

KÁTIA ROVARIS DE AGOSTINI

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO DE INSEGURANÇA E DE INADEQUAÇÃO DO PRODUTO

Dissertação apresentada como requisito parcial a obtenção de grau de mestre, no programa de Pos-Graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná

Orientador Prof Dr Eduardo de Oliveira Leite

CURITIBA

2009

P/000 287 221

DOACAO/MUFPR-MEMORIA UFPR

Registro No 542 253 Data 21/8/2009

Autor AGOSTINI KÁTIA ROVARIS DE

Titulo RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Preco 40 00

Doador AUTOR

TERMO DE APROVAÇÃO

KATIA ROVARIS DE AGOSTINI

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DISTINÇÃO ENTRE VICIO DE INSEGURANÇA E DE INADEQUAÇÃO DO PRODUTO

Dissertação aprovada como requisito parcial a obtenção de grau de mestre, no programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores

Orientador  Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite

 Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro

 Professor Doutor Clayton Reis

Curitiba, 10 de agosto de 2009

AGRADECIMENTOS

Após a conclusão do presente trabalho, olhando para trás e observando todo o caminho percorrido, não posso deixar de agradecer as pessoas que foram essenciais ao seu desenvolvimento

Inicialmente o meu orientador, Prof Dr Eduardo de Oliveira Leite, que desde a apresentação do projeto de pesquisa sempre me incentivou muito, encorajando no desenvolvimento da presente pesquisa e conferindo informações valiosas para a sua realização

Também não posso deixar de agradecer ao meu marido que, além da paciência e compreensão descomunal que teve comigo durante o tortuoso período de escrita do trabalho, na qualidade de jurista, de grandiosa maestria, procedeu ao debate e revisão de toda a minha pesquisa

Meus pais também são merecedores de inúmeros agradecimentos, inicialmente por terem investido com tanto afinco na minha formação, sem a qual não teria conseguido chegar até aqui, mas também pelas palavras de incentivo e apoio conferidos nos vários momentos de desespero e desânimo

Não posso deixar, ainda, de agradecer aos meus parentes, como meu avô (Chico), meus irmãos (Guilherme e Felipe), além dos meus tios (Rose, Kéia, Vanir, Dina, Maria, Moacir e Lola), primos (Ana, Paulo, Mônica, Serginho, Maria Luiza, Lucas, Rafael, Jose, Sandra, Valentina, Luisa, Gabriela, Alemão e Pedro Henrique), sogra (Lila) e cunhados (Leandro, Lisandra e Chico), que compreenderam as minhas ausências e, quando presente, o cansaço, acompanhado do inevitável mau humor, esse agradecimento é estendido àqueles amigos de verdade (Ise, Felipe, Lezinha, Carol, Alcides, Letícia, Márcio, Moacyr, Tati, Anne, Mayra, Thaís, Cibele, Vanessa, Karin, Pablo e Manoel) que, igualmente, me aturaram

Não posso deixar, também, de agradecer a todos os meus mestres, ilustres professores dessa honrada casa, que inegavelmente são exemplos a serem seguidos

Finalmente, devo agradecer a Deus, que colocou todas essas pessoas maravilhosas em minha vida e abriu-me todas as portas necessárias para hoje estar com o presente trabalho concluído

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA À NOVA TEORIA CONTRATUAL	4
1 1 DO <i>CONTRACTUS ROMANO</i> À TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA	4
1 2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO E O DIRIGISMO CONTRATUAL	10
1 3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NOVA TEORIA CONTRATUAL	14
1 4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSAGRAÇÃO DA NOVA TEORIA CONTRATUAL	17
4 1 Boa-fé	20
4 2 Justiça Contratual	23
1 5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSOLIDAÇÃO DA NOVA TEORIA CONTRATUAL	25
CAPÍTULO 2 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	31
2 1 TUTELA PROTETIVA DO CONSUMIDOR CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	32
2 1 1 Vulnerabilidade do consumidor Desdobramento do mandamento constitucional da isonomia	35
2 1 2 Tutela do Consumidor Capitalismo x princípio da isonomia	38
2 2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	41
2 3 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR	43
2 3 1 Corrente Maximalista	44
2 3 2 Corrente Finalista	48
2 3 3 Corrente Finalista Mitigada	52
2 3 4 Outras correntes tendentes a definir consumidor	55
2 3 5 O novo Código Civil e a consolidação da corrente finalista	56
2 3 6 Tipos de Consumidores	58
2 4 DEFINIÇÃO DE FORNECEDOR	60

2 4 1 Tipos de Fornecedores	64
2 4 1 1 Real	64
2 4 1 2 Aparente	65
2 4 1 3 Presumido	66
2 4 1 4 Comerciante	67
2 5 OBJETO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	68
2 5 1 Produto	68
2 5 2 Serviço	71
2 5 2 1 Formas de remuneração dos serviços	73
2 5 2 2 Serviços prestados pelo Estado	74
2 5 2 3 Serviços de natureza bancária	76
2 6 A INTERAÇÃO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	78
CAPÍTULO 3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR	82
3 1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DO SISTEMA TRADICIONAL AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	83
3 2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	87
3 2 1 O risco como fundamento da responsabilidade objetiva	89
3 2 2 Requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva	91
3 3 TEORIA DA QUALIDADE	97
3 3 1 Periculosidade latente ou inerente	100
3 3 2 Periculosidade adquirida	102
CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE QUALIDADE POR INADEQUAÇÃO	108
4 1 VICIOS REDIBITÓRIOS A ORIGEM DO VÍCIO DE INADEQUAÇÃO	109
4 1 1 Medidas conferidas ao adquirente frente à verificação de vícios redibitórios	112
4 1 2 Diferenciação do instituto dos vícios redibitórios com outros institutos afins	114
4 2 CONCEITO	115

4 3	ELEMENTOS	118
4 4	SUJEITO ATIVO	122
4 5	SUJEITO PASSIVO	124
4 6	REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO	125
4 6 1	Fase preliminar obrigatória	126
4 6 1 1	Prazo para proceder à substituição das partes viciadas	129
4 6 2	Alternativas do consumidor frente a vícios de inadequação	131
4 7	EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE	134
4 8	DECADÊNCIA DO DIREITO DE RECLAMAR POR VÍCIOS DE INADEQUAÇÃO	137
4 8.1	Forma da contagem do prazo decadencial	140
4 8 2	Garantia Legal	144
4 8 3	Obstação da contagem do prazo decadencial	147
	CAPÍTULO 5. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA DO PRODUTO	151
5 1	CONCEITO	152
5 2	SUJEITO ATIVO	157
5 3	SUJEITO PASSIVO	161
5 3 1	Exclusão do comerciante do rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor	162
5 3 2	Situações excepcionais em que o Diploma Consumerista responsabiliza o comerciante por acidente de consumo	165
5 3 3	Os reflexos do artigo 931 do Código Civil sobre a responsabilidade por fato do produto prevista no Diploma Consumerista	168
5 4	REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO	171
5 5	EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE	173
5.5 1	Não colocação do produto no mercado	174
5 5 2	Inexistência do defeito	176
5 5 3	Culpa exclusiva do consumidor	179
5 5 4	Culpa exclusiva de terceiro	182
5 5 5	Caso fortuito e força maior	185
5 5 6	Fato do príncipe	188

5 5 7 Risco do desenvolvimento	190
5 6 PRESCRIÇÃO	192
5 6 1 Contagem do prazo prescricional	194
CAPÍTULO 6 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DE INADEQUAÇÃO E INSEGURANÇA DO PRODUTO	197
6 1 DISTINÇÃO CONCEITUAL	198
6 1 1 Casos práticos que auxiliam na visualização da distinção conceitual	200
6 2 A EXTENSÃO DAS PERDAS E DANOS NOS DOIS INSTITUTOS	204
6 2 1 Casos práticos que auxiliam na visualização da extensão das perdas e danos nos dois institutos	210
6 3 PRAZO PARA AJUIZAMENTO DAS AÇÕES REPARATÓRIAS	214
6 3 1 Ação reparatória decorrente de vício de inadequação	215
6 3 2 Casos práticos que auxiliam na visualização do prazo para ajuizamento das ações reparatórias	224
CONCLUSÃO	228
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	232

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto analisar a responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo, mais especificamente, a distinção entre as duas formas de responsabilização do fornecedor previstas no Diploma Consumerista – responsabilidade por vício de inadequação e responsabilidade por vício de insegurança, cingindo-se à análise da responsabilização do fornecedor por danos causados por produtos viciados ou defeituosos inseridos no mercado de consumo, ou seja, os danos causados por serviços não o integram. Para se chegar ao tema crucial do trabalho, inicialmente, busca-se evidenciar quais os motivos ensejadores da concessão da tutela protetiva ao consumidor, bem como o âmbito de incidência do Diploma Consumerista, para, logo em seguida, analisar a transformação da responsabilidade civil nos tempos, culminando com uma incursão sobre o conceito e os demais elementos necessários a uma adequada compreensão das duas modalidades de responsabilidade em questão. Feito isso, defende-se a possibilidade de um produto inadequado provocar danos que extrapolem o produto, sem que isso o transmude em um produto inseguro. Igualmente, se patrocina o entendimento que diante da ocorrência de danos que exorbitam o produto inadequado, poderá o consumidor, além de pleitear a substituição do produto, o abatimento do preço ou a restituição dos valores pagos (art. 18, § 1º, do CDC), requerer a indenização das perdas e danos sofridas. Contudo, ambas as pretensões devem ser exercidas no prazo decadencial estabelecido no artigo 26 do Diploma Consumerista, dispositivo atrelado a responsabilidade por vício de inadequado, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do prazo quinquenal estabelecido no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, vez que esse está adstrito a responsabilização por vício de insegurança.

ABSTRACT

This paper examines the civil liability of the supplier in consumer relations, more specifically the distinction between two forms of this liability under the Consumer Diploma – liability for unsuitable products and liability for defective products, focusing on the analysis of the supplier's liability for damages caused to unsuitable or defective products inserted into the consumer. In order to reach the central theme of this work, I first recount the basic tenets for providing protection to consumers, as well as the scope of incidence of the Consumer Diploma, then discuss the changes in Brazilian tort law over time, and culminating with some considerations on the concept and other necessary elements for an adequate understanding of the two types of liability in question. Having done this, I argue that an unsuitable product can cause harm beyond the question of an unsafe product. I also argue that when faced with damages transcending inadequacy of the product itself, besides seeking replacement of the product, a price discount or refund of the price paid (art. 18, § 1º of the CDC), the consumer can seek redress for losses and damages. However, all these pretensions must be sought within the statutory limitation periods established in article 26 of the Consumer Diploma, covering liability for inadequate products, instead of the five-year period provided in article 27 of the Consumer Defense Code, which covers liability for unsafe products.

INTRODUÇÃO

Relembrando passagem da obra “A Divina Comédia”, na qual Dante Alighieri proclamava aos que ingressassem na porta do inferno para abandonar qualquer esperança, Anderson Schreiber, ao tratar sobre o estudo da responsabilidade civil, afirma que “não é, de fato, animadora a anárquica variedade de entendimentos e interpretações que permeiam o tratamento judicial do instituto, gerando, não raro, soluções díspares para hipóteses idênticas”¹.

De fato, no âmbito da responsabilidade civil consumerista a ausência de uma maior uniformidade nos entendimentos sobre a responsabilidade por vício de insegurança e por vício de inadequação produz interpretações variadas e antagônicas na doutrina o que, conseqüentemente, conduz a entendimentos múltiplos e contraditórios no dia-a-dia forense.

Diante dessa constatação, visando contribuir para clarear o que ainda parece obscuro, se tentará, no presente trabalho, estabelecer as premissas necessárias para que se entenda o que é a responsabilidade por vício de insegurança e o que é responsabilidade por vício de inadequação dos produtos. Feito isso, objetiva-se distinguir essas duas modalidades.

No intento de proceder a essa individualização, optou-se por dividir o presente trabalho em seis capítulos.

