

2

A responsabilidade civil pelo serviço de rastreamento de veículos *The civil responsibility for the car tracking service*

WENDELL LOPES BARBOSA DE SOUZA

Juiz de Direito do TJ/SP; especialista em Direito Penal, pela Escola Paulista da Magistratura – EPM; doutorando em Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; professor de Direito Civil e Processo Civil nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Fundação Instituto de Ensino para Osasco – Unifieo e no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura – EPM.
E-mail para correspondência: wlopesbarbosadesouza@yahoo.com.br

RESUMO

Massificação das relações intersubjetivas. Desenvolvimento tecnológico. Necessidade de o Direito se adequar aos novos vínculos obrigacionais. Conceito de serviço de rastreamento. Modos de desenvolvimento da atividade. Elementos informadores da relação de consumo: consumidor, fornecedor, produto e serviço. Delimitação jurisprudencial da expressão destinatário final para fins de identificação dos consumidores nas relações jurídicas concretamente deduzidas. Teorias maximalista e finalista. Posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça: fixação, abrandamento e forte tendência à revisão. O serviço de rastreamento como relação de consumo. Aplicação dos institutos previstos na Lei n. 8.078/90, tais como a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva. A obrigação de meio e a não descaracterização da relação consumerista. Código de Defesa do Consumidor, que previu especificamente quais obrigações de meio estariam excetuadas à responsabilização objetiva. Não inclusão do serviço de rastreamento. Análise do contrato de prestação de serviços de rastreamento. Cláusulas abusivas. Pretensão à anulação de riscos. Nulidade e ineficácia perante o consumidor. Da propaganda enganosa e consequente vinculação do fornecedor. Frustração de expectativa legítima criada pelo fornecedor. A má prestação do serviço.

Palavras-chave: responsabilidade; civil; objetiva; rastreamento; consumidor.

ABSTRACT

Massification of the intersubjective relations. Technological advances. The need of the law to adapt to new obligation bonds. Concept of tracking service. Modes of development activity. Elements in the expenditure relationship: consumer, provider, product, and service. Jurisprudential delimitation of a final expression, to identify the consumers in a deducted juridical relation. Maximalist and finalist theories. The Position of the C. Superior Court of Law: setting, deceleration, and a strong tendency towards revision. The tracking service as a product. Application of the institutes provided by law 8.078/90, such as the proof of charge and the objective responsibility. The obligation of means and non-characterization of the consumerist relation. The Consumer Protection Code states specifically the obligation of means which would be excepted to the objective responsibility. Not including the tracking services. Analysis of the tracking service contract. Abusive clauses. The ambition to annul the risks. Annulment and inefficiency towards the consumer. From the false advertisement to linking the provider. Frustration from an expectation. Creation by the provider. The bad service provided.

Keywords: responsibility; civil; objective; tracking; consumer.

1. INTRODUÇÃO

A massificação das relações intersubjetivas decorrentes do vasto crescimento populacional e dos avanços tecnológicos fez com que o Direito Obrigacional e os contratos que lhe são subjacentes sofressem grandes alterações, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Como exemplo desta incursão da dinâmica social nas relações contratuais, tem-se o aparecimento de contratos atípicos, abarcando relações jurídicas que, devido ao estado da técnica, antes inexistiam, como se dá com o objeto deste trabalho – o rastreamento de veículos via satélite.

À vista disso, faz-se necessário o correto posicionamento do serviço de rastreamento de veículos dentro de um dos diversos ramos do direito privado, mormente procurando estabelecer se se trata de relação jurídica civil comum ou submetida à incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Isso estabelecido, discorrer-se-á sobre como se dará a responsabilização da empresa prestadora dos serviços pelos danos ocorridos – se de forma subjetiva ou objetiva – bem como os principais elementos deflagradores do dever indenitário e sua extensão pecuniária.

Posteriormente, será analisado o descumprimento dos deveres contratuais sob o prisma dos princípios que informam o ordenamento jurídico como um todo, tais como o princípio da boa-fé objetiva e da proporcionalidade.

Assim, pretende-se promover a análise jurídica de uma situação concreta reiteradamente deduzida perante o Poder Judiciário, que, até então, não conta com orientação jurisprudencial tranquila, dando-lhe o enfoque e a solução que, humildemente, são aqui reputados mais acertados.

2. CONCEITUAÇÃO DE SERVIÇO DE RASTREAMENTO

Mister ao aprofundamento da questão posta para exame é a conceituação do que vem a ser o serviço de rastreamento. Diante da evolução tecnológica e da escalada da violência urbana, surgiram diversos dispositivos tecnológicos tendentes a minimizar a sujeição passiva a delitos que atingem os mais diversos bens jurídicos. Nessa toada, visando a impedir danos ao patrimônio mobiliário, surgiu o sistema de rastreamento de veículos via satélite. Com a contratação de tal serviço, a empresa prestadora se compromete a monitorar, em tempo real, o itinerário percorrido pelo veículo. Assim, em eventual caso de subtração, poder-se-ia saber com precisão a localização do bem. Juntamente com o rastreamento, é oferecido o serviço de bloqueio do funcionamento do meio de transporte, o que deveria impossibilitar a locomoção do veículo pelos agentes criminosos. Por fim, acessoriamente, são ofertados os serviços de apoio tático terrestre – por vezes aéreo – bem como comunicação imediata às autoridades competentes. Todo esse conjunto de ações é deflagrado por meio de contato telefônico efetuado pelo contratante à contratada ou através de dispositivo instalado no próprio veículo.

