxativa, para evitar cerceamento de defesa e violação do devido processo legal.

A tutela de evidência põe, então, na balança dois princípios processuais constitucionais, o da ampla defesa e o da celeridade processual:

Art. 5º da Constituição Federal:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Preferiu o Legislador preconizar a celeridade. E agiu corretamente. Ora, a tutela de evidência exige que o direito esteja tão claro, tão provável, que a contraposição ao mesmo seja virtualmente ineficaz. São situações, repita-se, excepcionais. Assemelha-se (não se identifica, por óbvio) a uma situação reversa à hipótese do atual artigo 285-A do Código de Processo Civil^[8]. Explica-se: na sentença liminar de improcedência do pedido, devido à natureza da decisão, pode-se atingir a qualidade de coisa julgada material, e a apreciação da causa de pedir é exauriente. Ao revés, na concessão da tutela de evidência, a decisão é interlocutória (atacável por agravo de instrumento), e a cognição é sumária e não exauriente. Mas se referiu à aparência entre os institutos porque,

para o deferimento da tutela de evidência, o Julgador terá que vislumbrar uma *quase procedência liminar*. A verdade dos fatos deve estar visível, palpável, tangível.

4. TUTELA ANTECIPATÓRIA, TUTELA CAUTELAR E TUTELA DE EVIDÊNCIA - DISTINÇÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART^[9] lecionam que os caracteres diferenciadores da *tutela antecipada* e da *tutela cautelar* são os seguintes: a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, pois visa a garantir a sua frutuosidade. A tutela antecipatória, por sua vez, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização (e não a segurança prévia) mediante cognição sumária ou verossimilhança. É a tutela final antecipada com base em cognição sumária, não sendo, por isso, instrumento de outra tutela (ao revés das cautelares).

Destaque merece a hipótese inculpada no § 7º, do artigo 267, do Código de Processo Civil vigente^[10], atinente à *zona de penumbra das tutelas cautelares e antecipatória*^[11]. Havendo dúvida quanto à natureza da medida de urgência (se antecipatória do pedido ou satisfativa de tutela independente), o Juiz poderá conceder a tutela cautelar de modo incidental no próprio processo principal (*fungibilidade*).

A *tutela de evidência*, por outro lado, destaca-se sobremaneira às tutelas retroaludidas. Aquela prescinde do perigo decorrente da demora, porque a evidência do direito é tão esmagadora que autoriza o desfrute imediato da pretensão.

5. CONCLUSÃO

O processo brasileiro está em colapso. A demora no trâmite processual está em dissonância aos anseios sociais. Processos se

"arrastam" por anos, e o jurisdicionado sente-se injustiçado. É o Estado, mais uma vez, demonstrando a sua ineficiência.

Com o escopo de amenizar esta situação, bem como para salvaguardar as pretensões em hipóteses específicas, as tutelas de urgência e de evidência foram criadas. Aquelas, exigindo o *periculum in mora*, subdividem-se em tutela antecipatória (que satisfaz, previamente à sentença final, o anseio do autor) e tutela cautelar (que, sem satisfazer o direito material, protege-o para futuro e eventual desfrute). A tutela de evidência, pela vultosa verossimilhança das alegações, abdica do perigo na demora. Na verdade, nesta hipótese, o dano se situa justamente no trâmite processual desarrazoado, eis a quase certeza que o direito se revela. O perigo temporal é nítido, o que causaria demasiada injustiça.

Nesse cenário, a modificação mais visível pelo Novo Código de Processo Civil no que tange às tutelas de urgência é a unificação das tutelas antecipatória e cautelar. O procedimento de ambas serão idênticos, deixando de existir as tutelas cautelares típicas em procedimento próprio.

Quanto às tutelas de evidência, um passo importante está tomando o Estado brasileiro rumo à evolução do seu Direito Processual. Em virtude da abolição do *periculum in mora* para a concessão de uma tutela liminar (não definitiva, o que ocorre na sentença), o interesse do autor cujo pleito é verossímil ao extremo prepondera sobre eventual direito da parte contrária em debatê-lo. O próprio direito já demonstrado antes mesmo do contraditório (ou mesmo após), mas previamente à sentença final, oferece meios ao Magistrado de deferir a tutela de evidência.

Enfim, as alterações legislativas iminentes vão ofertar ao Judiciário formas de resolução dos litígios de maneira mais justa e célere, de modo a conceder ao autor que possui razão a fruição do

seu direito material, ou a segurança de futura e eventual tutela, anteriormente à própria sentença, quando, obviamente, preenchidos os pressupostos para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 4. **Processo cautelar**. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. **Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico conciso**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOTAS:

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito processual civil*. v. 1. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Item 47-b. p. 65.

[2] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55-56.

[4] Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegaça o e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparaça o; ou II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1 . Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2 . Não se conceder  a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3 . A efetivaça o da tutela antecipada observar , no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4  e 5 , e 461-A. § 4 . A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5 . Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6 . A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7 . Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

[5] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 339.

[6] SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico conciso*. 1ª ed. Rio de janeiro: Forense, 2008. p. 364.

[7] DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2010. p. 408.

[8] Art. 285-A do CPC. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

[9] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil*, v. 4, *Processo cautelar*, 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

[10] Art. 267, § 7º, do CPC: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

[11] Expressão articulada por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART.

A SEGURANÇA PÚBLICA E A GUETIFICAÇÃO DO ESPAÇO URBANO

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA: Advogado. Especialista em ciências criminais - Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Direito Público - Universidade Federal da Bahia;

RESUMO: O enfraquecimento das políticas públicas com ênfase na oportunização de direitos sociais – como a política urbana vinculada ao direito à cidade – e o gradativo fortalecimento e ampliação das ações voltadas à segurança pública de ordem repressiva são fortes características da proposta de segurança que se mantém em pauta para concepção do sistema de controle institucionalizado atual. Para manter a lógica deste perfil de segurança pública foi necessário construir uma estrutura justificadora – corroborando com a ideologia dominante – que tem como instrumento principal a difusão do medo. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar, num viés transversal à criminologia crítica, a estrutura e fundamento da proposta de segurança pública que se evidencia como equiparável à identidade do sistema social nacional.

Palavras-chave: Segurança pública, Políticas Públicas, Controle Social.

1 INTRODUÇÃO

A identidade do sistema social é criado, mantido e consolidado através da reafirmação de valores que atribuem conteúdo a uma cultura. A rede de relações interpessoais apoiada na ideologia, que sedimentam hábitos através da reafirmação do conteúdo constante no processo de socialização, é capaz de determinar a identidade do sistema social.

Identidade social que, no âmbito da segurança social, pode decorrer de uma utopia de liberdade ou de uma ideologia do medo. Nesse caso, Marcelo Lopes de Souza alerta que passamos a viver um medo generalizado que “toma conta de corações e mentes, (re)condicionando hábitos de deslocamento e lazer, influenciando formas de moradia e *habitat* e modelando alguns discursos-padrão sobre a violência urbana.”^[1] Zigmint Bauman, por sua vez, afirma que, “paradoxalmente, as cidades – que na origem foram construídas para dar segurança a todos os seus habitantes – hoje estão cada vez mais associadas ao perigo.”^[2]

Frente à extensão do medo, o discurso da necessidade de segurança assume uma função principal, uma vez que fundamenta políticas simbólicas essencialmente punitivistas. Gabriel Ignácio Anitua expõe que “as burocracias políticas voltam às vistas para a velha ferramenta punitiva, a qual oferecem a uma comunidade assustada como uma clara demonstração de que ‘estão fazendo alguma coisa’”.^[3] Em função disso, Bauman analisa que “a exposição das ameaças à segurança pessoal é hoje um elemento determinante na guerra pelos índices de audiência dos meios de comunicação de massa [...O] mundo visto na televisão parece um universo em que “policiais-cães de fila” protegem “cidadãos-ovelhas” de “criminosos-lobos”^[4]

2 AS ESTATÍSTICAS DO MEDO

A determinação de uma política de segurança pública apoiada na maximização do sistema punitivo busca seu fundamento numa aferição empírica dada, principalmente pelas estatísticas criminais. Juarez Cirino dos Santos observa que “nas sociedades capitalistas, a indicação das estatísticas é no sentido de que a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais.”^[5]

Assim, as estatísticas, sob influência da cifra negra, são indutores que fornecem substrato ao etiquetamento dos indivíduos supostamente perigosos, direcionando para eles – aqueles que supostamente necessitariam apropriar-se do bem de outrem – o foco da política de segurança pública de ação direta.

Num sistema social de outrora, os menos privilegiados socialmente eram alvos das penas que marcavam os corpos, hoje, as marcas corporais foram substituídas por estatísticas criminais que servem para justificar as arbitrariedades e a violência policial contra aqueles que colocam em cheque a segurança cognitiva estereotipada na ideologia que forja a identidade do sistema social.

A promoção da ordem pública foi diretamente atrelada à estabilização dos níveis de criminalidade num padrão que supostamente não obstasse o desenvolvimento de parte da sociedade. Os próprios órgãos estatais fornecem estatísticas dos crimes que estão em pauta na guerra urbana da cidade: homicídio, tentativa de homicídio, estupro, roubo seguido de morte, roubo a ônibus urbano, furto de veículo e roubo de veículo[6].

Evidencia-se, assim, o objeto de repressão “dos aparelhos de controle e repressão social, como a polícia, a justiça e a prisão, concentrada sobre os pobres, os membros das classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo.”[7]

O ciclo de violência, medo e repressão se retroalimenta. Tomando como referência áreas localizadas nas periferias da cidade e os crimes que eram objeto da política de segurança pública, observou-se um aumento nos índices de criminalidade e a insistência de uma ação ineficaz.

A sociedade passa a conviver com a constante insegurança que resulta da criminalização dos efeitos sociais negativos decorrentes da omissão do Estado brasileiro por séculos. Hoje

observamos uma contenção da criminalidade urbana feita através de meios arcaicos e utilitaristas que de um lado ressuscita os ideais positivistas de Lombroso e Ferri para subjugar parte da população, e por outro adota o perfil liberal ao entregar nas mãos daqueles que possuem os recursos a responsabilidade de sua segurança. Neste sentido, é importante citar a análise de Alba Zaluar:

O Estado brasileiro nunca cumpriu nem mediamente a função de todo o estado: dar segurança a seus cidadãos, um direito muito valorizado por todos, sem importar a escolha sexual, a religião, a cor da pele, o gênero, o nível de renda, a escolaridade etc.. Portanto, o medo é, digamos, estrutural, está na condição de sujeito deste Estado.^[8]

As forças policiais ainda são preparadas, treinadas e fortemente alienadas sob orientações militares, ou seja, concebendo a existência de um aliado e pressupondo a extrema necessidade de vitória com a derrocada, e possível eliminação, de um “inimigo” no front de batalha.

3 A IDEOLOGIA DA SEGURANÇA

A transformação da segurança pública em uma situação de guerra decorre de uma *ideologia da segurança*^[9], que influi na *práxis* sociedade-Estado e gera a necessidade constante de obter proteção frente a um perigo anormal, às vezes imaginário, que, com os esforços adequados, será aniquilado da sociedade. A questão é que o perigo insiste em permanecer e os esforços se tornam cada vez mais caros, principalmente à sociedade, que passa a pagá-lo com sua intimidade, com sua liberdade, com a construção de guetos que limitam o exercício do direito à cidade.

3.1 DA GUETIFICAÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Primeira variação: “É melhor usar um relógio não muito caro (deixe o rolex em casa) – mas não tão barato a ponto de o ladrão se irritar.” “Deixe os vidros do carro levantados.” “Não pare no sinal, mesmo fechado.” “Atravesse logo a rua, tem um grupo de pivetes ali.” “Ponha o *notebook* em uma mochila para disfarçar” [...] Segunda variação: “Sujou, tem uma *blitz* aí na frente.” ‘Deram uma dura em todo mundo na entrada da comunidade, esculacharam o trabalhador, humilharam até as moças, revistaram até criança.” “Hoje nem tenho como voltar para casa, o morro está em guerra.”^[10]

A reação ao sentimento de insegurança ou a sua materialização, em paralelo com uma constante violência, resulta num dos fenômenos que marca a estrutura urbana atualmente: a segregação espacial. É constante a progressão e expansão habitacional para as periferias geográficas da cidade, culminando no nascimento de novos bairros, favelas e loteamentos.

O gueto, espaço habitacional que decorre do processo de fechamento de uma área urbana, é caracterizado pela intensa separação, pelo afastamento, de determinada região em relação aos centros urbanos da cidade, limitando principalmente a acessibilidade “dos” ou “até os” guetificados. Para Wacquant, o gueto “não é só meio concreto e a materialização da dominação etnoracial pela segmentação espacial da cidade; é também uma poderosa máquina de identidade coletiva”.^[11]

O fechamento pode ser real ou voluntário, e não se impõe, necessariamente, a presença de muros de contenção em sua construção. Assim, pessoas isolam-se ou são isoladas em espaços da cidade com o expediente de garantia da segurança pública, na

busca da concretização de um bem-estar social entre iguais, que se separam dos diferentes.

O gueto voluntário pode ser observado, no período atual, através dos resultados da crescente expansão imobiliária condominial. Ele se apresenta como um fechamento espacial, através de complexos habitacionais, decorrente de uma intensa necessidade de formar uma comunidade, artificial, na qual a segurança individual e coletiva, foco principal, poderá ser conquistada através do convívio com os considerados iguais e dos equipamentos tecnológicos de segurança.

O gueto real, por sua vez, possui a mesma característica segregacionista do primeiro, entretanto com a minimização do caráter volitivo dos seus participantes. O gueto real é a expressão da ausência da organização política urbana, ou melhor, de uma política voltada para exclusão. É formado por uma estrutura habitacional deficiente, desprovida de serviços essenciais, na qual a condição socioeconômica dos habitantes interfere significativamente no vínculo e na condição de adesão.

É importante considerar o nível de hipossuficiência dos integrantes do gueto real, entretanto o direito à cidade se ausenta nas duas hipóteses e tem como elo a (in)segurança pública. Assim, o componente territorial supõe, de um lado, uma instrumentação do território capaz de atribuir a todos os habitantes aqueles bens e serviços indispensáveis, não importa onde esteja a pessoa; e de outro lado, uma adequada gestão do território, pela qual a distância geral dos bens e serviços públicos seja assegurada.^[12]

3.2 O MEDO DA VIOLÊNCIA

É extensa a tipologia das formas de vida não-cidadãs, desde a retirada, direta ou indireta, dos direitos civis à maioria da população, às fórmulas

eleitorais engendradas para enviesar a manifestação da vontade popular, ao abandono de cada um à sua própria sorte.[\[13\]](#)

É evidente a expansão dos condomínios, vilajes e conjuntos habitacionais nas regiões mais afastadas dos centros urbanos. A *gated community*[\[14\]](#) passou a buscar as regiões periféricas da cidade, chegando a simular centros urbanos, buscando uma estrutura interna voltada à autosatisfação dos moradores e o afastamento da vivência das problemáticas inerentes à questão urbana:

A periferização se efetiva social e geograficamente em diferentes pontos de uma dada área metropolitana. Em muitas grandes cidades, os contingentes de empobrecidos ocupam espaços intercalares do tecido urbano, o que faz entender que nem sempre a periferia localiza-se nos anéis mais externos de uma metrópole. Processos recentes têm apresentado periferias “nobres”, no linguajar dos empreendedores imobiliários, isto é, “condomínios fechados”, “villages” ou “cidades jardins”, ocupados pela classe média ou mesmo pela classe mais abastada, com capacidade de pagar pela “qualidade ambiental” em pontos distanciados do “core” metropolitano.[\[15\]](#)

Essa mudança no processo de construção da cidade decorre da procura por estruturas que proporcionem um ambiente apto ao desenvolvimento, ao equilíbrio humano, não mais conquistado nos centros da cidade. O comércio imobiliário logo se adaptou à nova exigência, à nova necessidade de consumo: meio ambiente equilibrado, lazer, conforto e segurança, tudo isso sobre o rótulo da qualidade de vida.

A aquisição deste modelo de habitar e de compreender a cidade passou a ser o sonho da população, quem antes sonhava em ter sua primeira residência atualmente sonha em ter um apartamento ou uma casa num condomínio fechado, num lugar seguro. Existe, entretanto, uma limitação ao acesso a tais estruturas: os valores desta qualidade de vida não estão ao alcance de todos, ou melhor, restringe-se a uma minoria da população. É o que melhor explica Milton Santos considera:

Cada homem vale pelo lugar onde está [...] por isso, a possibilidade de ser mais ou menos cidadão depende, em larga proporção, do ponto do território onde se está. Enquanto um lugar vem a ser condição de sua pobreza, um outro poderia, no mesmo histórico, facilitar o acesso àqueles bens e serviços que lhes são teoricamente devidos, mas que, de fato, lhe faltam.[16]

A qualidade de vida passou a ser estabelecida segundo um potencial de consumo, e o Estado, que tem o dever de oferecer segurança, lazer, meio ambiente equilibrado, mostra-se mais uma vez omissivo, assemelhando-se ao Estado liberal burguês, entregando a cada indivíduo a responsabilidade e competência em prover o necessário ao seu desenvolvimento, à sua sobrevivência.

Um dos serviços, ou melhor, das utopias prometidas pela nova ordem de habitar é a conquista da tão sonhada segurança. Os consumidores não medem esforços à concretização deste sonho: lugares antes considerados inóspitos atualmente recebem a construção de estruturas habitacionais, com uma distância excessiva do centro urbano da cidade, com poucas áreas públicas de satisfação social próximas, cercadas por muros altos, com *checking-poits*[17], coberta por câmeras de segurança, um espaço em que a segurança é paga pela liberdade.

As corporações de segurança privada constante nos espaços habitacionais fechados passaram a exercer ação direta de segurança pública. Com isso, algumas ruas da cidade, que antes eram de livre acesso, tornaram-se vias fechadas por seguranças, portões e guaritas: a presença do não morador passou a ser vista como suspeita e o acesso passou a ser restrito. A segurança pública hoje é voltada ao afastamento do outro.

Assim, se nos guetos reais, em alguns momentos, grupos criminosos assumem o papel da segurança pública restringindo o acesso, ditando as regras do lugar, por sua vez, no gueto voluntário situação similar se observa através da ação das empresas de segurança privada. Entretanto, cabe ressaltar uma cabal diferença: neste a segurança se faz em nome da coletividade ali instituída, naqueles em prol da conveniência de criminosos, que suprimem direitos da comunidade que venham obstar seus negócios, até mesmo o direito à vida.

Em nome da segurança, o direito dos guetificados, à cidade, é afastado, a segregação e a limitação do acesso do diferente passa a ser regra, “a atração que uma ‘comunidade de iguais’ exerce é semelhante à de uma apólice de seguro contra riscos que caracterizam a vida cotidiana em um mundo ‘multifocal’”[\[18\]](#).

A segregação e o medo do diferente são insuflados dia-a-dia por uma política estatal e midiática de apologia à insegurança – empresários morais, intensificando o discurso de uma criminalidade crônica, combatida por guerra através de leis mais amplas, mais rígidas e penas mais longas. Anitua considera tal expressão como a prática pautada em pensamentos criminológicos do final do século XX, que defendem a privatização do controle, dentre elas vale destacar o controle situacional, “Conjunto de inovações urbanísticas para impedir que aqueles que, de uma forma ou de outra, fariam algo errado, pois são “outro”, pudessem fazê-lo. Barreiras físicas, impedimentos como câmeras de vídeo-vigilância etc.”[\[19\]](#)

4 CONCLUSÃO

Estes são sintomas de que as ações voltadas à exclusão e à segregação tendem a tornar a cidade cada vez mais estratificada, restringindo a liberdade e a apreensão do seu espaço para a realização de atividades inerentes à vida humana. As ilhas de uniformidade limitam o convívio com às diferenças, enfraquecendo as bases a uma ideologia social pautada na segurança através da inclusão de materialização da cidadania.

A reversão do quadro de maximização do controle com fundamento na insegurança requer a construção de uma política de segurança pública pautada na desmistificação dos parâmetros de criminalização através da difusão de ideais humanitários, inclusivos, e na construção de uma estrutura desmilitarizada, reforçando o sentimento de segurança da comunidade.

Em paralelo com serviços públicos sociais básicos propulsores de cidadania nessas regiões, que experimentam a segregação espacial acompanhada do preconceito racial e da profunda desigualdade econômica, agravada pela má distribuição de renda, de modo a mitigar o conteúdo que lastreia a incursão dos indivíduos numa subcultura criminal nas comunidades guetificadas.

A cidadania, assim, seria um obstáculo a proliferação da criminalização e da imposição de valores subcriminais, que se dá através do controle social institucionalizado, pela amplitude de uma governança paralela estabelecida pelos grupos criminosos, pelos grupos paramilitares e milícias policiais, que, de uma forma ou de outra, ditam um código de conduta comunitária para se adequar a ordem pública a ser perseguida.

De outro modo, a população continuaria sobrevivendo imersa num cotidiano decorrente da desgastante relação que desconsidera

os valores e garantias do Estado Democrático de Direito, numa guerra entre polícias e bandidos.

Assim, política repressiva do Estado, ou a ausência de uma política de segurança pública garantista aos habitantes dos guetos pobres da cidade, faz nascer a incorporação de um modelo de segurança que agrava o *injusto jushumanista*^[20] presente na sociedade atual e se impõe como força de segurança coerciva com sérias restrições aos direitos individuais da população.

REFERÊNCIAS

SOUZA, Marcelo Lopes. *Fobópole: O Medo Generalizado e a Militarização da Questão Urbana no Brasil*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 54.

BAUMAN, Zigmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 40

ANITUA. Gabriel Ignacio. *Histórias do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 816.

SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia Radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

BAHIA. Secretaria de Segurança Pública. Estatísticas. IN: <http://www.ssp.ba.gov.br/estatisticas>. Acesso em 17 de junho de 2011.

ZALUAR, Alba. *Desarmamento, Segurança Pública e Cultura da Paz*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de Molina e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª ed. Reformada. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WACQUANT, Loïc. *As duas Faces do Gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.

SANTOS, Milton. *Espaço do Cidadão*. São Paulo: Studio Nobel, 2002.

PAVIANI, Aldo. *A Lógica da Periferização em Áreas Metropolitanas*. IN: SANTOS, Milton. SOUZA, Maria Adélia Laura

de. SILVEIRA, Maria Laura. (Orgs.) *Território: Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1996.

NOTAS:

[1] SOUZA, Marcelo Lopes. *Fobópole: O Medo Generalizado e a Militarização da Questão Urbana no Brasil*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 54.

[2] BAUMAN, Zigmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 40

[3] ANITUA. Gabriel Ignacio. *Histórias do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 816.

[4] BAUMAN, Zigmunt. *op. cit.*, p. 56.

[5] SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia Radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.p. 12.

[6] BAHIA. Secretaria de Segurança Pública. Estatísticas. IN: <http://www.ssp.ba.gov.br/estatisticas>. Acesso em 17 de junho de 2011.

[7] SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p. 12.

[8] ZALUAR, Alba. *Desarmamento, Segurança Pública e Cultura da Paz*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. P. 14.

[9] Ideologia que proclama “a hegemonia dos valores urbanos e mesocráticos – egoísta e não solidária -, e subordina a tal sentimento o próprio marco social.” MOLINA, Antonio García-Pablos de Molina e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª ed. Reformada. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 398.

[10] SOUZA, Marcelo Lopes de. *op. cit.*, p. 19.

[11] WACQUANT, Loïc. *As duas Faces do Gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.p. 88.

[12] SANTOS, Milton. *Espaço do Cidadão*. São Paulo: Studio Nobel, 2002. p. 05.

[13] SANTOS, Milton. *Espaço do Cidadão.op.cit.,p. 19*.

[14] “Uma *gated community* corresponde a um *habitat* nucleado e murado, por razões de segurança. Sob a influência do *medo*, do *sentimento de insegurança* que se dissemina, morar em casas isoladas e mesmo em prédios e apartamentos que não estejam protegidos pelo aparato da segurança de um verdadeiro”condomínio exclusivo” vai-se apresentando como uma opção cada vez menos atraente em favor do tipo de *habitat* representado por uma *gated community*.” SOUZA, Marcelo Lopes. *op. cit.*, p. 71 – 72.

[15] PAVIANI, Aldo. A Lógica da Periferização em Áreas Metropolitanas. IN: SANTOS, Milton. SOUZA, Maria Adélia Laura de. SILVEIRA, Maria Laura. (Orgs.)*Território: Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1996. P. 183

[16] SANTOS, Milton. *op. cit.*, p. 81.

[17] “Vistasas guaritas para guardas uniformizados – ou com a insolente e descarada ostentação de ornamentos provocadores e caros.” BAUMAN, Zigmunt.*op. cit.*, p. 63.

[18] BAUMAN, Zigmunt. *op. cit.*, p. 59.

[19] ANITUA, Gabriel Ignácio. *op. cit.*, p. 778.

[20] Zaffaroni e Pierangeli consideram o que a América está sofrendo as conseqüências de sérias violações aos Direitos humanos, que afeta diretamente o desenvolvimento do continente. O injusto jushumanista seria a violação do direito da população ao pleno desenvolvimento. p. 80.

QUAIS OS ÍNDICES DE JUROS E DE CORREÇÃO MONETÁRIA DEVEM SER APLICADOS EM FACE DE CONDENAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA: DISCUSSÃO ENTRE A TR E O IPCA

VINICIUS LOUREIRO DA MOTA SILVEIRA: Procurador Federal lotado na Divisão Previdenciária da Procuradoria Federal do Estado de Goiás. Pós-graduado com especialização em Direito Administrativo, ex-Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Bacharel em Direito pela UFPE.

RESUMO: A partir da análise de recentes julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ganhou força e destaque no cenário atual, principalmente para aqueles que lidam com a Fazenda Pública, quais os índices de juros e de correção monetária devem ser aplicados em face de condenações da Fazenda Pública. Em especial, encontra-se em discussão atual qual índice de correção monetária deve ser aplicado, se a TR, ou o IPCA.

Palavras-chave: Fazenda Pública, Condenação, Índices de juros de mora e de correção monetária que devem ser aplicados, TR, IPCA.

1 INTRODUÇÃO

A questão acerca de quais índices de juros de mora e de correção monetária devem ser aplicados quando em tela a condenação judicial da Fazenda Pública, vem se tornando um tema de profundas discussões no cenário nacional, estando atualmente pendente julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal para fins de definição no período entre a liquidação da condenação, e a expedição de precatório/requisição de pequeno valor.

Diversos são os enfoques relacionados ao tema, dentre os quais serão trabalhados: a) os índices previstos na Lei 11960/2009, conferindo nova redação ao art. 1º-F, da Lei

9494/1997; b) os julgamentos das ADIs 4357 e 4425, acerca dos índices de juros e de correção monetária aplicáveis aos precatórios/requisições de pequeno valor já expedidos; c) quais índices de juros e de correção monetária devem ser aplicados em face de condenações judiciais envolvendo a Fazenda Pública, no período abarcado entre a liquidação da condenação e a expedição do precatório/requisição de pequeno valor; d) o atual e pendente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 870947/SE, em que se discute a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública.

Diante da atualidade do tema, conclui-se pela essencialidade de sua exploração, para que se possa demonstrar o panorama atual acerca de quais índices devem ser observados em condenações judiciais da Fazenda Pública.

2. OS ÍNDICES PREVISTOS NA LEI 11.960/2009, CONFERINDO NOVA REDAÇÃO AO ART. 1º-F, DA LEI 9.494/1997

Convém destacar em primeiras linhas que a discussão atual acerca de quais índices de juros de mora e de correção monetária deveriam ser aplicados quando houvesse a condenação judicial da Fazenda Pública, teve início a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, que conferiu nova redação ao art. 1º-F, da Lei nº 9494/1997, vejamos:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a

incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, **dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.** (grifos nossos)

Destarte, a partir de 29.06.2009, data da vigência da Lei 11.960, os índices oficiais de remuneração e juros de mora aplicáveis à caderneta de poupança deveriam ser aplicados quando em tela condenações judiciais envolvendo a Fazenda Pública, uma vez que os baixos índices inflacionários não mais justificavam a utilização de 1% de juros de mora, ainda acrescido de índice de correção monetária (INPC), ou então da taxa SELIC.

Por seu turno, o art. 12, da Lei 8.177/1991 fixou as taxas de juros aplicáveis às cadernetas de poupança, ao passo que o art. 7º, da Lei 8.660/1993 estabeleceu o índice de correção monetária, vejamos respectivamente:

Lei 8.177/1991

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como remuneração adicional, por juros de: [\(Redação dada pela Lei n.º 12.703, de 2012\)](#)

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou [\(Redação dada pela Lei n.º 12.703, de 2012\)](#)

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.

Lei 8.660/1993

Art. 7º Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se ao crédito de rendimento realizado a partir do mês de maio de 1993.

§ 2º Para o cálculo do rendimento a ser creditado no mês de maio de 1993 - cadernetas mensais - e, nos meses de maio, junho e julho de 1993 - cadernetas trimestrais -, utiliza-se o critério estabelecido no art. 4º.

Neste vetor, como consequência prática, em relação à correção monetária e aos juros relativos às verbas pretéritas, anteriores à data da requisição de precatório, para as condenações da Fazenda Pública, os índices aplicáveis deveriam ser da Taxa

Referencial, para fins de correção monetária, e de 0,5% (meio por cento) ao mês, quanto aos juros de mora.

3. OS JULGAMENTOS DAS ADIS 4357 E 4425, ACERCA DOS ÍNDICES DE JUROS E DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEIS AOS PRECATÓRIOS/REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR JÁ EXPEDIDOS

Firmada esta premissa inicial, destaca-se que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, a utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para fins de juros de mora e de correção monetária ganhou assento constitucional, vejamos:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#) [\(Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009\)](#)

(...)

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração

básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, ao instante do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4357 e 4425, declarou parcialmente a inconstitucionalidade da norma, para fins de excluir os índices aplicáveis da caderneta de poupança como incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública.

A propósito, vale a pena conferir a publicação do Acórdão contido no Informativo nº 698, do Supremo Tribunal Federal:

PLENÁRIO

Precatório: regime especial e EC 62/2009 - 20

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ações diretas, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias - CNI, para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do

art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa) — v. Informativos 631, 643 e 697.

[ADI 4357/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013. \(ADI-4357\)](#)

[ADI 4425/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013. \(ADI-4425\)](#)

(...)

Precatório: regime especial e EC 62/2009 - 23

Declarou-se, ainda, a inconstitucionalidade parcial do § 12 do art. 100 da CF (“A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios”), no que diz respeito à

expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, bem como do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT. **Realçou-se que essa atualização monetária dos débitos inscritos em precatório deveria corresponder ao índice de desvalorização da moeda, no fim de certo período, e que esta Corte já consagrara não estar refletida, no índice estabelecido na emenda questionada, a perda de poder aquisitivo da moeda. Dessa maneira, afirmou-se a afronta à garantia da coisa julgada e, reflexamente, ao postulado da separação dos Poderes. Na sequência, expungiu-se, de igual modo, a expressão “independentemente de sua natureza”, previsto no mesmo § 12 em apreço. Aludiu-se que, para os precatórios de natureza tributária, deveriam ser aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.** Em passo seguinte, ao apreciar o § 15 do art. 100 da CF (“Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação”) e o caput do art. 97 do ADCT (“Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda

Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional”), registrou-se que os preceitos impugnados subverteriam os valores do Estado de Direito, do devido processo legal, do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário e da razoável duração do processo. Frisou-se que esses artigos ampliariam, por mais 15 anos, o cumprimento de sentenças judiciais com trânsito em julgado e desfavoráveis ao Poder Público, cujo prazo já teria sido, outrora, prorrogado por 10 anos pela Emenda Constitucional 30/2000. [ADI 4357/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013. \(ADI-4357\)](#) [ADI 4425/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013. \(ADI-4425\)](#) (grifos nossos)

A partir do julgamento supra informado, várias discussões foram travadas acerca de quais índices de juros e de correção monetária deveriam incidir nas condenações impostas à Fazenda Pública.

Porém, deve ser destacado, que estas declara es de inconstitucionalidade foram restritas aos Precatórios, não abarcando a fase compreendida entre a liquida o da condena o, e a expedi o do precatório e da requisia o de pequeno valor.

  dizer, a partir da expedi o do precatório/requisia o de pequeno valor, e com o julgamento das A es Diretas de Inconstitucionalidade nós 4357 e 4425, restou declarada a inconstitucionalidade da incidência dos índices oficiais de remunera o básica da caderneta de poupança, para estabelecimento dos juros de mora e de corre o monetária.

Neste sentido, a partir do julgamento das A es Diretas de Inconstitucionalidade nós 4357 e 4425, sobrelevaram-se Decisões judiciais determinando, sobretudo, a aplica o do IPCA como  ndice a ser aplicado para corre o monetária, independente do período em discussão: se antes ou após a expedi o do precatório/requisia o de pequeno valor.

4 . QUAIS ÍNDICES DE JUROS E DE CORRE O MONETÁRIA DEVEM SER APLICADOS EM FACE DE CONDENA ES JUDICIAIS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA, NO PERÍODO ABARCADO ENTRE A LIQUIDA O DA CONDENA O E A EXPEDI O DO PRECATÓRIO/REQUISIA O DE PEQUENO VALOR

Neste ponto, indaga-se: quais índices de juros de mora e de corre o monetária devem ser aplicados no período que antecede a expedi o de precatórios/requisi es de pequeno valor?

A resposta parece óbvia: os índices de juros de mora e de corre o monetária previstos no art.  -F, da Lei 9494/1997, quais sejam: dos índices oficiais de remunera o básica da caderneta de

poupança (0,5% ao mês no que toca aos juros de mora, e TR quanto à correção monetária).

Reforce-se, por sua importância, este ponto, relativo ao alcance da decisão proferida pelo STF nas ADIs 4.357 e 4.425. Conforme ressaltou o Min. Luiz Fux, "**a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por completo**" (manifestação no Plenário Virtual do RE 870947).

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 trata de todo o período de existência da dívida judicial: antes e depois de tornar-se precatório. No entanto, a decisão de inconstitucionalidade nas ADIs 4.357 e 4.425 afastou tão somente a possibilidade de atualização pelo índice da poupança (TR) durante o período de tramitação do precatório.

Confira-se o pronunciamento do Min. Luiz Fux no Plenário Virtual do RE 870.947:

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento.

Está claro, portanto, que nem o art. 100, da Constituição Federal, nem as decisões das ADIs 4.357 e 4.425, tratam dos índices de juros de mora e de correção monetária no período anterior ao de tramitação do precatório.

Como consequência prática, em relação à correção monetária e juros relativos às verbas pretéritas, anteriores à data da requisição de precatório, permanece plenamente válida a utilização da TR, para a correção monetária, e de 0,5% ao mês, para fins de juros de mora.

5. O ATUAL E PENDENTE JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 870947/SE, EM QUE SE DISCUTE A VALIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS DE REMUNERAÇÃO BÁSICA DA CADERNETA DE POUPANÇA PARA A CORREÇÃO MONETÁRIA E A FIXAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA

Fixadas todas estas premissas, no cenário jurídico atual ganhou importância e destaque a questão dos índices de juros de mora e de correção monetária a serem aplicados nas condenações envolvendo a Fazenda Pública, tendo em vista que, como visto, as decisões das ADIs 4.357 e 4.425, tratam apenas dos índices de juros de mora e de correção monetária no período posterior ao de tramitação do precatório.