No Capítulo 1, será feita uma análise sobre a evolução na forma da contratação, objetivando demonstrar como isso influenciou na concessão da tutela protetiva ao consumidor. Ou seja, pretende-se clarear as transformações pela qual passou a sociedade, notadamente sob o foco do contrato, as quais culminaram com o surgimento de um novo sujeito de direito – o consumidor – parte mais fraca da relação contratual e que, conseqüentemente, demandava a concessão de tutela protetiva, tutela essa conferida, notadamente, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, por se tratar o Diploma Consumerista verdadeiramente de lei especial, cuja aplicação se restringe às relações de consumo, entendeu-se adequado, no Capítulo 2, delimitar qual é realmente seu âmbito de incidência. Para

¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 03.

tanto, demonstrar-se-á nessa parte do trabalho quais são os elementos que compõe a relação de consumo (notadamente consumidor, fornecedor e objeto), finalizando-se o tópico com uma breve incursão sobre a interação entre o Diploma Consumerista e o Civil².

Delimitado o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que toda a análise procedida no presente trabalho estará circunscrita às relações de consumo, buscar-se-á, no Capítulo 3, examinar a evolução da responsabilidade civil do fornecedor, precipuamente os motivos que culminaram com o abandono, quase absoluto, da forma subjetiva de sua apuração e a consagração da responsabilização objetiva.

Ainda nesse mesmo Capítulo 3, pretende-se apontar quais seriam os requisitos necessários para configuração da forma objetiva de responsabilização do fornecedor, além de ingressar-se na análise quanto à existência (ou não) de permissivo no Diploma Consumerista de comercialização de produtos com perigos normais ou previsíveis (periculosidade latente ou inerente), situação na qual a ocorrência de danos ao consumidor não implicaria na responsabilização do fornecedor.

Feita essa incursão geral sobre a responsabilidade do fornecedor, no Capítulo 4 pretende-se estudar, especificamente, a responsabilização do fornecedor em decorrência de vícios de inadequação do produto, perpassando pelos pontos de maior relevância, como seu conceito; os elementos necessários a sua configuração; a legitimidade para demandar (sujeito ativo) e ser demandado (sujeito passivo); o regime de responsabilização; as eximentes de responsabilidade do fornecedor; e o prazo com que conta o consumidor para demandar o ressarcimento dos prejuízos verificados.

Por sua vez, no Capítulo 5 se buscará enquadrar a responsabilização do fornecedor por vícios de insegurança do produto, percorrendo-se os mesmos pontos trabalhados no Capítulo 4.

Finalmente, no Capítulo 6, tomando-se por base todo o exposto nos Capítulos que o antecederam, buscar-se-á distinguir as duas formas de responsabilização do

² Discussão essa que será de grande valia quando da análise do prazo decadencial para se reclamar por vícios de inadequação e o prescricional para demandar por vício de insegurança.

fornecedor – vício de inadequação *versus* vício de insegurança – bem como as principais consequências decorrentes dessa.

Note-se que essa distinção tem grande interesse prático, pois o equívoco nessa tarefa pode levar o consumidor a ajuizar demanda em face do fornecedor após o prazo estabelecido no Diploma Consumerista ou, até mesmo, o juízo a decretar a decadência da pretensão, quando de fato essa não se verificou.

Para que se atinja o objetivo perseguido nesse capítulo, inicialmente serão cotejados os conceitos³, posteriormente a extensão dos danos ocasionados⁴ e, por derradeiro, o prazo para ajuizamento das ações reparatórias decorrentes de vício de inadequação e de vício de insegurança⁵, sempre se valendo de casos práticos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência para melhor ilustrar as divergências e similaridades dos dois institutos.

É sobre isso que se passa a discorrer, pretendo-se, ao final, contribuir para uma clara distinção entre os dois institutos aqui trabalhados, vício de inadequação e vício de insegurança do produto.

³ Indagando-se, com enfoque, até qual momento pode-se concluir tratar-se de vício de inadequação e a partir de que instante se estará diante de um vício de insegurança.

⁴ Questionando-se, precipuamente, se há a possibilidade no vício de inadequação de ocorrência de perdas e danos que extrapolem o ressarcimento previsto no § 1º, do artigo 18, do Diploma Consumerista (substituição do produto, restituição dos valores pagos e abatimento do preço) ou se nesse caso a situação passa a ser regida pelas regras atinentes ao vício de insegurança.

⁵ Com indagação principal na existência de autonomia ou dependência da ação de indenização decorrente de vícios de inadequação com a ação que busca uma das formas de reparação previstas no § 1º, do artigo 18, do Diploma Consumerista (substituição do produto, restituição dos valores pagos e abatimento do preço) e, em consequência, os prazos que devem ser aplicados para a correspondente propositura.

CAPÍTULO 1 AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO: DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA À “NOVA TEORIA CONTRATUAL”

O ato de contratar é tão simples e corriqueiro, incorporando-se tão facilmente à rotina das pessoas, que, por reiteradas vezes, se firma um contrato sem ao menos se dar conta disso. Ao fazer compra em supermercado, firma-se um contrato (compra e venda), ao abastecer o carro em posto de gasolina, nasce um contrato (compra e venda), ao deixar o carro em estacionamento, fenômeno comum nas grandes cidades, cria-se um contrato (prestação de serviços e depósito). Enfim, em uma série infinita de situações cotidianas, são criados contratos, o que levou a doutrina a denominar esse crescente e, ao que parece, inelutável fenômeno, de “contratualização”⁶.

Entretanto, é interessante advertir que o contrato nem sempre apresentou a roupagem atual. Devido às várias modificações ideológicas, políticas e sociais registradas durante os vários séculos que se seguiram desde o seu surgimento, o contrato, sensível às mudanças introduzidas, alterou-se profundamente, modificando, inclusive, os princípios que lhe davam sustentação.

Devido às mudanças em seu perfil, crê-se adequado, nesse primeiro capítulo, apresentar as modificações do instituto no decorrer dos tempos, objetivando evidenciar em que medida tais mudanças influenciaram na concessão da tutela protetiva ao consumidor. É essa a tarefa que se pretende desenvolver nas seções a seguir.

1.1 DO *CONTRACTUS* ROMANO À TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

É consabido que no direito romano existia a figura jurídica do contrato. Porém, a noção romana de *contractus* muito pouco se assemelhava à noção de contrato estabelecida nos Códigos Modernos. Isso porque “no direito romano o termo, como conotação objetiva, era utilizado para designar certos tipos especiais de *acordo*,

⁶ A expressão é de Enzo Roppo. O autor tem a opinião de que o progresso da contratualização é tão grande que corresponde a “uma linha de tendência historicamente irreversível.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**, p. 21).

reconhecidos como obrigatórios e providos de *actio* (...) discernindo-o (...) de outros acordos, não obrigatórios e nomeados precisamente de *pacta*⁷.

Assim, para o direito romano, existiam duas espécies de ponto de encontro de vontades: as *pactas* e os *contractus*. A *pacta* e o *contractus* poderiam ser vistas como espécies do gênero convenção⁸. A sua principal distinção residia na existência (ou não) de disposição de meios estatais para cobrança (*actio* – direito de ação). Nas *pactas* não se verificavam obrigações cogentes. Ou seja, em caso de descumprimento, o credor não teria meios para exigí-la “judicialmente”, pois o Estado não reconhecia a força obrigatória dessa convenção e, por tal motivo, não punha à disposição do lesado meios estatais para cobrança da obrigação. Em contrapartida, o *contractus*, tendo em vista a observação e verificação de uma série de formalidades (exemplo eram as *stipulatio*⁹), autorizava ao credor a cobrança da obrigação mediante meios estatais. Disso decorre que o *contractus* tinha uma feição puramente objetiva, muito mais ligada ao aspecto formal da convenção do que, propriamente, ao seu aspecto material.

Já no período Justinianeu houve a tentativa de se conceber um embrião de contrato. A ideia central era criar um instrumento que outorgasse eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de relações. Porém, foi somente na Modernidade, com o avanço das civilizações¹⁰, a contribuição do direito canônico e,

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A noção de contrato na história dos pactos**, p. 499.

⁸ Nesse sentido, KHOURI, Paulo. **Direito do Consumidor**, p.24.

⁹ Sobre o formalismo das *stipulatio*, os irmãos Mazeaud pontuam que se apresentava particularmente necessária a presença de ambos os contratantes no momento em que se pronunciavam as palavras solenes. Toda operação jurídica devia estar revestida dessas formalidades, indispensáveis para sua existência. (MAZEAUD, Henri; e outros. **Derecho Civil: Obligaciones**, p. 78).

¹⁰ O avanço das civilizações é bem explanado por Clóvis Bevilacqua: “(...) a sociedade moderna distinguia-se da antiga, principalmente, pela grande parte que nella occupam os contractos. Entre os povos primitivos, accrescenta elle, o individuo cria bem poucos direito e deveres; as regras, a que obedece, surgem das condições, em que nascem ou das ordens dadas pelo chefe da familia, restando pouco espaço para os contractos. O dever de manter a propria palavra é uma conquista mais lenta da civilização’.

Não retrata o trecho, que acaba de ser transcripto, sómente uma situação economica, caracteriza tambem um estado ethico. O collectivismo social, traduzindo-se economicamente, pela comunhão dos haveres, não permittia os pactos individuaes; nem o senso moral havia ainda inclinado os espiritos no sentido de julgar um deshonna o menoscabo pela palavra empenhada.

Os grupos primitivos preferiam tomar aquilo de que necessitavam, a obte-lo por troca. GAIO nos attesta que os romanos consideravam de melhor titulo a propriedade que tomavam dos

principalmente, a influência do pensamento jusnaturalista, que o contrato abandonou definitivamente as premissas objetivas delineadas pelos romanos, passando a se revestir de caráter subjetivo, assentando então suas bases sobre a liberdade e a igualdade, sendo a manifestação de vontade sua maior expressão.

A contribuição do direito canônico¹¹ veio do fato de este apregoar que a vontade era a verdadeira fonte de obrigações, dando assim suma importância ao elemento consenso, encontro de vontades, na formação dos contratos. Por sua vez, o jusnaturalismo defendia a concepção de que o fundamento do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Isso porque, entendiam os jusnaturalistas, se o indivíduo era livre no Estado da Natureza, ou seja, antes da formação do Estado, mesmo sob a égide do Estado, este deveria permanecer livre, nada podendo obrigá-lo, salvo o seu consentimento, a sua vontade¹².

Nasce daí a ideia e um dos princípios básicos da teoria clássica: o princípio do consensualismo. Por esse princípio, bastaria o acordo de vontades para que os contratantes se vinculassem. Pouco importava o conteúdo do contrato e a correlação entre a obrigação e contraprestação assumida. Bastava que a vontade fosse manifestada livremente para que esse tivesse validade. Ou seja, da vontade humana, e não da lei, é que o contrato retirava a sua força.

E foi essa linha de raciocínio ideológico que permeou a noção básica de contrato constante das legislações ordinárias dos Séculos XVII a XIX (dentre elas a acolhida pelo Código Civil brasileiro de 1916). A vontade delimitava o conteúdo do contrato.

inimigos. Mas, esse reinado de luctas continuas não poderia perdurar, indefinidamente, sem que fosse sacrificada a humanidade, foi preciso achar caminhos, por onde se pudesse salvar a sociabilidade, condição essencial para a vida humana. Quem diz vida humana diz, implicitamente, co-existencia social. Entre os diversos factores, que concorreram para esse resultado, occupa o logar saliente o contracto, ou, se preferirem, o commercio, tomada esta palavra em uma accepção mais lata do que a que lhe é commumente assignada de direito.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**, p. 209-210).

¹¹ Sobre a influência do direito canônico na formação da teoria contratual clássica, Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que “Na Idade Média, coube aos canonistas, como relevo a São Tomás de Aquino, desenvolver importante papel doutrinário na seara contratual. Do direito canônico, foi lançado sólido alicerce para, séculos mais tarde, irromper o fortalecimentos da autonomia da vontade. Pregava-se que a palavra, lançada com a consciência, representava obrigação moral, cujo descumprimento se equiparava pecado.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **A proteção no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação**, p. 57).

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A noção de contrato na história dos pactos**, p. 501.

Esse elemento é perfeitamente visualizado na maioria dos conceitos apresentados na doutrina brasileira, tal como se pode notar do escólio de Darcy Bessone, para quem o contrato poderia ser definido como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”¹³. Não diferentemente, Washington de Barros Monteiro para quem o contrato é “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”¹⁴.