Esclarecidos os serviços integrantes do contrato de prestação do serviço de rastreamento, bem como o seu modo de operacionalização, cumpre verificar se tal relação contratual se desenvolve sob os auspícios da legislação consumerista ou do Código Civil.

3. DOS REQUISITOS À RELAÇÃO DE CONSUMO

Para que se possa afirmar que entre duas pessoas desenvolve-se uma relação de consumo, faz-se necessário que estejam presentes três elementos, dois deles de ordem subjetiva e o terceiro de ordem objetiva.

Quanto aos dois elementos de ordem subjetiva, trata-se do fornecedor (artigo 3º do CDC) e do consumidor (artigo 2º do CDC), enquanto o elemento objetivo se refere ao produto ou serviço (parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC):

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

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

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

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

A problemática surge quanto ao conceito de consumidor, notadamente se este, *in casu*, se apresenta como uma pessoa jurídica prestadora de outros serviços (v.g. transporte de alimentos, de pessoas etc.), havendo certa divergência quanto a se enquadrar na expressão “destinatário final”, contida no *caput* do artigo 2º acima transcrito.

Diante de tal expressão legal, surgiram, basicamente, duas maneiras de se pensar quem seria o “consumidor”, nesta hipótese, sustentadas nas teorias maximalista e finalista.

Para a teoria maximalista, dá-se uma interpretação extensiva ao conceito de consumidor e assim se encara qualquer agente da cadeia de consumo que adquira produtos ou serviços, mesmo que faça disso um insumo para a fomentação de sua própria atividade econômica. Segundo a teoria finalista, havendo qualquer relação, direta ou indireta, entre o produto ou serviço adquirido e a atividade desenvolvida pelo adquirente, não se estará diante de uma relação de consumo, sendo considerado consumidor apenas o verdadeiro destinatário final econômico da cadeia de produção.

3.1 Posição adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça

Entre a aplicação da teoria finalista e a maximalista, no que tange a se estabelecer quais seriam relações de consumo e quais seriam relações jurídicas ditas comuns regidas pelos Códigos Civil e de Processo Civil, pendeu, em princípio, o C. Superior Tribunal de Justiça – instância última na estrutura do Poder Judiciário brasileiro a examinar a causa – pela primeira.

Num primeiro momento, a Segunda Seção do C. STJ, ao julgar o REsp n. 541.867/BA, Relator Ministro Pádua Ribeiro, Relelator p/ Acórdão o Ministro Barros Monteiro, DJ de 16 de maio de 2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor, sedimentando seu entendimento nos termos da seguinte ementa:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.

Sucedo que, nesse julgamento, os ministros Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Castro Filho e Nancy Andrichi manifestaram expressa predileção pela teoria maximalista ou objetiva, sendo que a tese vencedora recebeu apenas cinco dos nove votos proferidos na ocasião.

De acordo com esse julgado, como já visto no subitem anterior, o conceito de consumidor ficou restrito, alcançando apenas a pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo imediatamente. Em outras palavras, o consumidor foi conceituado como o destinatário final no sentido econômico, ou seja, aquele que consome o bem ou o serviço sem destiná-lo à revenda ou ao insumo de qualquer outra atividade produtiva. Passados quatro anos do controvertido julgamento, a Segunda Seção novamente se reuniu, ocasião em que o mencionado C. Tribunal nacional, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal, examinando o conceito legal de consumidor fornecido pelo artigo 2º da Lei n. 8.078/90, pacificou, naquele momento, a divergência jurisprudencial em recente v. acórdão (de fevereiro de 2009), agora por votação unânime, entendendo que consumidor é aquele que, de fato, se mostra como destinatário final econômico do produto ou serviço (CC n. 92.519/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Concluiu-se, com fundamento na teoria finalista ou subjetiva, que, para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor.

Após tal julgamento, esperava-se uma estabilidade na interpretação do conceito do termo “consumidor” através da aparente adoção da teoria finalista pela Corte Superior. Entretanto, numa análise cronológica dos julgados posteriores ao REsp n. 541.867/BA – e até mesmo ao CC n. 92.519/SP –, é possível ver que não existe a esperada pacificação sobre o tema, vislumbrando-se, até mesmo, uma tendência à superação dos precedentes citados.

3.2 Temperamentos feitos pelo Superior Tribunal de Justiça à teoria adotada

Conquanto a 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao conceituar “consumidor”, tenha sufragado pela adoção da teoria finalista – de forma “unânime” na última oportunidade –, o que se tem é que paulatinamente referida Corte Superior vem revendo seu posicionamento através de abrandamentos feitos à teoria.

Veja-se que, posteriormente ao REsp n. 541.867/BA, houve julgados utilizando a teoria maximalista à conceituação de “consumidor”, o que tornou evidente a manutenção do dissídio interno, não obstante o posicionamento adotado pela Seção da Corte nacional. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUÇÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVIDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp n. 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. (...). 7. Recurso Especial não conhecido. (REsp 660026/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, DJ de 27/06/2005).

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. (...) Recurso especial não conhecido. (REsp 684.613-SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, DJ de 01/07/2005).

Mesmo após a nova reunião da Segunda Seção – presidida pela Ministra Nancy Andrigui, que, portanto, não votou – e ratificação “unânime” da adoção da

teoria finalista no julgamento do CC n. 92.519/SP, permaneceu a dissidência já manifestada no ano de 2004, através de temperamentos ao finalismo, conforme se vislumbra do julgado abaixo transcrito:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção do consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido. (REsp 1.080.719/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 17/08/2009).

Note-se que a data de julgamento do aresto supracitado é posterior à ratificação da adoção da teoria finalista, acabando por flexibilizar o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir ou não diretamente a uma atividade profissional.