Neste compasso, em data recente, fora publicado no Informativo nº 811, do período de 7 a 11 de dezembro, que o Supremo Tribunal Federal começou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 870947/SE, em que se discute a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de juros

moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública. Vejamos a publicação:

Condenação contra a Fazenda Pública e índices de correção monetária - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009 (“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”). Na espécie, o ora recorrido ajuizara ação ordinária em face do INSS com pedido de concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF. O juízo de primeiro grau, então, julgara procedente o pedido e determinara que o INSS institísse, em favor do autor, benefício de prestação continuada, na forma do art. 20 da LOAS. O pagamento das prestações vencidas deveria ser acrescido de correção monetária pelo IPCA, a partir de cada parcela, e juros de mora de acordo com o índice oficial de remuneração básica da caderneta de

poupança. Interposta apelação pela autarquia previdenciária, a sentença fora mantida. O Ministro Luiz Fux (relator), acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, deu provimento parcial ao recurso extraordinário para: a) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e b) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei 8.742/1993, art. 20) ao recorrido, obedecidos os seguintes critérios: 1) atualização monetária a ser procedida segundo o IPCA-E, desde a data fixada na sentença e 2) juros moratórios fixados segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. Destacou, inicialmente, que as decisões proferidas pelo STF na ADI 4.357/DF (DJe de 26.9.2014) e na ADI 4.425/DF (DJe de 19.12.2013) não teria fulminado por completo o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009. Nesses julgados fora declarada a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (CF, art. 100, § 12, incluído pela EC 62/2009) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação após a conclusão da fase de conhecimento. A redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, como fixada pela Lei 11.960/2009, seria, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de

precatórios quanto a atualização da própria condenação. Não haveria, contudo, qualquer motivo para aplicar critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. [RE 870947/SE, rel. Min. Luiz Fux, 10.12.2015. \(RE-870947\)](#)

Condenação contra a Fazenda Pública e índices de correção monetária - 2

O relator ressaltou que a finalidade básica da correção monetária seria preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. Esse estreito nexos entre correção monetária e inflação exigiria, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira fossem capazes de capturar a segunda. Índices de correção monetária deveriam ser, ao menos em tese, aptos a refletir a variação de preços que caracterizaria o fenômeno inflacionário, o que somente seria possível se consubstanciassem autênticos índices de preços. Os índices criados especialmente para captar o fenômeno inflacionário seriam sempre obtidos em momentos posteriores ao período de referência e guardariam, por definição, estreito vínculo com a variação de preços na economia. Assim, no caso, estaria em discussão o direito fundamental de propriedade do cidadão (CF, art. 5º, XXII) e a restrição que lhe teria sido imposta pelo legislador ordinário ao fixar critério

específico para a correção judicial das condenações da Fazenda Pública (Lei 9.494/1997, art. 1º-F). Essa restrição seria real na medida em que a remuneração da caderneta de poupança não guardaria pertinência com a variação de preços na economia, sendo manifesta e abstratamente incapaz de mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Nenhum dos componentes da remuneração da caderneta de poupança guardaria relação com a variação de preços de determinado período de tempo, como disciplinado pelo art. 12 da Lei 8.177/1991. Assim, a remuneração da caderneta de poupança prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009, não consubstanciaria índice constitucionalmente válido de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública. O Ministro Teori Zavascki, em divergência, deu provimento ao recurso e assentou a constitucionalidade do dispositivo em comento. Asseverou que não decorreria da Constituição a indispensabilidade de que os indexadores econômicos legítimos fossem apenas os medidos pela inflação. O legislador deveria ter liberdade de conformação na matéria. O Ministro Marco Aurélio, preliminarmente, não conheceu do recurso, porquanto este estaria consubstanciado na apreciação de matéria estritamente legal. No mérito, negou-lhe provimento tendo em conta que, no tocante aos débitos para com a Previdência Social, haveria incidência da Selic,

como previsto no art. 34 da Lei 8.212/1991. Tratando-se, no caso em comento, de credor previdenciário, o índice aplicável, relativamente aos juros moratórios, deveria ser o mesmo aplicável à Fazenda. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. [RE 870947/SE, rel. Min. Luiz Fux, 10.12.2015. \(RE-870947\)](#)

Como acima se pode depreender, e até o presente momento, podemos sintetizar o quadro atual do julgamento do referido Recurso Extraordinário nos seguintes termos:

a) o Ministro Luiz Fux (relator), acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, deu provimento parcial ao recurso extraordinário, assentando que a atualização monetária deveria ser procedida segundo o IPCA-E, desde a data fixada na sentença, e que os juros moratórios fixados segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009;

b) o Ministro Teori Zavascki, em divergência, deu provimento ao recurso, e assentou a constitucionalidade do dispositivo em comento (aplicação da TR e dos juros em 0,5% ao mês);

c) o Ministro Marco Aurélio, preliminarmente, não conheceu do recurso, e no mérito, negou-lhe provimento tendo em conta que, no tocante aos débitos para com a Previdência Social, haveria incidência da Selic, como previsto no art. 34 da Lei 8.212/1991.

A definição da aplicação dos juros e de correção monetária, quanto aos seus índices, é de natural interesse prático

aos que militam em processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública, tendo em conta a grande variedade e discrepância dos atuais índices registrados para a TR, e para o IPCA, resultando em grandes diferenças nas contas elaboradas de condenação.

Só a título de exemplo, a TR, totalizando o acumulado de 1,7954, no período de janeiro a dezembro de 2015, teve os seguintes percentuais: janeiro/2015- 0,0878; fevereiro/2015 – 0,0168; março/2015 – 0,1296; abril/2015 – 0,1074; maio/2015 – 0,1153; junho/2015 – 0,1813; julho/2015 – 0,2305; agosto/2015 – 0,1867; setembro/2015; 0,1920; outubro/2015 – 0,1790; novembro/2015 – 0,1297; dezembro/2015 – 0,2250. [\[1\]](#)

Por sua vez, o IPCA, no período de janeiro de 2015 a outubro de 2015, teve os seguintes percentuais: janeiro/2015 - 1,24; fevereiro/2015 – 1,22; março/2015 – 1,32; abril/2015 – 0,71; maio/2015 – 0,74; junho/2015 – 0,79; julho/2015 – 0,62; agosto/2015 – 0,22; setembro/2015; 0,54; outubro/2015 – 0,82. [\[2\]](#)

Perceba-se a diferença: enquanto a TR totaliza o acumulado de 1,7954, no período de janeiro a dezembro de 2015, o IPCA, apenas no período de janeiro a outubro de 2015, teve um acumulado de 8,22.

Esta gritante diferença nos acumulados supra resulta, quando em tela condenações judiciais envolvendo o pagamento de atrasados de diversos anos, em vultosas quantias a serem despendidas pela Fazenda Pública.

6. CONCLUSÃO.

Ao final deste artigo, faz-se necessário sintetizar as principais idéias desenvolvidas, veja-se:

Os índices de juros de mora e de correção monetária que devem ser aplicados quando houver a condenação judicial da Fazenda Pública estão previstos na Lei nº 11.960/2009, que conferiu nova redação ao art. 1º-F, da Lei nº 9494/1997.

O art. 12, da Lei 8.177/1991 e o art. 7º, da Lei 8.660/1993, fixam a TR e 0,5% ao mês como índices de correção monetária e de juros de mora incidentes sobre a caderneta de poupança.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, a utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para fins de juros de mora e de correção monetária, ganhou assento constitucional, nos termos do art. 100, §12, da Constituição.

Com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4357 e 4425, pelo Supremo Tribunal Federal, restou declarada a inconstitucionalidade da incidência dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, para estabelecimento dos juros de mora e de correção monetária, a partir da expedição do precatório/requisição de pequeno valor.

Os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (0,5% ao mês no que toca aos juros de mora, e TR quanto à correção monetária) ainda permanecem como os índices de juros de mora e de correção monetária que devem ser aplicados no período que antecede a expedição de precatórios/requisições de pequeno valor, a teor do art. 1º-F, da Lei 9494/1997.

O Supremo Tribunal Federal começou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 870947/SE, em que se discute a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de

juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública.

7. REFERÊNCIAS.

BRASIL. Lei nº 11960, de 29 de junho de 2009.

BRASIL. Lei Nº 9494 de 10 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei Nº 8.177 de 01 de março de 1991.

BRASIL. Lei Nº 8.660, de 28 de maio de 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade Nº 4.357.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade Nº 4.425.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 870947/SE.

http://www.portalbrasil.net/tr_mensal.htm. Acesso em 23/12/2015.

<http://portal.anbima.com.br/comites/apoio/acompanhamento-acroeconomico/projecoes-e-relatorios/Pages/projecoes-ipca.aspx>. Acesso em 23/12/2015.

Notas:

[1] Disponível em http://www.portalbrasil.net/tr_mensal.htm. Acesso em 23/12/2015.

[2] Disponível em <http://portal.anbima.com.br/comites/apoio/acompanhamento-macroeconomico/projecoes-e-relatorios/Pages/projecoes-ipca.aspx>. Acesso em 23/12/2015.

COMENTÁRIOS À RESOLUÇÃO Nº 39/248 DA ONU: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que

não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Proteção do Consumidor. Direitos de Terceira Dimensão.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Comentários à Resolução nº 39/248 da ONU: A Proteção Internacional do Consumidor.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta

sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”* [1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”* [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência

Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais

permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz^[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e*

lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana” [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens [8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11].

A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da popula o era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declara o, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso,   denot vel que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presun o de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifesta o de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos   vida, liberdade, segurança, não discrimina o racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunica o, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de persegui o política, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associa o e reunião pacíficas, locomo o, residência, participa o política, diretamente ou por meio de elei o. *“Os direitos de primeira gera o ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposi o perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das rela oes individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edifica o dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais [41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito

primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervenha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, a dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram

direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gera es ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado,   saudável qualidade de vida, ao progresso,   paz,   autodetermina o dos povos, a prote o e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira gera o tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente   prote o dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira,   possível verificar que a constru o dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmenta o individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as pondera es vertidas, insta trazer   colaço o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a A o Direta de Inconstitucionalidade N . 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira gera o (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta gera o (como o direito ao desenvolvimento e o direito   paz), um momento importante no processo de expansão e

reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet [49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Comentários à Resolução nº 39/248 da ONU: A Proteção Internacional do Consumidor

Diante do cenário apresentado, ao analisar a Resolução nº 39/248 da ONU, cuida destacar que, tendo em conta os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, especialmente em países em desenvolvimento; reconhecendo que os consumidores muitas vezes enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais, e poder de barganha; e tendo em conta que os consumidores devem ter o direito de o acesso aos produtos não perigosos, bem como o direito de promover apenas, desenvolvimento económico e social equitativo e sustentável, essas diretrizes para a proteção dos consumidores tem os seguintes objetivos: (a) para ajudar os países a atingir ou manter uma proteção adequada sua população, enquanto consumidores; (b) para facilitar a distribuição e os padrões de produção que respondem ao necessidades e desejos dos consumidores; (c) para incentivar níveis elevados de conduta ética para aqueles engajados na produção e distribuição de bens e serviços aos consumidores; (d) para ajudar os países a reduzir as práticas comerciais abusivas de tudo empresas a nível nacional e internacional que possam afetar negativamente consumidores; (e) para facilitar o desenvolvimento de grupos de consumidores independentes; (f) para reforçar a cooperação internacional no domínio do consumidor proteção; (g) para incentivar o desenvolvimento de condições de mercado que fornecem aos consumidores com uma maior escolha a preços mais baixos.

Os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política forte de proteção do consumidor, tendo em conta as orientações definidas a seguir. Em assim fazendo, cada Governo deve definir suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias económicas e sociais do país, e as necessidades de sua população, e tendo em conta os custos e benefícios das medidas propostas. As necessidades legítimas que as orientações se destinam a atender são: (a) a proteção dos consumidores contra os riscos para a sua saúde e segurança; (b) a promoção e proteção dos interesses económicos dos consumidores; (c) o acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas de acordo com

os desejos e necessidades individuais; (d) a educação do consumidor; (e) a disponibilidade de efetivo a reparação dos consumidores; (f) a liberdade para formar grupos de consumidores e outros relevantes ou organizações e a oportunidade de tais organizações apresentarem as suas observações por processos que lhes digam respeito de tomada de decisão.

Os governos devem prover ou manter infraestrutura adequada para desenvolver, implementar e acompanhar as políticas de defesa do consumidor. Cuidados especiais devem ser tomadas para garantir que as medidas de proteção dos consumidores sejam implementadas para o benefício de todos os setores da população, particularmente a população rural. Todas as empresas devem obedecer as leis e regulamentos dos relevantes países em que fazem negócios. Eles também devem estar em conformidade com as disposições pertinentes das normas internacionais de proteção do consumidor para que as autoridades competentes do país em questão acordaram. O papel potencial positivo das universidades e das empresas públicas e privadas no domínio da investigação deve ser considerado no desenvolvimento de políticas de proteção do consumidor. As seguintes diretrizes devem aplicar-se tanto aos bens de produção nacional e serviços e às importações. Ao aplicar quaisquer procedimentos ou normas de defesa do consumidor, deverá ser dada atenção para assegurar que eles não se tornem barreiras para comércio internacional e que sejam consistentes com o comércio internacional obrigações. Os governos devem tomar ou a promover a adoção de medidas adequadas medidas, incluindo sistemas legais, regulamentos de segurança nacional, ou normas internacionais, normas voluntárias e à manutenção da segurança registros para garantir que os produtos são seguros para qualquer pretendido ou normalmente utilização previsível.

Políticas apropriadas devem assegurar que os bens produzidos por fabricantes sejam seguros para utilização previsível, quer intencional ou normalmente. Os responsáveis para trazer mercadorias para o mercado, em especial os fornecedores, exportadores, importadores, varejistas e afins (doravante referida como "distribuidores"), deve assegurar que, enquanto sob seus cuidados esses bens não sejam

prestados de forma insegura através da manipulação ou armazenamento inadequado e que, enquanto sob seus cuidados, eles não se tornem perigosos através da manipulação ou armazenamento inadequado. Os consumidores devem estar instruídos no uso adequado dos bens e deve ser informado dos riscos envolvido no uso pretendido ou normalmente previsível. Informações de segurança vitais deve ser transmitida aos consumidores através símbolos internacionalmente compreensíveis. Políticas apropriadas devem assegurar que, se os fabricantes ou distribuidores estejam conscientes de perigos imprevistos depois de os produtos são colocados no mercado, eles devem notificar as autoridades competentes e, quando apropriado, o público sem atraso. Os governos também devem considerar formas de garantir que os consumidores estão devidamente informados sobre tais riscos.

Os governos devem, se necessário, adotar políticas em que, se um produto é encontrado para ser gravemente insuficientes e/ou de constituir um substancial e perigo grave, mesmo quando usados corretamente, os fabricantes e/ou distribuidores deve recordá-lo e substituí-lo ou modificar, ou substituir um outro produto para isto; se não é possível fazer isso dentro de um período razoável de tempo, a consumidor deve ser adequadamente compensados. As políticas governamentais devem procurar que os consumidores possam obter uma melhor beneficiar de seus recursos econômicos. Eles também devem procurar atingir o metas de padrões de produção e de desempenho satisfatórios, adequado métodos de distribuição, práticas comerciais justas, marketing informativo e uma proteção eficaz contra as práticas que podem afetar adversamente a interesses econômicos dos consumidores e para o exercício da escolha na praça do mercado. Os governos devem intensificar os seus esforços para prevenir práticas que são prejudiciais para os interesses econômicos dos consumidores através da garantia de que fabricantes, distribuidores e outros envolvidos na provisão de bens e serviços aderir a leis estabelecidas e normas obrigatórias. As organizações de consumidor devem ser incentivadas a monitorar práticas adversas, como a adulteração de alimentos, reivindicações falsas ou enganosas no

marketing e serviço fraudes. Governos devem desenvolver, reforçar ou manter, conforme o caso, medidas relativas ao controlo dos negócios abusivo restritivo e outras práticas que podem ser prejudiciais para os consumidores, incluindo os meios para a execução de tais medidas.

Os governos devem incentivar a concorrência justa e eficaz, a fim de fornecer aos consumidores com a maior variedade de escolha entre produtos e serviços ao menor custo. Os consumidores devem ser protegidos contra tais abusos contratuais como unilateral contratos-tipo, exclusão de direitos essenciais nos contratos, e condições abusivas de crédito pelos vendedores. Práticas de marketing e vendas promocionais devem ser guiados pelo princípio de tratamento justo dos consumidores e devem cumprir os requisitos legais. Isso requer o fornecimento das informações necessárias para permitir que os consumidores para tomar decisões informadas e independentes, bem como medidas para assegurar que as informações prestadas são verdadeiras. Os governos devem incentivar todos os interessados a participar do livre fluxo de informações precisas sobre todos os aspectos de produtos de consumo.

Os governos devem, dentro de seu próprio contexto nacional, incentivar a formulação e implementação por parte das empresas, em cooperação com o consumidor organizações, de códigos de marketing e outras práticas de negócios para assegurar adequada proteção dos consumidores. Poderão igualmente ser estabelecidos acordos voluntários conjuntamente pelas empresas, organizações de consumidores e outras partes interessadas. Estes códigos devem receber publicidade adequada. Os governos devem rever regularmente legislação relativa aos pesos e medidas e avaliar a adequação dos mecanismos para a sua execução. Os governos devem, conforme adequado, formular ou promover a elaboração e aplicação de normas voluntárias, e outros, a nível nacional e níveis internacionais de segurança e qualidade dos bens e serviços e dar-lhes a devida publicidade. Normas e regulamentos para produtos nacionais segurança e qualidade deve ser revisto de tempos a tempos, a fim de assegurar que eles estejam em conformidade, sempre que possível, com os padrões internacionais aceites.

Sempre que um padrão mais baixo do que o padrão internacional geralmente aceito é aplicado por causa das condições econômicas locais, todos os esforços devem ser feita para aumentar aquele padrão tão rapidamente quanto possível. Os governos devem encorajar e assegurar a disponibilidade de instalações para testar e certificar a segurança, qualidade e desempenho do consumidor essencial bens e serviços. Os governos devem, se for caso disso, considerar: (a) adotar ou manter políticas para assegurar a distribuição eficiente de produtos e serviços aos consumidores; quando apropriado, políticas específicas deveria ser considerados para garantir a distribuição de bens e serviços for essencial essa distribuição é ameaçada, como poderia ser o caso particularmente nas zonas rurais áreas. Essas políticas poderiam incluir assistência para a criação de adequada instalações de armazenamento e de varejo nos centros rurais, incentivos para consumidores autoajuda e um melhor controle das condições em que os bens essenciais e serviços são prestados nas zonas rurais; (b) incentivar a criação de cooperativas de consumo e afins atividades comerciais, bem como informações sobre eles, especialmente nas zonas rurais áreas.

Os governos devem estabelecer ou manter jurídica e/ou administrativa medidas para permitir aos consumidores ou, conforme o caso, as organizações pertinentes a obter reparação através de procedimentos formais ou informais que sejam rápidos, justos, baratos e acessíveis. Tais procedimentos deverão ter especial em conta as necessidades dos consumidores de baixa renda. Governos devem encorajar todas as empresas para resolver litígios de consumo de uma forma justa, célere e informal, e para estabelecer voluntários mecanismos, incluindo serviços de consultoria e procedimentos de queixas informais, que pode fornecer assistência aos consumidores. Informações sobre os recursos disponíveis e de outros procedimentos de resolução de litígios deve ser disponibilizada aos consumidores. Governos devem desenvolver ou promover o geral desenvolvimento de programas de educação e informação dos consumidores, tendo em conta as tradições culturais das pessoas em questão. O objetivo desses programas deve ser o de permitir

que as pessoas a agir enquanto consumidores avisados, capazes de fazer uma escolha informada dos produtos e dos serviços, e consciente de seus direitos e responsabilidades. No desenvolvimento de tais programas, atenção especial deve ser dada às necessidades dos consumidores desfavorecidos, tanto em áreas rurais e urbanas, incluindo os consumidores de baixa renda e aqueles com baixa instrução ou inexistente instrução.

A educação do consumidor deverá, eventualmente, tornar-se parte integrante do currículo básico do sistema educacional, de preferência como um componente de temas existentes. Programas de educação e informação dos consumidores devem abranger tão importantes aspectos da defesa do consumidor como o seguinte: (a) saúde, nutrição, prevenção de doenças e de alimentos de origem alimentar adulteração; (b) os riscos do produto; (c) a rotulagem dos produtos; (d) legislação relevante, como obter reparação, e as agências e organizações de defesa do consumidor; (e) informação sobre pesos e medidas, preços, qualidade, condições de crédito e disponibilidade de necessidades básicas; e (f) se for adequado, poluição e meio ambiente. Os governos devem incentivar as organizações de consumidores e outros interessados grupos, incluindo a mídia, para realizar a educação e programas de informação, particularmente para o benefício de grupos de consumidores de baixa renda em áreas rurais e urbanas. As empresas devem, se necessário, realizar ou participar em factual e programas pertinentes de educação do consumidor e de informação. Tendo em mente a necessidade de atingir os consumidores rurais e os consumidores analfabetos, os governos devem, se necessário, desenvolver ou encorajar o desenvolvimento de programas de informação dos consumidores na mídia de massa. Os governos devem organizar ou encorajar programas de formação para educadores, profissionais de mídia de massa e conselheiros dos consumidores, que lhes permitam participar na realização de informação ao consumidor e programas de educação.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 set. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 18 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direitofundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 18 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 18 set. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 18 set. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 18 set. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 18 set. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 18 set. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 18 set. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como

por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 set. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 18 set. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 set. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de

soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

A PESQUISA DE CÉLULAS TRONCO E O ESTADO LAICO BRASILEIRO: ESTUDO SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

ISABELA MARIA ROSAL SANTOS: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Brasília .

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança que postula sobre pesquisas com células-tronco embrionárias. A partir dessa análise, fazer um estudo sobre a laicidade do Estado brasileiro e quais consequências tal decisão poderá trazer para o futuro do direito brasileiro.

1. Introdução

A pesquisa com células-tronco embrionárias é uma área promissora, mas muito complexa, principalmente em um país como o Brasil, uma vez que é uma questão que envolve o conceito do início da vida humana, nunca determinado por consenso no cenário brasileiro. É uma questão que lida com conceitos religiosos que abarcam outros assuntos polêmicos, tais como o aborto.

Os conceitos religiosos não deveriam ser utilizados para justificar ações estatais, mas acabam influenciando grande parte da sociedade brasileira.

Portanto, é importante que o judiciário defina logo o conceito de início da vida para evitar a inoportuna influência religiosa nos assuntos de Estado.

Assim, presente artigo tem como objetivo entender melhor a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal (REDAÇÃO STF, 2008), que consagrou como constitucional a Lei

de Biossegurança (DINIZ, AVELINO, 2009), estudando as particularidades de tal norma. Além disso, trazer a problemática do motivo da polêmica existente por trás de tal lei e quais implicações ela traz para outras questões atuais. Afinal, é uma questão que se relaciona com a laicidade do Estado e com pesquisas científicas, por isso é importante estudar se essas serão vantajosas para a sociedade, logo, se tais estudos manterão em ordem o interesse público.

2. Desenvolvimento

2.1. O caso concreto

Em 2005, foi aprovada na Câmara dos Deputados brasileira a Lei da Biossegurança, que regula procedimentos com organismos geneticamente modificados (OGM), normatizando e legalizando a pesquisa com células-tronco embrionárias. Esse regulamento postula que tais pesquisas poderão ser realizadas desde que sejam feitas com embriões inviáveis ou congelados há três ou mais anos, sempre com o consentimento dos genitores e devem ser aprovadas pelos comitês de ética. A comercialização permanece proibida. (BRASIL, 2005)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) postulava que pesquisas utilizando células-tronco embrionárias violavam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, justificando que a vida se inicia a partir da concepção, da união do óvulo e do espermatozóide, logo, a Lei da Biossegurança seria inconstitucional. Tal afirmação não é aceita de maneira consensual no Brasil, é uma verdade absoluta somente para instituições religiosas como a Igreja Católica. (REDAÇÃO STF, 2008; LEITE, 1983) A ADI foi julgada pelo STF e tal decisão gera efeitos vinculantes para os órgãos do judiciário. (BRASIL, 1988)

O caso chegou até o STF, que por maioria simples, seis ministros, decidiu, em maio de 2008, que tais pesquisas não violariam os direitos postulados pelo autor da ADI, Claudio Fonteles. Esses ministros afirmam que ainda não há vida, e que seria muito mais proveitoso aprimorar tais pesquisas, que poderiam salvar a vida de tantas outras pessoas. (REDA O STF, 2008)

Os votos, de maneira geral, utilizaram diversos conceitos de vida, de nascituro e diferentes interpreta es de princípios constitucionais como o direito   família,   saúde, ao planejamento familiar,   pesquisa científica. Alguns ministros (Gilmar Mendes, Eros Grau, Carlos Alberto Menezes Direito, Lewandowski) votaram que tais pesquisas poderiam ser feitas, desde que tivessem controle rigoroso ou que fossem feitas somente em embriões que não seriam destruídos para realiza o de tais pesquisas. (REDA O STF, 2008)

Logo, os onze votos falam que   constitucional a Lei da Biossegurança, mesmo que alguns tenham feito algumas ressalvas. Foi uma decisão marcante por se tratar de um caso complexo envolvendo diversos direitos e conceitos. Por isso o estudo da decisão e de suas consequências no cenário brasileiro   tão importante.

Isso nos mostra que apesar de toda a participa o popular, os ministros decidiram se ater a critérios mais objetivos, quais sejam, os direitos constitucionais já citados e o início da vida, tentando sempre se manter longe de justificativas religiosas, afinal o Brasil   um Estado laico e tais justificativas não seriam válidas.

2.2. Resultados de pesquisas

As células-tronco são um tipo de célula que são capazes de grande adapta o, podendo gerar, então, regenera o de tecidos. Com maior aprimoramento de pesquisas, cada vez mais,

será possível a utilização de tais células para o tratamento de lesões, que se mostram plausíveis e eficazes. (LUNA, 2007)

As pesquisas com células-tronco embrionárias demonstraram que tais células são muito mais adaptáveis do que as células-tronco adultas, por isso trabalhar com as embrionárias poderia ser revolucionário. (LUNA, 2008) A mídia teve grande papel na divulgação tanto dos resultados promissores das pesquisas quanto da polêmica de trabalhar com embriões de uma maneira que poderia até destruí-los. (LUNA, 2007)

Existem dois tipos de células-tronco: as adultas, que podem ser retiradas da medula óssea, do cérebro, do mesênquima de vários órgãos e do sangue do cordão umbilical (LUNA, 2008), e as embrionárias, que podem ser retiradas de blastócitos presentes a partir de, mais ou menos, o quinto dia do desenvolvimento. (LUNA, 2007)

Contudo, existem algumas problemáticas em relação as células-tronco adultas, elas são mais raras e servem, muitas vezes, somente para o tratamento do próprio paciente. Seria como uma autorregeneração do tecido. Ademais, o poder de transformação e adaptação dessas é pequeno, principalmente comparada às células-tronco embrionárias, se adaptam somente a determinado grupo de tecidos. Mesmo assim, em uma iniciativa muito bem-vista em aspectos gerais, o Brasil incentiva a utilização de tais células, criando, por exemplo bancos de cordões umbilicais. (LUNA, 2007)

Pode-se dizer que tal preocupação brasileira de incentivar o uso de células-tronco adultas vem da ideia, que até alguns pesquisadores têm, de que ao trabalhar com células-tronco embrionárias estamos lidando com vidas, que podem ser destruídas a qualquer momento nessas pesquisas. Isso justifica, que apesar dos resultados favoráveis a maior exploração das células-tronco embrionárias em relação às adultas, prioriza-se o uso das

encontradas em seres humanos completamente desenvolvidos. (LUNA, 2007) O interessante da decisão do STF é justamente a autorização de utilização de células-tronco embrionárias mesmo existindo as adultas, mostrando que os resultados das pesquisas que revelam a capacidade diferenciada das embrionárias foram considerados. Uma mescla de questões jurídicas, científicas e religiosas, onde prevaleceu uma interpretação científica e objetiva.

2.3. O valor sagrado da vida humana: início da vida

Uma das justificativas para a grande polêmica acerca do tema é o fato de estarmos lidando com o conceito de vida.

A vida, dentro de algumas religiões, teria um valor sagrado, logo inviolável, além de ter um valor pessoal e um valor intrínseco, que vai além da importância subjetiva para a pessoa, seria um significado que a arte e a cultura também possuem. A vida estaria no grau mais alto do sagrado, por isso todas polêmicas que envolvem prejudicar algo que poderia ser uma futura vida humana tem uma grande participação de religiosos. (DWORKIN, 2003) A Igreja Católica postula que a vida tem início a partir da fecundação. Mas, como presente no voto do ministro relator Ayres Britto, alguns, como os que apoiam a doutrina kardecista, sustentam que a o embrião que surgiu a partir da fertilização *in vitro* só teria vida ao ser implantado no útero humano. (REDAÇÃO STF, 2008; LUNA, 2007)

Pesquisas naturalísticas que consideram a vida a partir somente da junção de gametas criando uma variedade genética vai contra alguns preceitos já permitidos no Brasil como a “pílula do dia seguinte”. É uma tentativa de se afastar de pressupostos religiosos falha, afinal, ainda não há nenhuma atividade humana, principalmente quando analisamos embriões criados *in vitro*, que sua fecundação no útero feminino ainda não é uma certeza. (LUNA, 2010)

Interessante perceber como a maioria dos países que já legislavam sobre o assunto não questionavam a constitucionalidade das pesquisas a partir do critério do início da vida, como visto no caso brasileiro, mas sim sobre os limites de tais pesquisas. Até Israel, país extremamente religioso e não laico, portanto diferente do Brasil, comparava os embriões congelados a gametas, logo, não existiria vida ali. Já o caso italiano foi diferenciado. Apesar de constitucionalmente um país laico, a Itália não regularizou as pesquisas científicas com embriões, acredita-se que tem relação a participação da Igreja nos espaços e decisões públicas do país. (DINIZ, AVELINO, 2009)

Deve-se entender que a diferenciação do Estado e da Igreja é importante, já que são espaços diferentes, logo, utilizam de comunicações diferentes. O sistema religioso cria um sistema de referências próprios que não deve ser utilizado em questões estatais. Por mais que esse sistema produza meios para interconectar o individual e o comunitário, ele não atinge a todos, diferente do Estado, que está regulando toda a população que se encontra em sua jurisdição. (LUHMANN, 2007)

2.4. Relação com direitos fundamentais: problemática do conflito de interesses

A ADI em relação as pesquisas embrionárias postulava que o embrião teria direitos por já ser uma vida humana. Um nascituro teria direito a preservação da sua dignidade e da sua vida. (REDAÇÃO STF, 2008) Esses seguem uma posição diferenciada da jurisprudência brasileira que assume que nascituros já teriam capacidade de direito a partir da concepção, afinal, para eles a vida começaria a partir desse momento. Isso difere da jurisprudência brasileira que acredita que o nascituro só teria capacidade processual ou a capacidade de fato e que os direitos de personalidade só surgem quando existe a primeira entrada de ar nos pulmões. (PEREIRA, 2014)

É uma questão complexa justamente por ter variados interesses, direitos e princípios se contrapondo. Se ficasse acordado que tais direitos do suposto nascituro estavam sendo violados, os ministros do STF deveriam utilizar mecanismos como o princípio da proporcionalidade para alcançar uma decisão válida e justa.

Como ficou entendido que não há vida nos embriões em análise, o conflito ficou um pouco mais simples, afinal, não haveria direitos do nascituro em risco.

Passa-se então para a questão se tais pesquisas iriam contra o pensamento de grande parte da população brasileira, cidadãos que têm suas questões morais respondidas a partir de conceitos religiosos.

Contudo, o Estado Social Democrático de Direito que é o Brasil deve considerar as minorias, logo, deficientes que poderiam ter grandes melhorias nos quadros clínicos deveriam ser ouvidos. Além disso, falando de interesse público, é papel do Estado entender que é sim de interesse público ter avanço nessas áreas de pesquisa para poder auxiliar o máximo de pessoas no futuro. É necessário que os juristas entendam que até mesmo a parcela da sociedade que era contrária às pesquisas um dia poderá ser beneficiada por ela e mudar de opinião.

2.5. Papel do Estado laico em situações complexas como essa

O Estado surge a partir da Constituição. É o texto constitucional que dita como o Estado irá funcionar, controla os exercícios dos poderes e dá base para a criação dos outros códigos que regularizarão a sociedade. O constituinte, que nasce de uma lacuna, deve sempre respeitar o Estado de Direito e construir um texto constitucional que ligue o eu com o outro, afinal, esse sujeito

não deve ter uma identidade determinada, deve representar todos que compõe o Estado. Contudo, o constituinte não é capaz de solucionar antecipadamente todas as situações que serão demandas pela população. Por isso é importante que o constituinte preserve a Constituição sempre com princípios abstratos que devem nortear as decisões futuras que não tem solução prevista pela Constituição. (ROSENFELD, 2003; DWORKIN, 2010)

A simples interpretação literal do texto gera o originalismo, que pode ser tanto semântico ou de expectativas. Contudo, interpretações como a interpretação construtiva defendida por Dworkin, são mais aceitas, afinal, consideram o cenário atual, o contexto atual que a sociedade se encontra, quesito que nem o melhor constituinte pode imaginar sempre. Atualmente, por exemplo, não se interpreta a democracia somente como a opinião da maioria, mas sim uma situação em que há igualdade e respeito para todos, situação diferente da época de vários constituintes. (DWORKIN, 2010)

Em todas as sociedades surgem conflitos, esses são desinteressantes para todos, inclusive para o Estado, logo é papel do Estado solucionar conflitos. É papel estatal garantir o bem-estar e o interesse público. Então, se novas demandas surgem da sociedade, é dever estatal dar uma solução válida e principiológica para tais demandas, sempre se atendo ao contexto moderno e atual, mas sem desrespeitar a Constituição, senão o Estado entra em colapso. (SUNDFELD, 2014)

O Estado brasileiro é laico, ou seja, suas justificativas e decisões não podem ser baseadas em preceitos religiosos. Isso é positivo no sentido de que a não separação do Estado da religião abre espaço para o fundamentalismo. (BORRADORI, 2006) Deve haver a aceitação de todos, mas sempre com alguns limites de tolerância para que não ocorra o fundamentalismo. (DWORKIN,

2005) Logo, com a separação do Estado dos dogmas religiosos gera uma maior representatividade e, portanto, uma solução mais justa dos conflitos.

2.5.1. Importância da decisão do STF no cenário brasileiro atual

Algumas questões são mais complexas do que as outras por envolverem diversos princípios e direitos, logo, muitas dessas acabam chegando até a Supremo Tribunal para uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade da questão, afinal, o STF é o guardião da Constituição no Brasil e deve sanar todas os problemas apresentados a ele.

A decisão do STF irá nortear decisões judiciais em todas as instâncias, afinal é o Tribunal de maior grau no cenário jurídico brasileiro. As questões relacionadas a constitucionalidade são levadas até ele, por isso, o Supremo Tribunal deve sempre resguardar a Constituição. (BRASIL, 1988)

Uma decisão polêmica e que envolve tantos princípios feita por um Tribunal Superior em um país cria uma jurisprudência diferenciada, que muitas vezes pode influenciar futuras decisões dos Tribunais, afinal, uma linha de pensamento tende a ser mantida em um tribunal. A decisão postula sobre princípios constitucionais, deve-se lembrar então, que o constituinte não é capaz de pensar em todas as situações futuras que deverão ser supridas pelo texto constitucional, por isso, deixa uma lacuna que será preenchida pelos futuro juristas que deverão se ater ao que os constituintes quiseram dizer e também qual decisão se encaixa melhor no contexto atual. (ROSENFELD, 2003)

2.5.2. Relação com a problemática do aborto

O aborto é tema muito discutido na atualidade e que pode ter grande relação com a decisão do STF em relação às pesquisas com material genético embrionário. Como vimos, uma das problemáticas de tais estudos científicos seria o conflito de princípios e interesses supostamente existentes nessas pesquisas. Essa problemática também está presente no mérito relativo a legalização de práticas abortivas.

Atualmente, é legalizada o aborto quando a gravidez é derivada de estupro, ou quando a gravidez põe em risco a vida da mãe e, atualmente, fala-se em aborto de fetos anencéfalos. (BRASIL, 1940) Em todos os casos previstos em lei, a escolha é feita pela gestante, que pode ou não escolher pela realização do procedimento abortivo.

Contudo, a luta pela legalização de procedimentos abortivos em qualquer gravidez (a principal vertente, já presente em diversos países, postulam que esses procedimentos devem ser feito em até três meses de gestação) está crescendo, uma vez que abortos ilegais ocorrem diariamente no Brasil e podem colocar em risco a vida da gestante - é a quinta maior causa de morte entre mulheres. (CASTRO, TINOCO E ARAÚJO, 2014)

Existe uma grande relutância em descriminalizar mais casos de aborto, visto que a cultura e influência religiosa no país é muito grande. O catecismo da Igreja Católica, por exemplo, condena qualquer tipo artificial de contraceptivos e o aborto é visto como homicídio. (LEITE, 1983)

É possível pensar que o maior motivo para a criminalização de diversas modalidades de aborto tem uma justificativa religiosa, já que, pelo lado econômico, ponderando os bens da vida, preservar a vida da mãe concedendo uma clínica legal para a realização do aborto é bem mais viável do que a criminalização. Ainda, com a legalização do aborto é possível que o

tabu existente sobre o assunto diminua e o aconselhamento das gestantes para os médicos cresça, movimento que pode até diminuir os casos de aborto. Com isso, pode-se citar o caso do Uruguai, país que legalizou o aborto, mas proíbe clínicas particulares para a realiza o dos procedimentos de interrup o de gravidez e apoia o aconselhamento médio para as pacientes; nesse cenário, o número de abortos diminuiu 30%. (REDA O FORUM, 2015)

Contudo,   interessante perceber até que ponto essa influência religiosa afeta as decisões do Estado laico brasileiro, atualmente diversos contraceptivos são legalizados, inclusive a “pílula do dia seguinte”, com grande eficácia até o terceiro dia após a rela o sexual. (REDA O FORUM, 2015) Além disso, as pesquisas com células-tronco embrionárias, foco desse trabalho, também já são legalizadas, mesmo essas s  existindo após o quinto dia da fecunda o. (LUNA, 2007)

Então, talvez, essas decisões favoráveis a maior liberdade científico-genética favoreçam a uma decisão futura em rela o a legaliza o de outros casos de procedimentos para interrup o da gravidez.