Como visto, a vontade era predominante para a validade e perfeita eficácia do contrato, donde exsurge o princípio da autonomia da vontade.

A ideia do princípio da autonomia da vontade, dentro daquele contexto histórico e político, é bem explanada por Pietro Perlingieri, que afirma que “tradicionalmente, (...) ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”¹⁵.

Assim, se o contrato havia sido desejado pelas partes, resultando da livre apreciação das condições e dos respectivos interesses envolvidos, concluía-se que, teoricamente, o contrato era justo, pois o equilíbrio das prestações se presumia.

Dessa premissa, decorria outro dogma largamente difundido por várias décadas, o de que “o contrato faz lei entre as partes”¹⁶. Uma vez realizado o encontro de vontades, aperfeiçoado por meio da conclusão do contrato, estariam as partes contratantes plenamente vinculadas às condições ali expostas e esse contrato deveria ser plenamente respeitado. Não se admitia, em qualquer hipótese, a intervenção estatal.

Estava-se diante do dogma da força obrigatória dos contratos, cujo pensamento da época é apresentado nas palavras de Orlando Gomes:

¹³ BESSONE, Darcy. **Do Contrato**, p. 17.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, p. 05.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, p. 17.

¹⁶ Esse dogma se justificaria em razão de que: “A liberdade, (...), tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições, no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**, p. 34).

O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de *revisão* pelo juiz, ou de libertação por ato seu¹⁷.

Conclui-se, então, que os princípios contratuais clássicos resumiam-se em três: **(i)** consensualismo, pelo qual bastaria o encontro de vontade dos contratantes para que o contrato fosse perfeitamente realizado; **(ii)** autonomia da vontade, a qual garantia a liberdade de contratar do cidadão, ou seja, a faculdade do indivíduo de escolher as relações e a forma como as relações deveriam se perfectibilizar; e **(iii)** força obrigatória, que dava “força de lei” ao contrato, não se admitindo, em qualquer hipótese, o descumprimento da obrigação. O contrato, por esse princípio, era visualizado como uma realidade intangível.

Não se pode esquecer, entretanto, que essa concepção (teoria contratual clássica) foi desenvolvida sob os ideários franco-burgueses (liberdade e igualdade), cujas perspectiva ideológica e formação política eram eminentemente patrimonialistas e individualistas, servindo de fundamento para assegurar a passagem e ascensão de uma nova classe que emergia¹⁸, a burguesia, e garantir um novo modelo econômico que surgia, qual seja, o modo de produção capitalista.

Observe-se, inclusive, que a igualdade propugnada pela teoria contratual clássica era uma igualmente meramente formal, que não perquiria a real situação das partes no momento da contratação. Assim, partindo do pressuposto de que as partes eram iguais¹⁹ e que em decorrência dessa igualdade manifestariam livremente a sua vontade, objetivando cada uma, individualmente, a obtenção do

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 38.

¹⁸ Ressalte-se, nessa oportunidade, o reconhecimento pela doutrina de que em determinadas épocas as legislações são atingidas pelos ideários políticos, sociológicos e econômicos da sociedade diante da qual estão inseridas, revelando-se, desta feita, em verdadeiras legitimadoras dos anseios daquela comunidade ou nação, do que é exemplo ROPPO, Enzo. **O Contrato**, p. 27-28.

¹⁹ Sobre a igualdade sob a égide do liberalismo, João Calvão da Silva assevera que por se entender que todos os homens era iguais, que estavam em pé de igualdade no mercado concorrencial, em nome do princípio da igualdade, se obstava a concessão de tutela protetiva a qualquer das partes, ignorando-se a sua efetiva desigualdade, que acabava por viciar a vontade da parte mais fraca. (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 20).

resultado patrimonial desejado, deixava-se ao seu livre arbítrio o estabelecimento das diretrizes do contrato.

Essa visão patrimonialista e individualista em que estava calcada a teoria contratual clássica é bem elucidada por Gustavo Tepedino:

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas²⁰.

Contudo, com o advento da Revolução Industrial e a crescente massificação das relações contratuais, o contrato perdeu gradativamente a sua característica mais marcante, qual seja: a de os contratantes discutirem livremente as suas cláusulas, estipulando as suas obrigações e os demais aspectos necessários à perfeita consecução.

As modificações nas relações contratuais sofridas pela Revolução Industrial são bem expostas por Antonio Herman Vasconcellos e Benjamin nesta passagem:

A revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a contratação individual pela coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem qualquer negociação prévia, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impresos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo de transformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada. Mas o fenômeno trouxe, igualmente, perigos para os consumidores que aderem globalmente ao contrato, sem conhecer todas as cláusulas²¹.

Verifica-se, então, que após a Revolução Industrial os contratos passaram a assumir uma postura massificada, na qual não persistia a negociação, ao contrário, cláusulas pré-estabelecidas pela parte mais forte da relação eram simplesmente impostas à parte mais fraca.

Desse fato, tendo em vista que o elemento vontade perdia gradativamente seu espaço de figura central na formação dos contratos, a ciência jurídica viu-se impelida a realizar certa releitura dos princípios contratuais até então apresentados.

²⁰ TEPEDINI, Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual, p. 201.

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Em MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação da obra científica **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 08-09.

Para tanto se entendeu adequado autorizar a intervenção do Estado em certos tipos contratuais, impulsionando-se uma nova visão principiológica para o contrato.

Verifica-se, então, que em face das alterações substanciais sofridas no modo de contratação, que passou a se dar de forma massificada, o direito tradicional mostrou-se inadequado à proteção da parte mais fraca da relação, vez que a perspectiva liberal, calcada na autonomia da vontade, na liberdade contratual e na força obrigatória do contrato, não estava mais apta a regular este mercado impessoal, que em vez “de dois sujeitos livres e iguais a pugnarem por relações contratuais equilibradas”²² apresentava, “agora, dois *partenaires* de desigual estatuto económico, social, cultural, formativo e informativo”²³.

Diante desse fato, viu-se necessária a autorização de intervenção do Estado nos contratos, objetivando com isso o seu equilíbrio.

1.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO E O DIRIGISMO CONTRATUAL

Como se viu no tópico anterior, na imagem tradicional, o contrato traduz-se em um acordo de vontades que derivaria de uma discussão entre partes igualmente livres. Ambas as partes intervêm, mais ou menos, na efetiva elaboração do conteúdo do contrato.

Porém, com a mudança e evolução da sociedade, novo fenômeno social surgiu, atingindo em cheio o instituto do contrato. Trata-se do fenômeno de contratação em massa.

Devido à Revolução Industrial e diante do avanço tecnológico e econômico, gradativamente, mostrou-se necessário (economicamente rentável) às empresas desenvolverem técnicas que facilitassem a circulação dos bens de consumo. Não era mais desejável para os detentores do capital a demora na discussão de cláusulas, com a inconveniente demora proveniente de divergências suscitadas pela outra parte contratante. Por isso, desenvolveu-se a técnica de se elaborarem contratos padrão, com cláusulas previamente dispostas, uniformes em seu conteúdo

²² SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 37.

²³ SILVA, João Calvão da. *Obra Citada*, p. 38.

e aplicáveis a uma série indefinida de situações, de sorte que as pessoas que com o predisponente quisessem contratar ficariam adstritas a uma aceitação ou rejeição pura e simples do bloco contratual, sem qualquer alternativa de debate²⁴.

Explica o fenômeno da contratação em massa João de Matos Antunes Varela:

À medida, porém, que o poder econômico dos grupos se foi fortalecendo com o desenvolvimento do capitalismo, a actividade das empresas se foi diversificando e a oferta dos produtos *em massa* se foi alargando, começaram a surgir e a multiplicar-se no comércio jurídico os casos em que a *lex contractus* é praticamente elaborada por um dos contraentes, sem nenhum debate prévio acerca do seu conteúdo.

Ao outro contraente fica apenas, na prática, a liberdade (tantas vezes bastante precária) de aceitar ou não o contrato que lhe é facultado, mas não o de *discutir* a substância das soluções nele firmadas.

Ao tipo de contratos assim forjados, bem próprios das sociedades de consumo e bem distanciados do modelo clássico da época liberal, é que na doutrina e na prática dos países latinos se começou a partir de certa altura a dar o nome sugestivo de *contratos de adesão*²⁵.

No mesmo sentido apontam os irmãos Mazeaud²⁶, acentuando que o fenômeno das contratações em massa dividiu os contratos em duas categorias: de um lado, aqueles em que prevalece a vontade perfeitamente esclarecida e livre das partes e, de outro lado, aqueles em que o consentimento é viciado (contratos de adesão), vez que em decorrência da capacidade econômica ou do conhecimento dos negócios, uma das partes da relação dita suas regras à parte adversa, manifestamente mais fraca, que se vê compelida a ceder, diante da necessidade de contratar.

Com a constante diminuição da discussão das cláusulas contratuais e tendo em vista a verdadeira imposição de certas cláusulas por uma das partes contratantes, verificou-se que o resultado, em muitos casos, era a desproporcionalidade das prestações.

Diante dessa realidade, não era mais aceitável que o contrato se mostrasse intangível, inabalável. Era necessária a intervenção do Estado.

Cientes dessa situação, os legisladores, capitaneados pela doutrina, desenvolveram a ideia de que o contrato, em certos casos, deveria obedecer a determinadas disposições, não ficando à inteira mercê da vontade exclusiva das

²⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, p. 202.

²⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, p. 252.

²⁶ MAZEAUD, Henri; e outros. **Derecho Civil**, p. 107.

partes. Deveria haver a mínima previsão de igualdade dos contratantes em determinadas avenças, mitigando-se, caso fosse necessário, o rigorismo da intangibilidade dos contratos. Autorizou-se, assim, em caso de abusos, a intervenção do Estado para recompor o equilíbrio das prestações. Convencionou-se chamar esse fenômeno de *dirigismo contratual*.

Pelo dirigismo contratual, ao Estado era lícito intervir em certas relações onde dominava a desigualdade das partes contratantes, protegendo os interesses do contratante mais fraco, reequilibrando a relação contratual. O conteúdo do contrato deveria obedecer a certas cláusulas e limites, cuja inobservância acarretaria a declaração de nulidade da avença.

Foi o início de uma reforma dos conceitos clássicos do contrato em seus moldes oitocentistas, como revelam as palavras de Miguel Reale:

Outro exemplo da mudança verificada na compreensão do contrato é a faculdade conferida ao Estado para, através da lei, interferir em certos tipos de relações contratuais, toda vez que fique comprovado o risco de ficarem os pactos à mercê dos economicamente mais fortes. Trata-se, como se vê, do chamado *dirigismo contratual*, ou da *publicização do contrato*, a cujo respeito os juristas franceses estabeleceram princípios universalmente aceitos, tais como os contidos em obras consideradas clássicas, como, por exemplo, de Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, sobretudo pp. 130 e ss.; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, pp. 130 e ss., e 165 e ss.; Josserand: “Le contrat dirigé”, em *Dalloz hebdomadaire*, 1933, pp. 89 e ss.; *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contrat et le contrat légal*, 1940, pp. 5 e ss., e Savatier: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, 1952, especialmente pp. 19 e ss.²⁷.

Observa-se, então, que, pelo dirigismo contratual, tornou-se lícito ao Estado intervir nas relações em que a desigualdade imperava, objetivando com isso equilibrá-las.

Não se passa de modo diverso no direito lusitano, como revela o jurista Mário Júlio Almeida Costa, destacando que a “regra da livre conformação dos contratos conhece restrições”²⁸ e que essa restrição encontra-se mais precisamente na lei, que limita a liberdade de disposição do conteúdo contratual, objetivando “a tutela dos interesses das partes – nomeadamente a correcção e a justiça substancial nas suas relações -, ao lado de valores colectivos – como sejam a salvaguarda de

²⁷ REALE, Miguel. **Temas de Direito Positivo**, p. 16-17.

²⁸ COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**, p. 218.

princípios de ordem pública e da facilidade e segurança do comércio jurídico”²⁹. Isso porque, o direito moderno clama por uma teoria contratual calcada em preceitos éticos e sociais, pelo que se faz imprescindível o intervencionismo estatal “em particular nos contratos que vão participando do chamado direito social, de que representam exemplos expressivos as relações de trabalho e as de arrendamento rural e urbano”³⁰.