Sedimentando a relativização da teoria finalista, tem-se o recente acórdão relatado também pela Ministra Nancy Andrighi, no Resp n. 1.010.834/GO, que ratificou a extensão do conceito de consumidor à pessoa que utilize determinado produto para fins de trabalho, e não apenas para consumo direto, ao fundamento de que “ainda que o adquirente do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que seja constatada a sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor”. E, em arremate, reconheceu “[...] a possibilidade de abrandamento da teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica”. O referido acórdão restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma

empresa fabricante de máquinas e fornecedora de *softwares*, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1010834/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 26/08/2010).

Assim, com esse novo entendimento, houve um significativo passo para o reconhecimento de não ser o critério do “destinatário final econômico” o determinante para a caracterização de relação de consumo e do conceito de consumidor. Ainda que o adquirente do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que seja constatada a sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor.

Pode-se dizer que a tendência jurisprudencial acerca do tema, ao invés de ser a estabilidade, é o *overruling*. Esta expressão, oriunda dos sistemas jurídicos de *common law*, significa a superação de um precedente jurisprudencial anterior. É óbvio que, para a ocorrência desse expediente de forma cabal, se faz necessária forte argumentação jurídica, pois redundaria em algum grau de insegurança jurídica a mudança de posicionamento da Corte nacional responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal. Não obstante, o que se tem é a forte tendência ao *overruling*, evidenciada pelos diversos temperamentos efetuados à teoria finalista, indicando uma sua futura superação.

4. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO SERVIÇO PRESTADO PELAS EMPRESAS DE RASTREAMENTO

Expostas as bases teóricas sobre as quais se erigirá a caracterização do serviço de rastreamento como relação de consumo, agora passa-se a buscar – concretamente – a subsunção do citado serviço aos conceitos legais, teorias e posicionamentos jurisprudenciais externados nos itens anteriores.

4.1 Da relação de consumo

Diante do que já foi exposto, o que se tem é a perfeita subsunção do serviço de rastreamento às relações jurídicas submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, justamente por estarem preenchidos os conceitos de consumidor, fornecedor e serviço, estatuídos respectivamente nos artigos 2º, *caput*, 3º, *caput* e parágrafo 2º, todos do Código de Defesa do Consumidor. Isso ainda que se adote

puramente a teoria finalista e que, no caso concreto, o consumidor se trate de pessoa jurídica, restando caracterizada a relação de consumo.

Nesse sentido, recentemente o autor deste artigo teve a oportunidade de decidir em questão a ele submetida, nos termos acima descritos. Naquele caso, tratava-se o consumidor de pessoa jurídica produtora de hortaliças, que utilizava caminhão para transportá-las, e contratou o serviço de rastreamento desse veículo. Incidentalmente, a empresa fornecedora do serviço de rastreamento alegou que a relação desenvolvida não era consumerista, pugnando pela remessa dos autos a outro foro, supostamente competente. Buscando suporte ao entendimento de que a relação jurídica em exame se tratava de obrigação submetida ao Direito do Consumidor, percorreu-se a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de se verificar sua aplicação aos casos concretos em exame na Justiça paulista, deparando-se com o seguinte r. julgado n. 1.090.885-00/3, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Norival Oliva, pontuando que:

O bem móvel objeto da prestação de serviços é de propriedade da agravante, empresa dedicada ao comércio de materiais elétricos como se pode deduzir de sua denominação. Logo há de se presumir que o veículo foi adquirido para uso em suas atividades institucionais. Nessas condições, só se aplica o Código de Defesa do Consumidor, por força do seu art. 3º, § 2º (Lei n. 8.078, de 11.09.90), a pessoa física, consumidora final. Não são alcançados os contratos de bens ou serviços em seu ramo de atividades.

Por consequência, no caso em comento, decidiu-se pela aplicação da regra especial de competência do Código de Defesa do Consumidor (artigo 100, inciso I, da Lei n. 8.070/90), em detrimento do artigo 94 do Código de Processo Civil, denegando-se a exceção de incompetência territorial, além de se declarar a correlata inversão do ônus probatório.

Ressalte-se que referida decisão interlocutória foi alvo de Recurso de Agravo de Instrumento n. 7.414.126-3, interposto pela pessoa jurídica prestadora de serviço de rastreamento, improvido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, através de votação unânime de sua 38ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Souza Lopes, que restou assim ementado: “Competência – Prestação de serviço de rastreamento de veículo – Relação de consumo caracterizada – Rejeição da exceção de incompetência – Decisão correta – Recurso improvido”.

Por todo o exposto, entende-se que a prestação de serviços de rastreamento, sob qualquer enfoque que a ela se dê, mormente à vista dos abrandamentos da teoria finalista recentemente efetuados pelo C. Superior Tribunal de Justiça, deve

ser caracterizada como relação de consumo, com a aplicação da base principiológica e institutos insertos na Lei n. 8.078/90, dos quais se destacam: a inversão do ônus probatório, o foro do consumidor como competente para o ajuizamento das demandas, a proteção contra práticas comerciais abusivas etc.

4.2 Do vínculo obrigacional segundo seu modo de cumprimento

Não obstante o serviço prestado pelas empresas de rastreamento se caracterizar como relação de consumo, ainda se faz necessário que se aborde questão deveras recorrente na análise do enquadramento jurídico do serviço de rastreamento, e que, por vezes, faz com que a relação jurídica seja posicionada dentro das relações civis comuns. Assim, cumpre agora verificar – segundo a forma de cumprimento – a modalidade de vínculo obrigacional existente entre as partes: obrigação de meio ou de resultado. Segundo a eminente Professora Maria Helena Diniz:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final¹.