Outro aspecto que   possível de mudança   a defini o do início da vida, vimos que na decisão do STF diversos ministros concordaram com a ideia de que a vida do embrião gerado através da fertiliza o *in vitro* só se inicia a partir da fecunda o ao útero materno, mas   possível que novos estudos sejam feitos que comprovem que o início da vida ocorre em outro momento, mudando decisões já feitas.

3. Conclusão

Ante o exposto   possível concluir que a decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que legaliza a

pesquisa científica com células-tronco embrionárias foi um marco na jurisprudência brasileira por reafirmar a laicidade do Estado brasileiro prevalecendo o interesse público.

Foi um passo muito importante para as pesquisas brasileiras, que vêm mostrando resultados mais do que satisfatórios em pesquisas com essas células. Tal atitude pode incentivar outras pesquisas científicas, que podem contribuir para a sociedade brasileira de maneira imensurável.

Ao falar um pouco sobre o momento de início da vida, a decisão do STF pode ajudar a solucionar várias questões futuras envolvendo essa problemática ainda não definida consensualmente no Brasil.

A análise de tal decisão é importante justamente porque essa postulação do STF ajuda na argumentação de outros méritos. Alguns nem deveriam mais ser discutidos, tais quais se a democracia é, somente, a opinião da maioria.

É necessário ponderar o interesse público representado pelo Estado e as crenças morais e religiosas da sociedade. Na decisão em análise, houve uma preponderância de aspectos científicos e objetivos, o que mostra uma mudança substancial na jurisprudência brasileira que pode trazer vantagens imensuráveis à população.

4. Referências

ANTONIO LEITE, S.J. “Código Canônico”. Lisboa, 1983.

BORRADORI, G. “Fundamentalismo e terror: diálogos com Habermas e Derrida”. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro. Zahar, 2006, p. 37-92.

BRASIL, Código Penal, Dezembro de 1940.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL, Lei no. 11.105, de 24 de Março de 2005.

CASTRO, C. O., TINOCO D. E ARAÚJO V. “Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano”. Setembro de 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968> . Acesso em: 30 de junho de 2015.

DINIZ, D. e AVELINO, D. “Cenário Internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias”. Rev. Saúde Pública vol.24 no. 3, São Paulo, Maio/Junho 2009.

DWORKIN, R. “A justiça de toga”. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: 2010. P. 167-198.

DWORKIN, R. “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. Trad. Jussara Simões. São paulo: Martins Fontes, 2005. P. 645-676.

DWORKIN, R. “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 95-140.

LUHMANN, N. “La religión de la sociedad”. Trad. Luciano Ezaincín. Madri: Trotta, 2007, p. 163-195.

LUNA, N. “Aborto e células-tronco embrionárias na Campanha da Fraternidade, Ciência e ética no ensino da Igreja”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, no.74, p. 91-105, junho/2010.

LUNA, N. “Células-tronco: pesquisa básica em saúde, da ética à panacéia”. Interface- Comunic., Saúde, Educ., v.11, n.23, p. 587-604, set/dex 2007.

LUNA, N. “Religiosidade no contexto das terapias com células-tronco: uma investigação comparativa entre pesquisadores “iniciantes e iniciado” e seus pacientes”. Relig. soc. vol.28 no.2 Rio de Janeiro 2008.

PEREIRA, C. M. S. “Instituições de Direito Civil” Vol. I, 27 Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014

REDAÇÃO FORUM. “Após legalização, desistência de abortos cresce 30% no Uruguai”. Março de 2015. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-cresce-30-no-uruguai/> . Acesso em 26 de junho de 2015.

REDAÇÃO STF, “STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias”. Maio de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917> . Acesso em 20 de junho de 2015.

ROSENFELD, M. “A identidade do sujeito constitucional”. Trad. Menlick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, 2003, p. 29-48.

SUNDFELD, C. A. “Fundamentos de direito público”. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

TERCEIRIZA O NA ADMINISTRA O PÚBLICA: INTERPRETA O DA SÚMULA 331 DO TST E ADC N  4

CLARISSA PEREIRA BORGES: Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em 2013.2; Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; Pós-Graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti.

1. INTRODU O

A terceiriza o revela-se como um tema de extrema relevância no Direito do Trabalho. Pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas.

Tratando-se de terceiriza o de atividade ou serviço pela Administra o Pública, tem-se a figura do contrato administrativo, firmado com a empresa prestadora e precedido de licita o. Diante das peculiaridades que se insere a Administra o Pública, a regra do concurso público e a responsabilidade administrativa, o fenômeno da terceiriza o   analisado de modo distinto. Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo analisar a evolu o no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a responsabilidade da Administra o Pública, na qualidade de tomadora do serviço, quando o prestador de serviço for inadimplente nas verbas trabalhistas,   luz do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n  04.

2. TERCEIRIZA O: CONCEITO E REQUISITOS

Antes de adentrar ao aspecto da terceiriza o na Administra o Pública, cumpre estabelecer as balizas iniciais sobre o fenômeno da terceiriza o e os seus requisitos. A terceiriza o surge com escopo de dinamizar os serviços das empresas, uma vez que há a contrata o de força de trabalho sem o estabelecimento de rela o jurídico-empregatícia com o trabalhador, ou seja, a empresa não executa o serviço diretamente por meio de seus empregados, mas contrata outra que realize juntamente com o seu

corpo de trabalhadores o serviço sob a sua responsabilidade. Consoante Glaucia Barreto, a terceirização consiste:

na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem, em regra, o objeto principal da empresa. Em princípio, a vantagem da terceirização está na possibilidade da empresa contratante centralizar seus esforços na atividade-fim ou principal, deixando as atividades secundárias ou meio para um terceiro realizar. [1]

Conforme ensina Rogério Neiva[2], existe um triângulo jurídico no qual dois vínculos de natureza jurídica e um de natureza econômica são estabelecidos. Com efeito, entre o trabalhador e o prestador existe uma relação empregatícia, já entre o prestador e o tomador pode ocorrer uma relação contratual-civil ou um contrato administrativo. Por sua vez, a relação entre o tomador e o trabalhador é estritamente econômica. Segundo os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com a entidade interveniente. [3]

Nesse contexto, três pessoas são envolvidas na relação jurídica firmada por meio da terceirização: o trabalhador, a empresa prestadora e a empresa tomadora de serviços.

Os requisitos da terceirização não são estabelecidos pela legislação. Deste modo, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 331, estabeleceu os requisitos para a terceirização ser considerada lícita.

Inicialmente, o serviço prestado pelos terceirizados devem estar inseridos dentro da atividade meio ou secundárias da empresa, como ocorre com o serviço de limpeza e vigilância, desde que não haja pessoalidade e subordinação direta. Essa compreensão foi inserida nos incisos I e III da Súmula 331 do TST^[4]. Destarte, o poder diretivo do empregador-prestador não pode ser transferido ao tomador do serviço, sob pena de configuração de terceirização ilícita. O empregado apenas encontra-se subordinado à empresa intermediadora e não à tomadora. Entre o trabalhador e a empresa tomadora não pode haver pessoalidade, ou seja, não pode existir uma condição pessoal daquele que presta o serviço.

3. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

A terceirização será considerada ilícita quando não forem observados os requisitos acima explicados, ou seja, quando não ocorrer serviço terceirizado através da atividade-meio ou secundária da empresa, bem como quando não estiver ausente a pessoalidade e a subordinação. Nesse íterim, a consequência natural será a formação do vínculo direto entre o empregado e o tomador dos serviços, com base no princípio da primazia da realidade aplicado na seara trabalhista.

Cumprе salientar que, como regra geral, não é possível que um terceirizado requeira a equiparação salarial com um empregado da tomadora de serviços, haja vista a presença de prestadores diferentes. Ocorre que, uma vez constatada a terceirização ilícita, será possível o pleito de equiparação salarial com o paradigma da tomadora, desde que haja igualdade de funções.

4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE DA ADC Nº 4º E DA SÚMULA 331 DO TST.

Existe a possibilidade de a Administração terceirizar serviços secundários. Há transferência integral de um serviço que está necessariamente inserto na atividade-meio do tomador.

Diante das peculiaridades que a Fazenda Pública encontra-se inserida dentro do ordenamento jurídico, os efeitos da

terceirização serão diferenciados. O primeiro obstáculo encontrado encontra-se na situação na qual existe a ilicitude na terceirização com a consequência natural de formação do vínculo direto do empregado e o tomador de serviços, uma vez que, sendo o tomador a Administração Pública, existe a necessidade constitucional de concurso público, consoante artigo 37, II, da Constituição Federal, não sendo possível, deste modo, a formação de vínculo direto com a Administração Pública. Esse entendimento foi contemplado no inciso II da Súmula 331 do TST que assim dispõe:

SÚMULA 331 TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Conforme ensinamentos do doutrinador Maurício Godinho:

A Constituição de 1988 lançou uma especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração públicas direta, indireta e fundacional. É que a Constituição colocou a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito (art. 37, II e §2º, CF/88). [5]

O Tribunal Superior do Trabalho, diante da situação ora apresentada, tendo em vista a prejudicial situação do empregado, com base no princípio da isonomia, por meio da OJ 383[6], assegurou o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles

contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções.

Aspecto de grande relevância e tema principal do presente artigo refere-se à responsabilidade da administração pública na qualidade de tomadora de serviços. Cumpre salientar que para existir a responsabilidade do tomador, será indispensável sua participação no polo passivo da fase de conhecimento e a presença no título executivo judicial, conforme redação do inciso IV da Súmula 331 do TST. Com efeito, o TST já entendeu que, caso o tomador não seja incluído no polo passivo da reclamação, haverá preclusão, sendo impossível futura reclamação trabalhista ajuizada em desfavor do tomador de serviços terceirizados. [7]

No que tange à responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, houve evolução da jurisprudência, até a chegada do entendimento atual.

O Tribunal Superior do Trabalho possuía entendimento inicial de que a responsabilidade subsidiária do tomador alcançaria a Administração Pública de forma irrestrita, justificando seu entendimento no artigo 37, §6º, da Constituição Federal que consagra a responsabilidade civil do Estado. Esse entendimento havia sido positivado no inciso V da Súmula 331 do TST.

Ocorre que, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 aduz que a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas do contratado, ou seja, a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Ademais, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal trata sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, nada tendo a ver com a responsabilidade contratual estabelecida pelo artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Diante do conflito estabelecido, qual seja, o entendimento do TST da aplicação irrestrita da responsabilidade subsidiária da Administração Pública e o artigo 71, §6º, da Lei 8.666/93, governador do DF à época, diante da controvérsia judicial, ajuizou uma ADC, tendo por objeto o art. 71 da Lei 8.666/93.

Importante também destacar que fora questionado que o TST estava afastando a aplicação do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 e, conseqüentemente, violando a cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal) e a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

O STF, nessa ADC nº 16, entendeu que o artigo 71 seria constitucional, não tendo a Administração responsabilidade, a princípio.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.
Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Conseqüência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.[8]

De acordo com esse novo entendimento do TST, o simples fato da entidade dever algo a seus empregados não atrai, por si só, a responsabilidade da Administração. Deve, outrossim, ser demonstrada a sua culpa *“in vigilando”* ou *“in elegendo”* (Ex: não licitou quando era pra licitar; não fiscalizou uma execução que era precária etc.), casos em que haveria responsabilidade subsidiária da Administração tomadora (principal ou solidária, jamais).

Com isso, o TST modificou o seu entendimento e acrescentou o inciso V à Súmula 331, compatibilizando o seu entendimento com o que fora decidido em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Sumula 331, V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No que tange aos convênios celebrados com a Administração Pública, o debate acerca da aplicação ou não da Súmula 331 do TST também foi travado no Tribunal Superior do Trabalho. Com efeito, o TST adotou a tese de aplicação da referida súmula aos convênios, no tocante à responsabilidade subsidiária.[\[9\]](#)

Não se pode deixar de diferenciar a terceirização do contrato de empreitada. Nesse contexto, o contrato de empreitada ocorre quando uma das partes se obriga a realizar uma obra específica, recebendo um valor contraprestacional do dono da obra para assumir os riscos respectivos, executando os trabalhos pessoalmente ou por intermédio de terceiros.

O entendimento do TST em relação aos contratos de empreitada, consubstanciado na OJ n.º. 191 do TST[\[10\]](#), é no sentido de excluir a responsabilidade do dono na obra, por ausência de previsão legal, excepcionando apenas a hipótese de o dono da obra ser empresa construtora ou incorporadora, que certamente não é o caso do ente público.

Portanto, o Poder Público, na condição de dono da obra, não se confunde com o fenômeno da terceirização, e, por conseguinte, não possui qualquer responsabilidade sobre os débitos trabalhistas do contratado.

5. CONCLUSÃO

A terceirização no âmbito da Administração Pública recebe um tratamento diverso do que ocorre com as empresas privadas. Primeiramente, porque é impossível o reconhecimento do vínculo empregatício em face do ente público, diante de um óbice intransponível: prévia aprovação em concurso público. Ademais, enquanto as empresas privadas tomadoras de serviços respondem subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas inadimplidas do empregador, os entes públicos possuem regra específica no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, pelo qual a inadimplência do contratado, com referências aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento.

Não obstante previsão em lei federal, o TST ignorava essa regra e aplicava o mesmo regime de responsabilidade subsidiária das empresas privadas ao Poder Público. Assim, foi ajuizada ADC nº 16 no STF, em cujo julgamento entendeu-se que a mera inadimplência do empregador não enseja a responsabilidade subsidiária da Administração, reconhecendo-se, portanto, a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Tal artigo afasta a responsabilidade do Poder Público, estando dentro da liberdade de conformação do legislador. O TST, após o entendimento do STF, modificou o inciso V da Súmula 331 afirmando que a responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, podendo, entretanto, o Estado ser condenado a pagar as dívidas trabalhistas do empregador, desde que haja a culpa “in vigilando”, ou seja, desde que seja provada a conduta culposa da Administração Pública notadamente diante da má fiscalização. Ademais, necessário que haja a participação da Administração na relação processual e que conste também do título executivo judicial.

REFERÊNCIAS:

BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14ª ed, 2015.

NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicado à Administração Pública e Fazenda Pública**. São Paulo: Método, 2ª ed, 2015.

STF - ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011.

TST - AIRR: 360620105030027 36-06.2010.5.03.0027, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/09/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011.

TST - RR: 5123220115030149, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 15/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2015.

NOTAS:

[1] BARRETO, Gláucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p.94.

[2] NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicado à Administração Pública e Fazenda Pública**. São Paulo: Método, 2ª ed, 2015, p. 67.

[3] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14ª ed, 2015, p. 473.

[4] Súmula 331. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). (...).III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

[5] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14ª ed, 2015, p. 494.

[6] OJ Nº 383 DA SDI-I DO TST: A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções.

[7] TST - RR: 5123220115030149, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 15/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2015.

[8] STF - ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011.

[9] TST - AIRR: 360620105030027 36-06.2010.5.03.0027, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/09/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011.

[10] OJ 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.



FACULDADE NOBRE DE FEIRA DE SANTANA
Recredenciada pela Portaria Ministerial nº 1.417 de 07 de outubro de 2011
BACHARELADO EM DIREITO

ANDRÉ IGO MOTA DE CARVALHO

**A CONTRATAÇÃO DO SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO PRAZO
DECADENCIAL PARA OS VÍCIOS OCULTOS PREVISTO NO CDC**

ANDRÉ IGO MOTA DE CARVALHO

**A CONTRATAÇÃO DO SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO PRAZO
DECADENCIAL PARA OS VÍCIOS OCULTOS PREVISTO NO CDC**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Faculdade Nobre de Feira de Santana, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Abílio das Mercês Barroso Neto.

Ficha Catalográfica
Elaborada por: Deivisson Lopes Pimentel
Bibliotecário CRB 5/1562

C331c Carvalho, André Igo Mota de
A contratação do seguro de garantia estendida em face do
prazo decadencial para os vícios ocultos previstos no CDC. / André
Igo Mota de Carvalho. – Feira de Santana, 2015.
106f.

Orientador: Prof^o. Me. Abílio Das Mercês Barroso Neto
Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Suani de Almeida Vasconcelos

Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) –
Faculdade Nobre de Feira de Santana, 2015.
Inclui bibliografia
ISBN

1. Critério da vida útil 2. Garantia estendida 3. Garantia legal 4.
Vício oculto I. Faculdade Nobre de Feira de Santana II. Título.

CDU: 347.926:366. 5

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ IGO MOTA DE CARVALHO

**A CONTRATAÇÃO DO SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO PRAZO
DECADENCIAL PARA OS VÍCIOS OCULTOS PREVISTO NO CDC**

**MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OBTENÇÃO DE GRAU DE BACHAREL EM DIREITO DA FACULDADE NOBRE
DE FEIRA DE SANTANA (FAN) PELA SEGUINTE BANCA EXAMINADORA:**

Orientador: Prof. Me. Abílio das Mercês Barroso Neto
(FAN/FAT)

Profa. Dra. Suani de Almeida Vasconcelos
(FAN /UEFS)

Prof. Me. Marco Aurélio Bastos de Macedo
(TJBA)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu querido avô, Juvenal Pereira da Mota (*in memoriam*). Apesar de ausente, suas lembranças corresponderam a incentivos cruciais ao longo do percurso.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pela bênção concedida.

Aos meus pais, em especial à minha mãe, por toda a sua luta e dedicação.

Aos meus familiares, pelo apoio dirigido nos momentos de dificuldades, principalmente à minha doce avó, Helena Eduarda.

À pessoa que esteve ao meu lado em toda esta jornada e, sem o seu auxílio, não venceria esta etapa com tamanha solidez e equilíbrio. À minha companheira Elma Porto de Almeida.

Àqueles que estão sempre comigo, meus grandes e verdadeiros amigos, Grupo Arregacilhas, família escolhida e igualmente fundamental.

Aos meus colegas de turma da Faculdade Nobre, que me proporcionaram novas perspectivas de vida.

Aos professores do curso de Direito, e, de modo peculiar, à professora Suani pelos ensinamentos no campo da metodologia da pesquisa, e ao Mestre Abílio pela orientação e esforço conjunto dispensado neste estudo.

Aos meus colegas de trabalho, servidores do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Serrinha - BA, que puderam me auxiliar nos estudos, nas pesquisas e no acesso às informações, além da amizade desenvolvida pelos longos anos de convívio.

Ao Dr. Marco Aurélio, Juiz de Direito, professor convidado a integrar a banca examinadora, pelo grande auxílio na escolha do tema.

Àqueles que direta ou indiretamente contribuíram para este trabalho, meus mais sinceros agradecimentos.

"O consumidor é o elo mais fraco da economia. E nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco."

HENRY FORD

RESUMO

Constitui tema do presente estudo: "a (des)necessidade da contratação do seguro de garantia estendida em face do prazo decadencial para vícios ocultos previsto no Código de Defesa do Consumidor com base no critério da vida útil do produto ou serviço". Trata-se de pesquisa bibliográfica, cuja base lógica escolhida foi a hipotética-dedutiva, abordagem qualitativa e perfil exploratório. A investigação buscou, através da análise de produções doutrinárias, jurisprudenciais, de artigos científicos correlatos, matérias jornalísticas e dados estatísticos, constatar se a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida. Foram construídas três hipóteses em prováveis respostas às indagações que permeiam o tema. Discutiu-se, no desenvolvimento teórico os conceitos que envolvem a relação jurídica de consumo, os princípios consumeristas, o contrato protegido pelo CDC, o vício do produto e do serviço, o prazo decadencial previsto legalmente para reclamar acerca deste, assim como o instituto da garantia e a nova modalidade conhecida por garantia estendida. Pretendeu-se, na análise, compreender a real utilidade de um seguro oneroso que oferece coberturas já disponíveis na legislação, bem como se a inaplicabilidade do art. 26, § 3º do Código de Defesa do Consumidor colaborou para o surgimento desta espécie de garantia. Também foi investigado se políticas públicas no campo da relação de consumo seriam eficazes à melhor aplicabilidade deste dispositivo legal. Além disso foram apresentados dados acerca de reclamações judiciais referentes à garantia estendida, conforme levantamento realizado no Juizado especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha-BA, no período de 2011 a 2014. Ao final, a primeira hipótese foi confirmada parcialmente pois, apesar de haver sensação de inaplicabilidade do prazo previsto no §3º do artigo 26 do CDC, em face da ausência de parâmetros objetivos do critério da vida útil, esta não foi a causa determinante ao surgimento dos contratos de garantia estendida. A segunda hipótese foi integralmente ratificada à medida que restou demonstrado que políticas públicas devem ser criadas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços. Igualmente, a terceira hipótese foi corroborada, tendo em vista que a efetiva aplicabilidade do prazo decadencial previsto no §3º do artigo 26 do CDC acarretaria a inutilidade dos contratos de garantia estendida que não oferecem coberturas adicionais à legal.

Palavras-chave: critério da vida útil; garantia estendida; garantia legal; vício oculto.

ABSTRACT

The content of this study examines "the necessity or not necessity of acquiring a warranty extension, upon the prescriptive time of latent defects predicted by the Consumer Protection Laws, such is based on the criteria of the product or services' useful life". It is bibliographical search, whose rationale was chosen the hypothetical - deductive, alongside a qualitative approach with an exploratory profile. Through the analysis of doctrinal and jurisprudential productions, correlated scientific articles, news reports and statistic data the investigation engaged into elucidate if the warranty extension would be inutile when following the § 3 from art. 26 of the Consumer Protection Law's (CPL) definitions for the prescriptive time of hidden defects, via establishment of the criteria of the product ou service's useful life, characterizing a counterproductive purchase. Accordingly, three hypotheses were thought as probable inducements to the previously established prospect. Farther, within the theoretical framework, the concepts that envelope the jural relation of the consumer transaction, principle of consumption, the contract protected by CPL, the product or services' vice, the deadline time legitimated by law to file a complaint about said vice; also, the guarantee and its new modality known as "warranty extension". The purpose during the analysis was to comprehend the actual utility of a onerous contract that insures what is already legally covered; in addition, whether or not, the inapplicability of the art. 26, § 3 from CPL partakes in this kind of guarantee's inception. Thus, it was inquired if public policy, in the matter of jural relation of consumer transaction, would be effective in a better applicability of this provision. Moreover, a compile collected at the small claims court within the parish of Serrinha-Ba, between 2011 and 2014, data on judicial complaints about warranty extension were exposed. The findings partially confirmed the first hypothesis, where, despite the sentiment of inapplicability of the prescriptive time conceived in the § 3 from art. 26 CPL, facing the absence of objective parameters on the criteria of the product and service's useful life, this was not determinant for the warranty extension contracts' origin. The second hypothesis was completely ratified as proven that public policy must be formulated so a criteria of useful life may be specified. Likewise, the third hypothesis was corroborated whereas the prescriptive time predicted on the § 3 from art. 26 of CPL factual applicability would catalyze the uselessness of the warranty extension contract that does not offer supplementary coverage to the existing legal one.

Key words: useful life criteria; warranty extension; guarantee; latent defects.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Total de ações virtuais acerca da garantia estendida no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha - BA - período 2011 a 2014.....73

Tabela 2: Percentual de ações sobre garantia estendida por tipos de ilicitudes.....74

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	16
2.1	DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.....	16
2.1.1	Dos princípios do direito do consumidor	23
2.1.2	Dos contratos de consumo e das cláusulas abusivas.....	29
2.2	O VÍCIO REDIBITÓRIO DO CÓDIGO CIVIL E O VÍCIO NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
2.2.1	O vício do produto e do serviço	39
2.2.2	O vício oculto e o prazo decadencial previsto no § 3º do art. 26 do CDC..	43
2.2.3	Critério da vida útil do bem	46
2.3	O INSTITUTO DA GARANTIA.....	49
2.3.1	A garantia no Código de Proteção e Defesa do Consumidor	52
2.3.2	A garantia estendida.....	55
3	A NECESSIDADE DA GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO ARTIGO 26, § 3º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	61
3.1	A RELAÇÃO ENTRE O SURGIMENTO DO CONTRATO DE GARANTIA ESTENDIDA E O PRAZO DECADENCIAL PARA VÍCIOS OCULTOS PREVISTO NO CDC	62
3.2	AS ILICITUDES DECORRENTES DE CONTRATOS DE GARANTIA ESTENDIDA E O REGISTRO DE AÇÕES CORRELATAS NO JUIZADO ESPECIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA COMARCA DE SERRINHA-BA	71
3.3	A UTILIDADE DA GARANTIA ESTENDIDA E A DEFINIÇÃO OBJETIVA DO PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 26, § 3º DO CDC.....	85
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
	REFERÊNCIAS	100
	ANEXO A - OFÍCIO DE APRESENTAÇÃO DO PESQUISADOR	104
	ANEXO B - EXEMPLO DE ESTUDO DE VIDAS ÚTEIS REALIZADO POR ENTIDADE DE CARÁTER PÚBLICO.....	105

1 INTRODUÇÃO

Constitui tema do presente trabalho: a (des)necessidade da contratação do seguro de garantia estendida em face do prazo decadencial para vícios ocultos previsto no Código de Defesa do Consumidor com base no critério da vida útil do produto ou serviço.

A Constituição Federal alçou a defesa do consumidor ao rol dos Direitos Fundamentais por incluí-la entre os incisos do seu artigo 5º, inciso XXXII. Mais que o mencionado status, esta inserção propiciou o caráter de aplicabilidade imediata desta proteção e a busca prioritária pela sua efetivação pelo Estado Brasileiro. Como consequência, foi elaborada a lei nº 8.078/90, intitulada Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dentre os diversos artigos do código protetor, destacam-se aqueles destinados a evitar a colocação no mercado de produtos viciados ou defeituosos, de forma que os tornem inadequados ao uso ou ao consumo, que lhes diminuam o valor, ou, ainda, que causem riscos à saúde e segurança do consumidor.

Especificamente no âmbito do vício do produto ou do serviço, os consumidores estão sujeitos a um lapso temporal para reclamar acerca dos defeitos que afetem o seu patrimônio econômico. É a chamada garantia. O prazo mais conhecido é o previsto no caput do artigo 26 do CDC: "O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: [...]" e segue a indicação temporal nos respectivos incisos "I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis". Esquecido, ou pouco íntimo dos consumidores em geral, tem-se o prazo destinado ao reparo dos vícios ocultos, inserto no parágrafo 3º do referido artigo: "Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito".

Assim, caso um produto apresente algum vício que não estaria visível ao consumidor, poderia o usuário valer-se do prazo decadencial de 90 (noventa) dias para bens ou serviços duráveis ou 30 (trinta) dias para produtos ou serviços não duráveis, da ocorrência do problema, para reclamar junto à empresa ou até mesmo judicialmente. Surge, então, o seguinte questionamento: a qualquer tempo em que ocorram, poderá um consumidor reclamar por vícios não aparentes?

A doutrina e a jurisprudência apontam o norte para esta resposta. Benjamim, Bessa e Marques (2010, p. 175) afirmam que "o critério da vida útil confere coerência ao ordenamento jurídico e prestigia o projeto constitucional de defesa do consumidor [...]". O Ministro relator Luís Felipe Salomão, ao julgar o recurso especial nº 984.106-SC, anotou que o CDC "adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual" (BRASIL, 2012, p. 1).

O critério da vida útil, portanto, apresenta-se como o delimitador do prazo decadencial para vícios ocultos na relação consumerista. Indaga-se, a seguir, se o contexto jurídico atual permite que o consumidor exerça o direito de reclamação por vício não aparente. No entanto, é flagrante a necessidade da elaboração, pelo Estado, como garantidor da proteção ao consumidor, de políticas públicas capazes de estabelecer parâmetros objetivos de expectativa de durabilidade de bens ou serviços, para que o prazo decadencial para vícios ocultos previstos no CDC possa ser melhor aplicado.

Paralelo à ausência de políticas públicas e mecanismos garantidores do cumprimento integral da lei 8.078/90, especialmente no que diz respeito ao direito ao saneamento dos vícios ocultos, surge uma moderna prática mercadológica, a garantia estendida. Trata-se de um novo tipo de serviço recentemente ofertado por grandes e pequenas redes varejistas. Entretanto, o que poucos sabem é que sua natureza jurídica é de um contrato securitário, ou seja, ao adquirir uma garantia estendida o cliente contrata uma apólice de seguro. Por conta disto, em caso de ocorrência de vício no bem ou serviço assegurado, a depender dos termos formalizados, apenas estarão cobertos consertos ou reparações, sem previsão de trocas ou restituição do dinheiro desembolsado na aquisição.

Vários consumidores têm enfrentado transtornos no momento em que necessitam do socorro contratado, ao contrário do que se espera após adquirir uma garantia complementar. Isto porque, no ato da contratação, poucas são as lojas comercializadoras da garantia estendida que explanam em detalhes o funcionamento da mesma e as coberturas efetivamente abarcadas. Além disto, há registros de ocorrência de vendas casadas, em razão da vinculação da compra do bem à aquisição desta modalidade de seguro.

O fato acima narrado remete à culpa exclusiva da rede de fornecedores pelos abusos suportados pela população consumerista. Todavia, além destes, a omissão do Estado ao deixar de criar políticas públicas capazes de efetivar Direito Fundamental garantido pelo art. 5º da CRFB/88 e regulamentado em texto do Código de Defesa do Consumidor, oferece terreno fértil para a proliferação de tais práticas desvantajosas ao sujeito mais vulnerável nesta relação. Ao sentir-se desprotegido_ por desconhecimento da lei ou por não acreditar nos mecanismos garantidores de seu cumprimento _, o cidadão cede aos encantos das ofertas de um serviço que assegura garantia contra mal funcionamento do produto por período além daquele ofertado contratualmente pela fabricante. Ausente a sensação de proteção do Estado, busca o consumidor o agasalho espinhoso do mercado.

Com escopo no assunto acima proposto, questiona-se: **a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida?**

Foram elaboradas três hipóteses em prováveis respostas ao problema acima apresentado, são elas: a) há sensação de inaplicabilidade do prazo previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ainda faltam parâmetros objetivos ao critério da vida útil, propiciando o surgimento dos contratos de garantia estendida; b) Políticas públicas devem ser criadas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços, pois, caso não haja parâmetros objetivos, o consumidor dependerá da valoração dos juízes, o que poderá variar caso a caso; c) a efetiva aplicabilidade do prazo decadencial previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor acarretaria a inutilidade dos contratos de garantia estendida.

O objetivo geral do respectivo estudo é constatar se a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida.

Concernente aos objetivos específicos, três foram as metas perquiridas: a) traçar a correlação entre o surgimento do contrato de garantia estendida e a aplicação do parágrafo 3º do artigo 26º do Código de defesa do consumidor; b) identificar as principais causas das ilicitudes recorrentes em contratos de garantia

estendida, delimitado o universo deste levantamento às ações judiciais que tramitam no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da comarca de Serrinha, Estado da Bahia, desde o ano de 2011; c) analisar se a definição objetiva do prazo decadencial previsto no parágrafo 3º do artigo 26º do Código de defesa do consumidor acarretaria a inutilidade total ou parcial dos contratos de garantia estendida.

A relevância íntima reside na busca de respostas às inquietudes provocadas pelos consideráveis índices de reivindicações dos consumidores, em razão de práticas ilícitas atreladas à venda de garantia estendida. No que tange à contribuição social desta pesquisa, acredita-se que o resultado poderá municiar a população acerca de informações capazes de auxiliá-la na busca da garantia de seus direitos, além de avaliar o nível de confiança dos serviços de proteção disponibilizados pelo mercado.

Além disto, a confirmação, ou não, das hipóteses levantadas no início da pesquisa servirá à identificação da utilidade dos seguros de garantia estendida. Desta forma, potenciais adquirentes terão a capacidade de determinar quais os serviços complementares que realmente representam proteção ou mera repetição de coberturas legais.

A relevância científica, por sua vez, fica por conta da possibilidade de acrescentar novas perspectivas relacionadas à aplicação da norma consumerista, no que tange ao alcance do prazo decadencial para reclamação do vício oculto nas relações de consumo. Ademais, as ilicitudes recorrentes suportadas pelos consumidores devem ser combatidas e evitadas não somente através de políticas públicas estatais ou por meio de reclamações judiciais, mas sim por qualquer ferramenta fidedigna e apta a causar estes efeitos, como textos informativos e, sobretudo, científicos produzidos no âmbito dos cursos de Direito no país, a exemplo desta pesquisa.

Para alcançar os resultados pretendidos, foi adotado o método de abordagem hipotético-dedutivo, pois, a fim de explicar a real utilidade dos seguros de garantia estendida ante a teoria do critério da vida útil de produtos e serviços foram formuladas prováveis respostas, postas à prova a partir da análise doutrinária e jurisprudencial. Diante da complexidade do tema proposto à discussão, a pesquisa teve natureza qualitativa. Além disto, a indagação cerne do presente estudo requisitou uma resposta derivada de descrições complexas, interação de variáveis e compreensão de processos dinâmicos da sociedade.

Tratou-se, ainda, de uma pesquisa exploratória, segundo o seu objetivo geral, pois proporcionou a familiaridade com o problema, desde a sua explicitação e elaboração das hipóteses, até a análise bibliográfica e de exemplos jurídicos, com a finalidade de buscar as repostas pretendidas acerca da coexistência de seguros complementares e norma que cuida especificamente da proteção à vida útil dos produtos e serviços, nas relações de consumo.

No âmbito do procedimento técnico, o método de investigação adotado foi o bibliográfico. Assim, a pesquisa foi desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos publicados em periódicos. Desta forma, buscou-se a interpretação doutrinária da lei e da jurisprudência, bem como dos institutos do Direito, através de publicações bibliográficas diversas: livros e artigos relacionados ao tema, geral e específico, das jurisprudências dos Tribunais Superiores e da própria legislação. Houve preferência à doutrina reconhecida, como: Antônio Carlos Fontes Cintra; Antônio Herman V. Benjamin; Alexandre Moraes; Bruno Miragem; Cláudia Lima Marques; Flávio Tartuce; Leonardo Medeiros Garcia; Leonardo Roscoe Bessa; Maria Helena Diniz; Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho; Sérgio Cavalieri Filho. Foram explorados julgados provenientes de órgãos colegiados, com a participação de Juízes relatores respeitáveis, além de artigos científicos produzidos sobre o alicerce dos métodos objetivos e fidedignos de pesquisa, a fim de garantir a este trabalho patamar de confiança e credibilidade em face dos resultados perquiridos.

O sumário foi dividido em quatro seções: introdução, fundamentação teórica, análise e considerações finais. Pretendeu-se expor os elementos essenciais de modo que a disposição dos temas facilitasse a compreensão do trabalho, conforme o método dedutivo de pesquisa. Assim, partiu-se de assuntos gerais para os específicos. Após esta breve exposição do trabalho, por meio do tópico "Introdução", a segunda seção trouxe os importantes conceitos acerca do tema. Nesta foi ilustrada a relação jurídica de consumo, os princípios consumeristas e a proteção contratual adotada pelo CDC. Em seguida, foi apresentado o vício do produto e do serviço e sua diferença para os vícios redibitórios, assim como o prazo decadencial para reclamação e o critério da vida útil. Finalizou-se com as considerações atinentes ao instituto da garantia, sua previsão legal, e a nova modalidade de cobertura, a garantia estendida.

A seção 3 tratou dos aspectos correspondentes à análise e a discussão sobre a sensação de inaplicabilidade do art. 26, § 3º do CDC, sua colaboração para o surgimento da garantia estendida, a possibilidade de melhorar a aplicação do referido dispositivo legal por meio de políticas públicas aptas a conferir objetividade ao critério da vida útil, além de verificar se esta efetividade ocasionaria a desnecessidade da contratação da garantia estendida. Ademais, foram apresentados os resultados da pesquisa realizada no Juizado Especial Cível de Serrinha-BA, delimitado o universo deste registro pelas ações intentadas, através do Sistema de Processos Judiciais Digitais (PROJUDI), entre o ano de 2011 e 2014.