Note-se que a justificativa do *dirigismo contratual* encontrava-se no fato de o Estado não poder ficar inerte e assistir passivamente a concepção de verdadeiras cláusulas “anômalas”, as quais permitiam que abusos fossem cometidos por algumas pessoas, ou grupos econômicos, em detrimento de certas camadas da sociedade. Aceitar tal situação, além de criar “injustiça contratual”, ofenderia e desrespeitaria, inclusive, a ordem pública e a sociabilidade³¹.

Dessa forma, gradativamente, o Estado passou a limitar alguns tipos de contratos, editando, inclusive, leis especiais no intuito de discipliná-los, objetivando garantir igualdade material entre os contratantes. Exemplos claros dessa intervenção estatal são visualizados na Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias; na Lei 4.886/65, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos; na Lei 5.741/71, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação; além da Lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

A intervenção estatal se mostra mais revigorada ainda com o advento da Constituição Federal de 1988.

²⁹ COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**, p. 218.

³⁰ COSTA, Mário Júlio Almeida. Obra Citada, mesma página.

³¹ A sociabilidade é assim expressa nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: “O Estado social, sob o ponto de vista do Direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**, p.187).

1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NOVA TEORIA CONTRATUAL

Pode-se afirmar que com o advento da Constituição Federal de 1988 a idéia de sociabilidade, que impulsionou o surgimento do dirigismo contratual anteriormente mencionado, ganhou força, vez que esta assegurou a garantia de direitos individuais e coletivos aos cidadãos brasileiros, promovendo grande avanço na implantação de um Estado mais social.

Nesse diapasão e tendo em vista as diretrizes indicadas pelo legislador constituinte de 1988³², era imperioso adaptar as leis ordinárias do país às diferentes situações econômicas, sociais e políticas existentes.

De encontro à tendência mundial, deixando de lado aquela visão arcaica de que o Direito Civil é o que está no Código, iniciou-se verdadeira releitura dos institutos sob a ótica civil-constitucional. Até porque seria inadmissível, e até contraditório, que as relações civis pudessem ultrapassar os fundamentos estabelecidos pela Constituição do país.

Dessa forma, fez-se necessária verdadeira reflexão e subsunção dos princípios civis aos princípios constitucionais expostos na Constituição Federal de 1988. Diante dessa releitura do sistema do Código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais, ocorreu o que se convencionou chamar de “publicização” ou “socialização” do direito civil.

Como explica Gustavo Tepedino³³, com a publicização do Direito Civil, o Código Civil perdeu a sua hegemonia, pelo que o intérprete passa, necessariamente, a ter que adequar as suas decisões aos princípios constitucionais, fato que confere maior uniformidade as decisões proferidas e até mesmo ao ordenamento jurídico como um todo.

Em face da publicização do Direito Civil, ou seja, diante da releitura do Direito Civil, com base nos princípios constitucionais, os princípios clássicos do contrato sofreram alterações, mais precisamente restrições de ordem social.

³² Segundo aponta Miguel Reale pode-se afirmar que o Brasil, com a Constituição Federal de 1988 “atinge o mais alto grau de constitucionalização do Direito Civil.” (REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, p. 262.

³³ TEPEDINO, Gustavo. **As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**, p.205-206.

Evidenciando a releitura dos princípios contratuais clássicos, notadamente o princípio da autonomia da vontade, Giovanni Ettore Nanni³⁴ esclarece que a partir da Constituição Federal de 1988 a vontade dos indivíduos passou a sofrer interferência no que se refere aos negócios jurídicos. Isso porque não se apresentava mais lícita a manutenção do individualismo que marcou o Direito Civil tradicional, sendo necessária a adequação do negócio jurídico aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: a construção de um sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), com fundamento na cidadania (art. 1º, II, da CF), na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF).

Observe-se que os principais fundamentos para a releitura da autonomia da vontade, bem como dos demais princípios da teoria clássica, encontram-se no objetivo fundamental de justiça e no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Sob essa perspectiva, visualiza-se perfeitamente a possibilidade de maior interferência do Estado nas relações contratuais (dirigismo contratual) e, conseqüentemente, o afloramento de uma nova teoria contratual, calcada na equidade, na justiça contratual.

Essa nova visão contratual, que pretende a realização da justiça e do equilíbrio nas relações jurídicas, é perfeitamente explorada por Cláudia Lima Marques³⁵, que aponta a equidade (justiça) e a boa-fé como pontos centrais da relação, deixando de lado a vontade individual, que nas relações massificadas, notadamente nas de consumo, conduzia, invariavelmente, à supremacia de uma das partes e, conseqüentemente, à injustiça contratual.

Essa mudança de paradigma, voltada à proteção da parte mais fraca da relação, é também evidenciada por Thierry Bourgain:

Quanto ao mercado liberal, lugar teórico do encontro entre oferta e procura, é repleto de uma série de imperfeições que vem reforçar o desequilíbrio inerente à função de consumo, no

³⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, p. 165.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 154-155.

plano notadamente da informação dos consumidores, do poder de negociação e da representação de seus interesses face aos outros grupos econômicos presentes. Uma política voltada à promoção dos interesses dos consumidores procurará então reduzir o desequilíbrio nas relações de forças assim constatada pelo estabelecimento de um contra poder efetivo ou um *countervailing power* suscetível de organizar e representar os interesses coletivos dos consumidores com o objetivo de opor estes àqueles dos produtores³⁶.

Visando então proteger os contratantes mais impotentes na relação jurídica e melhor atender as exigências dessa “nova” sociedade e os anseios do chamado Estado Social, era necessária a adaptação dos princípios contratuais até então dispostos, tomando-se por base, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva³⁷ e da equivalência material do contrato (ou justiça contratual)³⁸.

Relevante relembrar que os princípios da teoria contratual clássica não foram afastados, mas, sim, relativizados e adaptados para atender aos anseios da sociedade hodierna³⁹.

Assim, visando proporcionar igualdade material e justiça contratual e tendo em vista que a tendência econômica mundial era nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro precisava disciplinar e regular esse novo tipo de contratação, sempre visualizando a “sociabilidade” desejada. Surgem, então, novas leis dispostas a disciplinar essas novas relações, com grande destaque à Lei 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor.

³⁶ BOURGAINÉ, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor**, p. 20.

³⁷ Os princípios constitucionais que nortearam a releitura dos princípios contratuais clássicos são expostos por MATTIETTO, Leonardo de Andrade. **O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais**, p. 31.

³⁸ O princípio da equivalência material das prestações, chamado também de justiça contratual, apresenta segundo a doutrina mais dois subprincípios: o da proteção ao vulnerável e da proteção genérica do devedor. Nesse sentido, FIUZA, César. **Novo Direito Civil**, p. 373-374.

³⁹ Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que: “Os princípios sociais dos contratos não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio da pacta sunt servanda (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontade livres, reconhecida e atribuída pelo Direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e conteúdo.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**, p. 189)

1.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSAGRAÇÃO DA NOVA TEORIA CONTRATUAL

Como se observa da perspectiva histórica apresentada, diante da alteração da sociedade moderna, que deixou os consumidores desprotegidos dentro do mercado de consumo massificado, tornou-se necessário que o legislador brasileiro encontrasse uma forma satisfatória de tutelar os interesses desse novo sujeito de direito.

Assim, para garantir os princípios arrolados na seção antecedente, o legislador constituinte de 1988 expressamente dispôs que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, inciso XXXII), bem como que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor” (artigo 170, inciso V, da CF).

Por sua vez, o constituinte brasileiro, como aponta Bruno Nubens Barbosa Miragem⁴⁰, sabedor de que os direitos humanos (como o é o direito do consumidor) somente se efetivam mediante normas de direito positivo, no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessas diretrizes, pode-se proclamar que surgia, naquele momento histórico, verdadeiro ponto de partida para uma “revolução” nas relações envolvendo consumidores e fornecedores.

Sob a regência de comissão presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, houve a elaboração do projeto 1.955/89⁴¹, o qual resultou, outrossim, na Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, cuja função primordial consiste na proteção do sujeito de direito consumidor em decorrência das mais variadas atitudes lesivas adotadas pelo fornecedor.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito**, p. 112.

⁴¹ Ressalte-se que projetos anteriores já haviam sido propostos, mas este foi o último e que redundou na Lei 8.078/90.

Justificava-se a sua aprovação não só pelo mandamento constitucional, mas, especialmente, pela necessidade da tutela legal do consumidor, pois, “no começo do Século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção (que) pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens”⁴², pelo que não é mais o cliente que se dirige ao produto de acordo com as suas necessidades, mas, sim, “é o produto padronizado e em série que, publicitado, propagandeado e exaltado, vai ao encontro do cliente anônimo, desindividualizado, massificado e tipificado”⁴³.

Então, na linha de uma tendência reformista que pregava a necessidade de descodificação das legislações, pois se entendia que a codificação se revelava estática e sem mobilidade para acompanhar os reclamos da vida moderna⁴⁴, surge o Código de Defesa do Consumidor, estatuto idealizado na forma de um microsistema⁴⁵, ou seja, lei especial, tendente a regular exclusivamente as relações de consumo, valendo-se para tanto de princípios que lhe são próprios⁴⁶.

O primeiro traço importante a ser destacado é que essa Lei, conforme disposição expressa do artigo 1º⁴⁷, trata-se de norma de ordem pública.

⁴² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 70.

⁴³ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 20.

⁴⁴ Esta corrente alvitava “a regulamentação das relações jurídicas por intermédio de microsistemas, que seriam próprios para aquela situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno” (NERY JR., Nelson. Em GRINOVER, Ada Pellegrini; e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 431).

⁴⁵ Nesse sentido, FILOMENO, José Geraldo Brito. Em GRINOVER, Ada Pellegrini; e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 19-20.

⁴⁶ Nesse momento, importante se faz a ressalva feita por Gustavo Tepedino ao criticar a visão de microsistema idealizada por Natalino Irti e acompanhada pela maioria dos doutrinadores nacionais, pela qual o microsistema seria “auto-suficiente do ponto de vista hermenêutico, já que cada estatuto traz normalmente os próprios princípios interpretativos”, vez que mesmo diante da especialidade destes microsistemas e até mesmo intenção de completude, estão subordinados à Constituição Federal “cujos princípios fundamentais não de ter precedência na atividade interpretativa sobre quaisquer outros, (...)” (TEPEDINO, Gustavo. **As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**, p. 209-210).

⁴⁷ Dispõe o artigo 1º do CDC: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Conforme aponta Adriano Perácio de Paula⁴⁸ para que a norma tenha caráter de ordem pública, não basta que assim a lei o preveja, é essencial que ela seja uma “norma de *sobredireito*”, que se sobreponha às demais normas de mesma hierarquia, como o são as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, vez que decorrentes de mandamento constitucionais, caracterizando-se como direito humano fundamental⁴⁹.

Em face dessa característica, ou seja, por se tratar de norma de ordem pública, as normas constantes no Diploma Consumerista apresentam-se cogentes, obrigatórias, pelo que não podem ser derogadas pela vontade das partes. Desse modo, qualquer disposição contratual firmada em desacordo com o previsto no Código de Defesa do Consumidor, mesmo que resultante da livre manifestação das partes envolvidas (consumidor e fornecedor), será considerada nula⁵⁰.

Note-se que o caráter de norma de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor está diretamente ligado ao Estado Social instituído pela Constituição Federal de 1988, no qual não mais prevalece a vontade individualmente considerada, mas, sim, a necessidade de proteção prioritária de um grupo social, no presente caso, os consumidores⁵¹.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar que o Diploma Consumerista é lei principiológica, cujos princípios serão aplicados a todos os setores das relações de consumo, servindo como norte para a sua interpretação. Os princípios mais importantes do Código de Defesa do Consumidor encontram-se no artigo 4º e 6º do referido Diploma.

⁴⁸ PAULA, Adriano Perácio de. **O consumidor equiparado e o processo civil**, p. 114-115.