Já obrigação de resultado, como se extrai de seu próprio nome, é aquela em que o sujeito passivo não somente utiliza todos os seus meios, técnicas e conhecimentos necessários para a obtenção do resultado como também se responsabiliza caso este seja diverso do esperado. Sendo assim, o devedor (sujeito passivo) só ficará isento da obrigação quando alcançar o resultado almejado.

Conceituadas as modalidades de assunção do vínculo obrigacional, tem-se que a obrigação de promover o rastreamento e o bloqueio de veículos é obrigação de meio, segundo atesta a jurisprudência citada neste trabalho. Com efeito, o contrato elaborado pelas prestadoras de serviço em tudo se subsume ao conceito de obrigação de meio supracitado, pois, em sua generalidade, depreende-se de suas cláusulas que a fornecedora se obriga em prestar os serviços de rastreamento

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 230.

através da localização por satélite por sua Central 24 (vinte e quatro) horas, no sentido de informar o posicionamento do veículo cadastrado. Desse modo, a prestadora se obrigou a rastrear o veículo do consumidor de modo ininterrupto, bem como a bloqueá-lo quando recebesse o sinal necessário para tanto, pelo que, no que tange ao modo de cumprimento, o vínculo obrigacional entre as partes é de meio, em harmonia com a orientação do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Indenização. Prestação de serviços. Bloqueio de veículos via satélite. Obrigação de meio. Ausência de prova acerca da regularidade do serviço prestado. Contrato que imputava à apelante a responsabilidade por sistema antifurto do veículo. Possibilidade de indenização. Alegação de ausência de provas sobre o valor da indenização que sequer é conhecida, pois não aventada na instância originária. Sentença mantida. Recurso desprovido. Apelação 991070529214 (7173252600); **Relator(a):** Cauduro Padin; **Comarca:** São Paulo; **Órgão julgador:** 13ª Câmara de Direito Privado; **Data do julgamento:** 19/05/2010; **Data de registro:** 29/06/2010.

O resultado prático de tal distinção no modo de desenvolvimento obrigacional se dá na forma de divisão do *onus probandi*. Sobre o assunto, com clareza, lecionou Rui Stoco, que:

No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, e a sua não obtenção é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor².

Ocorre que tal constatação não importa em exoneração da responsabilidade da prestadora de serviço, sob o pálio de que, não atuando como garante do resultado indesejado, não pode ser responsabilizada por ele. Sequer tem o condão de impor ao contratante-consumidor a obrigação de demonstrar culpa ou dolo da ré na prestação dos serviços. Isso porque, consoante já explanado, a relação travada pelas partes é de consumo, e o Código de Defesa do Consumidor expressamente rompeu com a clássica divisão civilista supradescrita, apenas adotando tal classificação quanto aos profissionais liberais, especificando-os em seu artigo 14, parágrafo 4º.

Assim, o fato de o serviço de rastreamento prestado se enquadrar no conceito de obrigação de meio em nada importa quanto ao ônus probatório e principalmente à forma de responsabilidade civil. Ou seja, não excetuada a incidência da lei

² Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 483.

consumerista pelo próprio Código de Defesa do Consumidor – à semelhança do que ocorreu com as obrigações de meio consubstanciadas pela prestação de serviços de profissionais liberais – o que se tem é que a nenhuma outras formas de obrigações de meio a inaplicabilidade pode ser estendida, como corolário do princípio segundo o qual normas limitadoras devem ser interpretadas restritivamente. Corroborando o acima descrito, o mestre Rui Stoco, lecionou o seguinte:

[...] com relação aos prestadores de serviços em geral, exceto evidentemente os profissionais liberais e a prestação de serviços pelos hospitais, tal teoria mostra-se hoje desimportante, considerando que o mencionado Código do Consumidor adotou para eles a teoria da responsabilidade objetiva, de modo que, seja na obrigação de meio, seja na de resultado, responderá o prestador de serviço pelo dano causado, independentemente da verificação de culpa, bastando tão só a confirmação do liame causal entre a ação ou omissão e o resultado³.

Assim, conquanto caracterizada a obrigação de meio, tal fato – de *per si* – não é idôneo a elidir eventual responsabilidade civil das prestadoras de serviço de rastreamento, eis que insere nas relações de consumo e não excetuada pelo Código de Defesa do Consumidor. E, justamente por ser consumerista, a responsabilidade será objetiva, vale dizer, independentemente de culpa.

5. CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE RASTREAMENTO

Não obstante a carência do Direito em disciplinar novas situações concretas oriundas do avanço tecnológico logo que elas se apresentam, é certo que tal momentânea deficiência não pode redundar em exoneração do dever indenitário. Na lição de Louis Josserand:

[...] quando um acidente sobrevém em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentimos presos de um mal-estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz de nossa alma⁴.

Assim, de nada adiantaria se caracterizar o serviço de rastreamento como relação de consumo, se de tal fato não emanassem consectários legais extensíveis à relação desenvolvida entre as partes e que lhe assegurassem o devido

³ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 483.

⁴ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, n. 456, p. 550, São Paulo, junho, 1941.

ressarcimento em caso de eventuais prejuízos. Isso porque, segundo o mestre Alvino Lima:

[...] partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, [...] *les faiseurs d'actes*, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se dessas atividades colhem os seus autores todos os seus proveitos ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que arquem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *ubi emolumentum, ibi onus*⁵.

Desse modo, assente a existência do dever indenizatório, resta identificar seus caracterizadores e aplicá-los à espécie.