Na seção 4 foram exibidas as considerações finais do presente trabalho. As descobertas confirmaram parcialmente a primeira hipótese pois, apesar da sensação de inaplicabilidade do prazo previsto no §3º do artigo 26 do CDC, em face da ausência de parâmetros objetivos do critério da vida útil, esta não foi uma determinante no surgimento dos contratos de garantia estendida. A segunda hipótese foi integralmente ratificada, uma vez comprovado que políticas públicas devem ser formuladas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços. Igualmente, a terceira hipótese foi corroborada, observado que a efetiva aplicabilidade do prazo decadencial previsto no §3º do artigo 26 do CDC seria catalizadora da inutilidade dos contratos de garantia estendida que não oferecem coberturas suplementares à legal. Por fim, foram ponderados aspectos relevantes decorrentes dos resultados encontrados, além de serem ventiladas recomendações para novos estudos com temas correlatos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) surgiu para regular as relações entre fornecedor e consumidor nos mais diversos campos do direito e com a finalidade especial de tutelar o sujeito menos empoderado desta relação. Assim nasceu o direito do consumidor, derivado da dialética deste com o produtor.

A origem desta preocupação está no discurso de John Kennedy, então presidente dos Estados Unidos, em 1962, que enumerou como direitos básicos do consumidor a segurança, a informação, a livre escolha e o direito de ser ouvido. Um ano após a Conferência Mundial do Consumidor de 1972, realizada em Estocolmo, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem considerou os mesmos direitos fundamentais relacionados por Kennedy como diretrizes básicas para prevenção e reparação de danos ao consumidor (MIRAGEM, 2012).

Em abril de 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou por consenso, por meio da Resolução 39/248, uma série de normas internacionais para a proteção do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014). Foi esta organização inicial que permitiu a caracterização de uma tutela positivada. A partir de então, estes direitos embrionários evoluíram e consolidaram-se em diretrizes básicas da proteção ao consumidor. Passa a existir um ramo do direito repleto de inovações significativas em comparação ao direito clássico, pautado na vulnerabilidade de uma das partes e a intervenção Estatal no sentido de equilibrar a relação de consumo.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), ao tratar da proteção ao consumidor no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, incorporou uma tendência mundial de influência do direito público sobre o privado, conhecida pela doutrina como a "constitucionalização do direito civil" ou de "direito civil constitucional" (GARCIA, 2010). Desse modo, é possível perceber a clara orientação do texto constitucional para a aludida intervenção. Em outras palavras, da norma base eclodem direcionamentos que permitem, e muitas vezes exigem, a atividade positiva do Estado.

Prova disto, o artigo 5º inciso XXXII da carta magna afiança que "o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção ao consumidor" e o artigo 48 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT) fixou prazo de cento e vinte dias da

promulgação da Constituição Federal para elaboração do Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional.

Com atraso, em vista do prazo conferido pelo legislador constituinte, a norma especial consumerista apenas foi criada em 11 de setembro de 1990, cerca de dois anos após a promulgação da CRFB/88. Mesmo assim, pode-se dizer que a Constituição Federal do Brasil introduziu o Direito do Consumidor, posteriormente regulamentado pelo CDC e outras leis específicas. Entretanto, a relação de consumo surgiu antes, o que é dedutível do ponto de vista lógico jurídico.

A revolução industrial (séc. XIX) e o desenvolvimento tecnológico promoveram o aumento impactante da capacidade produtiva do ser humano, o que resultou na dissociação do processo de produção e distribuição e a imposição de adequações à forma de contratação conhecida, tornando-a mais complexa, contendo cláusulas estabelecidas previamente e unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014).

Todo este processo, sem o acompanhamento legislativo concomitante, culminou na instauração de um ambiente propício à proliferação de práticas abusivas de toda ordem. As cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado e a eliminação da concorrência são alguns dos fatores que levaram à configuração de insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.

Neste ínterim, surgiram os primeiros movimentos pró-consumidor, através de organização de grupos de consumidores que, a partir de interesses específicos, lançaram múltiplas tendências nas quais se destacam grupos como os ambientalistas e os movimentos urbanos, e se constituíram base do consumerismo (MIRAGEM, 2012).

Nesta direção, Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 42) afirmam que foram "as mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo que, por sua força e importância, levaram à regulamentação especial do consumo, com a relativização destes antigos dogmas do direito civil e comercial". Assim, a massificação do consumo e a distribuição e produção em larga escala faz surgir a relação entre consumidor e fornecedor.

Conseqüentemente, as recorrentes práticas abusivas revelam a desproporcional desigualdade entre estes sujeitos e passa a refletir no âmbito social a ponto de suscitar regulamentações. Após a normatização, uma mera relação

social deixa de apenas sê-la para constituir também relação jurídica. Cavalieri Filho (2014, p. 65) conceitua "relação jurídica como toda relação social disciplinada pelo Direito".

Em suma, a relação de consumo inicia-se antes da institucionalização do Direito do Consumidor, tratando-se apenas de um vínculo entre fornecedor e consumidor, para, a partir da normatização suscitada pela vulnerabilidade deste, assumir de vez o título de relação jurídica de consumo.

Miragem (2012, p. 118) pontua que:

É preciso referir que, de acordo com a técnica legislativa adotada no direito brasileiro, não existe no CDC uma definição específica sobre o que seja relação de consumo. Optou o legislador nacional por conceituar os sujeitos da relação, consumidor e fornecedor, assim como seu objeto, produto ou serviço. No caso, são considerados conceitos relacionais e dependentes. Só existirá consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço.

Assim, didaticamente, a relação jurídica de consumo é particularizada por conta de seus elementos subjetivos e objetivos. O primeiro grupo caracterizado nas figuras do consumidor e fornecedor e o segundo reconhecido através dos produtos e serviços. O legislador preferiu definir estes elementos na esperança de contribuir para a melhor compreensão da lei e a limitação de seu alcance.

O primeiro destes elementos é o consumidor, considerado o sujeito principal da relação por ser o destinatário da tutela normativa. Miragem (2012, p. 119) assevera que "a definição jurídica do consumidor é estabelecida pelo CDC por intermédio do seu artigo 2º, que estabelece o conceito de *consumidor padrão*, *standard*, o qual vai ser complementado por outras três definições".

O *caput* do art. 2º do CDC define consumidor "como toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Trata-se de conceito denominado pela doutrina de consumidor padrão, *stricto sensu* ou *standard*. Segundo Garcia (2010, p. 15) três são os componentes que compõem a referida definição:

O primeiro deles é o *subjetivo* (pessoa física ou jurídica), o segundo é o *objetivo* (aquisição de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o *teleológico* (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço), caracterizado pela expressão *destinatário final*.

Interessante verificar que o último componente funciona como elemento limitador. Aqueles que adquirem produtos ou serviços com fito de utilização

derradeira, deixam de ser compradores apenas para tornarem-se consumidores. Para melhor compreender as fronteiras deste grupo, surgiram duas interpretações acerca do termo destinatário final. São elas: a maximalista ou objetiva e a finalista ou subjetiva.

A primeira corrente (maximalista), amplia o conceito de consumidor, estendendo a outros casos não alcançados pela definição legal, exige para sua realização, apenas um ato de consumo, a compra, por exemplo. Noutra giro, a concepção finalista se apega às definições legais, principalmente à expressão usuário final. Nesta, o conceito de consumidor tem caráter fático econômico, visto que não visam lucro em suas atividades (CAVALIERI FILHO, 2014).

Por muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou a teoria maximalista, ou objetiva, para fundamentar seus julgados, posteriormente, passou a adotar a teoria finalista como regra. Todavia, abrandou a estrita definição de consumidor e fez incidir o CDC em casos em que restasse evidente a vulnerabilidade do adquirente do produto ou serviço (CINTRA, 2013).

Percebe-se que apesar da existência da defesa destas duas correntes entre os doutrinadores brasileiros, considera-se que os tribunais pátrios tem adotado a finalista mitigada. Uma espécie de aprofundamento desta teoria. Permite-se, segundo esta concepção, que um não usuário final possa ser enquadrado como consumidor, desde que esteja presente a questão da vulnerabilidade, seja ela fática, técnica, econômica ou até informacional.

Neste sentido, Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 83) explicam que:

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

A interpretação finalista aprofundada guarda harmonia às disposições legais vigentes. Tanto que o próprio CDC, após interpretação sistemática do

parágrafo único do art. 2º e dos artigos 17 e 29, equipara à categoria de consumidor outras três espécies: a coletividade, as vítimas de acidentes de consumo e os expostos às práticas abusivas do mercado. Justifica-se esta equiparação em face da situação de debilidade do consumidor nestas condições.

Após a apresentação do principal sujeito da relação de consumo, cumpre expor o fornecedor, que apesar de não ser o destinatário da proteção, corresponde elemento essencial do sistema. Conforme anteriormente dito, sem ele, inexistente a relação de consumo, daí a sua importância.

De acordo com o art. 3º do CDC:

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 e prestação de serviços.

Nota-se que o conceito alcança pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras. Esta abrangência permite considerar fornecedores todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica, atuam nas diversas etapas do processo produtivo, antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Cintra (2013, p. 7) arremata que "de maneira geral, o código conceitua fornecedor todos aqueles responsáveis pela colocação do produto no mercado brasileiro. Há uma solidariedade indicada".

Além da amplitude, destaca-se da definição inserta no CDC, uma significativa diferenciação entre fornecedores de produtos e de serviços. Enquanto vários núcleos definem a primeira situação, uma colocação sucinta determinou a segunda.

Nas palavras de Garcia (2010, p. 25) "a chave para encontrar a figura do fornecedor está na expressão "desenvolvem atividade". Ou seja, somente será fornecedor o agente que pratica determinada atividade com habitualidade". Destarte, o critério caracterizador para fornecedores de bens é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, além da necessidade de certa habitualidade. Desse modo, a aplicação das disposições do CDC aos contratos de negociação de bens firmados entre dois consumidores, não profissionais, estaria afastada, já que são relações puramente civis reguladas pelo Código Civil.

No que tange ao fornecedor de serviços, Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 100) afirmam que "a definição do art. 3º foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviço*". Nesse caso, o fornecimento de serviço estará regulado pelo direito do consumidor, desde que enquadre-se no conceito de prestação de serviço constante no parágrafo 2º do art. 3º do CDC.

A respeito disto, Miragem (2012, p. 136) alerta que "a definição de fornecedor não é exaurida pelo *caput* do art. 3º, senão que deve ser interpretada em acordo com os conceitos de produto e serviço". Assim, faz mister neste ponto apresentar os objetos da relação de consumo: o produto e o serviço.

Segundo o art. 3º, § 1º do CDC, "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Por bem corpóreo entenda-se aqueles que podem ser tocados e assumem forma material, já os incorpóreos seriam os decorrentes da criação humana e que não possuem existência material (CINTRA, 2013). O certo é que tanto um quanto outro podem ser objeto de uma relação de consumo.

A legislação consumerista, ao tratar do prazo de reclamação acerca dos vícios apresentados pelos produtos (art. 26 do CDC), tratou de diferir os duráveis dos não duráveis. Assim, diante desta distinção, bem como por tratar de matéria objeto desta pesquisa, importa esclarecer do que se trata cada um deles.

Duráveis seriam os bens tangíveis que não se extinguem após o seu uso regular. Foram feitos para durar e serem utilizados em várias oportunidades. Porém não são eternos. Surgem como exemplos, livros, roupas, automóveis, imóveis, equipamentos eletrônicos e outros. Os não duráveis são aqueles tangíveis que desaparecem, se destroem, acabam com o seu uso regular. A extinção pode ser imediata, como é o caso de alimentos, bebidas e remédios, ou paulatina, como caneta e sabonete (CAVALIERI FILHO, 2014).

Ainda com relação ao produto, cumpre frisar, que mesmo oferecido gratuitamente não estará excluído da relação de consumo e receberá o tratamento de amostra grátis, por força do art. 39 do CDC. O referido artigo representa um dos avanços do direito consumerista frente ao direito clássico, do comprador, pois o fornecedor passa a ser responsável pelos produtos que põe em circulação, inclusive os ofertados de modo gratuito, que portanto, não derivam de um contrato comutativo, com obrigações mútuas.

No que tange ao serviço, outro elemento objetivo da relação de consumo, o art. 3º, §2º assim o define: "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".

Diante de tantas informações constantes nesta definição, é preciso fragmentá-la para facilitar o entendimento. Inicialmente cumpre compreender o que seria mercado de consumo. Aqui o aplicador da norma se depara com outro termo limitador, aqueles serviços que não são ofertados em um mercado de consumo, estariam excluídos do alcance do CDC.

Miragem (2012, p.146) elucida que "a definição de serviço como "qualquer atividade prestada no mercado de consumo", impõe que este seja oferecido no mercado, como decorrência da atividade econômica do fornecedor". Portanto, a relação trabalhista; a prestação estatal típica custeada por impostos; a realização de políticas públicas típicas; ou um contrato de locação imobiliária realizada por particular não profissional, encontram-se a margem da legislação consumerista.

Outra característica marcante do conceito de serviços, grafado no CDC, é a exigência de que os mesmos sejam prestados mediante remuneração. Neste ponto surgem controvérsias acerca da interpretação a ser adotada para o enquadramento de um serviço como elemento objetivo da relação de consumo. A principal celeuma reside na consideração ou não de determinados serviços gratuitos como objeto do Direito do Consumidor.

A doutrina brasileira consagra que esta remuneração poderá ser considerada para efeito da caracterização da relação de consumo como remuneração direta (contraprestação direta por um contrato de consumo) ou indireta (quando resulta de vantagens econômicas do fornecedor a serem percebidas independentes do contrato de consumo presente) (MIRAGEM, 2012).

O serviço deve ser remunerado. Oferecido de forma gratuita, em tese, não se enquadram na definição de relação de consumo. Excepciona a regra os serviços derivados, que decorrem de um serviço ou venda de produto oneroso, caso de lavagens gratuitas de veículos para quem abastece no posto de gasolina; e as chamadas amostras grátis, previstas no art. 39, parágrafo único do CDC. Neste caso, se o serviço é prestado inicialmente de forma gratuita a fim de promover o serviço que se encontra disponível para contratação, relação de consumo haverá (CINTRA, 2013).

A solução está, então, na análise da gratuidade. Se ocorrer de maneira pura, afasta-se a incidência do CDC. Tem-se por exemplos os abrigos ofertados por igrejas ou serviços prestados sem o interesse de obter vantagem patrimonial para o executor. Mas, se for aparente a gratuidade, a lei consumerista deve ser aplicada, pois o serviço é prestado mediante remuneração indireta ou expectativa de vantagem econômica para o fornecedor, estando os custos cobertos pelo benefício daí advindos para o prestador. É o caso de estacionamento em supermercados, brindes para atrair o cliente ao local de compras ou aulas experimentais.

No que tange aos serviços públicos, a parte toda a discussão gerado em torno do seu enquadramento ou não, aqueles remunerados pro tributos (impostos, taxas ou contribuições de melhoria) não estão submetidos à incidência do CDC, pois neste situação existe relação entre poder público e administrado, disciplinada pelas regras do direito administrativo. De outro modo, os serviços públicos remunerados por tarifa (concessionárias de energia, água e esgoto), estão sujeitos às regras do CDC (CAVALIERI FILHO, 2014).

Destaque-se, ainda, a exclusão expressa das relações trabalhistas pelo art. 3º, § 2º do CDC do conceito de serviços na relação de consumo, e, por outro lado, a inclusão daquelas de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Observa-se que da identificação dos elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e o objetivo (produto e serviço) nascerá a relação jurídica de consumo, uma vez que encontra-se regulada, através das diretrizes constitucionais, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e de outras legislações e regulamentos específicos.

2.1.1 Dos princípios do direito do consumidor

Apresentada a relação de consumo e a norma que a permeia, cumpre dissertar acerca dos princípios que regem o direito do consumidor. Estes funcionam como vetores e direcionam a interpretação a ser adotada na aplicação da lei ao caso concreto, além de pautar a normatização consumerista.

Por princípio entende-se o início, começo, ponto de partida de alguma coisa. Do ponto de vista jurídico não foge desse sentido. Pelos princípios inicia-se a análise do ordenamento e se afere por onde ele se norteia (CAVALIERI FILHO, 2014). No direito do consumidor encontram-se, em sua maioria, expressos no

próprio CDC, dotando-o de base principiológica para interpretação, compreensão e aplicação de suas normas (MIRAGEM, 2012).

A compreensão de tais princípios faz-se necessária para esta pesquisa à medida que qualquer estudo acerca da relação jurídica de consumo deve utilizá-los como lente através da qual se possa enxergar com clareza o objeto da pesquisa, a fim de alcançar resultados que coadunem com a finalidade do campo do direito emergido.

Os princípios consumeristas encontram-se elencados no art. 4º da lei 8.078/90, espalhados por toda a legislação específica, na Constituição federal e, ainda, implícitos à relação jurídica de consumo. Constituem os princípios expressos mais significativos do direito do consumidor:

a) Princípio da vulnerabilidade

É a partir do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor que surge um arcabouço legislativo destinado à sua proteção. Em outras palavras, o direito do consumidor nasce do desejo de equilibrar as forças entre estes sujeitos, a partir da tutela daquele que encontra-se em flagrante desvantagem.

A vulnerabilidade deve se fazer presente para que o consumidor possa ser tutelado pelo CDC e todo consumidor é, por natureza, vulnerável perante o fornecedor (GARCIA, 2010). Em razão disto, pode-se destacar que este é o princípio irradiador de todos os outros, e em face de sua existência, tem-se um código destacadamente protecionista.

A explicação para esta vulnerabilidade está, logicamente, nas práticas do mercado que impõe técnicas sofisticadas e muitas vezes veladas de marketing que incentivam o consumo. Em seu favor, o fornecedor tem, ainda, a possibilidade de dominar o mercado, impor preços, controlar a técnica, assim como a opção de disponibilizar ou não as informações (CINTRA, 2013). Justamente por isto, encontra-se justificada e identificada a disparidade de forças.

A vulnerabilidade pode ser vista em quatro espécies: técnica, pelo desconhecimento dos meios e modos de produção e execução, o que pode induzir o consumidor ao erro; jurídica, em face do desconhecimento normativo, da dificuldade do acesso à justiça, dos custos com o processo judicial e o entendimento dos termos contratuais; fática ou socioeconômica, em razão do monopólio dos fornecedores,

pois são, muitas vezes, o único meio de ofertar o produto ou o serviço que o consumidor necessita, o que configura situação dependência, conferindo vantagem ao fornecedor; e por fim, a informacional, caracterizada pela manipulação de informações no interesse da venda, divulga-se o que é interesse do fornecedor e omite-se o que não convém (MARQUES, 2006).

Por conta disto, algumas posições, doutrinárias e jurisprudenciais, independentemente da adoção da corrente finalista ou maximalista, têm apontado para a ampliação do alcance das normas consumeristas, ainda que não se encontre o sujeito destinatário final, desde que haja vulnerabilidade.

b) Princípio do Dever Governamental

O art. 4º, inciso II, do CDC preconiza que devem existir ações governamentais no sentido de proteger efetivamente o consumidor por iniciativa direta; incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; pela presença do Estado no mercado de consumo; assim como através da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor impõe a promoção da tutela do sujeito mais prejudicado. Assim, os meios legislativos, administrativos e judiciais devem buscar a garantia do equilíbrio e da harmonia nas relações de consumo (GARCIA, 2010).

Neste sentido, diversas são as ações Estatais visíveis, como a criação da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), os Juizados de Defesa do Consumidor, Regulamentações emanadas de diversos poderes, a exemplo das normas técnicas editadas por ministérios e agências reguladoras no âmbito executivo. Porém, há de se destacar a ausência do Estado em alguns campos do mercado de consumo, o que colabora para o desamparo do consumidor.

c) Princípio da harmonização e equilíbrio das relações de consumo

Situado ao art. 4º, inciso III, da lei 8.078/90, o referido princípio visa a harmonização entre os interesses dos consumidores e dos fornecedores, além de

compatibilizar a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico com a defesa do consumidor.

Com relação à tutela destinada ao consumidor pelo CDC Miragem (2012, p. 116) elucida que esta "não impõe ao fornecedor gravames excessivos, mas exclusivamente aqueles vinculados à natureza de sua atividade e a proteção dos interesses legítimos dos sujeitos da relação". Assim, o dispositivo basilar em apreço funciona como um dos limitadores da proteção ao consumidor, a fim de que não haja um completo engessamento da evolução do mercado de consumo.

De outro modo, o mesmo princípio pode proteger o consumidor, uma vez que norteará a manutenção do equilíbrio contratual nas relações de consumo. Assim, são vedadas obrigações injustas, abusivas ou que ofendam a boa-fé objetiva e a equidade (GARCIA, 2010). A finalidade é manter o fiel da balança, assegurando o bom direito para ambos os lados de acordo com o caso concreto apresentado.

d) Princípio da boa-fé objetiva

Insculpido ao inciso III, do art. 4º do CDC, o princípio da boa-fé constitui outra diretriz basilar do ramo de direito em estudo. Importa na manutenção dos padrões de fidelidade, ética, lealdade, probidade e não abuso da confiança na relação. Deriva, principalmente, da máxima do não conhecimento técnico do consumidor frente aos produtos ou serviços que adquire, além dos termos do contrato que pactua.

Boa-fé significa agir com lisura, com probidade, com honestidade. O CDC adotou a modalidade objetiva pois se pauta no conhecimento do homem médio, e não do caso concreto, para avaliar o comportamento nas relações (CINTRA, 2013). Em outras palavras, mesmo diante de uma situação em que o consumidor possua conhecimento técnico suficiente para avaliar os termos contratuais, o parâmetro será o homem natural.

A boa-fé objetiva constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após sua extinção (GARCIA, 2010).

Destacam-se os critérios da fidelidade e o não abuso da confiança como formas de compor a base principiológica em estudo, evita-se com isto, que o consumidor, e inclusive o fornecedor, não se surpreendam negativamente no decorrer das fases contratuais.

Neste sentido, Cintra (2013, p. 35) destaca as funções interpretativas e integrativa deste princípio:

[...] a primeira abrange tanto a interpretação da intenção das partes no momento da contratação como a valoração de suas condutas no desenvolvimento da relação por elas travada. A função integrativa da boa-fé, de outro lado, indica que os deveres anexos de eticidade não são restritos ao momento da formação do contrato, mas também em sua execução.

Por conta disto, o fornecedor não pode se valer de expressões vagas e imprecisas para angariar o consumidor e após a contratação, justamente quando mais for preciso, frustrar a sua confiança e agir deslealmente ao negar uma cobertura, uma garantia ou outro serviço, que restou subtendido em momento anterior.

Trata-se de deveres laterais de cooperação, que seriam o de proteção, informação e lealdade. A ofensa a qualquer destes importa no que a doutrina tem denominado violação positiva do contrato (CINTRA, 2013). De tal sorte, o sujeito até pode cumprir com a obrigação principal do contrato, mas, se de alguma forma, agir em desconformidade com as obrigações paralelas do pacto, de modo desleal, haverá agressão à boa-fé objetiva.

e) Princípio da transparência ou da informação

O *caput* do art. 4º do CDC já apresenta a transparência como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo. Da mesma forma, o inciso III do art. 6º do mesmo código preconiza que corresponde direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços. Por conta disto, devem ser especificadas corretamente a quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos porventura apresentados.

Tem-se com isto, uma aproximação na relação contratual entre consumidores e fornecedores. Transparência indica informação clara e correta sobre

o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações de consumo, tanto na fase negocial quanto na pós-contratual (MARQUES, 2006).

Neste diapasão, durante a oferta já há vínculo entre o fornecedor e o consumidor, a ponto daquele responder pelos termos previamente informados no instante da tratativa. O art. 31 da lei 8.078/90 determina que a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre todos os aspectos deste, desde o funcionamento ao prazo de validade, sua origem e segurança.

O fornecedor responderá tanto pela informação inverídica como pela falta de informação necessária à formação da vontade do consumidor. Em razão disto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as informações prestadas pelo preposto do fornecedor, ainda que contrárias ou extensivas aos dizeres do contrato, vinculam o fornecedor e integram o contrato (CINTRA, 2013).

Não é difícil perceber que este princípio decorre do anteriormente citado (boa-fé), no entanto, a sua condição de importância nos contratos de consumo é significativa a ponto de justificar o seu destacamento no estudo. O dever de comunicar do fornecedor constitui direito básico do consumidor de ser informado adequado e claramente. Diz-se que o fornecedor tem o dever da informação qualificada.

f) Princípio da Educação e Informação de fornecedores e dos consumidores

Localizado no inciso IV do art. 4º do CDC, fomenta a evolução do grau de conhecimento dos sujeitos participantes da relação de consumo, para que estes saibam profundamente seus direitos e deveres, a fim de dirimir problemas e evitar conflitos, o que proporciona uma auto regulação do sistema.

Neste vetor, o importante é que todos os organismos envolvidos, Estado, entidades privadas de defesa do consumidor, empresas e demais colaboradores possam informar e educar consumidores e fornecedores a respeito de seus direitos e deveres, de modo que possam atuar de forma consciente no mercado de consumo. Visa propiciar uma sociedade mais justa e equilibrada (GARCIA, 2010).

g) Princípio da coibição e repressão de abusos no mercado

O princípio da proibição dos abusos do mercado constitui um dos principais objetivos do direito do consumidor, até porque, em virtude do sofrimento vivenciado pelo sujeito débil, surge a necessidade de tutelá-lo. Logicamente, a proteção quista neste campo jurídico, e, conseqüentemente a equidade almejada, somente poderá ser concretizada se houver a contenção das práticas abusivas.

Esta preocupação evita que abusos sejam cometidos de diversas maneiras contra o consumidor. Cintra (2013, p. 33) afirma, por exemplo, que "ao consumidor deve ser garantida a liberdade de escolha, o que representa dizer que as políticas de defesa do consumidor devem zelar por um mercado competitivo". Inclui-se neste contexto a reprimenda às cláusulas contratuais abusivas e o próprio equilíbrio contratual, permitindo a revisão de termos que tragam prejuízo, principalmente ao hipossuficiente da relação.

Deve-se possibilitar uma concorrência leal e livre, o que se garantirá, de forma mediata, o direito do consumidor. Para isso, foram criadas entidades como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor), cuja finalidade é dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (GARCIA, 2010). Busca-se, a partir dessas medidas, vedar atentados à livre concorrência e iniciativa, publicidades enganosas, defesa às marcas, entre outras proteções.

Além dos princípios até aqui citados, há aqueles expressos em outros locais do Código de Defesa do Consumidor ou da Constituição Federal e os que decorrem indiretamente destes, tidos por implícitos. Reflete na relação de consumo, ainda, princípios gerais do direito como o do equilíbrio contratual, da isonomia, da reparação integral do dano, da dignidade, dentre outros. Todos estes, juntos, formam os vetores que conduzem qualquer ato jurídico sob a égide do direito do consumidor, e, por lógica, servirá de base para a análise do objeto em estudo.

2.1.2 Dos contratos de consumo e das cláusulas abusivas

É cediço que a relação contratual ocorre desde que o homem passou a conviver em sociedade, estabelecendo trocas e obrigações mútuas entre seus pares, a fim de sobreviver e se desenvolver, para tanto estabelecia vínculos. Porém,

a definição deste instituto, típico do direito civil, modificou-se a partir da evolução das relações travadas pelo homem em sociedade e o avanço das técnicas negociais.

Contrato, segundo Pamplona Filho e Gagliano (2011, p. 47), significa o "negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa fé objetiva, disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades". Trata-se de um conceito pós-moderno, adaptado às novas situações.

Dentro desta nova acepção, o Estado, antes liberal, deixa de ficar isento às relações contratuais, com atuação justificada apenas para forçar o cumprimento das obrigações estabelecidas, para buscar o equilíbrio entre as partes com maior intervenção através do dirigismo executivo, legislativo e administrativo (CAVALIERI FILHO, 2014).

Almeja-se suprir, através de políticas públicas emanadas de todos os poderes estatais, as desigualdades materiais e formais. Neste contexto, surge a ideia da tutela aos mais prejudicados com base no princípio da igualdade e da solidariedade. Por conta disso, os contratos firmados em meio a relação de consumo passam a gozar de determinados artifícios destinados à proteção do sujeito mais vulnerável.

Miragem (2012, p. 190) explica que "a chamada *renovação da teoria contratual* se deu especialmente a partir da vigência do CDC, sua principiologia e compreensão das novas condicionantes do fenômeno contratual". O CDC deu especial atenção à proteção contratual ao consumidor por conta da sua clara vulnerabilidade perante o fornecedor.

Além disto, a maioria dos contratos no campo do consumo é de adesão, ou seja, já vem prontos, elaborados unilateralmente pelo fornecedor. Raramente o consumidor tem a real possibilidade de modificar cláusulas e condições apresentadas, as quais, invariavelmente, resguardam apenas os interesses econômicos do empresário. É também por isto, que o referido código não tolera fraude, o intuito de enganar, cláusulas obscuras ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

A partir da superação dos paradigmas clássicos da teoria geral do contrato como a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*¹, aparece a

¹ Princípio da força obrigatória do estipulado no pacto, preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, em razão dele, o contrato não pode ser revisto ou extinto (TARTUCE, 2011).

compreensão jurídica dos contratos de consumo (MIRAGEM, 2012). As pilastras do direito contratual antigo são relativizadas pelos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico contratual, consagrados no direito do consumidor.

Como já abordado, a proteção contratual pode ocorrer em qualquer fase deste negócio jurídico, desde as tratativas à execução e, por fim, a utilização do produto ou serviço. Na fase pré-contratual a publicidade ocupa papel de destaque. Adalberto (1997 apud CAVALIERI FILHO, 2014, p.140) a define como:

[...] toda a comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem finalidade lucrativa.

Observa-se que o momento anterior à formação contratual, relevante para o direito do consumidor, é aquele em que há o convite à aquisição do produto ou do serviço, seja através da oferta pura e simples ou por meio de uma propaganda ou publicidade. Neste ponto, cumpre ressaltar a diferença entre estes dois últimos termos. Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 229) explicam que a publicidade tem "um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre na propaganda".

Assim, o CDC protege o consumidor contra a publicidade econômica, fase em que existe somente a oferta. A doutrina, porém, ainda diverge acerca da quantidade dos princípios que regulam a atividade publicitária. No entanto, três surgem de forma a aglutinar todos os outros e funcionam como garantia ao sujeito vulnerável, são eles: a identificação da publicidade, da veracidade das informações e o da vinculação contratual do proponente (MIRAGEM, 2012).

O certo é que antes mesmo do consumidor aceitar a proposta, já está protegido, pois o Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade enganosa ou abusiva, agasalha o consumidor desinformado e ignorante. Segundo o art. 37, § 1º, é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, integralmente ou parcialmente falsa, ou por qualquer meio, inclusive omissão, capaz de induzir o consumidor a erro. Abusiva, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, é aquela publicidade discriminatória de qualquer natureza, que desrespeite valores, se aproveite da deficiência das espécies de consumidores, assim como o induza a agir de maneira prejudicial ou perigosa a sua saúde.

Além da tutela durante a oferta, a negociação também está resguardada. Na fase de formalização do contrato, haverá a presença do Estado a fim de equilibrar a situação de desigualdade dos sujeitos participantes.

Com relação aos mecanismos de proteção contratual existentes no CDC pode-se citar o sucedâneo do princípio da informação e da transparência (art. 46), de modo que o consumidor precisa conhecer aquilo a que se obriga, antes da contratação. É o que a doutrina tem denominada de cognoscibilidade, ou seja, aquilo que é conhecido, ou se pode conhecer. Busca-se através desta, garantir ao consumidor a única oportunidade de fazer boa escolha nos contratos de adesão. A cláusula a que o consumidor não teve prévio acesso não chega a integrar o contrato (CAVALIERI FILHO, 2014).

O orçamento é outro tema regulado pelo CDC. Ele deve ser discriminado com detalhes do preço e das condições de pagamento, devendo ser mantido pelo prazo de 10 dias se outro não for concedido. A interpretação dos contratos de adesão também devem ser favoráveis ao consumidor, em caso de dúvida acerca de suas cláusulas.

Some-se a isto, outras proteções legais previstas no CDC: a validade dos adjetos contratuais (art. 48), por meio da qual não só o termo do contrato será posto como prova, mas também todas as declarações de vontade constante em escritos particulares ou recibos; o direito de arrependimento (art. 49), para qualquer consumidor que adquira produto fora do estabelecimento do comercial, conferindo-lhe sete dias para desistir da mercadoria; a garantia contra o vício e o defeito do produto ou serviço (CINTRA, 2013).

Não obstante, o artigo 39 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê, de modo exemplificativo, a proibição ao fornecedor de executar determinadas práticas consideradas abusivas. Dentre elas, destaca-se para esta pesquisa, o estudo das seguintes práticas comerciais ilícitas: a venda casada, a vantagem manifestamente excessiva, fornecimento de produto não solicitado e o aproveitamento da vulnerabilidade do consumidor.

Venda casada, segundo Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 255) são os casos em que "o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto o serviço". A proibição desta prática encontra amparo na hipossuficiência fática ou socioeconômica do consumidor. Não raras são as situações em que há um único

meio de oferta do produto ou serviço, e o adquirente necessita do bem, caracterizando um vínculo de dependência. O aumento do preço desta aquisição, em virtude de outro produto ou serviço encontrar-se atrelado ao principal, confere vantagem desleal ao fornecedor. Fere o equilíbrio econômico, a liberdade de escolha e a boa-fé das relações contratuais.

O STJ, já considerou casos de venda casada em diversas situações como a proibição de entrada de gêneros alimentícios em cinemas que permitem o consumo de alimentos por ele comercializados e no campo da prestação de serviço, a exigência da contratação de seguro da própria imobiliária por parte do mutuário, devendo este ter a liberdade de escolher seguradora diversa do agente financiador do imóvel (CINTRA, 2013).

Da mesma forma, vantagens manifestamente excessivas são proibidas, de acordo com o inciso V do art. 39 do CDC. Garcia (2010, p. 257) assegura que "o fornecedor não pode, valendo-se de sua condição de superioridade econômica, causar prejuízo ao consumidor, rompendo com o equilíbrio contratual". Mais uma vez, está-se aqui, diante de um princípio básico do consumidor, o equilíbrio e a harmonia da relação de consumo.

Também há vedação legal ao fornecimento de produtos ou serviços não solicitados previamente pelo consumidor. Os objetos remetidos ou prestados ao consumidor sem seu consentimento, equipara-se à amostra grátis. Desse modo, o envio de cartão de crédito ou de revistas não solicitados constituem prática coibida pelo art. 59, inciso III do CDC.

Já o inciso IV do supracitado artigo não permite que o fornecedor prevaleça "da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços". Considera-se prática abusiva, por meio deste dispositivo, o aproveitamento da hipossuficiência do consumidor e não o simples fato de o consumidor ser naturalmente vulnerável. Em outras palavras, são condições subjetivas especiais, como idade, condição econômica-cultural, dentre outros, que variam de pessoa para pessoa.

Deve-se garantir a liberdade de escolha do consumidor, o que constitui um de seus direitos básicos. Não pode o fornecedor, valer-se de práticas comerciais destas naturezas, muitas vezes disfarçadas e escondidas atrás da vulnerabilidade do cliente para aferir vantagens de maneira ilícita. Além da tutela pré-contratual e no

instante da formação do vínculo. O Código proíbe expressamente as cláusulas abusivas assegurando assim uma proteção *a posteriori*, com efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo.

Deste modo, é garantida assistência ao consumidor também na fase pós-contratual através da proibição da cláusulas abusivas e da possibilidade de revisão do contrato. A definição do que seria cláusulas abusivas e seu regime de nulidade estão previstos no artigo 51 do CDC, o referido dispositivo, por sua vez, preconiza que "são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]" e segue rol exemplificativo acerca do que o legislador considera termo contratual abusivo.

Nulidade de pleno direito, implica dizer nulidade absoluta, ou seja, os termos expressos no contrato, mesmo que haja concordância do conteúdo pelo consumidor elas podem ser desconstituídas por sentença declaratória, inclusive de ofício pelo Juiz. Além disso, tais cláusulas não produzem efeitos jurídicos desde a data da assinatura do contrato, devendo o consumidor ser reparado integralmente pelo prejuízo causado (GARCIA, 2010).

Extrai-se da escrita do art. 51 do CDC a força negativa das cláusulas tidas por abusivas, que devem ser declaradas nulas de pleno direito, ante a ofensa à norma de ordem pública, e, portanto, a sua iniquidade. Insta salientar o grave vício de vontade presente nestas, pois a uma pessoa em flagrante estado de desequilíbrio contratual, não é dado o discernimento necessário para renunciar direitos básicos, por exemplo, como ocorre em cláusulas de contratos de adesão que afastam a responsabilidade civil do fornecedor.

Constituem algumas das cláusulas abusivas elencadas de modo exemplificativo no art. 51 do CDC:

a) Impossibilidade de exoneração da responsabilidade do fornecedor

Conforme o inciso I do art. 51 do CDC ficam proibidas cláusulas contratuais que "impossibilitem, exonerem, ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos".