⁴⁹ Nesse momento importante se faz a abertura de um parêntese. A doutrina majoritária reputa do Direito do Consumidor como direito fundamental, do que é exemplo o escólio de: MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito**, p. 126-127. Entretanto, existem algumas vozes dissonantes, como Fábio Konder Comparato que aponta que “a declaração constitucional constante do art. 5.º, XXXII, segundo a qual ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’, não configura a criação de um direito subjetivo fundamental, pois não cria nenhuma pretensão do particular contra o Poder Público.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção ao consumidor na Constituição de 1988**, p. 74).

⁵⁰ Nesse sentido, ALVIM, Arruda. Em ALVIM, Arruda e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p.11.

⁵¹ Sobre este assunto leciona: MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 53.

Dentre os princípios que verdadeiramente “revolucionaram” os conceitos e as relações consumeristas, encontra-se o princípio da boa-fé, o qual tem respaldo na Constituição Federal e no *caput* e inciso III do artigo 4º e no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, bem como o princípio da justiça contratual, que encontra substrato legal no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, princípios estes que, por sua importância, passam a ser mais bem explorados.

1.4.1 Boa-fé

A boa-fé é um cânone a ser observado fielmente nas relações obrigacionais em geral. Ela já aparecia no mundo romano, cuja expressão permanece hodiernamente através da locução *bonas fides*. Inclusive, há o registro histórico de que tal princípio já havia sido assinalado na Lei das XII Tábuas pelo adágio *patronus si clienti fraudem federit, sacer esto*⁵². Igualmente, o Código Civil brasileiro de 1916 fazia menção a tal princípio, mas concebeu-o somente em sua vertente subjetiva. Não é à toa que a ideia de boa-fé estava intimamente relacionada às questões possessórias em geral, pelas quais o princípio seria o delimitador e um dos principais elementos capazes de solucionar eventuais indenizações por benfeitorias realizadas no imóvel, bem como frutos recebidos⁵³.

Contudo, com o advento da *standardização* das relações de consumo e, visando o equilíbrio destas, era necessário implantar este princípio de forma mais clara, de tal modo que obrigasse os contratantes a agirem segundo uma linha de conduta esperada.

Dessa forma, o legislador consumerista, seguindo os passos da doutrina e legislação estrangeiras⁵⁴, inseriu no Código de Defesa do Consumidor o princípio da boa-fé objetiva, o qual, nas palavras de Cláudia Lima Marques é: “um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação do homem médio, do

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 111.

⁵³ Arts. 491, 510, 511, 513, 514, 515, 516, 517, 518 e 519, dentre outros do Código Civil de 1916.

⁵⁴ Em especial dos países do *commow law* e do Código Alemão.

bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”⁵⁵, pelo que o “jugador valora a atuação, decidindo se esta ultrapassou ou não a razoabilidade, os limites impostos por esta boa-fé objetiva qualificada, que é a de consumo”⁵⁶.

Mas não se deve esquecer de realizar a necessária ressalva da distinção entre boa-fé objetiva, inserida no Código de Defesa do Consumidor, e a boa-fé subjetiva, prevista em algumas passagens da codificação civil de 1916.

A boa-fé subjetiva está ligada a questões psicológicas dos próprios contratantes que, por fatores diversos, acreditam estar agindo adequadamente, ou seja, sem lesar direito alheio. Aqui, então, irá se valorar a intenção dos contratantes, sem comparativos com a conduta padrão, verificada em situações similares, por outros contratantes.

A boa-fé objetiva, por sua vez, é regra de conduta geral, constituindo-se em um modelo pré-estabelecido, um modelo fundado na postura do homem médio. Ou seja, na boa-fé subjetiva buscar-se-á verificar a intenção das partes na concretização do ato; já na boa-fé objetiva, este caráter pessoal é secundário, fazendo-se a análise com base em um senso médio de conduta, de lealdade, de retidão. Desse modo, constatando-se que a conduta dos contratantes não está de acordo com a conduta padrão verificada em relações similares por outros contratantes, presente estará a má-fé.

Observe-se que a boa-fé objetiva implica a adoção de conduta honesta, reta, leal e, principalmente, preocupada nos interesses do outro contratante, que deve ser visto como membro do conjunto social e que, conseqüentemente, tem seus interesses juridicamente tutelados⁵⁷.

Apesar de a boa-fé objetiva se atrelar à idéia de modelo, de *standard*, imprescindível se faz destacar que ela não se traduz em uma única regra geral, que será aplicada a uma série indistinta de relações, mas sim em vários modelos,

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p.149-150.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Obra Citada*, p. 150.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado**, p. 411-413.

específicos para cada relação. Trata-se, pois, do padrão médio observado em cada uma das relações jurídicas verificadas.

Assim, em apertada síntese, a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal.

Afirma Fernando Noronha⁵⁸ que enquanto a boa-fé subjetiva é um *estado*, a boa-fé objetiva pode ser vista como uma *regra de conduta*, um *dever*, dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. No entanto, caso qualquer deles não obedeça ao princípio acima mencionado, as consequências poderão gerar desde a anulação do negócio jurídico realizado até ao pagamento de eventuais perdas e danos sofridas.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, como adverte Paulo Khouri, que o “CDC não abdicou da boa-fé subjetiva na contratação. Esta continua com seu espaço, e é essencial na formação do vínculo, sob pena de nulidade”⁵⁹. Contudo, “o CDC consagra, como princípio basilar das relações de consumo, a boa-fé objetiva. O contratante estará violando a boa-fé, mesmo quando proceda, no contrato, sem nenhum estado de ânimo ou intenção de prejudicar o outro”⁶⁰. Isso porque, como já explicado, na boa-fé objetiva não será perquirida a intenção do contratante e, sim, o seu desvio do ideal, do padrão de conduta calcado na lealdade.

Não obstante a importância do princípio da boa-fé, segundo o que doutrina Fernando Noronha, este “é uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual”⁶¹.

⁵⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, p. 136.

⁵⁹ KHOURI, Paulo, **Direito do Consumidor**, p.66.

⁶⁰ KHOURI, Paulo, *Obra Citada*, mesma página.

⁶¹ NORONHA, Fernando. *Obra Citada*, p. 218.

1.4.2 Justiça Contratual

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III, também traz esculpido o princípio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, a “imposição do princípio do equilíbrio contratual e do princípio da boa-fé, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não se refere a duas realidades distintas e distantes uma da outra. Uma e outra são aspectos de uma só preocupação: a de fazer imperar nas relações de consumo um **contrato justo**”⁶².

É certo que antes de definir o princípio da justiça contratual é forçoso mencionar que dito princípio decorre de outro princípio que norteia o sistema jurídico em geral, qual seja, a justiça (art. 3º, inciso I, da CF).

Historicamente, Ulpiano definiu a justiça como *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ou seja, justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu.

Apesar das dificuldades na conceituação de justiça, principalmente por seu caráter subjetivo, os estudiosos que se debruçaram sobre ela, de modo geral, associaram-na a uma visão de igualdade, de equidade, de forma que ninguém receba tratamento diferenciado, salvo se a situação assim o exija, como é o caso apresentado nas relações de consumo, que se revestem da presente máxima: “tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades”.

No que toca especificamente ao princípio da justiça contratual, sua conceituação é apresentada por Fernando Noronha como a “relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”⁶³ Ou seja, “a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual”⁶⁴.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**, p. 24.

⁶³ NORONHA, Fernando. **Direito dos Contratos e seis Principais Fundamentos**, p. 214-215.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Obra Citada, mesma página.

No entanto, apesar de já perfeitamente conceituado, é necessário revelar algumas peculiaridades relativas a mencionado princípio.

Na linha de ensinamento de Fernando Noronha, interessante se faz distinguir dois tipos de justiça contratual, quais sejam: a *justiça formal* e a *justiça substancial* ou *material*.

Por justiça formal visualiza-se aquela na qual a preocupação se encontra em assegurar às partes a igualdade no processo de contratação, ou seja, que ambas as partes tenham liberdade em contratar, podendo dirigir livremente seus interesses no sentido de contratar ou não. A justiça formal é a base da teoria contratual clássica, que, como já visto, não se apresenta mais suficiente para regular as relações massificadas atualmente existentes, nas quais a desigualdade entre os contratantes é ululante.

Por sua vez, a justiça substancial não se preocupa somente com a liberdade no momento da contratação, vai mais além, e determina o equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes, coadunando-se com o atual Estado Social.

Conclui-se, então, que para a justiça formal basta que os contratantes estejam em posição igualitária no momento de contratar, já para justiça substancial, ou material, faz-se imprescindível a equivalência entre prestação e contraprestação, afastando o enriquecimento indevido de uma das partes em detrimento do sacrifício da outra.

Assim é lícito afirmar que a justiça substancial é mais apropriada para definir o princípio da justiça contratual, pois diferentemente da justiça formal dos contratantes, onde basta a equivalência de “poderes” das partes no momento da conclusão do contrato, na justiça substancial deve haver, além dessa equivalência, ou mesmo na sua ausência, a equivalência da prestação e da contraprestação assumidas, para que nenhuma das partes tire proveito em detrimento da outra. O que vale afirmar, por derradeiro, que a justiça substancial, devido a sua maior abrangência, abarca a justiça formal.

É claro que em um sistema capitalista o objetivo pretendido pelo fornecedor é o lucro, sem o qual este perderia sentido⁶⁵. Entretanto, o que não pode acontecer é

⁶⁵ Nesse sentido a seguinte passagem do voto da Ministra Nancy Andrighi “A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 803.481, relatora

que esse lucro advenha de sacrifício desmesurado da contraparte, porque, caso isso fosse admitido, estar-se-ia diante de verdadeira injustiça.

Nesse diapasão, é que se aponta a importância do Código de Defesa do Consumidor, o qual reconhece a vulnerabilidade do consumidor e concede-lhe tutela protetiva com o intuito de igualá-lo ao fornecedor, visando, com isso, atingir a almejada justiça contratual.

Tem-se, então, que com o advento do Código de Defesa do Consumidor não mais impera a vontade individual nas relações massificadas de consumo, típicas da sociedade capitalista. Isso porque a vontade individual invariavelmente condicionava o consumidor a anuir com contratos que não lhe eram benéficos. Assim, pela nova lógica, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, o contrato deve se atrelar a uma “concepção social, em relação à qual não só o momento da manifestação de vontade importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta na procura do equilíbrio contratual na sociedade econômica moderna, considerando a condição social e econômica dos contratantes”⁶⁶.

Então, como visualizado, o modelo clássico de contrato não fazia mais jus às mudanças econômicas, políticas e sociais do Século XX, sendo *imperiosa* a sua revisão, necessidade de revisão o que acabou por fazer com que o legislador constituinte de 88 determinasse a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

1.5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSOLIDAÇÃO DA NOVA TEORIA CONTRATUAL

Como já visto, o Código de Defesa do Consumidor coroou a nova teoria contratual, afastando a visão clássica, de cunho meramente individual, e conferindo um conceito social aos contratos, objetivando com isso dar suporte à nova forma de contratação, a contratação em massa.

Ministra Nancy Andriahi, julgamento em 28.06.2007, publicação em Diário de Justiça do dia 01.08.2007).

⁶⁶ COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes**, p. 228.

Apesar das críticas formuladas por alguns juristas e veementemente reprimidas pelos seus autores, a novel legislação civil consagrou a nova teoria contratual, seguindo a tendência do Código de Defesa do Consumidor, pois albergou diversos princípios que não eram contemplados na legislação revogada e que trazem sensível diferença nas relações contratuais.

Fala-se em críticas ao novo Código Civil brasileiro, vez que alguns doutrinadores afirmam que ele já nasceu “velho”, pois não contemplou diversos assuntos, tais como a união entre pessoas do mesmo sexo; a bioética; e as operações eletrônicas.

Sobre as críticas formuladas ao Código Civil de 2002 manifesta-se Renan Lotufo⁶⁷ afirmando que a intenção da novel legislação não era regular assuntos polêmicos e ainda não pacificados pela doutrina e jurisprudência nacional, mas sim regular institutos plenamente aceitos e que, conseqüentemente, encontrariam permanência na nova legislação. Por esse motivo, temas extremamente polêmicos, como os já citados, não foram abarcados pelo novo Diploma Civil.