5.1 Das cláusulas contratuais abusivas

É generalidade nos contratos de prestação de serviços de rastreamento a existência de um sem número de cláusulas que preveem a exclusão da responsabilidade da empresa, se verificada a ocorrência de certos e determinados eventos. Podem ser citadas, como exemplo, as seguintes: eventuais problemas decorrentes da rede pública ou privada de telecomunicações; clonagem da linha telefônica; greves parciais ou gerais; condições meteorológicas prejudiciais; inoperância do sistema de telecomunicações; inoperância do sistema de satélites; mau uso do equipamento; reparos nos equipamentos; sinistro fora da área de cobertura; violação dos equipamentos; caso fortuito e força maior etc.

Sem se perquirir sobre a validade de tais cláusulas, de pronto, assevera-se que a comprovação da ocorrência de quaisquer delas é ônus que incumbe à fornecedora, que deve demonstrar, por exemplo, o mau uso do equipamento ou a inadimplência do consumidor. Ainda que se argumente que a inversão do ônus probatório, a teor do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é facultativa e condicionada à análise do caso concreto, tem-se que o artigo 330, inciso II, do Código de Processo Civil impõe à parte-ré a comprovação dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos da parte-autora. Assim, por qualquer forma que se analise a questão, *a priori*, o ônus em comprovar a ocorrência de tais fatos será da empresa prestadora do serviço.

Entretanto, considerando-se os princípios estatuídos no Código do Consumidor, tais cláusulas contratuais devem ser analisadas sob o enfoque de seu conteúdo, devendo se harmonizar com eles, bem como com a própria atividade

⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

desenvolvida pela ré. E é em cotejo com tais parâmetros que se torna clarividente a abusividade, na medida em que as cláusulas supradescritas visam à total transferência do risco da atividade empresarial ao consumidor.

Nesse sentido, são tantas e tão genéricas as hipóteses de exceções à responsabilidade da empresa fornecedora, que capazes de abarcar toda a sorte de ocorrências que importem em prejuízo patrimonial em virtude de vício no serviço; vale dizer, tornam a atividade desenvolvida pela ré ausente de quaisquer riscos. Ora, não se concebe uma atividade empresarial em que – ao menos hipoteticamente – dela não possam advir prejuízos. Tal ocorrência é ínsita à própria atividade, sendo certo que eventuais cláusulas que importem em sua transferência ao consumidor não têm validade, por serem abusivas, a teor do estatuído pelo inciso I do artigo 51 do próprio CDC. Para Sérgio Cavalieri Filho:

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, [...], evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual⁶.

E, se válidas fossem consideradas tais cláusulas, eis que se estaria por obstar a reparação pelos danos sofridos pelos consumidores do serviço de rastreamento, numa providência contrária ao ordenamento jurídico. Na lição de Carlos Alberto Bittar:

[...] a filosofia que domina esse crescente setor [a responsabilidade civil objetiva] é a de que a vítima não pode ficar sem reparação. Assim, as orientações básicas são as de que deve haver uma extensão da área da responsabilidade civil e uma justa distribuição dos riscos, posições que vão, de forma concreta, em algumas situações, chegando à mencionada socialização dos riscos⁷.

Sobre a abusividade das cláusulas que buscam transferir o risco do empreendimento ao consumidor, veja-se o julgado da relatoria do eminente Desembargador Luiz Antonio Rizzato Nunes, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 264-265.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 97.

INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – Contrato de prestação de serviços de rastreamento e bloqueio de veículos, em casos de furto e de roubo – Hipótese em que a maneira como os serviços foram oferecidos podem mesmo levar o consumidor a acreditar que o negócio contratado garante mais do que a ré queria oferecer, porém, se realmente não queria garantir os casos de roubo seguido de sequestro, teria que colocar isto de forma expressa e clara no contrato, o que não fez – Ademais, são abusivas as cláusulas com as quais a ré pretende transferir os riscos de sua atividade para o autor consumidor – Responsabilidade da ré evidenciada – Ação parcialmente procedente – Recurso provido em parte com determinação. (TJ/SP - Apelação n. 7160100-2 – São Paulo – 23ª Câmara de Direito Privado – Relator: Rizzatto Nunes – J. 25/03/2009).

Dessa feita, grande parte das cláusulas que normalmente integram o instrumento contratual e que instrumentalizam a prestação de serviço de rastreamento, em tese, serão nulas de pleno direito, se for verificado que pretendem transferir o risco da atividade ao consumidor.

5.2 Da propaganda enganosa

Assim como se fez a análise das cláusulas contratuais insertas nos contratos de prestação de serviços de rastreamento, insta verificar o modo como os serviços são ofertados, para que se averigüe eventual enganiosidade do material publicitário atinente ao caso.

De forma geral, vê-se que os informativos que minudenciam os serviços de rastreamento, expressamente consignam que haverá a localização do veículo em 24 horas; o envio de comando (travamento de portas, bloqueio do veículo etc.); pronta resposta terrestre; pronta resposta aérea; e escoltas, dentre outras providências. Outrossim, tais panfletos publicitários, normalmente, vêm ilustrados com aeronaves e diversos veículos de segurança privada, além da inclusão de diversas parcerias com outras empresas, v.g., empresas de táxi aéreo.