Toda e qualquer renúncia do consumidor ao direito de reparação integral do dano causado pelos vícios e defeitos decorrentes do produto ou serviço adquirido

deve ser considerada nula, pois impede a consecução deste objetivo (CINTRA, 2013). Encontra-se dessa forma, proibida a minoração da responsabilidade do fornecedor pelos vícios ou defeitos.

Destaque para a exceção trazida na parte final deste dispositivo de lei que relativiza esse entendimento quando o consumidor for pessoa jurídica e houver situação justificável.

b) Impedimento de reembolso

O inciso II do art. 51 do CDC protege o consumidor contra cláusulas contratuais que subtraiam o seu direito de ser reembolsado nos casos em que há esta previsão no código.

c) Transferência de responsabilidade a terceiros

A fim de explicar esta previsão legal, Garcia (2010, p. 313) elucida que "como a responsabilidade do fornecedor provém da lei, não pode ele, por meio de cláusula contratual, procurar se eximir, transferindo-a a terceiros".

Cita-se como exemplo, uma empresa de turismo que vende um pacote de viagens contendo o transporte aéreo, mas transfere, por meio do contrato, a responsabilidade pelos vícios decorrentes da passagem exclusivamente para a companhia aérea. Tal cláusula deve ser considerada nula de pleno direito, e o consumidor poderá buscar em juízo a reparação integral diretamente à empresa de turismo, nos termos do artigo 51, III do CDC.

d) Obrigações iníquas e desvantagem exagerada

Trata-se da vedação à estipulação de obrigações desproporcionais. Está prevista no inciso IV, do artigo em apreço. Segundo Cintra (2013, p. 180) o correspondente inciso é o "mais citado em decisões judiciais, visto que possibilita a fundamentação de quase a totalidade das cláusulas abusivas".

Garcia (2010, p. 313) lembra que "a boa-fé objetiva e a equidade são verdadeiras cláusulas gerais a ser observadas em todo e qualquer contrato de consumo". Assim, caso haja percepção de que as previsões contratuais ofendem a

boa-fé objetiva ou a equidade, poderá o juiz declarar a nulidade em face da desproporcionalidade das vantagens estabelecidas.

e) Estipulação de inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é determinada pelo inciso VIII do art. 6º do CDC e ocorre quando for verossímil sua alegação ou quando for considerado hipossuficiente. Inexiste a inversão em favor do fornecedor, razão pela qual os termos do contrato não podem determinar deste modo.

f) Cláusulas que restringem direitos ou obrigações fundamentais

O art. 51, § 1º, II do CDC presume exagerada qualquer vantagem que restrinja direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou equilíbrio contratual.

A cláusula que permita ao fornecedor o não cumprimento da obrigação principal do contrato representa ofensa à natureza do pacto, e, sendo assim, deve ser considerada nula. Podem ser enquadradas como espécies desta modalidade de cláusula abusiva: deixar o fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; permita ao fornecedor direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; autorize o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor ou a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (CAVALIERI FILHO, 2014).

Como dito, trata-se rol exemplificativo, aquele exposto no art. 51 do CDC. O próprio legislador fez questão de lembrar o caráter *numerus apertus* das cláusulas abusivas ao constar expressamente no seu *caput* o termo "entre outras". Para verificar, em um caso concreto, quais cláusulas de um contrato de consumo poderiam ser consideradas nulas de pleno direito, basta utilizar a lente dos princípios consumeristas e observar se houve obediência às normas de proteção destinada a este sujeito.

2.2 O VÍCIO REDIBITÓRIO DO CÓDIGO CIVIL E O VÍCIO NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

A proteção ao consumidor, antes da vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor era feita de maneira inadequada, dado que tropeçava por inúmeras vezes em incompatibilidades presentes no direito tradicional. Este amparo era adaptado de acordo aos institutos legais então existentes e algumas legislações esparsas. Nesse contexto, inserem-se a garantia contra a evicção e contra os vícios redibitórios, como consequência da obrigação da entrega.

Entende-se por evicção, segundo Tartuce (2012, p. 583), “a perda da coisa diante de uma decisão judicial ou de um ato administrativo que a atribui a um terceiro”. Já os vícios redibitórios, conforme definição legal do artigo 441 do Código Civil de 2002 e também no artigo 1.101 do Código Civil de 1916, “são defeitos ocultos que diminuem o valor ou prejudicam a utilização da coisa recebida por força de um contrato comutativo”.

A instituição dos vícios redibitórios foi regulada no Código Civil de 2002 por meio dos artigos 441 a 446 e é considerada aspecto relevante para a proteção do comprador de um modo geral. O citado dispositivo legal prevê o prazo decadencial de trinta dias para coisa móvel e de um ano se for imóvel para que o adquirente exerça o direito de obter a redibição ou abatimento no preço, contado da entrega efetiva, ou, se já estava na posse do bem, a partir da alienação, reduzido à metade. Quando o vício for oculto, ou seja, aquele que por sua natureza só pode ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele o comprador tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis e de um ano, para os imóveis.

Depreende-se que o código civil estabeleceu prazos fixos para a ocorrência do vício, assim como para a reclamação acerca deles. Poderá o adquirente prejudicado pelo vício rejeitar a coisa recebida, redibindo o contrato (*ação redibitória*), ou reclamar o abatimento do preço (*ação estimatória* ou *quanti minoris*). Essas são as chamadas ações edilícias (GARCIA, 2010).

Por meio delas pode o comprador buscar a reparação aos danos causados pelo defeito já existente no bem quando da aquisição. Porém, é necessário ponderar a ineficácia destas ações em determinados casos derivados da relação de consumo, em que as partes envolvidas são naturalmente desiguais,

conforme explicitado anteriormente. Deve-se considerar, desse modo, impropriedades do instituto dos vícios redibitórios, para a proteção ao consumidor.

Dentre outras incongruências, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 227), ao abordarem sobre vícios redibitórios destacam que o “principal aspecto a ser considerado é, precisamente, portanto, o fato de este vício ser oculto, ou seja, não aparente”. Percebe-se, a clara exclusão dos vícios aparentes e de fácil constatação da definição legal dos vícios redibitórios, isso prejudica aqueles que não têm capacidade técnica suficiente, para, no momento da compra identificar defeitos que saltariam aos olhos em uma primeira análise..

Neste sentido, Tartuce (2012, p. 577) defende que:

O art. 445 do atual Código Civil diferencia os prazos nos casos em que os vícios podem ser conhecidos de imediato ou mais tarde, razão pela qual entendemos que a atual Codificação também trata dos vícios aparentes, como já fazia, mas de forma diferenciada, o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990). Essa tese, ainda minoritária, já foi debatida pela doutrina, conforme posfácio de Mário Luiz Delgado à obra *Introdução Crítica ao Código Civil*.

O entendimento acima transcrito, embora soe coerente, não é uníssono entre magistrados e doutrinadores. Além disto, apenas são considerados defeitos para os fins de redibição, aqueles decorrentes de relação contratual onerosa e os considerados relevantes, com certa gravidade, que comprometa significativamente o funcionamento do bem. Desse modo, a busca por uma garantia adequada ao consumidor, sob o prisma apenas do Código Civil, enfrenta questões interpretativas, o que atrapalha sobremaneira aqueles usuários finais que pleiteiam o reparo judicial.

A evicção e o vício redibitório, ambos previstos no Código Civil atual, e há tempos presentes no ordenamento jurídico pátrio, correspondem a amparo direcionado ao comprador de modo geral. O Consumidor pode ser considerado uma espécie de comprador. Mas, nem todo aquele que compra pode assim ser qualificado. Deste modo, a especificidade e características únicas desde novo sujeito jurídico, o fez carecer de uma proteção própria, a fim de sanar as lacunas que o direito comum proporcionava.

Faz-se necessário resgatar a definição legal de consumidor para compreender as necessidades supracitadas. O art. 2º do CDC o trata como "toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Equipara-se a consumidor, ainda, a coletividade de pessoas, ainda que

indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, nos termos do parágrafo único do referido artigo.

Verifica-se que o termo “destinatário final” é o elemento limitador. Porém, complementa-se a caracterização deste indivíduo, a interpretação adotada pela majoritária doutrina e pelos tribunais pátrios, bandeira da teoria finalista abrandada, por meio da qual, haverá sempre a análise da presença da vulnerabilidade do comprador para determinar se este estará na qualidade de consumidor ou não. Assim, aqueles que adquirem produtos ou serviços com fito de utilização derradeira ou encontram-se em situação de vulnerabilidade, deixam de ser compradores apenas para tornarem-se consumidores.

Buscou-se a sintonia com a sociedade de consumo, com vistas a regradar de modo mais eficiente a qualidade, e também a quantidade, dos produtos e serviços ofertados aos consumidores. Este novo sistema é denominado teoria da qualidade. Esta não derrubou a teoria dos vícios redibitórios, ao revés, propôs uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

Foi em virtude do desequilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo e da insatisfação com a garantia contra os vícios redibitórios que surgiu a necessidade de reformulação do sistema vigente. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor venceu barreiras, inovou e fez valer a previsão Constitucional, em forma de direito fundamental, de que o Estado deve promover a defesa do consumidor. Até porque, uma assistência incompleta, muitas vezes, é tão ineficiente quanto a ausência total de proteção.

2.2.1 O vício do produto e do serviço

Com fundamento na teoria da qualidade, considerável foi a evolução introduzida pelo CDC na matéria dos vícios. A garantia assegurada por esta legislação foi bem mais ampla que aquela prevista no Código Civil 1916, vigente à época de sua entrada em vigor.

Nítido foi o avanço desta proteção. Os vícios redibitórios pelo Código Civil dizem respeito apenas aos defeitos ocultos da coisa, já os vícios de qualidade ou de quantidade de bens e serviços, previstos na norma especial, podem ser ocultos ou aparentes. Além disto, os vícios redibitórios apenas têm vez quando a coisa

recebida advém de relação contratual, o defeito deve ser grave e contemporâneo à relação do contrato. Estes elementos são irrelevantes para ocorrência do vício no CDC. (CAVALIERI FILHO, 2014).

De outro modo, o direito consumerista alterou substancialmente o direito tradicional, especialmente no âmbito da responsabilidade civil. Miragem (2012, p. 422) leciona que "a própria classificação habitual entre responsabilidade contratual e extracontratual é afastada para dar lugar a uma nova terminologia, a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto e do serviço".

Percebe-se facilmente que o direito do consumidor extrapolou os requisitos antes relevantes para o ingresso das ações edilícias, adotou a teoria da qualidade total, excluiu a necessidade da relação contratual para a responsabilização do ofertante e apontou tipos de defeitos a partir do dano causado ao indivíduo. Introduziu mais que conceitos novos, conferiu verdadeiras vantagens à parte mais vulnerável da relação e, acima de tudo, permitiu o equilíbrio contratual almejado pelo direito solidário.

Acerca dos tipos de defeitos considerados na legislação consumerista, o fato e o vício do produto e do serviço, o direito do consumidor admitiu duas órbitas distintas de preocupações, porém não excludentes. Trata-se da garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, em primeiro plano, que protege sua saúde, segurança, além de sua vida contra os acidentes de consumo. E, em um segundo prisma, o regramento da incolumidade econômica deste em face dos incidentes, e não acidentes, de consumo capazes de atingir seu patrimônio (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

No primeiro caso acima relatado, tem-se o fato do produto ou serviço, consubstanciado em defeito grave, o dano atinge a esfera da saúde, moral ou segurança do consumidor. De outro lado, o vício afeta o patrimônio econômico deste, considerado um defeito não tão grave, porém, relevante na medida que evita o alcance de vantagens indevidas pelo fornecedor.

Cintra (2013, p. 87) traz o seguinte exemplo elucidativo:

[..] se o consumidor compra um liquidificador que não funciona, temos um produto viciado. Se não funciona apenas a terceira velocidade, também temos um vício, pois sua característica seria a funcionalidade de três velocidades. Entretanto, se ao apertar um dos botões, o liquidificador acaba causando um choque elétrico no consumidor, temos um fato do produto.

Feita a imperativa distinção entre esses dois elementos, cumpre observar que o tema central deste estudo recai essencialmente sobre um deles, qual seja o vício. Insta salientar que, muito embora a proteção à incolumidade física e psíquica do consumidor seja prioritária, são os ataques ao patrimônio econômico que mais aparecem na relação de consumo.

Atualmente, a disciplina dos vícios do produto ou serviço está normatizada, principalmente dos artigos 18 a 25 do CDC e é paralela à regulamentação dos vícios redibitórios: havendo relação de consumo, aplica-se o CDC, caso contrário, incide, em favor do comprador, o regramento do Código Civil (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010). Ressalte-se que o vício do serviço é matéria nova introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor sem paralelo direto com o código civil.

Cavaliere Filho (2014, p. 346) afirma que "vício é um defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mau funcionamento". Como dito, o CDC regulamentou tanto o vício do produto quando o do serviço. Acerca do vício do produto, o artigo 18 do CDC estabelece que:

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

Assim, do *caput* do art. 18 do CDC extrai-se as três situações em que haverá vício: a) impropriedade ou inadequação do consumo; b) diminuição do valor; assim como c) disparidades com relação à indicações técnicas ou a oferta publicitária.

O vício do produto pode ser de qualidade ou de quantidade. Miragem (2012, p. 489) explica que "o vício de qualidade decorre da ausência, no objeto da relação de consumo, de propriedades ou características que possibilitem a este atender aos fins legitimamente esperados pelo consumidor". Quanto aos mecanismos de reparação, o §1º do art. 18 do Código Consumerista disciplina que:

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 prejuízos de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

Os vícios de quantidade, segundo Cavalieri Filho (2014, p. 353) "são aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária". Estão previstos no art. 19 do CDC, respondendo o fornecedor por tal modalidade sempre que o conteúdo líquido do produto for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

Neste caso, o consumidor poderá exigir, à luz do art. 19 do CDC, o abatimento proporcional do preço; a complementação do peso ou medida; a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, livre de vício; ou a restituição imediata do valor desembolsado, monetariamente corrigido, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

No que tange ao vício do serviço, tem-se a sua regulamentação através do art. 20 do CDC:

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata de quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

O vício do serviço também pode ser de quantidade ou de qualidade. Os primeiros tornam o serviço impróprio ao consumo ou lhe diminuem o valor, já os de quantidade, ainda que assim não denominados pelo art. 20, são aqueles que apresentam disparidades com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (CAVALIERI FILHO, 2014). Outra medida cabível ao consumidor nestes casos, citada §1º do supracitado artigo, é a reexecução dos serviços por terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

Além disto, na disciplina do Código de Defesa do Consumidor, os vícios podem ser aparentes ou ocultos. Tal disposição constitui outra inovação do CDC, ao passo que os vícios redibitórios no código Civil só alcançava os defeitos abstrusos.

Para entender o que seriam os vícios aparentes ou de fácil constatação e sua diferença para os vícios ocultos há que se fazer uma interpretação funcional.

A qualidade ou não de aparente dependerá diretamente da maior ou menor complexidade do produto ou serviço e, ao mesmo tempo, do nível de conhecimento técnico do consumidor. É justamente a vulnerabilidade técnica que se pretende tutelar (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010). Observa-se que uma comunhão de fatores vai definir se um vício pode ser facilmente constatado ou apenas o uso e a experimentação poderá evidenciar um mal funcionamento decorrente da fabricação.

Para distinguir o vício aparente do oculto, basta observar a indicação dos próprios nomes. O primeiro é o de fácil constatação, visível ou percebível tão logo o produto é recebido ou o serviço é prestado. Já o vício oculto é aquele que não pode ser percebido desde logo, manifesta-se depois de um certo tempo de uso do produto ou de fruição do serviço, mas dentro de seu período útil. Sendo que a principal diferença entre estes, no que tange às consequências de suas aparições, seria o ponto de partida do prazo para reclamação previsto no CDC (CAVALIERI FILHO, 2014).

Percebe-se que o vício oculto é aquele que merece uma análise mais complexa, haja vista que o defeito já existia, não decorre do uso propriamente dito, mas com o uso ele se evidencia. Este é um ponto fundamental, principalmente para verificar se o desgaste natural provocou a quebra ou a não da resistência do bem, ou a forma como foi fabricado o produto ou prestada a obrigação permitiu que estes se tornassem impróprios ao consumo antes do término da sua expectativa de duração.

A partir da apresentação destes conceitos, segue-se para outro tópico de discussão, um dos objetos principais desta pesquisa, qual seria o vício oculto e o prazo decadencial previsto no Código de Proteção e Defesa do consumidor para esta espécie de defeito.

2.2.2 O vício oculto e o prazo decadencial previsto no § 3º do art. 26 do CDC

Inicialmente, cumpre transcrever o artigo 26 do Código de Defesa do consumidor, o qual dispõe:

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

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

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

§ 2º Obstat 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;

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

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

A seção IV do código em apreço, na qual encontra-se inserido o artigo acima colacionado, trata da decadência e da prescrição no direito do consumidor. Antes de adentrar à função de cada uma delas neste ramo especial do direito, faz mister apresentar os conceitos gerais destes institutos para o direito civil.

O anterior código civil, de 1916, não fazia qualquer distinção entre decadência e prescrição. Segundo Nunes Júnior e Serrano (2008 apud ARES, 2009, p. 01) "[...] englobava sob a designação de prescrição ambos os institutos". No entanto, o Código Civil vigente, de 2002, trata da decadência em momento específico, bem como faz referência ao instituto em diversos outros artigos, e foi acompanhado, ainda, da coerente norma consumerista (Lei nº 8.078/90) que aborda, de forma distinta, a decadência e a prescrição, respectivamente em seus artigos 26 e 27.

Na lição de Diniz (2012, p. 412):

A prescrição atinge a ação em sentido material e não o direito subjetivo; não o extingue o direito, gera a *exceção*, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão.

Tartuce (2011, p. 258) afirma que “uma das novidades da codificação vigente consiste no tratamento específico dado à decadência, conceituada como a perda de um direito, em decorrência da ausência do seu exercício”. Percebe-se que a básica diferença entre os dois institutos é a que a prescrição extingue a pretensão, ou seja, o direito permanecerá, porém, não poderá o detentor deste o reclamar judicialmente ou extrajudicialmente. Já a decadência, opera sobre ações

potestativas², e fulmina o próprio direito daquele que deixou transcorrer o lapso temporal anotado em lei, sem exercê-lo.

Assim, "o direito caduca, a pretensão prescreve. No caso específico do CDC, a decadência afeta o direito de reclamar, a prescrição afeta a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço" explica Garcia (2010, p. 189). Ao afirmar que o direito de reclamar acerca dos vícios do produto ou serviço caduca em 30 ou 90 dias, o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que este prazo é decadencial.

O termo inicial da contagem, porém, difere-se à medida que este defeito é aparente ou oculto. Quando oculto, grande maioria dos casos, o prazo decadencial iniciará no momento em que se evidenciar o defeito (art. 26, §3º do CDC). Se aparente, começará a partir da entrega efetiva do produto (caput do art. 26, do CDC) (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

Outra distinção conferida pelo Código de Defesa do consumidor, é a da contagem de prazos diferentes para os bens duráveis ou não duráveis. Interessa aqui resgatar os conceitos destes já mencionados no tópico 2.1 deste trabalho, mas importantes para a elucidação deste assunto.

A caracterização destas espécies de produtos ou serviços, decorre das regras de experiência e da primazia da realidade, pois inexistente uma definição legal para esta classificação. Assim, consideram-se duráveis, aqueles cuja existência e utilidade se projeta no tempo e não duráveis, quando em geral, sua existência ou utilidade esgota-se com maior brevidade (CINTRA, 2013).

No mesmo sentido Tartuce (2011, p. 151) afirma que "os bens duráveis são aqueles que não desaparecem facilmente com o consumo, enquanto os não duráveis não têm permanência com o uso". Cita-se como exemplos do primeiro caso livros, roupas, automóveis, imóveis, equipamentos eletrônicos e outros. Do segundo, os alimentos, bebidas, remédios ou uma caneta (CAVALIERI FILHO, 2014).

Feita a distinção, importa apresentar a sua utilidade para a contagem dos prazos decadenciais para vícios na relação de consumo. Conforme consta no art. 26 inciso I, do CDC, será de trinta dias o prazo para arguição dos vícios em bens não duráveis e o inciso II do referido artigo destaca o prazo de noventa dias para os

² São aquelas mediante as quais o indivíduo faz valer o seu direito a exigir a configuração de outros direitos: habilitam seu titular, sem cooperação do futuro obrigado, a criar direito, extinguindo, alterando ou inovando situação jurídica anterior (CHIOVENDA, 1998).

duráveis. Sendo que, se aparente o defeito, a contagem inicia-se da entrega do produto ou serviço, se oculto, do momento em que este ficar evidenciado.

É justamente em face do prazo decadencial para reclamação dos vícios ocultos em que se concentram as maiores discussões acerca das disposições deste artigo. O esforço da doutrina é no sentido de determinar qual o limite deste lapso temporal, já que o legislador definiu um termo inicial variável _ no momento em que ficar evidenciado o defeito _ e não fixou a fronteira final para o aparecimento deste vício.

Tem-se que, tratando-se de vício oculto o prazo começa a fluir a partir da descoberta do vício. Isto pode ocorrer em meses ou talvez anos. Porém, esta espécie de garantia legal, introduzida pelo CDC, nem de longe será infinita. Este dilema é solucionado por aquilo que tem-se denominado critério da vida útil.

2.2.3 Critério da vida útil do bem

O § 3º do art. 26 da lei 8.078/90 representa uma das mais significativas inovações introduzidas pelo CDC, ao passo que estabeleceu o prazo decadencial para reclamação por vícios ocultos a partir do momento em que restar evidenciado o defeito, sem contudo, prever o limite temporal para esta ocorrência.

Fala-se inovação pois, o art. 446 do Código Civil que trata dos vícios redibitórios, proteção destinada ao comprador genérico, consentia prazos máximos para surgimento do defeito de 180 dias para bens móveis e 1 ano para os imóveis, situação em que o adquirente poderia ajuizar reclamação judicial em até 30 dias para o primeiro caso e 1 ano para o segundo a partir do aparecimento do defeito.

A escrita do § 3º do CDC, permite, a prima face, uma conclusão leviana de que o defeito abstruso, na relação de consumo, poderá ocorrer a qualquer tempo e, mesmo assim, o consumidor estaria amparado para reclamar dentro dos prazos indicados na lei, quais sejam: 30 dias para bens não duráveis e 90 dias para os duráveis. Se assim fosse, constituía-se um direito indecaível. Porém, esta não é a interpretação correta a ser feita, conforme explicam diversos doutrinadores e os vários julgados que se multiplicam na aplicação da lei ao caso concreto.

Marques (2006, p. 1996) assim explica:

Se o vício é oculto, porque se manifesta somente com o uso, a experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo

após a tradição, o limite temporal da garantia legal está em aberto, seu termo inicial; segundo o §3º do art. 26, é a descoberta do vício. Somente a partir da descoberta do vício (talvez meses ou anos após o contrato) é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, a nova garantia legal eterna? **Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto. (grifo nosso).**

A citação acima elucida e conceitua o que viria a ser o critério limitador do prazo decadencial para vícios ocultos no CDC. Nega-se, portanto, a interpretação da duração eterna do prazo decadencial previsto no § 3º, art. 26, do CDC a partir da análise da expectativa de duração de um produto ou serviço. É o critério da vida útil do bem que funciona como o delimitador do prazo máximo para o aparecimento do vício oculto em tempo hábil para a reclamação do consumidor.

Benjamin (1991 apud CAVALIERI FILHO, 2014, p. 175), por exemplo, alerta que "diante de um vício oculto qualquer juiz vai sempre atuar casuisticamente. Aliás como faz em outros sistemas legislativos. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia". Assim, este critério orienta o julgador de maneira flexível, pois, a depender da característica do produto e a expectativa de durabilidade, o juiz poderá adequar um lapso maior ou menor para o caso.

Neste contexto, vários são os julgados dos tribunais pátrios que têm considerado o critério da vida útil como parâmetro limitador do prazo decadencial para vícios ocultos. Ao apreciar o REsp nº 984.106-SC, o relator Ministro Luís Felipe Salomão (2012, p. 1) destacou que:

O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem.

Não obstante, o V Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor, realizado com a finalidade de unificar entendimentos nesta seara, chegou à conclusão de que o prazo máximo para ficar evidenciado o vício oculto do produto e iniciar a contagem do prazo decadencial (art. 26, § 3º, do CDC) deve observar o critério da vida útil, o que exige análise das circunstâncias do caso concreto.

Para melhor compreender a denominada teoria da vida útil, faz necessário uma explicação prática da sua manifestação: ao adquirir um veículo, espera-se que o motor deste tenha uma durabilidade razoável de cerca de 10 (dez) anos. Conseqüentemente, caso venha a fundir em 08 anos de uso natural, em face de um defeito pré-existente no momento da fabricação, dificilmente percebido no ato da compra, o prazo decadencial de 90 dias para reclamação fluirá a partir da evidência do problema, mesmo decorridos todos estes anos, pois é da característica deste determinado bem funcionar satisfatoriamente até 10 anos. Esta é, em apertada síntese, a “teoria da vida útil” do produto.

Insta salientar que cada produto ou serviço possuirá uma expectativa de vida, que varia naturalmente de acordo com sua característica e funcionamento. Uma televisão normalmente deve durar mais que 05 ou 08 anos sem problemas decorrentes da fabricação, enquanto que um automóvel, no que tange ao componente motor, deve durar mais de 10 anos. A alternância entre as partes de um produto também é outra situação que merece destaque, pois não se deve esperar que uma bateria de um carro dure o mesmo período que o motor citado.

Outra discussão interessante é a distinção entre o vício do produto e do serviço e o defeito decorrente do desgaste natural da sua utilização. Tem-se que o primeiro se relaciona com os erros de fabricação, projeto, resistência de materiais, nesse caso, há um defeito intrínseco, pré-existente à aquisição. O segundo procede da fruição do bem, posto que, nenhum produto é eterno, logo inevitável que algum desgaste venha a ocorrer após determinado tempo de uso normal (CAVALIERI FILHO, 2014).

Quanto à esta questão, é preciso ter em mente que todo o produto ou serviço chegará ao seu fim, e, a depender de vários fatores, como frequência de utilização, forma de emprego, modo de acondicionamento, entre outros, haverá uma diferença de duração em cada situação. Assim, vários produtos têm sua vida útil medida em razão da quantidade de horas em que é utilizado, a exemplo de uma máquina, ou quilômetros em caso de um veículo e não diretamente em anos. Haverá situações, ainda, em que será natural determinado desgaste apresentado ou a perda gradual de performance.

Por estes e outros aspectos que a decisão do legislador, ao permitir a flexibilização do prazo decadencial para vícios ocultos do CDC, foi a mais acertada, tendo em vista que protege o consumidor, parte mais fraca, além de municiar o

julgador nos momentos em que se faça necessário investigar a vida útil do produto para determinar o que se espera em cada período de sua existência.

Percebe-se, porém, que além da adoção da teoria da vida útil, tem-se nas circunstâncias do caso concreto outro fator de relevância para análise desta fluência. No entanto, insta comentar que, se por um lado o legislador foi feliz ao deixar livre a definição do prazo em razão da variação na expectativa de duração de cada produto ou serviço, de outro, faltou-lhe a objetividade necessária em determinados momentos.

Talvez por isto, o consumidor ainda encontre obstáculos na busca da reparação de seu direito. O consumidor, em sua maioria, desconhece a cobertura para vícios ocultos estabelecida pelo CDC. Outros, apesar de conhecê-la, encontram na falta de objetividade uma barreira na aplicação deste dispositivo legal. Assim, não raro são os casos em que os produtos são tidos por imprestáveis, assim que apresentam defeitos fora do prazo da garantia fornecida pelo fabricante, sem que o consumidor apure se este vício decorreu da fabricação ou do desgaste natural. Por conta disto, muitas pessoas sucumbem aos planos de proteção ao risco contra a quebra indesejada dos bens adquiridos, como a exemplo da garantia estendida, que será descrita no tópico seguinte.

2.3 O INSTITUTO DA GARANTIA

O tema proposto à discussão impõe o estudo detalhado do instituto da garantia. Inicialmente, cumpre apresentar o conceito e um breve histórico, tendo em vista que a sua presença e seu surgimento são ligados aos tempos da antiguidade e arraigados às relações comerciais travadas nestes períodos.

A garantia, segundo Ferreira (2001 apud CASARINO 2012, p. 2) é um “documento assegurador da autenticidade e/ou boa qualidade dum produto ou serviço”. Lara (2004, p. 14) assevera que:

A palavra garantia deriva do vocábulo de origem céltica *garante*, com sentido amplo de segurança ou poder de usar ou usufruir, de acordo com alguma lei ou contrato. *Garante* era aquele que ficava responsável pelo cumprimento de ato ou obrigação estipulada, assegurando a correta execução de um contrato, por exemplo.

Depreende-se da segunda definição posta, que não se trata de um documento apenas, mais que isto, pode ser uma obrigação decorrente de lei, ou até

mesmo de um contrato, nem sempre dependerá da confecção de termo ou outro escrito para seu exercício.

Esse entendimento indica o quão restrito é o conceito produzido por Ferreira e apresentado alhures. Além disto, a análise histórica do surgimento da garantia e a forma com que saiu do plano das relações comerciais e se amoldou ao mundo jurídico, abaliza a ampla interpretação a ser considerada em sua definição.

Em 2.300 a.C., o Código de Hamurabi já exibia regras que buscavam o resguardo dos direitos dos compradores, em hipótese de existência de defeito do produto adquirido. A história de outras civilizações do período da antiguidade, como Mesopotâmia, Egito Antigo e a Índia do Século XVIII a.C. também apresenta relatos de penas de multa e punição, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros, ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes (LARA, 2004).

A presença deste instituto em períodos antigos reforça o entendimento de que a garantia é algo que transcende à ideia de simples decorrência contratual e atinge o conceito do justo, imbricado ao *direito Jusnaturalis*³. A proteção ao comprador surgiu por normas consuetudinárias, com o fito de buscar a qualidade dos produtos e serviços, e primar, sobretudo, pela vedação ao enriquecimento ilícito.

Apesar das evidências acima apontarem para a existência do instituto da garantia em diversas civilizações da antiguidade, pode-se considerar o período arcaico da história romana como o marco de seu surgimento. Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 169), ao tratarem do vício do produto e do serviço, ensinam que “em geral, se atribui a origem histórica da disciplina vícios redibitórios ao direito romano, provavelmente porque sua estrutura atual, nas mais diversas legislações, manteve-se com poucas alterações do modelo romano”.

Deste modo, considerando que a garantia permite a proteção do consumidor aos vícios apresentados na coisa ou atividade realizada pelo fornecedor, é válido compreender que o nascimento deste instrumento está atrelado ao surgimento da disciplina dos vícios redibitórios.

Cumprido destacar, que no período arcaico do Império Romano, o vendedor apenas deveria se responsabilizar por eventual vício apresentado caso houvesse garantido expressamente a qualidade da coisa ou a ausência de defeitos.

³ Um direito que deve existir independente de qualquer regra imposta aos indivíduos pelo constrangimento social organizado (PINHO; NASCIMENTO, 2002).

Velasco (2002 apud LARA, 2004, p. 10) assim descreve as situações que existiam à época:

Nesse diapasão, o *ius civile*, estabelecia situações para o exercício da garantia pelo comprador quando da existência e descoberta de vícios ou defeitos na *res vendita*, quais sejam, nos casos em que o vendedor garantisse a qualidade da coisa ou a ausência de vícios (*stipulatio*), podendo o comprador utilizar-se da *actio ex stipulatu* caso o prometido não correspondesse à verdade; nos casos em que o vendedor prestasse declarações solenes sobre a idoneidade da coisa ou possível ausência de defeito, onde o comprador poderia exigir o dobro do valor pago, através da *actio auctoritatis*; e quando o vendedor omitisse a existência de vícios dolosamente, ou promettesse qualidades inexistentes, o comprador poderia pleitear o ressarcimento do dano sofrido, utilizando-se da *actio empti*. Porém, caso o vendedor tivesse agido de boa-fé, e não houvesse entre as partes qualquer estipulação, ficaria o adquirente sem proteção em relação a possíveis vícios ocultos.

Mesmo assim, é notória a embrionária presença da garantia como forma de proteção ao comprador. Este instrumento evoluiu ainda à época do próprio Império Romano, e muito mais nos períodos que se seguiram. A França, Espanha, Portugal e a Itália, trouxeram, na era moderna, em seus respectivos Códigos Civis, a consagração desta cobertura. No Brasil, tanto o código civil de 1916, de forma um tanto ineficaz, quanto o de 2002, acolheram o referido instituto.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990, por sua vez, elevou a garantia ao patamar de símbolo da proteção ao comprador, por resguardar o cliente em diversas situações, antes não tratadas pelo Novo Código Civil Brasileiro. Lara (2014, p. 14) explica que a garantia no CDC:

[...] se refere a produtos, que seriam quaisquer bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, duráveis e não duráveis e em serviços, e não somente em coisas; refere-se a defeitos ocultos ou até mesmo de fácil constatação; e que o produto pode ser enjeitado até mesmo por não estar condizente com as especificações da embalagem, do rótulo, da propaganda, etc.

Esta extensiva abordagem visou o equilíbrio das forças nas relações de consumo, tendo em vista que o comprador, normalmente, é a parte mais vulnerável. Com isto, o cliente foi dotado de ferramenta capaz de evitar que o sucesso de uma compra/aquisição fique à mercê da sorte ou azar, ou, até mesmo, da boa-fé ou má-fé do fornecedor. Ademais, a legislação consumerista previu a existência de dois

tipos de garantia, a legal e a contratual, distintas no plano jurídico, porém interconectadas na prática, e que serão abordadas a seguir.

2.3.1 A garantia no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Como dito, o Código de Proteção e Defesa do consumidor (CDC) apresentou, com singular abrangência, a garantia como forma de permitir que os produtos e serviços ofertados ao consumidor mantivessem padrões de qualidade adequados e atendessem a finalidade a qual se destinam. Para tanto, dos artigos 18 a 26 do referido código, resta especificada a garantia legal, enquanto que a contratual encontra-se regulada em seu artigo 50.

Segundo Garcia (2010, p. 185) a garantia legal é "interna ao produto ou ao serviço fornecido. Mesmo que o fornecedor não garanta a adequação do produto e do serviço, a lei o faz, sendo por isso, nula qualquer cláusula exonerativa". Depreende-se então que esta cobertura existe naturalmente. Deriva da própria teoria da qualidade do produto, ou seja, o produto ou serviço ofertado deve atender aos fins que se propõe, caso não atenda à necessidade que se destina, poderá o consumidor ser reparado, independentemente de termo escrito, e, até mesmo, de renúncia a este direito, que é de ordem pública.

Neste sentido, Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 168), afirmam que:

O Código de Defesa do Consumidor determina que, independentemente da garantia oferecida pelo fornecedor (garantia de fábrica), os produtos e serviços devem ser adequados aos fins a que se destinam, ou seja, devem funcionar bem, atender às legítimas expectativas do consumidor. Devem ainda observar as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta e mensagem publicitária. Esta é a garantia legal, decorrente de norma de ordem pública (art. 1º): não pode, portanto, ser afastada ou diminuída por vontade do fornecedor (arts. 24 e 25).

Quanto ao prazo de duração desta espécie de garantia, Miragem (2012, p. 509) pontua: "é aquele previsto em lei para que o consumidor exerça o seu direito de reclamar sobre vícios do produto ou serviço". Lapsa este detalhado no art. 26 do CDC: trinta dias tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis, ou noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

O supracitado artigo faz, ainda, distinção entre o início do fluxo prazal para o vício aparente ou de fácil constatação e para o vício oculto, aqueles que

somente serão detectados após o uso. No primeiro caso, os 30 ou 90 dias correrão quando da aquisição ou entrega do produto ou serviço, no segundo fluirá a partir do momento em que ficar evidenciado este defeito.

No que tange à garantia contratual, prefacialmente, deve ser apresentado o conceito legal inserto no art. 50 do Código De Proteção e Defesa do Consumidor: "A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito". Conforme Cintra (2013, p. 168), "o fornecedor confere sem estar obrigado e que é tratada pelo dispositivo como complementar à legal".

A desobrigação do fornecedor surge como a principal diferença entre os instrumentos ora discutidos. Enquanto a legal decorre de ordem pública, e, de acordo com a própria norma, independe de termo expresso, a complementar deve ser estipulada por termo escrito. Somente após o compromisso documentado perante o consumidor, seria o fornecedor compelido a assumir a responsabilidade.