Nesse sentido, também se manifesta o relator do novo Código Civil brasileiro na Câmara dos Deputados, Deputado Ricardo Fiúza:

Reclamam alguns da ausência de temas novos, tais como a clonagem, negócios eletrônicos, dentre outros vários que ainda não estão pacificados na doutrina, muito menos na jurisprudência dos tribunais, quando é notório que nos Códigos devem figurar apenas matérias consolidadas, sedimentadas, estratificadas na consciência jurídica nacional. Indago, por exemplo, se já existe norma em algum país do mundo ou no Brasil que regule o tratamento a ser dado à clonagem humana. (...) Vê-se, portanto, caro leitor, que não poderia o novo Código pretender tudo disciplinar. Se tivéssemos, de alguma forma, tratado desses temas que acabei de abordar, certamente o novo Código, em curtíssimo espaço de tempo, já estaria superado, em decorrência da evolução natural da ciência.

Um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem de sair do positivismo exagerado que engessa o direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chamo a fase pós-positivista do direito.

O excesso de positivismo, que vê no sistema legal inexauríveis soluções para todas as hipóteses da vida legal, onde a lei tudo prevê e tudo dispõe, é a maior fonte de instabilidade e precariedade das normas do direito legislado, propagando e contaminando de forma igualmente corrosiva a ordem jurídica do País de que todos temos sido testemunhas, nas últimas décadas⁶⁸.

Encerrando a discussão quanto à adequação ou não do novo Diploma Civil, Eduardo de Oliveira Leite, destaca que este “sofreu as alterações que se impunham,

⁶⁷ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, p. 03-04.

⁶⁸ FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**, p. XIV-XVI.

em decorrência da mudança dos padrões culturais, das posturas éticas e das escalas de valores que norteiam a sociedade brasileira”⁶⁹. Ressaltado que se “mais não mudou, como alegam os detratores do sistema codificado, é porque estas mudanças estruturais, apesar do processo de globalização que tudo invade e compromete, não foram tão intensas a legitimar alterações de maior significado.”⁷⁰

Superada a questão quanto à adequação (ou não) do novo Código Civil brasileiro, imprescindível se faz analisar os seus elementos mais marcantes.

O Código Civil brasileiro de 2002 é fortemente marcado pelo pensamento do eminente jurista, filósofo e professor, Miguel Reale. E nada melhor do que o próprio pensador para esclarecer algumas das maiores características do novo Código, as quais foram apresentadas no discurso proferido no ato de sanção desta lei, quais sejam: “eticidade, socialidade e operabilidade”⁷¹.

E segue o mesmo jurista afirmando que:

Compreende-se, desse modo, que a nova Lei Civil se distingue da anterior pela freqüente referência de seus dispositivos aos princípios da eqüidade, de boa-fé, de equilíbrio contratual, de correção (*correttezza*), de lealdade, de respeito aos usos e costumes do lugar das convenções, de interpretação da vontade tal como é consubstanciada, etc. etc. sempre levando em conta a *ética da situação*, sob cuja luz a igualdade deixa de ser vista *in abstracto*, para se concretizar em uma relação de *proporcionalidade*⁷².

Verifica-se, então, que uma das primeiras mudanças sentidas no Código Civil brasileiro de 2002 é a de paradigma. Sai de cena o modelo liberal que delineou o Código Civil de 1916 e entra em seu lugar o modelo de Estado Social, baseado, principalmente, no equilíbrio contratual e na boa-fé, objetivando com isso a obtenção da justiça e, conseqüentemente, da igualdade material.

Diante disso instaura-se uma chamada “ética do capitalismo”. Para Nelson Nery Júnior. “o moderno direito privado centra-se no capitalismo com ética, que deixou de lado o individualismo extremado e a liberdade ilimitada de contratar, e deu

⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, p. XV.

⁷⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra Citada, mesma página.

⁷¹ REALE, Miguel. **A Sanção da Lei que Instituiu o Novo Código Civil: Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”**, p. 19.

⁷² REALE, Miguel. Em COSTA, Judith Martins; e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Prefácio da obra **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p. X.

ênfase aos princípios contratuais da função social, igualdade material, boa-fé objetiva e equivalência contratual”⁷³.

Assim, o contrato tem de ser entendido não apenas em face das pretensões individuais dos contratantes, mas, sim, como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservações de interesses da coletividade, onde se encontra a sua razão de ser e de onde extrai sua força. Não basta que o contrato faça circular riquezas entre os contratantes, pois somente cumprirá sua função social, o contrato que, além de ser útil, seja também e principalmente justo⁷⁴.

Desse modo, tem-se que com a promulgação e vigência do Código Civil de 2002 foram incorporadas ao Direito Civil várias inovações já determinadas no Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva, instituída, expressamente no Código Civil de 2002, no artigo 422.

Note-se, inclusive, que entre o Código Civil de 2002 (norma geral) e o Código de Defesa do Consumidor (norma especial) existe certa coerência e compatibilidade, o que facilita reforçar os princípios comuns.

Exemplo disso fica por conta do manifesto avenço no Código Civil de 2002, mediante a instituição do princípio da função social do contrato, tal com aponta Amanda Flávio de Oliveira:

Próximo, mas não necessariamente idêntico. Ao consagrar expressamente a função social do contrato no texto da lei civil, o CC/2002 foi mais além do que o próprio CDC. Embora se possa afirmar que essa preocupação (ou esse princípio) esteja implícita na lei de defesa do consumidor, sua inserção explícita na lei geral, que constitui a base de toda a qualquer relação contratual (inclusive as de consumo), representa um avanço substancial, um passo adiante, que não pode ser ignorado⁷⁵.

Assim, veja-se que apesar do princípio da função social do contrato poder ser entendido como implícito no Diploma Consumerista, o legislador do novo Código Civil atribui relevância de não somenos a esse princípio, dispondo-o, expressamente, no artigo 421 do Código Civil brasileiro de 2002, nos seguintes termos: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função

⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no novo Código Civil**, p. 420.

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson, *Obra Citada*, p. 427.

⁷⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O Juiz e o novo contrato: Considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002**, p. 334.

social do contrato”. Desse modo, como a lei geral (novo Código Civil) tem aplicação subsidiária⁷⁶ ao Código de Defesa do Consumidor, verificou-se verdadeiro avanço em busca de um Estado Social, que agora apresenta o princípio da função social do contrato expressamente previsto no Diploma que serve de base para toda a teoria contratual.

Como se denota do texto legislativo, o legislador resolveu limitar a autonomia da vontade, outorgando uma função social ao contrato.

No tocante ao conceito e a justificativa da instituição do princípio da função social do contrato, Paulo Luiz Netto Lôbo aduz que:

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico. (...)

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do Direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social não haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato⁷⁷.

Como se vê, a função social do contrato é uma limitadora da liberdade de contratar dos cidadãos, pois apesar de o contrato até poder ter sido perfeitamente discutido entre as partes, sem qualquer tipo de “anomalia” em suas cláusulas, revelando substancial igualdade entre os contratantes, o que acarreta afirmar que não haveria, teoricamente, qualquer motivo para se decretar a sua anulação, se não atingir a sua função social, poderá, perfeitamente, ser declarado nulo ou então ter suas bases modificadas.

Ressalta Jonas de Figueiredo Alves que o princípio da função social do contrato “defronta-se com o vetusto princípio *pacta sunt servanda*”⁷⁸, atenuando a autonomia da vontade e promovendo “a realização de uma moldura comutativa”⁷⁹, a

⁷⁶ Como se evidenciará em capítulo próximo.

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**, p. 190-191.

⁷⁸ ALVES, Jonas de Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**, p. 372-373.

⁷⁹ ALVES, Jonas de Figueiredo. *Obra Citada*, mesma página.

qual ao passo que limita, “tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contratantes”⁸⁰

Tem-se, então, que o princípio da função social do contrato⁸¹ é uma grande conquista para os cidadãos e uma grande revolução no sistema contratual e na codificação civil brasileira, consagrando a instituição da nova teoria contratual.

⁸⁰ ALVES, Jonas de Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**, p. 372-373.

⁸¹ Ressalte-se ainda o escólio de Paulo Nalin: “São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. A falta da unidade científica na definição e caracterização é natural para o estágio [sic] de desenvolvimento do tema, ao menos no Brasil, impulsionado que foi, recentemente, pela Carta de 1988, com a expressa funcionalização da propriedade. Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé objetiva (princípio), o segundo fundado no primeiro, mostram-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato.” (NALIN, Paulo. **Do contrato**, p. 223).

CAPÍTULO 2 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já visto no Capítulo 1, desde o seu surgimento, o contrato, concebido para viabilizar a circulação de riquezas, alterou-se profundamente. Essa modificação deu-se, principalmente, em decorrência da alteração da forma de comercialização, a qual inicialmente era individualizada, o que possibilitava, em certa medida, a manifestação da vontade livre das partes. Com o passar dos tempos, as relações passam a se dar de forma massificada, não se verificando mais o livre consentimento das partes, em especial da mais fraca. Corolário lógico dessa mudança foi o desequilíbrio nas relações.

As modificações da sociedade de consumo, notadamente o avanço do consumo de massa, são bem relatadas por João Calvão da Silva, o qual, diante desse panorama, assevera a existência de desequilíbrio entre consumidores e fornecedores a justificar a concessão de tutela protetiva ao primeiro:

É que nesses decênios – caracterizados por crescimento e concentração de empresas, proliferação de serviços e de produtos complexos e sofisticados, por publicidade e propaganda e outros meios de assédio e apelo ao consumidor, enfim, época de desenvolvimento económico esplendoroso e de consumo de massa que alguns chamaram mesmo de sociedade de consumo – instala-se um acentuado desequilíbrio ou desigualdade de forças entre produtores e distribuidores, por um lado, e consumidores, por outro, que faz sentir a necessidade de defesa dos mais fracos contra os poderosos, dos menos informados contra os mais bem informados. Por isso começou a ser um imperativo a proteção do consumidor, não só contra a fraude e a desonestidade nas trocas comerciais, não só contra opressões e abusos do poder económico, mas também contra as contínuas solicitações e ‘agressões’ de que é alvo e, até, contra as suas próprias fraquezas⁸².

Não diferentemente posiciona-se Arnoldo Wald⁸³, consignando que a “sociedade de consumo”, iniciada após a Segunda Grande Guerra, caracteriza-se pela supremacia dos fornecedores, os quais, além de outros artifícios, se valem de agressivas técnicas de publicidade objetivando impelir o consumidor ao consumo. Assim, o consumo não se dá mais por real necessidade ou por uma “escolha racional” do consumidor, mas, sim, em decorrência dessa imensa publicidade feita pelo fornecedor. Suprimida a livre escolha do consumidor, inevitável se concluir por

⁸² SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 29-30.

⁸³ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**, p. 764.

sua fragilidade no mercado de consumo, fato este a justificar uma tutela protetiva, a fim de restabelecer o equilíbrio.

Reconhecendo esse desequilíbrio nas relações de consumo⁸⁴ (a posição de fragilidade em que se encontrava o consumidor na sociedade de massa), o legislador constituinte de 1988 determinou a sua tutela.

Importante destacar que a mencionada diretiva constitucional de garantia e proteção efetiva do sujeito de direito consumidor nada mais representou que a observância e efetividade do princípio constitucional da isonomia, esculpido no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

Ora, se a “Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas”⁸⁵, nada mais adequado que utilizar o princípio da isonomia como verdadeiro parâmetro para aplicação das normas insertas no Diploma Consumerista.

Tendo em vista a importância dessa diretiva constitucional, convém inicialmente analisá-la, antes mesmo de iniciar a reflexão sobre os elementos mais importantes das relações de consumo, quais sejam: consumidor, fornecedor e objeto.

2.1 TUTELA PROTETIVA DO CONSUMIDOR. CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A defesa do consumidor no Brasil, como se mencionou anteriormente, é decorrente de mandamento constitucional, mais precisamente do artigo 5º, inciso XXXII e do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal. Há de se destacar que o legislador constituinte de 1988 preocupou-se em inserir tal diretiva expressamente

⁸⁴ A tutela (legislação) protetiva ao consumidor, como aponta João Batista Almeida, não foi um privilégio do Brasil, apareceu em vários países em decorrência de um “consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo de cada país. O reconhecimento de que o consumidor estava desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos (...)” (ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 04).