Antes de se fazer aqui um pronunciamento expresso acerca do tema, veja-se a redação do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Desse modo, todas as informações descritas nos informes veiculados e *supra* exemplificados integram o contrato entre as partes, estando incluídas no serviço prestado; valendo dizer que passaram a obrigar o fornecedor a prestá-las. Logo, o

efetivo bloqueio e monitoramento são obrigações contratuais assumidas pelo fornecedor. E também o envio de apoio tático terrestre, aéreo e tudo o mais que foi veiculado através da publicidade se avultam como providências devidas. Veja-se que, integrando o contrato, as propostas veiculadas pela empresa têm que ser cumpridas. Do contrário – não bloqueando, não rastreando, não enviando os apoios aéreo e terrestre – fica evidenciada a responsabilidade da empresa prestadora. E, consoante a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a não disponibilização de tais serviços de apoio já configura o dever de indenizar:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA O BLOQUEIO DE VEÍCULO À DISTÂNCIA. ROUBO COMUNICADO À REQUERIDA. BLOQUEIO DA MOTOCICLETA E ENVIO DE APOIO TÁTICO. DEMONSTRAÇÃO. INEFICIÊNCIA DO SERVIÇO. ÔNUS DA PROVA. A Requerida foi comunicada sobre o roubo da motocicleta do Requerente e não comprovou o bloqueio (do veículo), não acionou as viaturas de apoio tático para a localização (do bem), obrigações por ela (Requerida) assumidas no contrato firmado com o Requerente e do folheto de propaganda por ela (Requerida) divulgado. Incumbia à Apelante o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor, nos estritos termos do inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil A r. sentença fez a adequada análise dos elementos de convicção para concluir pela procedência da pretensão (TJ/SP – Apelação n. 992.05.113706-1 – São Paulo – 34ª Câmara de Direito Privado – Relator: Irineu Pedrotti – J. 03/05/2010 – V. U.)

Prestação de serviços. Proteção de veículo contra furto e roubo. Ação de indenização julgada parcialmente procedente. Apelo da ré. Caso de obrigação de meio. Teor do contrato. Obrigação não apenas de acionar bloqueador-alarme, mas, também, de fornecer “apoio tático aéreo” mediante “disponibilização de helicóptero”. Negligência da ré. Falha na prestação do serviço. Indenização devida. Valor adequado. Apelo improvido. Apelação Com Revisão 1206653000; Relator(a): Dirceu Cintra; Comarca: Carapicuíba; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/03/2009.

Diante de todos esses elementos textuais e ilustrativos – que, repita-se, vinculam e obrigam a prestadora –, conclui-se que a forma como o serviço de rastreamento é ofertado leva o consumidor a crer que a avença garante a localização do veículo. E veja-se que tal expectativa é justa, pois foi criada no consumidor pela própria empresa, através de sua publicidade enganosa, não podendo agora alegar que não desejaria se vincular em tal extensão. Nesse ponto, o insigne Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, asseverou que

Uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque

o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui⁸.

Assim, o que se tem é a legítima expectativa criada no consumidor de que haverá a prestação de um serviço eficiente e seguro, que, obviamente deve ser cumprida. Eventual descumprimento contratual, concomitantemente, frustra a expectativa do consumidor e configura a publicidade enganosa expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, parágrafo 1º, a seguir descrito:

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

E a responsabilidade civil da ré com fundamento na enganosidade da propaganda por ela veiculada encontra forte respaldo na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DE VEÍCULO – SISTEMA DE BLOQUEIO DE VEÍCULO – ROUBO DA MOTOCICLETA DO AUTOR – COMUNICAÇÃO À PRESTADORA DE SERVIÇOS – VEÍCULO NÃO LOCALIZADO – PROPAGANDA ENGANOSA – CONCEITO – CDC ART. 37, §1º – JUSTA EXPECTATIVA DO AUTOR DE RECUPERAÇÃO DO VEÍCULO – FATO NÃO VERIFICADO – DANO COMPROVADO – SENTENÇA – CONDENAÇÃO DA RÉ À REPARAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO PELO AUTOR – MANUTENÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO (TJ/SP – Apelação n. 992.06.054565-7 – São Paulo – 25ª Câmara de Direito Privado – Relator: Amorim Cantuária – J. 30/03/2010 – V. U.)

Prestação de serviços – Indenização por danos materiais e morais – Instalação de equipamentos de bloqueio e rastreamento de veículo, por satélite – Defeito na informação, que levou a autora a concluir que contratou serviço mais amplo do que aquele efetivamente prestado pela empresa – Ausência de efetivo rastreamento, por ocasião do roubo do veículo – Indenização pelo preço do veículo devida – Descabimento, no entanto, de danos morais e outros de natureza

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo & NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 339.

material, não comprovados – Recursos de ambas as partes não providos. Apelação 992051089865 (998134400); Relator(a): Antônio Maria; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2009; Data de registro: 07/10/2009.

Prestação de serviços. Sistema de bloqueio de veículo e ativado a distância. Adesão ao sistema por usuário e que depois foi vítima de roubo. Não localização da motocicleta subtraída. Ação indenizatória julgada procedente em parte. Submissão das partes ao Código de Defesa do Consumidor. Informação incompleta ao usuário. Falha do sistema e imputável à prestadora de serviços. Recurso improvido. O contrato de prestação de serviços de proteção a veículo automotor contra eventual furto, ou roubo, mediante sistema de bloqueio ativado a distância, submete-se ao Código de Defesa do Consumidor. Admitida publicidade enganosa para atrair interessados, cabia à prestadora de serviços demonstração clara e efetiva de que informou o aderente das eventuais falhas do sistema e de que, no caso específico, a cobertura era apenas para o bloqueio e não para o rastreamento. Não o fez mediante destaque e alerta no contrato escrito e o veículo roubado não restou bloqueado e muito menos localizado, o que faz com que a empresa responda pelos prejuízos sofridos e correspondentes ao valor do veículo. Apelação Com Revisão 993252000; Relator(a): Kioitsi Chicuta; Órgão julgador: 32ª Câmara do D. Sexto Grupo (Ext.: 2º TAC); Data do julgamento: 28/06/2007; Data de registro: 29/06/2007.