Há determinadas situações, porém, em que mesmo decorridos os trinta ou noventa dias após a aquisição ou entrega do produto ou serviço, encontram-se o vendedor ou fornecedor obrigados a reparar. Isto porque, nestes casos, ainda está presente o império da garantia legal, é o caso dos vícios ocultos.

Apresentados os conceitos acerca das duas espécies de garantia previstas no Código de Proteção e Defesa do consumidor, é preciso traçar uma importante consideração acerca da relação entre elas. Trata-se da questão da simultaneidade na fluência de seus prazos, tendo em vista que o art. 50 do CDC trata a garantia contratual como complementar à legal.

No que tange ao referido tema, duas são as interpretações. Nas palavras de Cintra (2014, p. 168) "Para a primeira posição, complementar significa dizer soma de prazos. O prazo da garantia contratual se somaria ao prazo da garantia legal". Os defensores desta tese encontram base teórica na redação do artigo 446 do Código Civil de 2002: "Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência".

A posição de alguns Tribunais Estaduais, tanto sob a vigência do Código Civil de 1916 e antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, apontam para a adoção do art. 446 do CC/2002, no sentido de que o prazo decadencial apenas começaria a fluir depois do término do prazo da garantia contratual. O STJ, com base na redação do art. 50 do CDC, guarda posicionamento no sentido de que os

prazos das garantias não correm simultaneamente, o legal inicia-se após o convencional. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

Este posicionamento, adotado largamente pelos tribunais, tem feito com que os fabricantes não sejam excluídos em caso dos vícios que aparecem após o transcurso da garantia contratual, fornecida pelo comerciante. A extensão da garantia, feita a partir de contratos de seguro, objeto de estudo desta pesquisa e que será abordada adiante, por vezes, é considerada à somatória de prazos e diversos julgados têm constado tal determinação. Nestas situações, corre primeiro o prazo da garantia contratual, após o da garantia estendida e por último o da legal, fazendo com que o fabricante responda pelos vícios apresentados por muito mais tempo.

A segunda corrente, que tem como expoente a Professora Cláudia Lima Marques, defende que a complementaridade da garantia contratual, não diz respeito ao prazo, mas apenas indica regimes distintos. (CINTRA, 2014). Neste sentido, Marques (2006, p. 1196), ensina que:

[...] se há garantia contratual (*express warranty*) e esta foi estipulada para vigorar a partir da data do contrato (termo de garantia), as garantias começam a correr juntas, pois a garantia legal nasce necessariamente com o contrato de consumo, com a entrega do produto, sua colocação no mercado de consumo. Ao consumidor é que cabe escolher de qual delas fará uso. Pode usar a garantia contratual, porque lhe é mais vantajosa, no sentido de não ter de arguir que o vício já existia à época do fornecimento. Mas pode usar a garantia legal, porque, por exemplo, o vício se localiza no motor do produto (geladeira), que não está incluído na garantia contratual, ou porque o consumidor se interessa em redibir o contrato e adquirir outro produto de marca diferente.

As considerações feitas por esses doutrinadores possuem significativa relevância para o presente estudo ao passo que justificam a tese de que os prazos de garantia contratual e legal não devem ser somados, afastando o artigo 446 do CC/02, através do prazo decadencial para vícios ocultos, previsto no artigo 26 do CDC, congregado ao critério da vida útil dos produtos e serviços.

Essa última interpretação, em prima face, pode parecer avessa aos interesses do consumidor, assim como pode representar corrente contrária às praticadas nos Tribunais Pátrios. No entanto, uma análise mais profunda, faz saltar a vantagem clara para o consumidor ao se considerar garantias distintas nos prazos, porém, complementares, qual seja, o fortalecimento do prazo decadencial para vícios ocultos.

Além do argumento do critério da vida útil, para defender a desnecessidade da soma dos prazos, os doutrinadores utilizam o elemento da desorientação do consumidor, que pode acabar sendo confundido pela forma de contagem. Como a garantia contratual decorre da vontade do fornecedor, ela possui condições menos vantajosas, ora limitadas a algumas partes do produto. Ou seja, em regra, não se oferecem as mesmas possibilidades do CDC, a ênfase está no conserto do bem (BEJAMIN; BESSA; MARQUES, 2011).

Observa-se que é justamente a finalidade do emprego da palavra complementar que entra em discussão e que norteia um entendimento ou o outro. Os princípios basilares do direito do consumidor devem ser utilizados para dirimir dúvidas, e estes, apontam justamente para a adoção de interpretações mais favoráveis ao consumidor. As duas correntes apresentadas, a soma dos prazos de garantia ou a simultaneidade de sua fluência, podem constituir vantagens ao sujeito destinatário da proteção a depender do caso concreto posto. No entanto, a indefinição da teoria adotada pode aumentar as incertezas e obstaculizar o alcance da justiça em determinadas situações de desorientação de consumidores, fornecedores e o próprio Poder Público.

2.3.2 A garantia estendida

Além dos dois tipos de garantia previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, surgiu uma terceira modalidade, a garantia estendida, que apenas foi regulamentada recentemente pelo Estado, através de resolução do Ministério da Fazenda. A sua oferta no mercado de consumo tem sido cada vez mais difundida e aceita, principalmente quando da aquisição dos produtos duráveis, principalmente eletrodomésticos e eletroeletrônicos. Consiste no pagamento de determinado valor, mediante o qual o estabelecimento comercial estende a garantia de fábrica, normalmente por um, dois ou até três anos.

Acerca desta nova modalidade de garantia, é preciso ter em mente que a sua natureza jurídica é diversa daquelas citadas anteriormente, mesmo que os fins sejam semelhantes. Casarino (2012, p. 4) explica que "na realidade são modalidades de seguros que é regido pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) mediante pagamento do prêmio".

Por contrato de seguro entende-se o negócio jurídico por meio do qual, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse

legítimo, assegura o direito de ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Trata-se de um contrato típico, regulado pelo Código Civil em seus artigos 757 a 802.

Deste modo, o seguro de garantia estendida tem por objetivo fornecer ao segurado a extensão, assim como a complementação da garantia original de fábrica dada a bens eletrodomésticos, eletrônicos e veículos automotores. Terminada a garantia do fabricante, este tipo de seguro cobre riscos contra defeitos de mão de obra e de materiais discriminados na apólice de seguro, que também pode ser um simples certificado, até o limite máximo de indenização contratado (ENTENDA..., 2011).

O surgimento deste tipo de seguro gera dúvidas acerca da efetividade dos mecanismos de proteção existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois se há proteção adequada na legislação consumerista, qual o motivo da aquisição de serviços asseguradores do risco contra defeito de fabricação dos produtos. Para auxiliar esta análise, faz-se necessário contextualizar o surgimento e a evolução deste instrumento de proteção contratual.

Apesar da tardia regulamentação da sua oferta, ocorrida somente em 2005 por meio da revogada resolução nº 122 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), desde 1998 este tipo de serviço é oferecido aos consumidores. No Brasil, as montadoras de automóveis foram pioneiras em oferecer a garantia estendida aos seus clientes, seguidas das empresas varejistas de eletrodomésticos e eletrônicos, que enxergaram, neste segmento, uma nova fonte de gerar receitas e aumentar seus lucros. (CESÁRIO, 2009).

As indústrias automobilísticas começaram a vender garantias estendidas como forma de diferenciação de sua marca. Em todas as situações, seja na compra de veículos ou de um bem do tipo eletroeletrônico, os vendedores de empresas varejistas prontamente oferecem o serviço de garantia estendida, defendendo como este serviço pode ser um excelente negócio para o cliente, no prisma da economia, no eventual reparo do produto, na comodidade ou no serviço e qualidade das assistências técnicas autorizadas. (MARONICK, 2007 apud CESÁRIO, 2009).

Percebe-se que o seguro garantia estendida surgiu em modelos de economia norte-americana, como forma de extensão do serviço pós-venda. Inicialmente era visto pelos fornecedores como complemento de serviço ao

consumidor, por meio do qual atraindo-se o cliente, através de campanhas de marketing e demonstração da segurança que o produto possuía. No entanto, a contraprestação financeira assumida pelo adquirente fez com que as receitas advindas desta espécie de serviço se traduzissem em lucros maiores, muitas vezes, que aqueles originados da própria comercialização dos produtos. Por conta disto, a finalidade desta oferta mudou de figura.

Segundo interpretação de dados da SUSEP, alguns ramos não tradicionais tiveram crescimento rápido nos últimos anos. É o caso da garantia estendida para eletrodomésticos, que, inexistente em 2004, arrecadou prêmios de mais de R\$ 2,9 bilhões em 2013 (FATOS ..., 2014). Com o intuito de destacar o sucesso do contrato de seguro garantia estendida para as grandes empresas no Brasil, utilizada principalmente como instrumentos de vendas, Cesário (2009, p. 11-12) relata que:

O varejo nacional segue os mesmos caminhos do varejo americano, onde a contribuição da venda de garantia estendida na margem operacional chega a ter um peso de praticamente 100%, no caso da rede Circuit City Store, e de 50%, no caso da rede Best Buy, conforme pesquisas de 2004, divulgadas por Bradford (2007). A parceria entre seguradoras e varejo tem se mostrado um grande sucesso. Ao mesmo tempo em que as lojas se tornam um importante canal de distribuição alternativo para as seguradoras, os produtos financeiros trazem ao varejo uma parte da rentabilidade perdida com o aumento da concorrência. O seguro de garantia estendida, que amplia o período de proteção dado pelo fabricante, é o que mais tem crescido. São seguros que custam cerca de 10% do valor do bem adquirido e oferecem ao consumidor a extensão da garantia de fábrica. Em 2007, esse seguro movimentou no Brasil prêmios de R\$ 1,33 bilhão, com apenas sete seguradoras atuando neste mercado.

A partir do aumento das vendas deste contrato de seguro e, conseqüentemente, de suas decorrências, o Estado viu-se obrigado a regulamentar esta nova modalidade adotada pelo comércio. Inicialmente, em 03 de maio de 2005, o Ministério da Fazenda, por meio da Superintendência de Seguros Privados, após reunião do Conselho Nacional de Seguros Privados, editou a Resolução nº 122, alterada posteriormente pela de nº 146/2006, para regulamentar a oferta de seguro de garantia estendida, quando da aquisição de bens ou durante a vigência de sua garantia original de fábrica.

A legislação acima indicada tornou-se insuficiente perante a configuração do mercado, e, em 25 de outubro de 2013, a SUSEP publicou a Resolução nº 296 que revogou as anteriores e deu nova formatação ao comércio deste tipo de seguro no país. O novo texto normativo apresenta o seguinte conceito legal para o seguro garantia estendida: "tem como objetivo propiciar ao segurado, facultativamente e mediante o pagamento de prêmio, a extensão temporal da garantia do fornecedor de um bem adquirido e, quando prevista, sua complementação" (art. 2º). Além disto, "deverá admitir, para fins de indenização e mediante acordo entre as partes, as hipóteses de reparo do bem, sua reposição ou pagamento em dinheiro" nos termos do art. 3º.

Importante destacar os tipos de seguro garantia estendida existentes, de acordo com o art. 7º da Resolução em apreço:

Os planos de seguro de garantia estendida deverão, obrigatoriamente, oferecer uma das seguintes coberturas básicas: I – extensão de garantia original: cuja vigência inicia-se imediatamente após o término da garantia do fornecedor e que contempla as mesmas coberturas e exclusões oferecidas pela garantia do fornecedor; II – extensão de garantia original ampliada: cuja vigência inicia-se imediatamente após o término da garantia do fornecedor e que contempla as mesmas coberturas oferecidas pela garantia do fornecedor, apresentando, adicionalmente, a inclusão de novas coberturas, desde que não enquadradas em outros ramos específicos de seguro. Continuação da Resolução CNSP No 296, de 2013. III – extensão de garantia reduzida: cuja vigência inicia-se imediatamente após o término da garantia do fornecedor e que pode contemplar coberturas reduzidas comparativamente àquelas oferecidas pela garantia do fornecedor.

Outra possibilidade de fornecimento deste instrumento está no art. 8º da Resolução 296/13 da SUSEP. Trata-se da cobertura denominada “complementação de garantia”, cuja vigência inicia-se simultaneamente com a garantia do fornecedor, contemplando coberturas não previstas ou excluídas pela garantia do fornecedor e desde que não enquadradas em outros ramos específicos de seguro.

Vários são os regramentos introduzidos por esta Resolução. O intuito destas limitações é o de coibir os abusos e excessos cometidos pela cadeia de fornecedores envolvidos na comercialização da garantia estendida. Além dos conceitos e especificações apresentadas, a Resolução 296/13 determinou expressamente, dentre outras providências, a emissão de bilhete ou apólice individual (art. 4º); a entrega ou esclarecimento da relação de riscos e coberturas

excluídos (art. 9º); direito a informação clara e precisa acerca das coberturas (§1º, do art. 9º); transação financeira distinta daquela realizada para pagamento do bem adquirido (§3º do art. 13); direito de arrependimento com devolução integral do valor pago em até 07 (sete) dias (art. 14); a vedação ao condicionamento da contratação do seguro garantia estendida, assim como a concessão de desconto em seu preço final à aquisição do seguro (art. 13).

Essas regras mais rígidas foram afrouxadas em 02 de abril de 2014, por meio da Resolução nº 306 da SUSEP, que disciplinou o pagamento de prêmios de seguros de garantia estendida e de seguros contratados junto a representantes de seguros. A nova disposição, flexibilizou a contratação e a cobrança de seguros no varejo conjuntamente à compra de produtos, desde que tenha anuência do consumidor por escrito. O texto anterior, mais rígido, exigia operações em documentos distintos, justamente para diferenciar e chamar a atenção do consumidor (NASCIMENTO, 2014).

A regulamentação feita pelo Estado, porém, não modificou o quadro de vendas da garantia complementar. Em 2013, foram 26,7 milhões de consumidores desse produto e 2,1 milhões de sinistros regulados, segundo a confederação de Seguradoras. Além disto, mesmo com o endurecimento das regras para a venda de seguros de garantia estendida no país, a CNseg (Confederação Nacional de Seguradoras) projetou uma alta no volume de prêmios desse segmento no ano de 2014 (FRIAS, 2014).

Questiona-se se estes resultados expressivos não ocorrem em detrimento de direitos dos consumidores. Porquanto, inúmeras são as reclamações acerca de ilicitudes derivadas das comercializações de garantia estendida diretamente com os varejistas.

Cumpra observar, na busca de encontrar respostas acerca da necessidade da garantia estendida, os fatores de influência nas decisões de compra deste seguro. Para Twigg-Flesner (2002 apud CESÁRIO, 2009, p. 24), corresponde aos mais significantes: "os riscos de desempenho, risco financeiro e o risco do esforço para reparar o produto".

O risco desempenho esta relacionado à questão da dúvida acerca do bom funcionamento do produto; o risco financeiro consiste na percepção do custo do conserto caso o produto apresente defeito; e o do esforço remete ao esforço que

será demandado para consertar o produto quando uma avaria ocorrer (TWINGG-FLESNER, 2002 apud CESÁRIO, 2009).

Além destes, outros fatores influenciam na aquisição do seguro de extensão da garantia, como o momento, experiências anteriores, bem como a perspectiva de mau uso, porém, os três citados inicialmente são os que mais se destacam segundo as pesquisas realizadas na área do estudo do marketing.

Esses elementos servem de base para traçar a correlação pretendida entre o avanço do mercado da garantia complementar e o mecanismo de proteção legal existente. E, se este sistema é suficiente para suprir as necessidades do consumidor na busca por seus direitos, o que poderia sagrar a desnecessidade de extensão da garantia por meio de um contrato securitário.

Percebe-se, em consulta ao próprio código consumerista, que fabricante e comerciante respondem solidariamente por defeitos de qualidade existentes no produto e devem reparar o consumidor nos termos do art. 18, §1º, do CDC. Ademais, tratando-se de vício oculto, terá o consumidor 90 (noventa) dias para reclamar, em caso de bem durável, contados da ciência do defeito, conforme o critério da vida útil do produto. Por conta disto, a garantia legal pode chegar a dois ou três anos após a data de aquisição do bem, sem necessidade de pagamento de qualquer valor adicional (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010).

O comentário acima sugere a completa desvantagem em adquirir uma garantia estendida. Porém, há outros fatores a serem levados em consideração antes de afirmar a integral desnecessidade deste instituto.

3 A NECESSIDADE DA GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO ARTIGO 26, § 3º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O principal objetivo deste estudo é constatar se a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida.

O tema proposto funda-se na percepção de que o critério da vida útil, apesar de ter se tornado parâmetro indiscutível para fixação do limite para a contagem do prazo decadencial do art. 26 § 3º do CDC, não representa, na prática, a certeza da aplicação deste dispositivo. Os principais motivos apontados para a dificuldade de sua implementação são o desconhecimento desta ferramenta pelos sujeitos da relação de consumo, bem como a carência de uma delimitação objetiva da esperança de duração de cada bem.

A falta de definição objetiva acerca da vida útil de cada produto posto no mercado, faz surgir algumas indagações práticas, por exemplo: quanto tempo um ferro de passar deve durar? e um televisor? um aparelho de TV de uma determinada marca, melhor conceituada, deve durar mais que o de outra de menor status? A busca por estas respostas, muitas vezes, faz com que o consumidor fique confuso e desista, sem ao menos pleitear o conserto, a substituição ou a rescisão contratual em caso de aparecimento do defeito após a garantia do fabricante.

É justamente em face destes questionamentos que muitos consumidores têm recorrido à chamada garantia estendida. Buscam, por meio desta, a proteção a riscos predeterminados, garantindo o conserto do bem, sua troca, ou até a restituição do valor em razão do defeito apresentado após o prazo de garantia de fábrica. No entanto, se já existe uma proteção legal contra vícios ocultos evidenciados durante o tempo útil do produto ou serviço, qual seria a necessidade de adquirir uma cobertura complementar após a vigência daquela concedida pelo fabricante? Esta provocação indica, ou pelo menos supõe, a inaplicabilidade do artigo 26, § 3º do CDC.

Neste contexto, firmou-se a problemática que move a presente pesquisa: a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios

objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida?

Para alcançar a resposta perquirida, buscou-se traçar a relação entre o surgimento da garantia estendida e o prazo decadencial para vícios ocultos previstos no CDC a fim de verificar se o aparecimento e a solidificação do seguro garantia estendida são creditados a alguma lacuna decorrente da suposta aplicabilidade insatisfatória da proteção legal existente.

Além disto, foram elencadas as principais ilicitudes decorrentes de contratos de garantia estendida, apontadas em artigos científicos, matérias jornalísticas relevantes e comportamento dos tribunais pátrios, além de demonstrar, por meio de análise descritiva de ações intentadas no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha do Estado da Bahia, em levantamento realizado através do Sistema Projudi (Processo Judicial Digital) do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no período 2011 a 2014, a fim de exemplificação, correlacionando-as às ilegalidades examinadas no transcurso do estudo.

Pretendeu-se, ainda, diante de inúmeras desvantagens suportadas pelo consumidor ao adquirir a garantia estendida, apurar a sua real necessidade, caso haja uma definição objetiva do critério da vida útil dos produtos e serviços, estabelecida por meio de uma política pública, que torne claros e conhecidos os momentos de incidência da garantia legal para vícios ocultos prevista no Código de Proteção e Defesa do consumidor.

Diante destes objetivos foram construídas as hipóteses postas à prova no presente estudo. A seguir, tem-se a análise das informações colhidas durante a pesquisa e a discussão acerca da validade destas respostas.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE O SURGIMENTO DO CONTRATO DE GARANTIA ESTENDIDA E O PRAZO DECADENCIAL PARA VÍCIOS OCULTOS PREVISTO NO CDC

A investigação bibliográfica realizada aponta para a existência de sensação de inaplicabilidade do art. 26, § 3º da lei 8.078/90, mas, por outro lado, resta evidente que esta não foi a única causa para a criação do seguro garantia estendida. Outros fatores, inicialmente, foram mais influentes para este surgimento. No entanto, a dificuldade do emprego do prazo decadencial para vícios ocultos na

relação de consumo no caso concreto pode ser considerada como um dos principais motivos para a rápida ascensão desta modalidade de cobertura.

Para conferir validação à ideia acima apresentada, considerou-se por premissa a falta de objetividade do prazo para reclamação acerca dos vícios ocultos na relação de consumo. Tal afirmação é sustentada por diversos autores apresentados no decorrer da fundamentação teórica. Benjamin (2002 apud BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2010, p. 192) admite que a opção "adotada pelo legislador, tem prós e contras. Falta-lhe a objetividade e pode dar ensejo a abusos. E estes podem encarecer desnecessariamente os produtos e serviços". Deve ser ressaltado, porém, que a maior doutrina defende a escolha do legislador como a melhor dentre as possíveis, uma vez que limitar este prazo poderia causar injustiças ante a desuniformidade natural entre os produtos e serviços.

Desta forma, acertadamente, a norma confiou flexibilidade necessária ao aplicador da lei frente à situação a ser regulamentada. O critério da vida útil dos produtos e serviços atenuou a subjetividade. No entanto, esta limitação não foi suficiente para atribuir nível de aplicabilidade satisfatória ao artigo 26 do CDC, mais precisamente ao seu parágrafo 3º, que dispõe sobre os prazos de reclamação para vícios ocultos.

Alguns aspectos contribuem de especial modo para a sensação de inaplicabilidade da garantia prevista em lei para os defeitos de difícil constatação: a) o desconhecimento, pela maioria dos sujeitos da relação de consumo, acerca da existência do prazo de cobertura legal para vícios ocultos no CDC e como este funciona; b) a dificuldade de delimitar a expectativa de vida de cada produto ou serviço; e c) o obstáculo à prova de que o defeito decorreu de impropriedade preexistente e não do desgaste natural ou da má utilização do bem.

O primeiro motivo para a percepção de que inexistente efetividade ao dispositivo legal em apreço é a ignorância das partes envolvidas. Tanto consumidor, destinatário da proteção, quanto o fornecedor, aquele a qual a legislação atribui maior carga de deveres, desconhecem a elasticidade conferida pelo art. 26 do CDC para que o adquirente possa reclamar acerca dos vícios ocultos evidenciados dentro do período de vida útil do produto ou serviço. Esta insciência pode ser evidenciada no recorrente descarte de bens após o decurso da garantia concedida pelo fabricante, sem que o consumidor ao menos tente pleitear administrativamente ou judicialmente o reparo, a substituição ou eventual restituição do valor desembolsado.

Ressalte-se que ao fornecedor não é dado o direito de desconhecer o referido dispositivo, tendo em vista que tem o dever de prestar informação, clara, precisa e qualificada sobre as possibilidades do cliente em torno do produto adquirido, todavia, este fato é ignorado pela maioria deles.

Muitas vezes, a falta de informação faz com que o adquirente considere insolucionável um vício evidenciado fora do prazo de garantia conhecido. No entanto, com supedâneo no § 3º do art. 26 do CDC e na larga explanação até aqui exibida, é perfeitamente possível a responsabilização do fornecedor após o interregno da garantia do fabricante. Para tanto, é preciso que o vício decorra da fabricação, que o produto ou serviço defeituoso ainda se encontre em seu período de vida útil, e o consumidor pleiteie a solução em 30 dias no caso de bem não durável ou 90 dias tratando-se de bens duráveis, contados a partir do aparecimento da falha. O § 2º do referido artigo permite, ainda, que esta fluência seja obstada, pela reclamação comprovada perante o fornecedor, até a inequívoca resposta negativa ou através da instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Não obstante, são frequentes os casos em que, ao buscar a solução administrativa para vícios exibidos após a garantia de fábrica, o consumidor se depara com negativas sumárias de sua solicitação, sob a justificativa de expiração do prazo contratualmente concedido e do legalmente previsto (30 ou 90 dias para vícios aparentes, art. 26, caput, incisos I e II e §1º do CDC), sem ao menos ser procedida uma análise pela assistência técnica da origem deste defeito. No entanto, se este decorre da fabricação, não importa o escoamento de qualquer cobertura contratual, desde que não se encontre findada a expectativa média de duração do bem, ao consumidor é dado o direito de exigir o devido reparo.

Deste modo, da apreciação do comportamento da maioria dos fornecedores e consumidores, percebe-se, nitidamente, o desconhecimento do artigo 26 do CDC, mais precisamente do funcionamento do prazo para reclamar por vícios ocultos, por ambos os sujeitos.

Noutro giro, mesmo quando as partes da relação têm ciência desta cobertura legal, esbarram em certas dificuldades para a sua aplicação. Esta problemática decorre naturalmente da desuniformidade dos produtos e serviços postos no mercado e a incapacidade de uma definição precisa acerca da vida útil de cada um deles. Trata-se do segundo aspecto que indica a impressão de inaplicabilidade do § 3º do art. 26 do CDC.

Neste trecho, importa sinalizar o dilema vivenciado pelo legislador no instante de definir o tipo de proteção a ser destinada ao consumidor no que tange aos vícios ocultos. Conforme explanado em tópico anterior, de um lado poderia o feitor da lei adotar o mesmo critério do código civil, com prazo fixo para ocorrência do vício redibitório, porém suscetível às mesmas falhas que o tornavam incompatível com a relação de consumo, de outro caberia conceder flexibilidade necessária ao aplicador da lei, para que este, de acordo com o caso concreto, apresentasse a melhor solução, no que tange à possibilidade de reclamação pelo vício oculto. Esta última hipótese ofereceu-se como a mais adequada, muito embora a falta de objetividade constituísse uma desvantagem significativa para a sua efetivação.

A mencionada dificuldade natural em precisar o tempo de vida útil de cada bem acaba por causar confusão no destinatário da proteção. Ele desconhece a exata expectativa de duração do produto adquirido, possui apenas uma ideia no plano da abstração. O consumidor sabe, por exemplo, que um veículo, em média, deve durar ao menos 10 anos, mas e se o automóvel que ele adquiriu possui características e resistência suficiente para ser utilizado em perfeitas condições durante 15 anos? o mesmo vale para uma televisão, o usuário acredita que o seu aparelho deve manter funcionamento razoável até 05 anos, porém, e se um defeito decorrente de falha de fabricação ocorre após 06 anos, ainda poderá o consumidor recorrer?

Esta oscilação faz com que a parte vulnerável descarte a possibilidade de reclamação, tendo em vista que não consegue, ao certo, determinar se ainda está coberto pela garantia legal destinada aos vícios ocultos ou não. Assim, o consumidor segue à deriva, submisso ao fator sorte ou azar da qualidade do produto adquirido. Sucede, todavia, uma inconcebível inversão da assunção do risco, uma vez que este sempre caberá ao fornecedor em face da natureza da sua atividade.

O terceiro fator que confirma a sensação de inaplicabilidade do § 3º do art. 26 do CDC é a dificuldade da prova exigida. Isto porque o vício do produto e do serviço difere-se do defeito decorrente do desgaste natural da sua utilização. O primeiro é necessário para a reclamação plausível do consumidor e apta a deflagrar os direitos assegurados pela cobertura legal. O segundo, resulta da invariável tendência de deterioração do bem com o passar o tempo e a partir do uso.

Cumprе relembrar que o vício oculto se relaciona com os erros de fabricação, projeto, resistência de materiais, nesse caso, há um defeito intrínseco,

preexistente à aquisição. O desgaste natural procede da fruição do bem, posto que, nenhum produto é eterno, logo inevitável que algum desgaste venha a ocorrer após determinado tempo de uso normal (CAVALIERI FILHO, 2014).

Outro aspecto salutar é a questão do mau uso. Caracteriza-se quando o usuário, no emprego da coisa, excede as limitações conhecidas sobre a mesma ou, ainda, dispensa os cuidados essenciais à manutenção de um produto ou serviço, precauções estas informadas pelo fabricante por meio de um manual ou exposição verbal no ato da compra. Exemplifica-se: uma pessoa adquire um carro e não realiza a troca de óleo no período indicado no manual, ou ainda, não realizada as revisões apontadas em plano de manutenção devidamente informado pela revendedora, desta negligência resulta um superaquecimento do motor e posterior quebra. Neste caso, o consumidor dá vez ao fato pelas condições as quais submeteu o bem. Esta situação caracteriza uma excludente de ilicitude, qual seja, a culpa exclusiva da vítima, capaz de eximir o fornecedor da obrigação de reparar eventual dano.

Destarte, a ocorrência de mau uso ou de desgaste natural do bem elide a responsabilização do fornecedor. Por outro lado, se o defeito já existia à época da aquisição e apenas se evidencia com a utilização e dentro do período de expectativa de vida da coisa, tem-se por caracterizado o vício oculto, passível de reclamação no prazo decadencial previsto no art. 26, § 3º, do CDC. No entanto, na prática, sem um exame técnico apurado, dificilmente poderá ser determinado se o aparecimento de um defeito no produto ou serviço, após determinado tempo de uso, advém de um vício preexistente, de deterioração comum ou de um emprego inadequado.

Por conta disto, surge um embaraçado dilema acerca do ônus da prova. É que a comprovação da exoneração da garantia caberá sempre ao fornecedor. A ele compete demonstrar que a eventual diminuição da serventia, ou mesmo inutilização do produto, ou ainda a falha nos resultados obtidos na fruição de um serviço, emanaram do mau emprego feito pelo consumidor, ou ainda de causa alheia ao processo de produção, distribuição ou prestação.

De acordo com Miragem (2012, p. 507) esta obrigação, muitas vezes, "poderá determinar a necessidade de uma prova impossível (como caracterizar a má-utilização pelo consumidor, a qual não se presume?), hipótese em que responderá pelo vício com fundamento no risco negocial". Nas palavras de Marques (2006, p. 1022) somente por meio de "uma prova diabólica, conseguirá excepcionalmente se exonerar". Ocorre que, diante de tamanha estorvo, o

fornecedor ampara-se em determinadas táticas para eximir-se da responsabilidade ou obstaculizar o acesso do consumidor ao seu direito.

No campo processual da relação de consumo, o instituto da inversão do ônus da prova impõe ao sujeito empoderado a obrigação de demonstrar o quanto alegado. No caso em comento, para desonerar-se da responsabilidade pelo vício oculto deve o fornecedor comprovar que inexistente o vício, que este decorreu do mau uso ou é alheio à atividades da cadeia produtiva como um todo. Para tanto, deve lançar mão da prova pericial, o que indica, na maioria dos casos, complexidade do feito, ou seja, em tese, maior retardo na solução da lide.

Ademais, os juízes têm evitado negar o pedido de encaminhamento à perícia ou acolhem preliminares de incompetência nos Juizados, sob pena de aniquilar o princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que qualquer atitude contrária impossibilitaria a defesa do réu. Esta configuração faz com que ações desta natureza não tramitem nos Juizados Especiais de Defesa do consumidor, pois incompetentes para processar causas de maior complexidade. A necessidade de prova pericial elide de plano a competência destes órgãos, conforme orientação⁴ e interpretação da lei 9.099/95. Esta somente permite a produção de prova pericial simples.

A impossibilidade real de que o cidadão reclame judicialmente acerca de vício oculto evidenciado em produtos e serviços, por meio de ação sob a égide da lei 9.099/95, provoca-lhe inúmeras desvantagens inerentes ao rito ordinário, como: a ausência de celeridade, subjeção à perícia técnica do bem, obrigatoriedade de constituição de advogado, excesso de formalidade processual, assunção das custas em honorários advocatícios em caso de sucumbência.

Além dos entraves processuais que intimidam o consumidor no momento de efetivar a reclamação, a dificuldade da prova também impede esta reação. Muito embora o ônus de demonstrar a origem do defeito recaia sobre o fornecedor, o esmorecimento natural do produto torna delicada a situação. A depender da aproximação do fim da vida útil, o desgaste tende a esconder a anterioridade ou não do vício e o consumidor fica sujeito às análises periciais, às quais, normalmente, não possui conhecimento técnico para eventualmente refutá-las.

⁴ enunciado nº 54 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE): “A menor complexidade da causa para fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material”.

Apresentados os fatores que indicam a impressão da ausência de efetividade do prazo decadencial para vícios ocultos no CDC, cumpre analisar a relação entre o surgimento da garantia estendida e a demonstrada sensação de inaplicabilidade do dispositivo legal em estudo. Oportuno sintetizar como se deu o surgimento e a evolução desta modalidade de seguro.

Observa-se, da análise do histórico da garantia estendida, que esta surgiu na América do Norte, através das grandes indústrias automobilísticas dos Estados Unidos e difundiu-se para outros países de modelo econômico semelhante. No Brasil, foi introduzida em 1998 por meio das montadoras de veículos. Posteriormente, abrangeu diversos setores do mercado, principalmente o de bens duráveis como eletrodomésticos e eletrônicos, e, em seguida, passou a ser comercializada em maior volume por meio das redes varejistas.

Assim, da investigação feita acerca da origem da extensão da garantia, resta claro que a política de marketing e distinção de marcas foi considerada o principal motivo para que as grandes corporações iniciassem as vendas deste serviço assecuratório. Neste sentido, Marionick (2007 apud CESARIO, 2009, p. 10) aduz que as "indústrias automobilísticas começaram a vender garantias estendidas como forma de diferenciação de sua marca".

Por esta razão, não se pode dizer que a sensação de inaplicabilidade do §3º do art. 26 do CDC fez surgir o seguro garantia estendida. Todavia, é correto afirmar que a ausência de efetividade do dispositivo legal contribuiu para que esta cobertura onerosa encontrasse terreno fértil para sua proliferação.

Prefacialmente, esta modalidade de seguro foi criada com a intenção de diferenciar marcas e transmitir sensação de confiabilidade na duração e segurança do investimento ao consumidor. Acreditavam, as empresas, que ao oferecer um seguro que afiançava o reparo do bem em caso de quebra após a garantia de fábrica enviavam ao cliente a seguinte mensagem: o produto é tão bom que uma seguradora confia na sua durabilidade por anos além da cobertura do fabricante.

Em pouco tempo, no entanto, os fornecedores perceberam que a garantia estendida poderia ser uma grande fonte de receitas, além de contribuir indiretamente para o aumento da margem de lucro, especialmente porque, a cobertura oferecida não ultrapassava mais que cinco anos, e, dificilmente, algum produto apresentaria defeitos no decorrer deste tempo, informação que o produtor sabia exatamente por meio de testes de durabilidade raramente divulgados ao público.

Cada vez mais eram ofertados seguros contra riscos de quebra do produto, ao passo que, a maior durabilidade dos bens, asseguravam uma relação altamente lucrativa e proporcionalmente inversa entre a receita com vendas de garantia estendida e os gastos da seguradora com eventuais sinistros apresentados pelos produtos. Nascia a fórmula para aumento do faturamento líquido das grandes corporações.

Após o seu surgimento, a garantia estendida deslanchou, alcançou mercados diversos, atrelou-se a variados produtos e passou a ser comercializada em larga escala. No Brasil, dados fornecidos pela SUSEP apontam para uma arrecadação com vendas de garantia estendida superior à 2,1 bilhões de reais, de 2008 a 2012, em contrapartida os gastos das seguradoras com os vícios somaram cerca de R\$ 197 milhões, ou seja, menos de 10% do valor faturado (PUCCI, 2012). Porém, se o quadro era tão desfavorável ao cliente, uma vez que raramente um produto necessitava de reparos no decorrer da extensão da garantia, qual o motivo para o crescimento exagerado de suas vendas? qual a vantagem percebida pelo consumidor na compra de uma cobertura complementar?

Vários estudos foram realizados para discutir este fenômeno, principalmente em escolas de marketing, alguns com destaque. Entretanto, aquele que importa e embasa a resposta construída nesta pesquisa, teve como objeto a percepção do consumidor no instante da compra, conduzido por Twingg-Flesner e apresentado por Patrícia Mendes Cesário em sua dissertação de mestrado, cujo título foi "Influenciadores da decisão de compra de garantias estendidas no varejo brasileiro".

O supracitado pesquisador assinalou os fatores mais significantes de influência nas decisões de consumidores no ato de compra de garantia estendida, quais sejam, os riscos: de desempenho; financeiro; e o do esforço para reparar o produto. O primeiro relaciona-se à questão da dúvida acerca do bom funcionamento do produto, o nível de confiabilidade de sua duração. O segundo consiste na percepção do custo do conserto caso o bem apresente defeito, o cliente analisa o provável gasto que assumirá em uma eventual quebra e o valor investido na garantia estendida, como normalmente esta equivale ao percentual de 10 a 30 % do valor da compra, muitos a enxergam como vantajosa e optam pela contratação. E o último remete ao esforço que será demandado para consertar o produto quando uma avaria ocorrer (TWINGG-FLESNER, 2002 apud CESÁRIO, 2009).

Este terceiro influenciador de compra, indicado por Twingg-Flesner, valida a ideia defendida anteriormente de que a ausência de efetividade do prazo decadencial para vícios ocultos no CDC contribuiu para a proliferação das vendas da garantia estendida. O risco do esforço corresponde às dificuldades que o consumidor espera encontrar na busca para a reparação do bem viciado. Ou seja, mesmo que o defeito do produto advenha de problema inerente à fabricação, para reclamar acerca de uma ocorrência destas, o sujeito encontrará obstáculos.