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. **As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**, p. 205.

em seu bojo, dando ordem expressa ao legislador ordinário para que implementasse legislação ordinária de defesa do consumidor, por reconhecer que havia grande disparidade nas relações envolvendo consumidores e fornecedores.

Nesse sentido, diante da manifesta desigualdade entre consumidores e fornecedores, a tutela protetiva conferida ao consumidor pelo legislador constituinte decorre diretamente do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal⁸⁶, o qual estabelece que todos são iguais perante a lei.

Ora, se todos são iguais perante a lei, em um primeiro momento, seria possível se afirmar que não existem motivos para a concessão de qualquer benefício, de qualquer tratamento diferenciado, ao consumidor⁸⁷.

Destarte, como bem elucida Bruno Miragem, o ordenamento jurídico pátrio não pode se quedar inerte diante da existência de desigualdade material, desigualdade real, entre as partes, tendo de conferir tratamento diferenciado à parte mais frágil da relação, no caso o consumidor, objetivando com isso o seu equilíbrio:

Neste aspecto reside o argumento de força que permite sustentar a não-violação do direito à igualdade pelo estabelecimento de direitos de proteção em relação ao consumidor. A distinção que propõe Robert Alexy, entre a chamada igualdade de *iure* e a igualdade de fato, é o cerne dos chamados direitos de proteção que propõe. A interpretação da Corte Constitucional Alemã, conforme indica Alexy, é extremamente ambígua, mas desta avulta o entendimento de que o legislador, a princípio, não pode conformar-se em aceitar, sem mais, as diferenças de fato existentes em uma determinada situação, se estas são incompatíveis com exigências de justiça. Havendo essa incompatibilidade, deverá eliminá-la. Neste sentido, a fórmula a que se chega para fundamentar a não violação do direito à igualdade – e em alguma medida a isonomia – pelo estabelecimento do direito de proteção do consumidor é a clássica fórmula aristotélica da igualdade, do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade⁸⁸.

⁸⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

⁸⁷ Observe-se que este é o pensamento dos liberais, criadores da teoria contratual clássica, analisada no capítulo 1, tal como aponta Paulo Luiz Netto Lôbo: “O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**, p. 192)

⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. **O direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito**, p. 120.

Veja-se, então, que a ausência de tutela protetiva ao consumidor implicaria, na verdade, propiciar a desigualdade e, conseqüentemente, a injustiça.

Assim, pretendendo equilibrar a relação, conferem-se direitos aos consumidores em detrimento dos fornecedores, objetivando com isso atingir a igualdade material (real, fática), mediante a concessão de tratamento desigual àqueles que assim também o são⁸⁹. Essa técnica baseia-se fundamentalmente no direito social, que busca tutelar o economicamente mais fraco mediante a elevação de sua posição jurídica em face da contraparte mais forte, sempre pretendendo o equilíbrio das relações⁹⁰.

Tem-se, então, que “Noutros termos: proteger o consumidor na sociedade moderna e industrializada é (re)estabelecer a igualdade entre o profissional e o consumidor, defendendo a autêntica liberdade de contratar, o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes e a justiça contratual”⁹¹.

Conferir tratamento isonômico, desse modo, supera a posição formal de igualdade, vai além, pretendendo alcançar a igualdade material, vez que quando existe desigualdade de fato, não há como se perquirir a igualdade de tratamento, devendo este ser diferenciado, na medida da desigualdade verificada⁹², justificando-se, assim, a concessão de tratamento diferenciado ao sujeito de direito consumidor, parte mais fraca (vulnerável) das relações de consumo.

O reconhecimento da fragilidade do consumidor nas relações de consumo, ou seja, a consagração do princípio constitucional da isonomia no Diploma Consumerista, vem prevista no artigo 4º, inciso I, que estabelece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁸⁹ Nesse sentido, KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**, p. 41.

⁹⁰ A tutela protetiva ao consumidor é vista por Carlos Alberto Bittar como uma forma de evidenciação do Estado Social (BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**, p. 22).

⁹¹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 42-43.

⁹² Nesse sentido PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, p. 46.

2.1.1 Vulnerabilidade do consumidor. Desdobramento do mandamento constitucional da isonomia

O Código de Defesa do Consumidor, diante da constatação de verdadeira desigualdade entre as partes, foi concebido como lei “privilegiadora”, privilegiadora não no sentido etimológico da palavra, mas no intuito de instituir garantias tendentes a restabelecer uma situação de manifesto desequilíbrio.

Outrossim, objetivando dar concreção ao princípio constitucional da igualdade, confere tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, pelo que pretende a obtenção da igualdade material, ou seja, que a parte mais forte da relação (fornecedor) não se sobreponha à mais fraca (consumidor).

A fragilidade do consumidor no mercado de consumo é muito bem evidenciada por Leonardo Roscoe Bessa, que aponta que os fornecedores se valem de técnicas abusivas de vendas, de publicidades agressivas, da criação de necessidades de consumo, tudo em manifesto prejuízo do consumidor, que visivelmente torna-se a parte mais fraca da relação:

Principalmente nas três últimas décadas, o consumidor tem deixado de ser uma pessoa para se tornar apenas um número. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e, em proporção inversa, abusam de métodos sofisticados de marketing, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens e serviços absolutamente supérfluos⁹³.

Essa debilidade do consumidor em face do fornecedor é reconhecida no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, na forma de princípio geral a reger todas as relações de consumo.

Observe-se que esta “situação jurídica de inferioridade do consumidor perante o fornecedor no mercado de consumo é presunção *iure et de iure*”⁹⁴, não admitindo prova em contrário, pelo que se conclui que todo consumidor, sem exceção, é tido como vulnerável em face do fornecedor. É justamente essa vulnerabilidade,

⁹³ BESSA, Leonardo. **Fornecedor Equiparado**, p. 129.

⁹⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 84.

reconhecida no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que fundamenta a concessão de tutela diferenciada a este sujeito.

Para que não restem dúvidas, importante consignar que apesar de ordinariamente as expressões *vulnerabilidade* e *hipossuficiência* serem utilizadas como sinônimas, o legislador consumerista empregou-as em sentido diverso. A vulnerabilidade, prevista no artigo 4º, I, do Diploma Consumerista, como já visto, é o reconhecimento da debilidade de todos os consumidores em face dos fornecedores, constituindo-se em preceito de ordem material. A hipossuficiência, por sua vez, é traço individual de alguns consumidores, apresentando-se como requisito para a concessão da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pelo que é preceito de ordem processual, verificado quando o consumidor, no caso concreto e considerado individualmente, apresenta debilidade para a produção de provas⁹⁵.

Conclui-se, então, que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo “é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Esta fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta”⁹⁶ e decorre de três aspectos: vulnerabilidade fática ou econômica, técnica e jurídica⁹⁷.

A **vulnerabilidade fática ou econômica** do consumidor se dá em decorrência da formação de grandes grupos de fornecedores, os quais criam mecanismos de controle de preços e que, ainda, têm enorme capacidade de publicidade, esta que induz o consumidor a desejos e necessidades no tocante a produtos e serviços postos no mercado de consumo⁹⁸.

⁹⁵ Corroborando esta posição, exemplificativamente, vê-se o escólio de: LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 85; MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 66; e KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor**, p. 35.

⁹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.125.

⁹⁷ A doutrinadora Cláudia Lima Marques aponta, ainda, uma quarta forma de vulnerabilidade do consumidor, a informacional. (MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antônio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 71).

⁹⁸ Em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se que a “supremacia da necessidade do bem” implicava em vulnerabilidade fática do consumidor (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 476.428, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento 09.05.2005).

A **vulnerabilidade técnica**, por sua vez, verifica-se pelo fato de que o consumidor “não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviço”⁹⁹. Ou seja, na medida em que o fornecedor detém os conhecimentos técnicos e profissionais da sua atividade e o consumidor não os detém, verifica-se de forma ululante a vulnerabilidade técnica deste em relação àquele.

Finalmente, a **vulnerabilidade jurídica** verifica-se diante da apresentação de contratos de adesão aos consumidores, os quais, invariavelmente, possuem regras desiguais e, muitas vezes, elaboradas sem os esclarecimentos suficientes, dificultando a interpretação e a correta manifestação de vontade do consumidor. Além do fato de que, geralmente, o fornecedor possui assistência jurídica preparada para os confrontos judiciais e extrajudiciais, ao contrário do consumidor¹⁰⁰.

Como última observação, consigna-se que a vulnerabilidade não perquire a situação econômica do consumidor, pelo que tanto o consumidor rico como o consumidor desafortunado economicamente serão considerados vulneráveis, nos termos do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Verificados os contornos da vulnerabilidade esculpida no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, este princípio (e, conseqüentemente, o princípio constitucional da isonomia) deve permear toda a análise do microssistema de consumo, possibilitando, assim, definir o seu âmbito de incidência.

Isso porque “o grande desafio do interprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber ‘ver’ quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este (...)”¹⁰¹.

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p.145.

¹⁰⁰ O judiciário já reconheceu que a “a natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido” entre as partes implicava em vulnerabilidade jurídica do consumidor (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 476.428, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 09.05.2005)

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 65.

Assim, nas próximas seções, valendo-se do princípio da vulnerabilidade como norte, serão analisados os sujeitos que compõem as relações de consumo, delimitando o raio de incidência do Diploma Consumerista. Entretanto, antes de finalizar esta seção, como não se poderia deixar, far-se-á uma breve incursão sobre a teoria que dispõe que a tutela protetiva ao consumidor, ao contrário de representar o exercício do princípio da isonomia, privilegiando a parte mais fraca da relação, representa, unicamente, os interesses do capitalismo.

2.1.2 Tutela do Consumidor: Capitalismo x princípio da isonomia

Como visto no tópico anterior, parte relevante da doutrina¹⁰² aponta que a tutela protetiva ao consumidor foi concedida como forma de efetivação do princípio constitucional da isonomia. Isso porque não era concebível se tratar de forma igual sujeitos (consumidor e fornecedor) que se encontravam em manifesta desigualdade material. Diante desse panorama, fazia-se imprescindível conferir direitos ao sujeito vulnerável, mais fraco na relação (consumidor), e obrigações ao sujeito mais forte (fornecedor), buscando com isso o equilíbrio das relações.

Por outro lado, apesar de reconhecer essa afirmação, outra parcela da doutrina sustenta que o sistema protetivo não decorreu tão-somente desse fato.

Sustenta Clauss Offe¹⁰³ que nas sociedades capitalistas a dominação política é um meio de dominação de classes, a qual se busca ocultar. Ou seja, opera-se um simulacro objetivando-se dissimular a efetiva existência da dominação de classes. Somente diante desse ocultamento é possível a manutenção do poder soberano do Estado, caso contrário, as classes que não participam do poder se insurgiriam.

¹⁰² Do que é exemplo Carlos Alberto Bittar que aponta que “as normas especiais que hoje chamamos de direito do consumidor nasceram da constatação da desigualdade de posição e de direitos entre o consumidor e o fornecedor (...)” (BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**, p. 15). No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques afirmando que a tutela protetiva ao consumidor é “a superação da idéia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, é o reconhecimento (presunção de vulnerabilidade – veja art. 4º, I, do CDC) de que alguns são mais fortes e detêm posição jurídica mais forte (em alemão *Machtposition*), detêm mais informações, são expert ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros (...)” (MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 31).

¹⁰³ OFFE, Clauss. **Dominação de Classe e Sistema Político. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas.**

Nesse sentido, afirma Offe que o problema estrutural do Estado capitalista encontra-se basicamente na necessidade de “simultaneamente praticar e tornar invisível o seu caráter de classe”¹⁰⁴. Para tanto, além dos atos que adota visivelmente em benefício da classe dominante, executa uma outra categoria de operação, de caráter ocultador, vez que “divergente” das primeiras, objetivando, com isso, dar aparência de neutralidade aos seus atos e, conseqüentemente, manter a sua dominação. Tem-se, então, que a “funcionalização da soberania exige que o aparelho estatal assuma *funções de classe sob o pretexto da neutralidade de classe* e invoque o alibi do universal para o exercício do seu poder particular”¹⁰⁵.