5.3 Da ofensa ao princípio da boa-fé objetiva

A seu turno, referida frustração das expectativas legitimamente criadas no consumidor, ferindo texto expresso da legislação consumerista através de publicidade enganosa, simultaneamente afronta o princípio da boa-fé objetiva incidente nas relações contratuais. Conceituando tal princípio, Cláudia Lima Marques asseverou que boa-fé objetiva

[...] significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes⁹.

Tendo em mira os pilares da conceituação supradescrita, observa-se que a conduta da empresa recalcitrante em indenizar o consumidor em tudo fere o princípio

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

da boa-fé objetiva. Isso porque a propaganda enganosa veiculada – com promessas de apoios terrestre e aéreo, aliados ao bloqueio e monitoramento – faz nascer no consumidor a legítima expectativa de recuperação do bem em caso de subtração. E também esse fundamento faz nascer o dever jurídico das prestadoras de serviço de rastreamento em reparar o prejuízo material sofrido, notadamente o dever de pagamento do valor total do bem subtraído.

Ressalta-se que tal entendimento não leva à transmutação ou equiparação do contrato de prestação de serviço de rastreamento em contrato de seguro. Em primeiro, porque o contrato de seguro possui diversas hipóteses – formas de cobertura – que dão ensejo ao pagamento da indenização contratada, como a colisão, por exemplo, nos casos em que o objeto do contrato também é um veículo; já as prestadoras do serviço de rastreamento somente estariam obrigadas a ressarcir o valor do veículo em casos de subtração aliada à enganiosidade do material publicitário fornecido. Em segundo, porque as pessoas jurídicas seguradoras necessitam de autorização específica para atuar no mercado de seguros, o que não ocorre com as empresas de rastreamento. E um último e derradeiro fundamento é dado por Alvino Lima: “Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não recolhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”¹⁰. No mesmo sentido, a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos)¹¹.

Desse modo, não obstante não se tratar de contrato de seguro, as prestadoras de serviço de rastreamento estão obrigadas a ressarcir o valor do veículo objeto do contrato se, em decorrência de publicidade enganosa, criaram no consumidor legítima expectativa de impedimento do ilícito, devendo, pois, nos dizeres de Giselda Hironaka:

[...] o enfoque primordial da lei, a preocupação essencial da sociedade que se quer solidária repousa – e deve repousar – na atenção ao direito da vítima, buscando-se a formulação de um princípio que vise, antes de tudo, assegurar a ordem social e a salvaguarda da dignidade daquele que, sem sua culpa, sofre dano derivado da atividade de outrem, caracterizada pela escolha relativa à assunção de risco¹².

¹⁰ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 119.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 276.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 111.

5.4 Da má prestação do serviço

Por fim, há que se dirimir a última questão acerca do tema. Inserta dentro do próprio sistema de proteção ao consumidor, a problemática cinge-se no fato de que a má prestação do serviço pode se originar por um vício ou um defeito. Por conseguinte, gerará responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14 do CDC) ou pelo vício do serviço (artigo 20 do CDC). E, para diferenciar essas duas formas de responsabilização, é imprescindível que se conceitue – juridicamente – o que vem a ser defeito.

O vício, nos termos da legislação consumerista, é uma característica depreciativa de qualidade ou quantidade que tornou o produto ou serviço impróprio ou inadequado ao consumo ou, ainda, lhe diminuiu o valor. Ou seja, o vício atinge o produto ou serviço e restringe seus efeitos à imprestabilidade ou diminuição de funcionalidade dos bens atingidos. Mais nada ocorre, não havendo a extensão de tal problema a outros bens jurídicos; vale dizer, não atingem o consumidor em sua integralidade física ou moral.

Quanto ao defeito, o que se pode dizer é que, a despeito de pressupor um vício, com ele não se confunde. Nesse sentido, lecionou Luiz Antônio Rizzato Nunes, que

Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício; o defeito pressupõe o vício. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento ou não funcionamento¹³.

Assim, o defeito nada mais é do que um vício, mas que, por sua gravidade, estende seus efeitos nocivos a outros bens jurídicos, extravasando a esfera dos produtos e serviços considerados em si mesmos, e vindo a atingir a incolumidade físico-moral do consumidor. Para melhor compreensão do tema, Cavalieri Filho exemplificou da seguinte maneira:

Se A, dirigindo seu automóvel zero-quilômetro, fica repentinamente sem freio, mas consegue parar sem maiores problemas, teremos aí o vício do produto; mas se A não consegue parar, e acaba colidindo com outro veículo, sofrendo ferimentos físicos, além de danos nos dois automóveis, aí já será fato do produto¹⁴.