Estes empecilhos já foram listados e explanados quando da abordagem acerca dos aspectos que contribuem para a sensação de inaplicabilidade da garantia prevista em lei para os vícios ocultos. Cumpre apenas recordá-los: a) o desconhecimento, pela maioria dos sujeitos da relação de consumo, da existência e funcionamento do § 3º, do art. 26 doo CDC; b) a dificuldade de delimitar a expectativa de vida de cada produto ou serviço; e c) o obstáculo à prova de que o defeito decorreu de impropriedade preexistente e não do desgaste natural ou da má utilização do bem. Destes fatores derivam outros problemas como: as sumárias negativas de conserto das assistências técnicas; o diálogo não exitoso com fabricantes e comerciantes; dificuldade de acesso à justiça; tempo de esperar para solução do litígio; entre outros.

Desta feita, a impressão de inefetividade do prazo para reclamar acerca dos vícios ocultos no CDC, acaba por provocar a percepção do risco do esforço no consumidor. Muitos buscam comodidade. Estes entendem que a perda de tempo e o desgaste na tentativa de solução apresenta-lhe um custo superior àquele que desembolsa para adquirir uma cobertura contratual contra quebra inesperada do bem. Por conta da imensa dificuldade em fazer valer o dispositivo legal já existente, o consumidor sucumbiu aos artifícios do mercado para deleite dos grandes empresários.

Verifica-se, portanto, a comprovação parcial da primeira hipótese da pesquisa haja vista que há sensação de inaplicabilidade do prazo previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ainda faltam parâmetros objetivos ao critério da vida útil, porém, esta não propiciou diretamente o surgimento dos contratos de garantia estendida. No entanto, as dificuldades enfrentadas pelo consumidor ao buscar a aplicação deste dispositivo legal, fez surgir a percepção do risco do esforço, e contribuiu, junto com outros fatores, para o crescimento acelerado desta nova modalidade de seguro.

3.2 AS ILICITUDES DECORRENTES DE CONTRATOS DE GARANTIA ESTENDIDA E O REGISTRO DE AÇÕES CORRELATAS NO JUIZADO ESPECIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA COMARCA DE SERRINHA-BA

Nesta seção, foram elencadas as principais ilicitudes decorrentes de contratos de garantia estendida apontadas em artigos científicos examinados no transcurso do estudo. Além disto, foi realizado levantamento numérico de reclamações correlatas, a fim de exemplificação, delimitado o universo deste registro pelas ações intentadas no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha do Estado da Bahia, através do Sistema de Processos Judiciais Digitais (PROJUDI), ingressadas entre o ano de 2011 e 2014.

Mais uma vez, toma-se por premissa nesta pesquisa uma situação afeta à conjuntura do objeto em estudo. Tratam-se das ilicitudes decorrentes do comércio da garantia estendida. As práticas abusivas que derivam desta espécie contratual são recorrentes, facilmente verificadas a partir da observação do próprio mercado.

Além disto, a afirmação tomada por base no presente tópico é ratificada por diversos artigos científicos que apontam mazelas praticadas contra consumidores através da venda desta cobertura onerosa. Casarino (2012, p. 07) aduz que "quando o estabelecimento comercial oferta a garantia estendida no momento da aquisição de um produto durável na maioria dos casos pratica a venda casada (vedada pelo CDC, art. 39, I)". Soares (2012, p. 01), por sua vez, adverte que "a deficiência e a precariedade da informação na hora de se contratar o "seguro", tinha levado diversos consumidores a ficarem lesados quando mais se precisava do serviço adquirido".

O repentino e considerável aumento das vendas da garantia estendida trouxe consigo várias reclamações e abusos cometidos contra os consumidores. Como dito, a relação de ampla desproporcionalidade entre o grande faturamento das seguradoras e os baixos gastos com os sinistros registrados, fez com que os fornecedores recorressem a qualquer medida para expandir a comercialização deste novo serviço. Todavia, esta fonte altamente lucrativa para os empresários tornou-se uma verdadeira armadilha, repleta de ilicitudes, para seus clientes.

Algumas matérias jornalísticas também apontam para as condutas ilegais dos comercializadores da garantia estendida. As reclamações de clientes que se sentiram lesados – foram mais de 14 mil só no ano de 2012, de acordo com a

Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça – cresceram lado a lado com a expansão das vendas, de 808% nos últimos 10 anos, de acordo com a Susep (MANSUR, 2013).

Diante dos vastos relatos e das confirmações supracitadas, tem-se por validada a premissa de que das vendas da garantia estendida decorrem inúmeros casos de ilicitudes. Resta, agora, apresentar e discorrer sobre as formas de abuso mais recorrentes, às quais os consumidores têm suportado. Antes, porém, cumpre resgatar o conceito de prática abusiva.

Considera-se abusivo tudo o que afronte a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, bem assim se relacione à noção de abuso do direito. Comportamentos deste aporte são considerados atos ilícitos, apenas por existirem. Prescindem que o consumidor seja efetivamente lesado ou sintase lesado. A proteção, desta forma, pode ser contratual ou extracontratual, incide até antes da celebração do contrato de consumo (CAVALIERI FILHO, 2014).

Destarte, constitui prática abusiva todo e qualquer comportamento do mercado que apresente potencial desvantagem ao sistema de proteção ao consumidor. Notadamente, as mais frequentes práticas abusivas no campo do comércio da garantia estendida são: a) a venda casada; b) o proveito da vulnerabilidade do consumidor; c) a ausência ou precariedade das informações; d) descumprimento contratual e cláusulas abusivas variadas.

As irregularidades oriundas da comercialização da garantia estendida, foram identificadas também em reclamações realizadas no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha do Estado da Bahia. Da consulta às estatísticas fornecidas pelo Sistema Projudi (Processo Judicial Digital) e da investigação das ações inerentes à relação de consumo, foi constatado um número total de 154 reclamações acerca de supostas irregularidades do contrato de garantia complementar, no período de 2011 a 2014, em um universo de 17.342 feitos registrados sob o assunto "direito do consumidor", conforme tabela a seguir exposta:

Tabela 1: Total de ações virtuais acerca da garantia estendida no Juizado Especial de Defesa do Consumidor da Comarca de Serrinha - BA - período 2011 a 2014

Tipo de Ilícitude	2011	2012	2013	2014	Total por ilicitudes
Venda Casada	12	24	30	20	86
Descumprimento contratual e a não resolução do defeito apresentado	7	10	12	24	53
Falta de informação adequada	0	4	2	6	12
Valer-se da fraqueza e ignorância do consumidor (art. 39, IV, CDC)	0	0	1	2	3
Total anual	19	38	45	52	Total Geral 154

A primeira vista, nota-se que a quantidade deste tipo de ação naquela unidade é inexpressiva quando se compara ao número total dos feitos que versam sobre direito do consumidor. Percentualmente, este índice corresponde a menos de 1%. Porém, deve ser considerado que a unidade judiciária em estudo enfrenta um recorrente problema com o excesso de queixas em desfavor da concessionária de fornecimento de água do Estado da Bahia (3.975), e, no período investigado, registrou, excepcionalmente, alto índice de reclamações contra uma concessionária de serviços de telefonia móvel, em face da ausência de sinal telefônico na região (3.545). Tais fatos, provocaram a significativa elevação do número de processos em trâmite naquele órgão.

Colabora, também, com este acréscimo, a política de fracionamento de ações realizada pelos advogados militantes na comarca, conforme destacado em decisões com determinação de conexão prolatadas em diversos autos⁵. Além disto, a existência de poucas redes varejistas com lojas físicas instaladas no município de Serrinha - BA faz com que a quantidade de contratos de garantia estendida comercializados na região não corresponda a um número elevado de queixas em comparação ao total de ações registradas naquele Órgão. Atualmente encontram-se

⁵ Cita-se como exemplo, a decisão de indeferimento da inicial em face da ausência de interesse, baseada na pulverização de conflitos, publicada no processo nº 4350-63.2014.805.0248 ao evento 09 no autos digitais do Sistema Projudi.

em atividade apenas cinco empresas deste ramo, quais sejam: Lojas Insinuante, Ricardo Eletro, G Barbosa, Magazine Luiza e Lojas Maia.

Assim, não é o índice de reivindicações contra os fornecedores responsáveis pela venda de seguros de garantia complementar protocoladas no mencionado Juízo que chama atenção e sim outros aspectos significativos. O primeiro diz respeito a evolução anual destas reclamações. Em 2011 foram registradas 19 ações, no ano seguinte, 2012, este número foi a 38, passou em 2013 para 45 e alcançou o patamar de 52 ações em 2015. O que indica um avanço gradual deste tipo de ilicitude, o que preocupa, tendo em vista que mesmo após as regulamentações desta modalidade de seguro, em 2013, não há sinais de contenção às práticas abusivas cometidas neste setor pelas redes varejistas.

Outro fator de destaque é que a maior parte das queixas relativas aos contratos de garantia estendida formuladas naquela unidade judiciária imputam a realização da venda casada pelo fornecedor. Ao todo, 56 % destas são relativas ao correspondente tema. Em seguida, com 34 %, figuram as ações relativas ao descumprimento contratual ou não resolução do defeito apresentado. Em menor quantidade foram identificadas reclamações consumeristas pautadas na falta de informação adequada no instante da venda (8 %) e no aproveitamento pelo fornecedor da hipossuficiência subjetiva do consumidor (2 %), vide tabela abaixo:

Tabela 2: Percentual de ações sobre garantia estendida por tipos de ilicitudes

Tipo de Ilcitude	Quantidade	Percentual
Venda Casada	86	56%
Descumprimento contratual e a não resolução do defeito apresentado	53	34%
Falta de informação adequada	12	8%
Valer-se da fraqueza e ignorância do consumidor (art. 39, IV, CDC)	3	2%
Total	154	100%

Diante destes números e após as explicações pregressas, cumpre detalhar, separadamente, os aspectos relevantes das principais irregularidades

oriundas da comercialização da garantia estendida, além de analisar algumas ações em trâmite na unidade judiciária objeto de pesquisa afetas ao caso.

a) Venda Casada

Importa em venda casada, segundo Benjamim, Bessa e Marques (2011, p. 255) os casos em que "o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto o serviço". Prevista como prática abusiva no art. 39, I, do CDC, tal conduta afronta o princípio da liberdade de escolha, fere o equilíbrio econômico e a boa-fé das relações contratuais.

O despertar dos grandes empresários para a ótima fonte de lucros da garantia estendida, incentivou o crescimento vertiginoso do comércio deste serviço, sem que estes se importassem com os métodos. Bastava ampliar o faturamento. Nesta busca, foi percebido que a oferta de um seguro contra quebras após a cobertura do fabricante, no mesmo instante da compra do bem, alargariam as chances de aceitação do serviço pelo cliente. A partir deste momento, as grandes redes varejistas passaram a comercializar garantia estendida, tanto em parceria com outras instituições financeiras (circunstância em que apenas revendem o seguro), ou, por meio de sua própria administração, com criação de uma segunda empresa.

A parceria entre seguradoras e varejo mostrou-se de um valioso sucesso. As lojas tornaram-se um importante caminho de distribuição e os produtos financeiros trouxeram ao varejo a rentabilidade perdida com o aumento da concorrência. Constituíram-se, assim, em um meio mais efetivo do que os bancos para o comércio do seguro, muito pela proximidade com o cliente e o aumento do acesso ao crédito das classes D e E, que passaram a adquirir uma maior gama de produtos propícios ao engate da garantia complementar (CESÁRIO, 2009).

Com a oferta do novo serviço e a certeza do lucro fácil, cada vez mais funcionários destas lojas eram seduzidos a convencer de qualquer forma os consumidores a aderirem à cobertura onerosa. Além disto, as políticas de venda pressionavam o cliente a adquirir o seguro, por meio de descontos, sorteios, brindes e até mesmo, ao condicionamento direto da compra: o produto só seria vendido com a garantia estendida. Na mesma proporção do aumento desta tática de vendas pelas

redes varejistas, cresceu a violação prevista no art. 39, I, do CDC. A compra casada passou a ser comumente perpetrada por comerciantes da garantia estendida.

Em 2013, a Resolução nº 296 da SUSEP buscou, dentre outras providências, coibir estas práticas viciosas do varejo e criou medidas a fim de conter o alto índice de venda casada neste meio. Determinou, por exemplo, a emissão de bilhete ou apólice individual (art. 4º); a vedação ao condicionamento da contratação do seguro garantia estendida, assim como a concessão de desconto em seu preço final à aquisição do seguro (art. 13); transação financeira distinta daquela realizada para pagamento do bem adquirido (§3º do art. 13); direito de arrependimento com devolução integral do valor pago em até 07 (sete) dias (art. 14).

Tais medidas, entretanto, não intimidaram as grandes varejistas, haja vista que, em 2014, as redes Casas Bahia, Magazine Luiza, Ponto Frio, Ricardo Eletro, Insinuante e Fast Shop foram multadas num total de R\$ 28 milhões pelo Ministério da Justiça pela prática de venda casada (VAREJISTAS..., 2015).

Para fins de exemplificação, no Juizado Especial de Defesa do Consumidor de Serrinha – BA, tramitou a ação de nº 8588-96.2012.805.0248, em que figurou no polo ativo o Sr. Gervasio Andrade Moura e no polo passivo Lojas Insinuante, Bradesco Auto/RE Cia de Seguros e Cardif do Brasil Seguros e Garantia SA. A parte autora alegou que, sem qualquer amparo legal, as Lojas Insinuante Ltda em parceria com as demais, incluiu no contrato de compra e venda uma garantia estendida no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais), ocorrendo uma suposta venda casada de produtos e/ou serviços, sendo tal prática proibida pelo art. 39, I, do CDC.

Em sede de contestação, a acionada lojas insinuantes negou a realização de venda casada, posto que jamais condicionaria um produto ou serviço não solicitado pelo autor a outro. A Cardif alegou que há prova da contratação do referido seguro, haja vista que o consumidor assinou a proposta de seguro que continha os elementos essenciais do contrato. Já a Bradesco Auto/RE Cia de Seguros suscitou ilegitimidade passiva, uma vez que não figura como prestadora de serviços de garantia estendida, cabendo unicamente às Lojas Insinuante oferecer tal serviço aos seus clientes e no mérito defendeu a tese de que em momento algum causou constrangimento ao autor.

A sentença de primeira instância foi procedente em parte e declarou abusiva a conduta das acionadas, condenou as Lojas Insinuante a devolver o valor desembolsado pelo serviço não solicitado, em dobro, a título de repetição de

indébito, nos termos do art. 42 da lei 8.078/90, além de obrigar todas as acionadas ao pagamento do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelos danos morais suportados pela parte autora.

Inicialmente afastou-se a ilegitimidade passiva ventilada pela acionada Bradesco Auto/RE Cia de Seguros. O magistrado considerou que a demandada estava intimamente relacionada com o mérito da queixa, conforme certificado do seguro apresentado e ainda com base na teoria da aparência⁶. No mérito, lembrou que o direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços não foi respeitado, visto que as acionadas não se desincumbiram do seu ônus probatório, uma vez que defenderam a regularidade da negociação, sem, contudo, comprovar a anuência da parte autora às cláusulas do contrato. Ademais, a referida decisão reconheceu a ofensa ao artigo 39, I e III, da Lei 8078/90 e a responsabilidade solidária das rés. Após o cumprimento voluntário da sentença o processo foi arquivado.

O ponto a ser destacado na análise deste processo é a condenação solidária das rés pela prática abusiva prevista no art. 39, I, da lei 8.078/90, tanto a comercializadora quanto a estipulante possuem responsabilidade jurídica pelo fato, com supedâneo na teoria da aparência e a ideia de fornecedor equiparado introduzida pelo código consumerista. Além disto, em observância aos artigos 6º, incisos II e VIII e 46 do CDC, compete às acionadas provarem a anuência do autor às cláusulas contratuais, bem como que a informação foi prestada de modo claro, adequado e completo. Se de outro modo for, devem ser desconsideradas as alegações com base no simples aceite por meio de assinatura do consumidor no termo de garantia ou no detalhamento de produtos e serviços contido na nota fiscal.

b) o proveito da vulnerabilidade do consumidor

Outra situação bastante comum é o aproveitamento da vulnerabilidade do consumidor. Não raro são os casos em que um cliente é ludibriado a ponto de pagar pela garantia estendida, sem ao menos saber que a contratou. Como anteriormente

⁶ A teoria da aparência defende que o negócio jurídico praticado por alguém que possui, aparentemente, os atributos necessários para ser o legítimo contratante deve ser válido à parte que está de boa fé (PORTELLA, 2013)

relatado, as lojas varejistas se tornaram um caminho efetivo para a venda do seguro, muito por conta da proximidade com o cliente e o aumento do acesso ao crédito das classes D e E. Ocorre que muitos destes consumidores, além da hipossuficiência inerente a este sujeito, possuem baixo nível informacional.

No momento da compra, os fornecedores valem-se desta circunstância para incrementar o preço do produto, com a inserção da garantia estendida. Segundo a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), do Ministério da Justiça, várias foram as empresas que venderam produtos juntamente com seguros e outros serviços adicionais sem que fossem solicitados pelo consumidor no ano de 2014 (VAREJISTAS..., 2015).

O art. 39, inciso IV, do CDC, por sua vez, não permite que o fornecedor prevaleça "da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços". A legislação especial poderia até calar-se acerca desta prática que, mesmo assim, por obviedade, esta conduta se apresentaria como ofensa brutal ao sistema de proteção do consumidor, portanto, abusiva.

Insta salientar, que por meio deste dispositivo, considera-se prática abusiva o aproveitamento da hipossuficiência do consumidor e não o simples fato de este ser naturalmente vulnerável. De outro modo, são condições subjetivas especiais, como idade, condição econômica-cultural, que variam de pessoa para pessoa. No caso em apreço, as redes varejistas costumam aproveitar-se de idosos e clientes de condições culturais menos favorecidas para onerar a compra com a inclusão não só do seguro de extensão da garantia, mas também, seguros de vida, sorteios, entre outros adjetos.

c) a ausência ou precariedade das informações

Ainda sobre as formas de ilicitudes decorrentes da venda da garantia estendida, tem-se a ausência ou precariedade das informações no ato da oferta como um frequente abuso perpetrado pelos fornecedores. Extrai-se do art. 2º da Resolução 296/14 da SUSEP que a natureza jurídica desta modalidade de cobertura onerosa é a de seguro. Por conta disto, deve sujeitar-se aos regramentos específicos desta espécie de contrato.

Noutro flanco, a incidência do CDC nos contratos de seguro é tópico atualmente superado com a inclusão expressa da atividade securitária como espécie de serviços sujeitos à legislação consumerista (art. 3º, § 2º, do CDC). Em virtude desta submissão e do próprio espírito desta modalidade contratual, os princípios que regem a relação de consumo operam com singular força na órbita dos seguros e não diferente na garantia estendida. Dentre eles destacam-se os princípios da boa-fé e da transparência.

A boa-fé objetiva encontra-se prevista no art. 4º, inciso III, do CDC e corresponde a orientação de comportamento para os contratações. Eles devem agir com lisura, probidade e honestidade. Além de princípio consumerista, representa elemento essencial do seguro, consiste em sua própria alma, sem a qual passaria a não existir. Em face disso, Cavalieri Filho (2014, p. 264) esclarece que "o segurador não pode fazer publicidade enganosa nem incluir no contrato cláusula abusiva para enganar ou induzir a erro o segurado". Da mesma forma, o segurado não pode prestar declarações falsas na proposta de seguro.

Ocorre que o contrato garantia estendida, diferente daqueles de seguro de vida, contra acidentes e furto de veículos ou de saúde, correspondem a puros contratos de adesão. Normalmente, o consumidor não declara formas de comportamento ou de uso do bem para firmar o tratado de cobertura onerosa. Apenas adere às formas de proteção complementar existentes. Neste caso, o dever de boa-fé fica a cargo especialmente para aquele que comercializa a garantia estendida. Deve este, agir com probidade e honestidade nas tratativas e também no momento de necessidade de utilização do serviço pelo segurado.

O princípio da transparência também se evidencia quando o contrato de seguro é o objeto a ser regulado. Transparência indica informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações de consumo, tanto na fase negocial quanto na pós-contratual (MARQUES, 2006). Além disto, o fornecedor responderá tanto pela informação inverídica como pela falta de informação necessária à formação da vontade do consumidor (CINTRA, 2013).

Por este vetor, o fornecedor assume a chamada obrigação de prestar a informação qualificada. É dever deste conceder ciência eficaz ao consumidor acerca dos seus produtos ou serviços. Informar precariamente equivale ao mesmo que não ter proporcionado qualquer informação. É justamente a transparência pretendida

pelo CDC. No entanto, o comércio da garantia estendida tem registrado diversas ocorrências embasadas na violação deste princípio.

Há no mercado, basicamente, duas modalidades deste seguro, sendo que a primeira correspondente a extensão da garantia propriamente dita e pode se apresentar de três formas: aquela que estende a garantia de fábrica e abarca as mesmas coberturas outorgadas por esta; a que amplia a garantia original e confere as mesmas prerrogativas ofertadas pela garantia original de fábrica, contudo inclui novas coberturas, desde que não enquadradas em outros ramos específicos de seguro; e a diferenciada, caracterizada pela oferta de coberturas que não apresentam exata correspondência com todas as proteções abonadas pela garantia original de fábrica e que não são enquadradas em outros ramos específicos de seguro. A segunda modalidade refere-se à complementação da garantia e possui como característica um contrato cuja vigência inicia-se simultaneamente com a garantia de fábrica, porém possui aquelas coberturas não previstas ou excluídas na original, desde que não enquadradas em outros ramos específicos de seguro. (PUCCI, 2012).

O art. 7º, parágrafo único, da resolução 296/2013 da SUSEP, além de prevê as modalidades acima indicadas, aponta uma particularidade para a extensão de garantia reduzida ou diferenciada. Segundo o referido dispositivo, esta espécie aplica-se apenas ao seguro de garantia estendida voltado para veículos automotores e para bens que possuem apenas garantia legal.

Das diversas modalidades de garantia estendida existentes, percebe-se que há variados tipos de cobertura. Desta maneira, o consumidor deve conhecê-las, principalmente para saber exatamente quais são aquelas não previstas no contrato. Somente diante destas informações, estaria apto a adquirir ou não o serviço ofertado, pois teria condições de buscar a solução adequada ao tipo de problema exposto futuramente. Carece distinguir, por exemplo, se aquela garantia complementar lhe permite pleitear a troca do produto, o reembolso do valor ou apenas lhe assegura o reparo do bem.

Por conta disto, o consumidor deverá ficar atento para os termos da garantia. O produto só estará segurado naquilo que está devidamente descrito na apólice, ou seja, a cobertura pode ser parcial, como por exemplo, somente o câmbio e não o motor do veículo, ou cobertura de roubo e não furto (CASARINO, 2012) .

Na prática, todavia, a maioria das vendas são realizadas

instantaneamente, o próprio vendedor que oferta o produto comercializa a garantia estendida sem qualquer distinção ou explicação detalhada. É nesta fase, pré-contratual, que ocorre a ilicitude em estudo. Pois, dificilmente, o ofertante detalhará a cobertura e possuirá o consumidor, condições de aferir todas as coberturas e exclusões do plano securitário. As seguradoras valem-se justamente desta situação para alcançar o objetivo pretendido, a venda indistinta do seguro. De outra sorte, os próprios fornecedores, na maioria das vezes, também não estão preparados para explicar o que se trata a garantia estendida.

De acordo com o PROCON, o consumidor, ao contratar a garantia estendida, não sabe que se trata, na verdade, de um seguro, uma apólice como qualquer outra. Daí, não estará ciente, previamente, sobre as regras do seguro contratado, as hipóteses de cobertura, os eventos e as indenizações cabíveis (SOARES, 2012). No entanto, o art. 46 do CDC preconiza que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo.

Deste modo, seja pela natureza jurídica, contrato de seguro, ou pela sujeição aos princípios consumeristas, a venda da garantia estendida sem a explanação prévia e clara acerca dos termos da apólice caracteriza ato ilícito do fornecedor. Logo, a informação inexistente ou imprecisa representa ilicitude a ser combatida na seara da relação de consumo.

Nesta senda, o membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Amauri Artimos da Matta, em entrevista ao jornal Estado de Minas, ao comentar sobre as vendas da garantia estendida pelas redes varejistas, relatou que não há como o vendedor explicar os diversos casos de exclusão de cobertura em fração de segundos e o contrato de trinta e uma páginas não pode ser lido na hora da compra (MANSUR, 2013).

Em virtude das recorrentes ilegalidades nesta comercialização, o art. 3º, da resolução 296/2013, determinou que a contratação do seguro de garantia estendida pelo segurado seria facultativa e somente poderia ser efetuada junto à sociedade seguradora, diretamente, ou aos seus representantes de seguros, por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado ou ainda por meios remotos, na forma estabelecida em legislação específica. Por tratar-se de atividade securitária, a legitimidade para ofertar a garantia estendida é outorgada as seguradoras e não das lojas varejistas.

Em verdade, prescindia de dispositivo específico para prescrever esta deliberação, pois a natureza securitária da garantia estendida já a faz ser submetida às normas específicas do ramo. Razão pela qual, somente poderá ser comercializada por entidade seguradora legalmente autorizada. Contudo, mesmo após a sedimentada regulamentação, a ânsia pelos lucros, move as grandes redes varejistas a buscar brechas para a continuidade das vendas, como a criação de outras empresas sob o seu controle, habilitação legal de vendedores para a função de corretagem e, até mesmo, a pressão junto ao governo para o afrouxo das regras estipuladas pelas resoluções 296 e 297 de 2013. Por este motivo, qualquer norma criada apenas para confirmar proteção já conferida anteriormente ao consumidor não consiste em exagero legislativo.

d) descumprimento contratual e cláusulas abusivas variadas

Outro aspecto a ser considerado no campo das ilicitudes é o constante descumprimento contratual e a inserção de cláusulas abusivas variadas no contrato de garantia estendida. Mesmo quando o consumidor adquire este serviço por sua própria vontade, sem assédio ilícito do ofertante e é previamente informado acerca dos termos da apólice e conhece as exclusões, pode amargar irregularidades na fase pós-contratual.

Neste contexto, muitos fornecedores estipulam no contrato de garantia estendida, cláusulas que excluem direitos dos consumidores, elidem responsabilidade civil, entre outras. A título de exemplo, tem-se a confecção do contrato de seguro sem prever o direito à desistência contratual do consumidor, uma vez que a compra do seguro, feita na loja de eletrodoméstico, é considerada fora do estabelecimento comercial da seguradora, pela lei, nestes casos, o cliente tem 07 dias para desistir da compra (art. 49 do CDC); declaração induzida de recebimento do termo de condições gerais da garantia pelo consumidor e de que anuiu com todas as condições nele contidas; estipulação, em contratos de extensão da garantia original de fábrica, de exclusões previstas na cobertura original.

É válido ressaltar que muitas vezes o comerciante estabelece para o consumidor ônus, limites e condições, tanto no momento da venda, quanto no momento de acionar o seguro. Contudo, tais cláusulas somente serão válidas se não forem abusivas (CASARINO, 2012). O rol do art. 51 do CDC, que elenca as

cláusulas abusivas, é exemplificativo. Logo, qualquer termo contratual que constitua excessiva vantagem ao fornecedor, será enquadrado como abusivo e, de acordo com o referido dispositivo, nulo de pleno direito.

No que tange ao descumprimento contratual averigua-se a existência de reclamações acerca da negativa do implemento do contrato. Sucedido o vício do produto, muitas seguradoras impõem dificuldades para efetuar o reparo da coisa. Quando, diante da obrigação assumida, deveria providenciar o cumprimento desta.

Problema comum enfrentado pelos consumidores é a confusão sobre a responsabilidade da pessoa contratada. Tanto a seguradora estipulante, quanto a rede varejista que comercializou a garantia estendida, esquivam-se da obrigação. Uma transfere para a outra o ônus do conserto do produto. Entretanto, Pucci (2012, p. 2) elucida que "os comerciantes são solidários em conjunto com a seguradora, de modo que qualquer alegação de que a responsabilidade seria exclusiva da seguradora reverter-se de inverdade e de ilegalidade".

Por conta da responsabilidade solidária que impera nesta relação e da teoria da aparência, já mencionada anteriormente, aquele que vende, as redes varejistas, devem responder pelos danos causados ao consumidor, em face das obrigações assumidas contratualmente, mesmo não se tratando da corretora de seguros estipulante.

A alegação de descumprimento contratual, em face da não resolução do defeito apresentado foi a segunda ilicitude mais anotada dentre as ações relacionadas à extensão da garantia no Juizado de Defesa do Consumidor da comarca de Serrinha - BA. Com índice de 34 % do total, corresponde a arguições de inadimplemento contratual por parte das seguradoras e das revendedoras do seguro. Aduz-se, de forma geral, que apesar das empresas terem assumido contratualmente a cobertura complementar, estas negam-se a realizar o conserto do bem, excedem o prazo estipulado na avença para efetuar o reparo, não substituem o bem ou restituem o valor desembolsado na compra, nos casos de impossibilidade de sua restauração.

O feito de nº 0013501-58.2011.805.0248, cujas partes são Julio César Araújo dos Santos (demandante), Itaú Seguros S A - Garantech e Lojas Insinuante Ltda (demandadas), representa uma espécie de reclamação por descumprimento da avença em contratos de garantia estendida. Alegou o requerente que comprou um guarda-roupa junto as Lojas Insinuante e junto com este adquiriu a garantia

estendida. Dentro do prazo de garantia estipulado contratualmente, o bem apresentou defeito. A Garanttech chegou a enviar representante à residência do reclamante. Este informou que não havia conserto, suggestionando a troca junto a loja revendedora. Porém, após várias solicitações no estabelecimento de revenda, o problema não foi resolvido. Aduziu, ainda, o demandante, que as reclamadas esquivaram-se das suas obrigações para não cobrir o ônus. Pugnou pela restituição do valor desembolsado na aquisição do produto, em dobro, assim como indenização por danos morais.

A Itaú Seguros - Garanttech defendeu a negativa securitária, mesmo com a indicação de troca emitida por seu avaliador técnico, em face da identificação de mau uso, decorrente da montagem realizada pelo próprio autor da demanda, o que culmina na exclusão da cobertura. A acionada Lojas Insinuanes Ltda alegou em seu favor ilegitimidade passiva, por entender não ser a responsável pela garantia estendida, assim como, reforçou, no mérito, a sua exterioridade à relação negocial, pois atuou apenas como intermediadora das partes.

O comando sentencial foi favorável parcialmente ao autor. Condenou as acionadas solidariamente a pagarem ao requerente R\$ 211,90 (duzentos e onze reais e noventa centavos), referentes à devolução dos valores pagos pelo guarda-roupas e garantia estendida, bem como ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) pelos danos morais. A alegação de ilegitimidade passiva das Lojas Insinuante foi afastada, pois no próprio certificado de garantia estendida consta o logotipo da requerida, criando a expectativa no consumidor de que ela está a oferecer o seguro. Fundou-se a motivação da sentença no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da responsabilidade solidária dos fornecedores. Além disto, o julgador não levou em consideração a alegação da Itaú Seguros S A acerca do mau uso, uma vez que esta acionada não colacionou nenhum laudo que atestasse sua tese.

Houve embargos declaratórios, opostos pela Itaú Seguros sustentando a contradição da decisão no que tange a determinação de devolução tanto do valor do produto quanto da quantia paga pelo seguro. Porém, estes não foram conhecidos, em face do fenômeno da extemporaneidade, situação em que o recurso é interposto antes da fluência do prazo recursal. Após o cumprimento voluntário da sentença, o feito foi arquivado.

Depreende-se do estudo realizado sob esta ação que a teoria da aparência alberga, mais uma vez, o não acolhimento da preliminar de ilegitimidade

passiva pelas redes varejistas em feito que tenha por objeto a garantia estendida. Notadamente, cria-se uma expectativa no consumidor acerca de quem lhe oferta o seguro. Assim, não pode, em seguida, a revendedora pleitear sua isenção pelas falhas na prestação deste serviço. Outro detalhe relevante é a exigência de comprovação pela parte acionada, através de laudo pericial, da tese de mau uso ventilada em sua contestação. O magistrado que decidiu o mérito em primeira instância, foi categórico ao afirmar que cabe ao fornecedor elucidar se o defeito decorreu do mau emprego do produto pelo consumidor. Cumpre observar, porém, que não foi alegada em nenhum momento, pelas demandadas, a preliminar de incompetência do juízo por complexidade da causa, em face da necessidade de prova pericial para solução do caso, arguição que poderia implicar na extinção do feito, sem resolução do mérito.

3.3 A UTILIDADE DA GARANTIA ESTENDIDA E A DEFINIÇÃO OBJETIVA DO PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 26, § 3º DO CDC

Coube a este momento do trabalho a averiguação da fidedignidade das duas hipóteses restantes. A primeira defende que políticas públicas devem ser criadas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços, pois, caso não haja parâmetros objetivos, o consumidor dependerá da valoração dos juízes, o que poderá variar caso a caso. A segunda proposição sugere que a aplicabilidade do prazo decadencial previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor acarretaria a inutilidade dos contratos de garantia estendida.

Para o exame da primeira suposição é preciso ter em mente a condição de direito fundamental ostentada pelo direito do consumidor. Ao inserir no inciso XXXII, do art. 5º da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, o legislador conferiu este status. No entanto, não constitui mera formalidade este posicionamento. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, perante a sua relação com o fornecedor, impõe a intervenção Estatal no sentido de equilibrar a desigualdade natural entre estes sujeitos.

A CRFB/88 incorporou uma tendência mundial de influência do direito público sobre o privado, conhecida pela doutrina como a "constitucionalização do direito civil" ou de "direito civil constitucional" (GARCIA, 2010). Por meio desta,

percebe-se a clara orientação do texto constitucional para a aludida intervenção. Em outras palavras, da norma base eclodem direcionamentos que permitem, e muitas vezes exigem, a atividade positiva do Estado.

A fim de assegurar a proteção exigida pela Constituição, foi promulgada a lei Federal nº 8.078/98, denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo estabelecidos diversos princípios e garantias para reger e compor a equidade na relação jurídica de consumo. Ocorre que não basta a estipulação das medidas protetivas em lei, sem que sejam disseminadas políticas públicas aptas a conferir efetividade as normas vigentes.

Neste contexto, o art. 26, § 3º do CDC, conforme demonstrado anteriormente, carece da aplicabilidade necessária para sua efetivação. Os principais motivos são: a) o desconhecimento, pela maioria dos sujeitos da relação de consumo, acerca da existência do prazo de cobertura legal para vícios ocultos no CDC e como este funciona; b) a dificuldade de delimitar com maior objetividade a expectativa de vida de cada produto ou serviço; e c) o obstáculo à prova de que o defeito decorreu de impropriedade preexistente e não do desgaste natural ou da má utilização do bem.

A instituição de políticas públicas orientadoras apresenta-se como real alternativa para a eliminação da percepção de inaplicabilidade do prazo decadencial para vícios ocultos. As causas para esta sensação poderiam ser elididas, desde que o Estado promovesse a competente intervenção neste campo da relação de consumo.

A intromissão estatal é necessária tendo em vista que a inefetividade do artigo 26, § 3º do CDC faz com que o consumidor suporte diversas irregularidades, oriundas, principalmente, da propagação das vendas da garantia estendida. Além disso, é princípio informador do direito do consumidor o dever governamental. Insculpido no art. 4º, inciso II, do CDC ele preconiza que devem existir ações governamentais no sentido de proteger efetivamente o consumidor por iniciativa direta, assim como através da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Logo, foi expressamente previsto na legislação consumerista a obrigação incumbida ao Estado. Ademais, a situação apresentada exige o comportamento interventor. Resta ilustrar como deve ocorrer esta ingerência a fim de equacionar as causas motivadoras da aludida inaplicabilidade.

A primeira delas, a ignorância dos sujeitos da relação de consumo acerca da existência e do funcionamento do prazo decadencial para vícios ocultos no CDC, é, em tese, a de mais simples solução. Programas governamentais de divulgação, orientação tanto para os consumidores como para os fornecedores, já seriam inicialmente eficazes para a mudança deste quadro. O princípio da educação e informação de fornecedores e dos consumidores, localizado no inciso IV do art. 4º do CDC, fomenta a evolução do grau de conhecimento dos mesmos, para que estes saibam profundamente seus direitos e deveres, a fim de dirimir problemas e evitar conflitos, o que proporciona uma auto regulação do sistema.

Neste vetor, o importante é que todos os organismos envolvidos, Estado, entidades privadas de defesa do consumidor, empresas e demais colaboradores possam informar e educar consumidores e fornecedores a respeito de seus direitos e deveres, de modo que possam atuar de forma consciente no mercado de consumo. Visa propiciar uma sociedade mais justa e equilibrada (GARCIA, 2010).

No caso em estudo, em diversas oportunidades, a falta de informação faz com que o adquirente considere insolucionável um vício evidenciado fora do prazo de garantia conhecido. Contudo, conforme anteriormente explanado, é passível de reclamação junto ao fornecedor, com vistas a sua responsabilização, desde que o vício decorra da fabricação e que o produto ou serviço defeituoso ainda se encontre em seu período de vida útil. Desse modo, a disseminação de projetos informativos acerca do funcionamento do art. 26, § 3º, do CDC seria imprescindível para encetar as transformações necessárias à efetivação desta cobertura legal.

De outro lado, a falta de parâmetros objetivos para estipular critérios de definição da vida útil de cada produto e serviço é aquela que exige maior nível de complexidade. Este problema já foi apresentado em seção anterior deste trabalho (3.1), no entanto, cumpre lembrar que apesar da teoria da vida útil ter se tornado parâmetro indiscutível para fixação do limite para a contagem do prazo decadencial do art. 26 § 3º do CDC, ela não representa, na prática, a certeza da aplicação deste dispositivo. A dificuldade natural em precisar o tempo de expectativa de duração de cada bem, acaba por causar confusão no destinatário da proteção. Esta oscilação faz com que a parte vulnerável descarte a possibilidade de reclamação, pois desconhece a exata expectativa de duração do produto adquirido.

Além disto, a flexibilidade concedida pela lei ao julgador, apesar de reconhecidamente ter sido a opção legislativa mais adequada ao caso, criou

situações peculiares. A expertise do Magistrado, a característica do bem e outros fatores passaram a influenciar diretamente na decisão a ser tomada. Ocorre que um juiz pode considerar, por exemplo, que o motor de um carro deve durar, sem fundir, durante cerca de 12 anos, enquanto outro, acredite que o mesmo item em igual veículo precise funcionar bem por apenas 8 anos. Ora, a conjuntura descrita, indica uma imprecisão que pode prejudicar o consumidor ao passo que, na dúvida sobre o amparo da cobertura legal ou não, tende a não buscar a reparação de seu direito.

Por estas razões, o consumidor encontra bastante dificuldade em exercer o critério da vida útil. Alguns doutrinadores entendem, porém, que a solução para evitar controvérsias acerca do prazo de vida útil de determinado produto durável, é transferir ao próprio fabricante a competência para defini-lo, já que dispõe da tecnologia necessária para tanto, e informá-lo ao consumidor, nos termos dos arts. 6º, III e 31 do CDC (MARCUCCI, 2005). No entanto, sem o conhecimento de parâmetros mínimos pelo Estado e, principalmente, pelo sujeito menos empoderado, tem-se conferido mais uma vantagem ao fornecedor, pois atuará livre, sem policiamento.

Pucci (2012, p. 2) lembra que "é evidente a falta de políticas públicas dos órgãos de proteção ao consumidor que visem manejar informações desse teor". Logo, não parece razoável creditar exclusivamente aos fornecedores o poder de definir o quanto deve durar seus produtos, mesmo que possuam capacidade técnica para isto, sem que haja ferramentas de fiscalização, orientação e defesa do consumidor.

Ademais, figura, no hodierno mercado consumista, a seguinte prática: muitas empresas programam a durabilidade de seus produtos e diminuem intencionalmente o ciclo de existência destes, é a conhecida obsolescência programada. Ocorre que alguns fornecedores optam por produzir bens de consumo com vida útil mais curta do que tecnicamente teriam condições de produzir, pelo menos em tese. A obsolescência foi concebida na década de 60 e continua absolutamente atual (BAGGIO; MANCIA, 2008).

Vários fabricantes, por meio de uma concepção rasa, acreditam que não é interessante manter os seus produtos funcionando satisfatoriamente por muito tempo, isto por razões claramente econômicas. Assim, lançam estratégias de estimulação de vendas, para que os cidadãos comprem e esgotem o fruto adquirido o quanto antes, para que novamente, sob a pressão da publicidade, voltem a

comprar. Desta forma, os anseios prioritariamente financeiros fazem com que o retorno do investimento através da venda desenfreada dos manufaturados seja colocado à frente de qualquer preocupação com os direitos dos consumidores e até os deveres da empresa.

Por esta razão, Baggio e Mancina (2008, p. 7) argumenta que "cabe ao Poder Público, na qualidade de formalizador de políticas públicas, internalizar em suas ações medidas compatíveis com a idéia de consumo sustentável". Tem-se, portanto, que a definição de parâmetros objetivos concernentes ao critério da vida útil surge como um recurso capaz de permitir uma melhor aplicação do § 3º do art. 26, do CDC, ao passo que municiaria juízes e os sujeitos da relação de consumo. Assim, caso o governo investisse em políticas aptas a realizarem pesquisas de mercado, definindo estimativas de vida dos principais produtos ou serviço, a depender de suas características gerais e algumas específicas, poderia significar paradigma concreto à aplicação da teoria da vida útil.

Além da sugerida pesquisa, a presença de Órgãos já consolidados no campo da Proteção e Defesa do Consumidor como a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, teriam papel fundamental na organização, difusão e fiscalização dos dados informacionais resultantes do estudo indicado. A confecção de uma espécie de banco de dados conhecido nacionalmente por todos os envolvidos na relação jurídica de consumo, também seria fundamental para que os critérios objetivos a serem instituídos para averiguação da vida útil de produtos e serviços viessem a contribuir para uma efetividade satisfatória da garantia legal prevista para os vícios ocultos no CDC.

Assim, com relação à primeira hipótese levantada, nota-se sua integral confirmação. De acordo com o exposto, políticas públicas devem ser criadas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços, pois, caso não haja parâmetros objetivos, o consumidor dependerá da valoração dos juízes, o que poderá variar caso a caso e prejudicar a efetivação do § 3º do art. 26 do CDC.

No que tange à última conjectura a ser testificada, há de se destacar a sua relevante importância, haja vista que a provocação principal do presente estudo é revelar a necessidade ou a desnecessidade de aquisição de uma cobertura onerosa já prevista gratuitamente pela legislação. Neste caso, a seguir, tem-se a

discussão que permeou o confronto entre a resposta inicialmente esperada e o resultado encontrado ao final da pesquisa.

Em face do prazo decadencial previsto no art. 26, § 3º do CDC e do critério da vida útil dos produtos e serviços, a garantia legal normalmente se estende por até anos além da aquisição dos bens duráveis, sem a necessidade de pagamento de qualquer valor adicional. Por conta disto, Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 202) concluem que:

[...] não se vê qualquer vantagem em adquirir a garantia estendida. Se a contagem do prazo para reclamar dos vícios do produto for realizada corretamente _ considerando o critério da vida útil _, o CDC já oferece proteção adequada e suficiente aos interesses do consumidor. É incorreto, inclusive, falar-se em extensão da garantia.

Embora os reconhecidos doutrinadores cravem a desvantagem desta espécie de seguro, pois já existe proteção semelhante na lei, o crescimento vertiginoso da sua contratação soa contraditório. Se já existe garantia legal satisfatória, qual o motivo para a proliferação das vendas da garantia estendida? uma possível resposta é extraída da própria fala acima em destaque. Ao condicionarem a proteção adequada e suficiente à contagem correta do prazo de reclamação, os autores deixam transparecer que se houver aplicação inefetiva do critério da vida útil, haverá uma cobertura legal insatisfatória.

Não obstante, as evidências obtidas neste estudo, conforme demonstrado, apontam para a existência de sensação de inaplicabilidade do prazo decadencial para reclamar acerca de vícios ocultos previsto no CDC. Além disto, há dificuldade prática para que o consumidor utilize o critério da vida útil na busca deste direito. Este cenário propicia o ensejo à aquisição de uma garantia complementar.

Neste contexto, emerge uma conclusão aparentemente lógica: a definição do prazo decadencial por vício oculto previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarretaria a inutilidade da contratação da garantia estendida. Porém, antes de arrematá-la é preciso aprofundar esta discussão.

Para validar integralmente a hipótese da desnecessidade completa da aquisição de uma garantia estendida, caso o critério da vida útil ganhe a objetividade necessária à sua melhor aplicação, é preciso conhecer quais as vantagens oferecidas por aqueles que comercializam esta espécie de seguro. Pode-se listar os

seguintes benefícios gerais da garantia estendida: a) economia: os preços das garantias serão mais baixos que o reparo do produto e, um reparo, poderá ser utilizado quantas vezes forem necessárias dentro do período de cobertura; b) Tranquilidade/Comodidade: não é necessário procurar assistências e comparar orçamentos, já que está tudo incluído no serviço, além disto, não precisará acionar o fabricante judicialmente e aguardar uma demorada decisão, na maioria dos casos; c) Qualidade: assistências técnicas referenciadas serão responsáveis pela manutenção (CESÁRIO, 2009).

As seguradoras e as grandes redes varejista que se aventuraram neste mercado costumam apresentar outros benefícios, além dos já citados, para atrair propensos clientes. De acordo com pesquisa realizada em sítios eletrônicos de lojas de destaque neste mercado, é possível perceber a oferta de vantagens adicionais como: reparo, restituições ou trocas em curto período de tempo; reparo em domicílio para equipamentos não portáteis; uso ilimitado da cobertura; alcance nacional da garantia; prolongamento do período de cobertura para aqueles que, pela circunstância, somente utilizarão o produto tempos após a aquisição, a título de exemplo, equipamentos adquiridos por noivos para serem usufruídos somente após o casamento; manutenção aos aparelhos com tecnologia moderna.

Agora, cumpre analisar se a efetiva aplicação do art. 26, § 3º do CDC, por meio da estipulação de critérios objetivos para definir o ciclo de vida útil dos produtos, tornaria inócuo o rol de benefícios listados como justificativa à aquisição da cobertura complementar. No que tange às alegadas vantagens gerais do seguro garantia estendida, uma simples projeção de pensamento é capaz de revelar a impropriedade dos aspectos economia e qualidade do reparo. Com a efetivação do prazo para reclamação por vícios ocultos do CDC, o único que ainda persistiria, de modo precário, seria a comodidade.

Com efeito, a afirmação da garantia legal do art. 26, §3º, do CDC, através da noção de sua existência e funcionamento pelos sujeitos da relação de consumo, bem como da melhor aplicação do critério da vida útil, trará como consequência a clara ideia no consumidor da obrigação do fornecedor em reparar o dano pelo vício apresentado, mesmo fora da garantia de fábrica, sem qualquer custo adicional. Logo, a tese de que o custo com o reparo é maior que o desembolsado na aquisição da garantia estendida soará incoerente. Inexiste economia nesta situação: pagar por

uma cobertura gratuitamente disponível na legislação e que pode ser exercida adequadamente.

Da mesma forma, a qualidade do reparo não poderá ser utilizada como chamariz para as vendas do seguro em estudo. Isto porque o ônus do reparo caberá ao fornecedor. Após a reclamação do cliente, se em trinta dias não houver solucionado o conserto a contento, sua obrigação restará em aberto, caso em que poderá o consumidor optar pela substituição, restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, nos termos do art. 18, § 3º, incisos I a III do CDC. Cavalieri Filho (2014, p. 351), lembra ainda que "o fornecedor possui uma única possibilidade de correção do vício no prazo de 30 dias. Se o vício ressurgir após o conserto, não terá o fornecedor a possibilidade de invocar novo prazo de 30 dias". Deste modo, a não ser que corra o risco de perder a chance de consertar o bem, optará o fornecedor, invariavelmente, pela qualidade no serviço da assistência. Posto isto, pode-se concluir que este benefício já está assegurado pela garantia legal.

Quanto à indicação da tranquilidade como um dos pontos positivos da garantia complementar, esta talvez seja a única vantagem que se sustente após a efetiva aplicação do art. 26, § 3º do CDC. Porém, há ressalvas a serem consideradas neste diagnóstico. A conveniência da garantia estendida encontra guarida na desnecessidade da procura por assistências, comparar orçamentos ou da prescindibilidade de ação judicial ou aguardo de uma decisão neste âmbito. Neste contexto, concernente à busca por assistência ou comparativo de preços, conforme anteriormente dito, a garantia legal transfere o ônus do reparo ao fabricante, razão pela qual, não há comodidade significativa para o consumidor no presente aspecto. No entanto, com relação aos outros, poderá haver alguma vantagem na aquisição desta espécie de seguros, conquanto realmente prestem ao que se propõem.

Sabe-se que a realidade do judiciário brasileiro impede que o princípio da razoável duração do processo, principalmente em face do acúmulo de ações, seja fielmente cumprido por grande parte dos Tribunais. Deste modo, é cediço que a busca de uma reparação pelas vias judiciais pode demorar. Por conta disto, caso o consumidor, através de uma ferramenta idônea, possa evitar a demanda e ter efetivada a solução do seu problema, haverá um benefício. A garantia estendida se propõe a isto, em troca de uma contraprestação financeira oferta a rápida resolução

do infortúnio. Além disto, nas lições de Pucci (2012, p.1) "importante consignar que a "comercialização" da mesma não é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor". Tanto é assim que foi regulamentada pelo Ministério da Fazenda, por meio de resoluções da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

Ora, a seguinte situação se apresenta, uma falha na prestação jurisdicional do Estado faz com que esse benefício da garantia estendida se sustente. Sendo assim, o discurso já apresentado neste capítulo volta à tona. Caso o próprio governo, através de políticas adequadas, solucione a questão da morosidade da justiça, principalmente em causas onde há interesse de sujeitos vulneráveis, como a relação de consumo, extirpada estaria a ideia de adquirir um seguro para evitar demandas judiciais. Todavia, a conjuntura atual aponta para a busca de alternativas que impeçam os conflitos processuais. Deste modo, para o Estado, a garantia estendida pode ser vista como uma aliada e não como algo desnecessário e prejudicial ao consumidor.

Ocorre que, conforme visto em tópico precedente, o descumprimento contratual constitui uma das principais reclamações decorrentes das vendas da garantia extra. A negativa do implemento do contrato, após o aparecimento do vício do produto, é recorrente entre as seguradoras. Normalmente, elas impõem dificuldades para efetuar o reparo da coisa. Além disto, a forma como é feita este tipo de venda _ redes varejistas comercializam os seguros para as seguradoras _, faz com que o consumidor fique confuso no instante em que busca o cumprimento do pacto. Não sabe, ao certo, a quem deve procurar, pois as empresas se esquivam da obrigação.

Por essa razão, é temerário afirmar que a comodidade constitui vantagem significativa da garantia estendida. Ademais, o fortalecimento do uso do dispositivo legal que assegura a reclamação dos vícios ocultos no CDC, certamente importará na autocomposição dos litígios. Validamente, se os sujeitos da relação conhecem seus direitos e deveres, a tendência é que o consumidor passe a exigir a reparação respaldado na efetividade da lei, e o fornecedor, ciente de suas obrigações e do ônus de assumir o descumprimento legal, ceda imediatamente aos ditames da norma. Destarte, a objetividade do emprego do critério da vida útil facilitará o cumprimento do artigo 26, § 3º, do CDC, e, por conseguinte, maior tranquilidade ao consumidor na busca de soluções para o defeito oculto eventualmente evidenciado.

No que diz respeito aos benefícios específicos ofertados por algumas seguradoras e redes varejistas, apenas o curto período de tempo para reparo, restituições ou trocas e a assistência em domicílio para equipamentos não portáteis podem ser vistas como reais vantagens da garantia estendida. Porém, insta salientar que as que permitem estas benesses não são comuns à todas as espécies deste seguro. Elas pertencem ao rol de coberturas adicionais. A maioria dos seguros vendidos equivalem a um desdobramento da garantia do fabricante, obedecendo aos mesmos itens assegurados naquele termo e que, normalmente, não comportam acréscimos da cobertura legal. Logo, a extensão da garantia, em sua maioria, não contempla vantagens desta estirpe.

De outra sorte, não se pode considerar o uso ilimitado da cobertura; o alcance nacional da garantia; o prolongamento do período de cobertura para noivos que somente utilizarão os produtos após o casamento; ou a manutenção de aparelhos com tecnologia moderna como fidedignas vantagens da garantia estendida. Todas estas situações já estão amparadas pela garantia legal. Dispensa, portanto, a contratação de um seguro neste sentido.

Percebe-se, com relação à terceira hipótese a ser validada nesta pesquisa, que houve confirmação da mesma. A aplicação efetiva do prazo para vícios ocultos, implica na desnecessidade da contratação do seguro garantia estendida em sua forma comum, pois com a afirmação do art. 26, § 3º do CDC, o consumidor que pagar para ter as mesmas coberturas já existentes na lei, não reverterá qualquer vantagem desta aquisição.

Os benefícios genéricos creditados a esta espécie de seguro (economia, comodidade e qualidade no reparo) não se sustentam com a melhor aplicação do prazo para reclamar pelos vícios ocultos evidenciados na relação de consumo. Neste caso, a aquisição de uma garantia onerosa, em tese, somente vale a pena se trazer coberturas não compreendidas entre aquelas asseguradas pela legislação, o que dificilmente ocorre na prática. Impende recordar os tipos de seguro garantia estendida existentes, de acordo com o art. 7º da Resolução em apreço: i) extensão de garantia original; ii) extensão de garantia original ampliada; iii) extensão de garantia reduzida; e iv) a complementação de garantia.

Das modalidades listadas, e a partir do diagnóstico revelado no estudo, é correto dizer que apenas a extensão de garantia original ampliada e a complementação de garantia, poderiam oferecer significativas vantagens ao

consumidor. A primeira inclui coberturas ampliadas, ou seja, aquelas que não estão incluídas na original de fábrica e, como esta dificilmente vai além da legal, novas cláusulas, como a que estipula exíguo prazo para substituição e reembolso, ou a restituição de 110 % do valor do bem, poderiam representar benefício adicional. Da mesma forma, a complementação de garantia, cuja distinção à anterior é a sua vigência _ inicia-se simultaneamente com a garantia do fornecedor enquanto a outra inicia-se após esta _, também contempla coberturas não previstas ou excluídas pelo fabricante.

Deste modo, a resposta ao questionamento cerne desta pesquisa pode ser apresentada da seguinte forma: a definição do prazo decadencial para o vício oculto previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, acarreta a inutilidade da contratação da garantia estendida em sua modalidade comum. Entretanto, as espécies deste seguro que excepcionam a cobertura legal representam, de certo modo, alguma utilidade para o consumidor por concederem coberturas adicionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, de acordo com a investigação realizada no presente estudo, que a primeira hipótese foi confirmada parcialmente pois, apesar de haver sensação de inaplicabilidade do prazo previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, em face da ausência de parâmetros objetivos do critério da vida útil, esta não foi a causa direta para o surgimento dos contratos de garantia estendida, e sim a necessidade de diferenciação das marcas no mercado, através do nível de confiabilidade transmitido.

Ratificou-se integralmente, de outro modo, a segunda hipótese à medida que restou demonstrado a necessidade de políticas públicas para definir os critérios da vida útil dos produtos e serviços, pois, caso não haja parâmetros objetivos, o consumidor dependerá da valoração dos juízes, o que poderá variar caso a caso. Da mesma forma, a última hipótese foi totalmente confirmada, tendo em vista que a efetiva aplicabilidade do prazo decadencial previsto no §3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor acarretaria a inutilidade dos contratos de garantia estendida que não oferecem coberturas adicionais à legal.

Concernente à última comprovação, é valioso ressaltar que, enquanto inexisterem programas públicos ou com apoio governamental aptos a instituírem parâmetros objetivos ao critério da vida útil de produtos e serviços, haverá utilidade na aquisição do seguro garantia estendida em qualquer de suas modalidades. Isso porque, o risco do esforço, levado em conta por muitos clientes no momento da compra, persistirá, principalmente entre aqueles consumidores que priorizam a comodidade.

Insta salientar que foram identificados alguns resultados de pesquisas relacionadas à produção de documentos indicativos de durabilidade média, em anos, de determinados produtos. Porém, os referidos trabalhos destinam-se à aplicação na esfera contábil, por meio de cálculos depreciativos, ou os equipamentos estimados correspondiam à área da engenharia de produção. Muito embora tratem-se de estudos objetivos acerca da expectativa de vida de bens, não correspondem, em sua finalidade, a parâmetros adequados para fixação do critério da vida útil na relação de consumo.

Validamente, a contagem depreciativa para fins de balanço contábil não representa o tempo de utilização satisfatória de um bem. Tal cômputo serve apenas

para legitimar a atualização do valor correspondente aos móveis pertencentes ao patrimônio da empresa. No tocante às pesquisas de estimativa média do maquinário da produção, estas são destinadas aos equipamentos utilizados no processo industrial, raramente são incluídos os produtos normalmente comercializados na relação de consumo.

Disponibiliza-se, ao "ANEXO B", parte do relatório produzido pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo - IBAPE/SP, elaborado para atender à solicitação de vários profissionais, ante a ausência de referências atualizadas quanto à classificação de vidas úteis de bens em diversas áreas empresariais (GATTO, 2006). Para acesso à íntegra do relatório, sugere-se consulta às referências, a fim de verificação do endereço eletrônico correspondente.

Mesmo que a finalidade da criação destas listas não seja a de conferir objetividade ao critério da vida útil para a relação de consumo, é possível extrair relevantes considerações para a discussão travada neste trabalho. É que, mesmo infrequente, constam nos relatórios de produção estimativas de duração dos aparelhos comuns à área industrial e a seara consumerista, como computadores, notebooks, entre outros, que podem servir de parâmetro atual para a fixação do prazo decadencial do § 3º do art. 26 do CDC, desde que possuam fidedignidade nos métodos de pesquisa.

Além disso, a simples existência de tabelas desta natureza sinalizam a possibilidade concreta da criação de bancos de dados de caráter público com a indicação da expectativa média de vida dos principais produtos ou serviços comercializados. Espera-se, para tanto, que o Estado se ampare no princípio do dever governamental e valha-se das organizações públicas existentes _ INMETRO, PROCON, ABNT, entre outras_ ou, até mesmo, das instituições não governamentais que possuam aptidão para a produção de relatórios técnicos, para municiar os julgadores e os sujeitos da relação de consumo.

De outro modo, apesar da constatação de que a definição do prazo decadencial previsto no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, através do estabelecimento de critérios objetivos da vida útil dos produtos e serviços, indicar a inutilidade dos contratos de garantia estendida, não pode ser ignorada a subsistência de mínimas vantagens na aquisição deste seguro. Compete, neste derradeiro instante, comentá-las.

Sabe-se que tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito (art. 26, § 3º, CDC), devendo a reclamação ser realizada pelo consumidor em até 30 dias em face de bens não duráveis e 90 dias para bens duráveis (art. 26, I e II, CDC). Ocorre que a aquisição de uma extensão da garantia de fábrica, proposta pelo comerciante ou por uma seguradora, representam, muitas vezes, um maior prazo para o consumidor exercer seu direito de reclamação. Com efeito, a consolidação de um pacto de expansão da cobertura por 24 meses após a garantia do fabricante, possibilita que, sobrevinda a falha neste interregno, o segurado possa exercer o seu direito contratual de exigir a reparação a qualquer tempo dentro do lapso estipulado. Ou seja, no caso apresentado, além dos 90 dias da garantia legal própria de eletrodomésticos ou eletroeletrônicos, poderá o cliente exigir a reparação até o termo do contrato.

Outro aspecto salutar que deve ser mencionado, é a preocupação a ser adotada pelo consumidor no momento da tentativa de resolução administrativa, a fim de assegurar uma futura reparação judicial. A Constituição Federal de 1988 e da legislação específica dedicam inegável proteção ao destinatário final dos produtos e serviços, pode-se citar como exemplos vários institutos legalmente previstos: a inversão do ônus da prova, interpretação contratual favorável ao sujeito mais fraco, responsabilidade solidária entre fornecedores. No entanto, apesar de toda esta assistência a sua disposição, é necessário que o consumidor cerque-se de determinadas provas, guarde informações importantes acerca do fato com a finalidade de ver seu pleito acolhido em uma eventual reclamação em juízo.

Neste ponto, as datas dos eventos inerentes ao fato, os protocolos de atendimento, as anotações referentes à comunicação com fornecedor, são fundamentais para impedir um insucesso processual. O art. 26, § 2º do CDC prescreve que o prazo para reclamar acerca dos vícios será obstado por meio de reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca ou da instauração de inquérito civil, até seu encerramento. Assim, o arquivamento de documentos que atestem a ocorrência destes eventos é essencial para evitar futuras arguições de decadência pela parte contrária.

Em relação aos objetivos, geral e específicos, estes foram alcançados à medida que todas as ações pretendidas no projeto de pesquisa foram realizadas.

Certamente foi traçada a correlação entre o surgimento da garantia estendida e a sensação inaplicabilidade do art. 26, § 3º, do CDC, apresentou-se os dados referentes à reclamações sobre garantia estendida no Juizado Especial Cível de Serrinha - BA e as principais ilicitudes detectadas acerca de contratos desta modalidade securitária, bem como houve a constatação de que a definição objetiva do prazo decadencial previsto no mencionado dispositivo de lei acarretaria a inutilidade total dos contratos de garantia estendida.

No campo das contribuições, esta pesquisa científica torna-se fonte de informação aos sujeitos da relação de consumo, aos operadores de direito em geral, seja no âmbito da advocacia, magistratura e do ministério público, entre outros campos da sociedade. Além disto, elucida a questão do critério da vida útil, como elemento limitador do prazo para a ocorrência de vício oculto em produtos e serviços, mas alerta para a necessidade de conferir determinada objetividade ao dispositivo legal em estudo, com o fito de melhorar sua aplicação.

Sugere-se, a título de aprofundamento, investigações acerca do cabimento da reparação a título de danos morais em caso do não reparo do vício pelos fornecedores no prazo legal estipulado, com base nas teorias do desestímulo e da perda do tempo útil, a fim de propiciar o atendimento prévio às solicitações dos consumidores. Além disto, fica recomendada a elaboração de banco de dados de caráter público no qual constem a estimativa de vida útil dos principais produtos e serviços ofertados ao consumidor, com a devida publicização e divulgação hábil a produzir o efeito necessário à efetivação do art. 26, § 3º, do CDC.

Após as comprovações, considerações e sugestões apresentadas, ultima-se a investigação proposta neste trabalho, sem, contudo, esgotar a possibilidade de discussões futuras acerca deste tema. O dinamismo próprio das relações humanas e a mutabilidade acelerada do mercado de consumo impende debates e transformações quase que concomitantes a fim de buscar o equilíbrio das partes, através da proteção do sujeito mais fraco. Esta é a ideia do novo constitucionalismo, que alberga dentre outros ramos o direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

ARES, Régis Cardoso. **A decadência e a prescrição no Código de Defesa do Consumidor**. Jurisway, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1106>. Acesso em 13 de maio de 2015, às 19:51.

BAGGIO, Andreza Cristina; MANCIA, Karin Cristina Borio. **A proteção do consumidor e o consumo sustentável: análise jurídica da extensão da durabilidade dos produtos e o atendimento ao princípio da confiança**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_409.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2014, às 19:54.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2015, às 14:32.

_____. Código Civil (2002). **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2015, às 15:25.

_____. Código de Defesa do Consumidor (1990). **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2015, às 14:30.

_____. Ministério da Fazenda: Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 122, de 3 de maio de 2005**. Regulamenta a oferta de seguro de garantia estendida, quando da aquisição de bens ou durante a vigência de sua garantia original de fábrica. Disponível em: <http://www.sincor.org.br/downloads/res_12205_garantiaestendida.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2014, às 15:32.

_____. Ministério da Fazenda: Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 296, de 25 de outubro de 2013**. Dispõe sobre as regras e os critérios para operação do seguro de garantia estendida, quando da aquisição de bens ou durante a vigência da garantia do fornecedor, e dá outras providências.. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31578>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015, às 15:31.

_____. Ministério da Fazenda: Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 297, de 25 de outubro de 2005**. Disciplina as operações das

sociedades seguradoras por meio de seus representantes de seguros, pessoas jurídicas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31579>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015, às 16:14.

_____. Ministério da Fazenda: Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 306, de 2 de abril de 2014**. Disciplina o pagamento de prêmios de seguros de garantia estendida e de seguros contratados junto a representantes de seguros, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=32768>>. Acesso em 12 de março de 2015, às 14:22.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 984.106-SC**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1182088&sReg=200702079153&sData=20121120&formato=PDF>. Acesso em 20 de julho de 2014, às 15:40.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1296b43c-e9fd-4905-9632-a6da3616d852&groupId=10136>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 15:30.

CASARINO, Fernando Almeida. **A Garantia Estendida Frente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38076&seo=1>>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 15:52.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CESARIO, Mendes Patrícia. **Influenciadores da decisão de compras de garantias estendidas no varejo brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6676/Patr%C3%ADcia%20Mendes%20Ces%C3%A1rio.pdf?sequence=3>>. Acesso em 12 mai. 2014. acesso em 15 de julho de 2014, às 14:20.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. **Direito do Consumidor**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENTENDA o seguro garantia estendida. **Tudo sobre seguros**, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.tudosobresseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=539>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015, às 16:20

FATOS e indicadores do mercado. **Tudo sobre seguros**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.tudosobresseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=385>>. Acesso em 10 de março 2015, às 16:24

FRIAS, Maria Cristina. **Garantia Estendida crescerá 8% neste ano, diz entidade.** Folha de São Paulo, São Paulo, 3 abr. 2014. Disponível em: <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2014/04/1447405-garantia-estendida-crescera-8-neste-ano-diz-entidade.shtml>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015, às 16:12

FURLANETO, Leonardo. **Garantia estendida: varejo não pode vincular desconto no produto à compra de seguro.** Migalhas, São Paulo, 12 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI192205,91041-Garantia+estendida+varejo+nao+pode+vincular+desconto+no+produto+a>>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 18:10

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto 2.181/97.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2010.

GATTO, Osório Accioly. **Estudo de vidas úteis para máquinas e equipamentos.** São Paulo: IBAPE-SP, 2006. Disponível em: <http://www.ibape-sp.org.br/arquivos/ESTUDO_DE_VIDAS_UTEIS.apresentacao.pdf>. Acesso em 30.03.2015, às 16:40

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

LARA, Paula Maria Tecles. **A natureza jurídica da garantia legal prevista nos artigos 24 e 50 do Código de Defesa do Consumidor.** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2004/Discentes/PDF/A%20natureza%20juridica.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2015, às 19:58

MAIZAN, Walter da Silva. **Garantia Legal e Contratual, uma questão superada pela “Teoria da Vida Útil”.** Florianópolis: UFSC, 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9525-9524-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 15:00.

MANSUR, Carolina. **Ministério Público endurece contra a garantia estendida.** Estado de Minas, Belo Horizonte, 20 mai. 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/05/20/internas_economia,390716/ministerio-publico-endurece-contra-garantia-estendida.shtml>. Acesso em 16 de março de 2015, às 16:26.

MARCUCCI, Márcio. **Prazo da garantia legal no Código de Defesa do Consumidor – importante questão prática.** Migalhas, São Paulo, 06 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11977,101048-Prazo+da+garantia+legal+no+Codigo+de+Defesa+do+Consumidor+important>>. Acesso em 06 de maio de 2015, às 20:19.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa de Consumidor.** 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; PINHO, Ruy Rebello. **Instituições de direito público e privado: introdução ao estudo do direito e noções de ética profissional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Fábio. **Afrouxo de regras na garantia estendida**. Brasil Econômico, Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<https://www1.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=959535>>. Acesso em 15 de março de 2015, às 16:32.

PORTELLA, Luiza Cesar. **Responsabilidade civil pela compra e venda não autorizada de cadastro de consumidor**. Florianópolis: UFSC, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/114964/Responsabilidade%20civil%20pela%20compra%20e%20venda%20nao%20autorizada%20de%20cadastro%20de%20consumidor.pdf?sequence=1>>. Acesso em 14 de maio de 2015, às 16:54

PUCCI, Rodrigo Perez. **Garantia Estendida: relevância jurídica?**. Portal Brasil, Brasília, 12 ago. 2014. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2012/colunas/direito/agosto_16.htm>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 17:52

SOARES, Alexandre Oliveira. **O problema da garantia estendida**. Escola superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/25340/o-problema-da-garantia-estendida>>. Acesso em 12 de maio de 2015, às 17:51

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VAREJISTAS são multadas em R\$ 28 milhões por venda casada. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1577730-varejistas-sao-multadas-em-r-28-milhoes-por-venda-casada.shtml>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015, às 16:09

ZABULON, Lucas. **O vício oculto no CDC e o critério da vida útil do produto**. Brasília: Portal do Brasil, 2012. Disponível em <http://www.portalbrasil.net/2012/colunas/direito/agosto_01.htm>. Acesso em 12 de maio de 2014, às 15:30.

ANEXO A - OFÍCIO DE APRESENTAÇÃO DO PESQUISADOR

Feira de Santana, 23 de fevereiro de 2015



DE: PROF. ME. ABÍLIO DAS MERCÊS BARROSO NETO
 DOCENTE DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE NOBRE DE FEIRA
 DE SANTANA - NÚCLEO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

PARA: SR. BRUNO PINTO LIMA/ SR. JOSÉ NANDO TOLENTINO DE OLIVEIRA

SUPERVISOR (ES) DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE
 SERRINHA-BA

Prezado (s) Senhor (es)

Venho, por meio desta, apresentar o discente e meu orientando do décimo semestre do curso de bacharelado em Direito da Faculdade Nobre (FAN), André Igo Mota de Carvalho, a fim de que o mesmo possa, junto a esse órgão, obter informações para a composição pesquisatória de seu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), intitulado "A CONTRATAÇÃO DO SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA EM FACE DO PRAZO DECADENCIAL PARA VÍCIOS OCULTOS PREVISTOS NO CDC".

Informo que todas as informações disponibilizadas serão utilizadas de acordo com os critérios éticos do Comitê de Ética e Pesquisa (CEP/FAN), no tocante a origem das informações, sua fidedignidade e publicização no material científico (monografia final), a saber:

- Número de ações ingressadas através do Sistema de Processo Judicial – PROJUDI no período de 2011 a 2014;
- Número de ações que versam sobre direito do consumidor ingressadas através do Sistema de Processo Judicial – PROJUDI no mesmo período
- Número de ações que versam acerca de garantia estendida ingressadas através do Sistema de Processo Judicial – PROJUDI no mesmo período
- Tipos de ilícitudes reclamadas nos processos que versam acerca da garantia estendida.

Sem mais, agradeço desde já sua atenção e colaboração para o cumprimento de mais uma etapa acadêmica e no desenvolvimento da pesquisa científica.

Av. Maria Quitéria, 2116
 Kalilândia – CEP 44 001-008
 Fone 75 2102.9100
 Feira de Santana – Bahia
 www.fan.com.br

Prof. Me. Abílio das Mercês Barroso Neto

Jose Nando T. de Oliveira
 Supervisor
 Cadastro 900.945-0
 RECEBIDO EM 25/02/2015

Fabiana Lino
 Prof. Fabiana Lino
 Coordenadora de Direito

Bruno Pinto Lima
 SUPERVISOR -
 Cadastro 900.703-2

**ANEXO B - EXEMPLO DE ESTUDO DE VIDAS ÚTEIS REALIZADO POR
ENTIDADE DE CARÁTER PÚBLICO**



Relatórios Ibape-SP

**ESTUDO DE VIDAS ÚTEIS PARA MÁQUINAS E
EQUIPAMENTOS**

Coordenação
OSÓRIO ACCIOLY GATTO

Revisão
Marcos Augusto da Silva

Colaboração
Vicente Parente, Paulo Vidal, José Antônio
Baub, Hélio Cardoso, Alessandro Santiago
e Walter Checon

www.ibape-sp.org.br



Relatórios Ibape-SP

Usinas de Açúcar

Aquecedor	20
Bomba para caldo	10
Caldeira de alta pressão-acima de 50 kgf/cm ²	30
Caldeira de média pressão-21 kgf/cm ²	25
Centrifuga	20
Coluna de Resfriamento	20
Decantador	20
Desfibrador	20
Destilaria	25
Distribuidor de Bagaço	20
Eletroimã	20
Ensacadeira	20
Equipamento açúcar (turbina, cozedor, cristalizador)	20
Equipamento de recepção de cana (tombador, mesa, esteira)	20
Esteira rolante	20
Evaporador	20
Filtro rotativo	20
Moenda	25
Painel e distribuição elétrica	15
Peneira Rotativa	20
Picador	20
Secador de Açúcar	20
Tanque de Álcool	25
Turbina de Açúcar	10
Tanque de Processo	20
Turbina a Vapor	25

www.ibape-sp.org.br