Ferindo o tema do presente trabalho, tem-se que o serviço de rastreamento está sujeito a ambas as espécies de responsabilidade estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, e supradescritas. E é a casuística que dirá em qual delas

¹³ RIZZATO, Luiz Antonio Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva 2000. p. 214.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 265.

se amoldará. Por exemplo: se o consumidor comparece à sede da empresa e solicita os extratos de monitoramento de seu veículo em certo período, e a empresa aduz que deixou de efetuar o monitoramento, ou que se verifica que este se deu de forma descontínua, estar-se-á diante de hipótese de vício no serviço. De outra sorte, se o veículo monitorado vem a desaparecer, e o bloqueio contratado não ocorre, haverá evidente defeito na prestação do serviço, eis que ao vício – ausência de bloqueio – agregou-se um elemento extrínseco que gera vultoso prejuízo patrimonial; vale dizer, a subtração do bem é o fator extrínseco que, se agregando ao mau funcionamento dos dispositivos, acaba por ocasionar um dano material expressivo e deveras superior ao simples vício no serviço prestado, caracterizando, pois, o defeito e – *a priori* – a responsabilidade pelo fato do serviço, descrita no artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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

Posicionados os fatos segundo a sistemática do *codex* de proteção ao consumidor, conclui-se que a responsabilidade das empresas prestadoras de serviço de rastreamento pode se dar por vício ou pelo fato do serviço, bastando, para tanto, que se verifique se houve apenas vício, ou este como pressuposto do defeito no serviço prestado. E, conforme doutrina que se reputa como melhor traduzindo os princípios informadores do sistema protetivo ao consumidor criado pela Lei n. 8.078/90, tem-se que, em ambos os casos, a responsabilidade da fornecedora será objetiva. Assim, consoante o pensamento defendido no presente artigo, nada importa que os artigos do Código de Defesa do Consumidor que regulam as hipóteses de vício do produto e serviço não façam menção expressa à responsabilidade objetiva do fornecedor. Optou-se aqui permanência ao lado dos eminentes José de Aguiar Dias, Nelson Nery Júnior, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva e Rui Stoco, dentre outros especialistas, que pugnam por uma exegese sistemática para a supressão da omissão legislativa quanto à espécie de responsabilização pelos vícios do produto ou serviço¹⁵.

Ora, os princípios contidos na Lei de Proteção ao Consumidor, *v.g.*, da vulnerabilidade e da equidade obstam que se responsabilize de forma diversa a ocorrência de vício e defeito no produto ou serviço. Conforme ensinou Rui Stoco:

¹⁵ Ressalve-se, todavia, o entendimento de respeitabilíssima parte da doutrina nacional, entendendo que a hipótese de vício de qualidade ou de quantidade do produto ou do serviço se enquadra na teoria subjetiva, com presunção absoluta de culpa do fornecedor (QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998).

[...] em se tratando de um Estatuto evidentemente protetivo, que busca resguardar a parte mais fraca e com poucos e apoucados meios e recursos para defender-se e, mais do que isso, com imensa dificuldade de comprovar em juízo a culpa da parte mais forte, considerando a natureza e peculiaridades da relação negocial e que fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante são, geralmente, grandes empresas e poderosos conglomerados, com fantástico poder econômico, seria ilógico estabelecer o nível de proteção em razão da espécie de dano que o produto ou serviço possa causar¹⁶.

Portanto, a responsabilidade das prestadoras de serviço de rastreamento, quer pelo fato do serviço, quer por vício do produto, será objetiva, sendo certo que a distinção entre tais categorias é despicienda para fixação de indenitário.

6. CONCLUSÃO

Como visto, a prestação do serviço de rastreamento, conquanto obrigação de meio, se subsume à legislação consumerista, com plena aplicação dos institutos nela previstos. Por tal fundamento, quer pelo vício, quer pelo fato do serviço, a responsabilidade das empresas que prestam serviços de rastreamento será objetiva, prescindindo de culpa.

Outrossim, tem-se que as relações jurídicas originadas pelo contrato de rastreamento, normalmente, já nascem, em tese, com seu instrumento viciado, por conter cláusulas abusivas que buscam transferir o risco da atividade empresarial ao consumidor. E tais vícios se agravam se, no desenvolvimento da relação, se averigua a má prestação do serviço, seja pela ausência de bloqueio, seja de monitoramento ou do envio do suporte, publicitariamente prometido e não enviado.

Desse modo, tem-se que tamanha extensão de descumprimento de preceitos legais deve mesmo refletir na extensão da responsabilidade patrimonial pelos danos suportados pelo consumidor. Portanto, se a empresa rastreadora confecciona instrumento contratual com cláusulas abusivas, se vale de propaganda enganosa para atrair consumidores e, ainda, termina por prestar o serviço de forma deficitária, chegando a ocasionar um acidente de consumo, a conclusão é que deve ser obrigada a reparar todos os danos causados, inclusive o pagamento do valor do veículo objeto do contrato. Mitigar a responsabilidade da fornecedora, desconsiderando-se tais ilícitos contratuais, seria afrontar não somente a legislação consumerista, mas também princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, *e.g.*, a boa-fé objetiva.

¹⁶ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p.

Em suma, a eventual recusa no ressarcimento dos valores devidos não implica apenas descumprimento de deveres contratuais. Redunda, sim, em desobediência contratual e em falta de ética negocial, esta materializada pela propaganda enganosa veiculada, e concretizada pela frustração das expectativas do consumidor e lesão aos seus direitos contratualmente previstos.

Assim, conclui-se que a responsabilidade civil das empresas prestadoras de serviço de rastreamento é objetiva – seja pelo fato, seja pelo vício do produto – não obstante se tratar de obrigação de meio, eis que oriunda de relação de consumo, sendo certo que as empresas fornecedoras somente se desvencilharão de seu dever indenitário se comprovarem o perfeito funcionamento do sistema e o cumprimento de todas as ofertas veiculadas, como corolário do princípio da boa-fé objetiva incidente nas relações negociais.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo & NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 339.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. 142p.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 400p.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 786p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1.029p.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005. 383p.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, n. 456, p. 52-63, São Paulo, junho, 1941.
- LIMA, Alvinho. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 347p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.342p.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 216p.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.949p.