Nesse contexto, a tutela protetiva ao consumidor seria uma operação de ocultamento, uma pretensa demonstração de neutralidade, pois, na verdade, o que se pretende é a legitimação do modo capitalista de produção. Confere-se à classe dominada (consumidores) certa garantia, uma confiança no sistema, que possibilita o desenvolvimento do capitalismo. Sem essa confiança, outorgada pela tutela protetiva, os consumidores ou restringiriam as aquisições, inviabilizando o consumerismo, ou se insurgiriam contra os fornecedores, em vista de suas práticas abusivas, instaurando-se uma não saudável luta de classes, a qual, conseqüentemente, abalaria a soberania do Estado e do modo de produção capitalista.

Note-se que a doutrina consumerista já começou a aventar o caráter de ocultamento da tutela protetiva do consumidor, destacando que o objetivo das políticas legislativas atinentes ao consumo não se encontram na conciliação entre os interesses de mercado e os interesses do consumidor, mas que o objetivo último destas é obter a confiança dos consumidores, essencial ao desenvolvimento do capitalismo.

Nesse sentido leciona Carlos Ferreira de Almeida apontando que:

A confiança dos consumidores é vital para o êxito das empresas. Medidas destinadas a reforçar a confiança dos consumidores são, por conseguinte, essenciais à prosperidade econômica e eventuais custos adicionais para as empresas são geralmente compensados pelos ganhos globais obtidos por via da confiança acrescidas dos consumidores no mercado.

¹⁰⁴ OFFE, Clauss. **Dominação de Classe e Sistema Político. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas**, p. 163.

¹⁰⁵ OFFE, Clauss. *Obra Citada*, mesma página.

Resta naturalmente saber como e por quem se distribuem os custos e os ganhos conseqüentes do acréscimo de confiança dos consumidores¹⁰⁶.

E, ainda, Ronaldo Porto Macedo Júnior, destacando que “a proteção do consumidor pode ser considerada um instrumento que visa a permitir um comércio de bens e serviços confiáveis e desempenha um importante papel legitimador do atual sistema de produção”¹⁰⁷.

Verifica-se, assim, o propósito de ocultamento, vez que ao passo que a política legislativa de proteção ao consumidor confere a este sujeito, a esta classe de sujeitos, certa proteção, sob manto de neutralidade, na verdade está representando os interesses do capitalismo, mais precisamente das grandes empresas¹⁰⁸, ao conferir ao mercado a estabilidade que lhe é essencial.

Novamente, recorre-se ao escólio de Carlos Ferreira de Almeida para evidenciar essa teoria:

As posições críticas mais radicais vão até à contestação dos fundamentos do direito de consumo, acusado de ser unilateral e parcial (no sentido tendencioso), assentar na distinção (inadequada) entre consumidor e empresa e ser, além disso, contraditório e incoerente, porque embora se baseie numa “lógica de Robin dos Bosques” (tirar aos ricos para dar aos pobres), acaba por beneficiar as grandes empresas em detrimento das pequenas. Contrariando o princípio da igualdade, a idéia genérica de proteção dos consumidores tenderia afinal a favorecer os mais abastados e não os socialmente desprotegidos¹⁰⁹.

Ou seja, até neste ponto verifica-se a intenção de ocultamento, pois na medida em que se afirma que as leis de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas a todos os fornecedores, ao contrário de igualdade, o que se evidencia é a consagração da grande empresa capitalista em face da sociedade empresária

¹⁰⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumidor**, p. 43-44.

¹⁰⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**, p. 225.

¹⁰⁸ Nesse sentido, João Calvão da Silva, leciona que “Numa visão macroscópica, a aplicação de tecnologia progressivamente mais complexa e sofisticada na produção de bens e acentuada substituição do homem pela máquina apresentam-se como característica da moderna sociedade industrial. Isto implica elevados investimentos de capitais e o recurso a técnicos altamente especializados. Surge, assim, a oportunidade e a necessidade da grande empresa – tecnicamente dinâmica e fortemente organizada -, pois só ela tem a capacidade de previsão e de racionalização indispensável ao controlo da procura, garantindo uma determinada ‘certeza’ do mercado, certeza que, dados os elevados investimentos em jogo, lhe é essencial.” (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 12).

¹⁰⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Obra Citada*, p. 39.

familiar, vez que esta última não encontra meios de se adequar àquela legislação, vindo, inevitavelmente, a bancarrota.

Conclui-se, então, de acordo com essa teoria, que a tutela protetiva ao consumidor, apesar do caráter aparente de proteção da parte mais débil, vulnerável da relação (consumidor), na verdade faz parte de um jogo de dominação de classe, ao passo que, ao conferir proteção ao consumidor, dá a este segurança no sistema capitalista, possibilitando, assim, a sua manutenção, em especial às grandes empresas. Em não sendo conferido esse benefício, a dominação do capitalismo ficaria evidente, rompendo a estabilidade e possivelmente gerando a extinção do modo de produção capitalista em decorrência das lutas de classes.

Feito esse parêntese para demonstrar a existência de corrente doutrinária que não atrela a tutela protetiva do consumidor ao exercício do princípio da isonomia, mas sim a um sistema de ocultamento, que tem como fim precípua a manutenção do capitalismo, já se faz possível adentrar na análise dos elementos que compõe as relações de consumo, notadamente o consumidor, o fornecedor e o objeto das relações de consumo.

2.2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Para que haja a incidência do Código de Defesa do Consumidor devem estar presentes três elementos: **consumidor**, **fornecedor** e um **objeto da relação de consumo**, que pode tanto ser um serviço, como um produto, conforme os conceitos definidos na Lei 8.078/90 (artigos 2º e 3º), daí a necessidade imperiosa da delimitação dos integrantes da relação.

Assim, pode-se inferir que toda relação de consumo envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço, denominado consumidor, e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço, designado fornecedor.

Observa-se, então, como adverte Bruno Miragem que “a referência à relação de consumo, como realiza o Código de Defesa do Consumidor, constitui na verdade uma estratégia legislativa para identificar a partir desta um dos seus sujeitos e

determinar-lhe a proteção. Não há, portanto, uma determinação constitucional de proteção do consumo, mas do consumidor”¹¹⁰, sujeito débil da relação de consumo.

Veja-se, ainda, como leciona Paulo de Tarso Sanseverino, que o “objetivo inicial do legislador foi, de forma efetiva, restringir o campo de incidência da lei especial, já que o CDC é um microssistema normativo cuja finalidade primordial é conferir uma proteção efetiva ao consumidor”¹¹¹ e somente ao consumidor. Isso porque, em “uma sociedade de relações massificadas, há necessidade de reequilíbrio da relação de consumo, exigindo-se a instituição de regras nitidamente protetivas dessa heterogênea categoria econômica”¹¹², ou seja, do consumidor, objetivando com isso a efetividade do princípio da isonomia.

Pretendendo, então, delimitar o âmbito de incidência do Diploma Consumerista somente ao sujeito consumidor especificado na Constituição Federal, ou seja, aquele que se encontra em manifesta desigualdade com o fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor traz uma definição legal de consumidor estampada no artigo 2º, no qual se tem que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”.

Portanto, o campo de incidência da lei especial de proteção ao consumidor, ao lado de considerar elementos inerentes ao sujeito, como o fato de ser pessoa física ou jurídica, mensura aspectos fáticos como a destinação final do produto ou do serviço e a relação entre o consumidor e o fornecedor¹¹³. Reitera-se, mesmo que a exaustão, que assim o faz sempre objetivando resguardar a tutela protetiva ao sujeito débil da relação, ao sujeito eleito pelo legislador constituinte, ou seja, ao consumidor.

De todo modo, critério primordial para a identificação do consumidor, a destinação final do produto ou serviço, conduz a grandes embates na doutrina e na jurisprudência, mesmo após quase dezoito anos de vigência da lei, pelo que, na

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **O direito do Consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito**, p. 113.

¹¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**, p. 206.

¹¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Obra Citada, mesma página.

¹¹³ Nesse sentido: BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor Equiparado**, p. 132.

seção que se segue, buscar-se-á evidenciar as divergências existentes, com o fito de, ao final, pretender indicar qual corrente encontra maior amparo.

2.3 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR

Como já visto, apesar de a Lei 8.078/90 ter trazido um conceito expreso para consumidor, mais precisamente em seu artigo 2º, persistem dúvidas sobre a sua real extensão.

Isso porque o artigo 2º define consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”.

A celeuma se instaura na interpretação da significação e extensão da expressão destinatário final, a qual apresenta várias interpretações e nuances.

Não se esqueça a advertência de Hart acerca da textura aberta do direito: “Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”¹¹⁴.

No presente caso verifica-se nitidamente a limitação que a linguagem oferece, haja vista que a expressão “destinatário final” pode ser entendida sob diversos prismas.

Diante dessa incerteza sobre o alcance do termo “destinatário final”, surgiram correntes doutrinárias tendentes a interpretá-lo, as quais serão analisadas nos próximos tópicos.

Destaque-se, antes mesmo de se apresentarem as diversas correntes doutrinárias acerca da qualidade de destinatário final, que há certo consenso de que essa expressão (destinatário final) não contempla o intermediário, o revendedor, vez que este, em qualquer interpretação que se pretenda dar, não é, e nunca será, o destinatário final do produto ou serviço, pois o adquire não com o objetivo de usufruí-lo, mas de transferi-lo, por operação normalmente onerosa, a terceiro, este sim, eventualmente, considerado como destinatário final.

¹¹⁴ HART, L.A. **O conceito de Direito**, p. 138.

Objetivando ilustrar a posição do intermediário e o fato dessa relação não estar adstrita às normas de defesa do consumidor, Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹¹⁵ aponta o exemplo de pessoa, seja ela física ou jurídica, que usualmente adquire calças objetivando revendê-las. Ora, é inegável que essa pessoa não pode ser considerada “destinatária final” destes produtos, pois ao adquiri-los, não tem a intenção de com eles permanecer, findando a cadeia de consumo, mas sim de revendê-los, dando continuidade a essa.

Tem-se, então, que o intermediário ou revendedor, ao invés de se qualificar como consumidor, constitui-se, na verdade, como um fornecedor, vez que faz da transferência de produtos e serviços sua atividade profissional.

Diante desse panorama, ao analisar as correntes que objetivam definir consumidor, o intermediário ou revendedor serão excluídos, pois não são considerados, por qualquer uma delas, como destinatários finais.

2.3.1 Corrente Maximalista

A corrente maximalista, objetivando definir consumidor, optou por uma interpretação extensiva do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Por esta interpretação o Diploma Consumerista surgiu para regular todo o mercado de consumo brasileiro e não só o consumidor não profissional¹¹⁶.

Nos termos do pensamento de Thierry Bourgain para a corrente maximalista, “no campo das preocupações do direito do consumo os profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas”¹¹⁷, são tidos como consumidores.

Tem-se, então, que para os maximalistas, para a configuração de consumidor e, conseqüentemente, para a incidência do Código de Defesa do Consumidor, basta que o adquirente do produto ou serviço seja seu **destinatário final fático**. Ou seja,

¹¹⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.73.

¹¹⁶ Nesse sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**, p. 206; e EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, p. 44.

¹¹⁷ BOURGAIN, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor**, p. 24.

que o retire da cadeia de consumo, o que se verifica quando a aquisição não se dá com o objetivo de revenda.

Assim, pela corrente maximalista é considerada consumidora tanto a pessoa natural que adquire um programa de computador para uso privado, por exemplo, para lazer, como a sociedade empresária do ramo de alimentos, que o adquire com o intuito de melhor gerenciar o seu estoque de produtos¹¹⁸.

Isso porque, em ambos os casos, foi colocado fim à cadeia de consumo, vez que o produto foi levado para esfera de propriedade dos adquirentes (pessoa natural e jurídica), sem a intenção (pelo mesmo inicial) de revendê-lo, configurando-se a destinação final fática.

Igualmente, serão considerados consumidores, tanto a pessoa natural que adquire veículo para uso familiar, como a jurídica que o adquira para o transporte de seus funcionários, pois em ambos os casos a intenção na aquisição foi consumir o produto, trazê-lo, de forma definitiva¹¹⁹, para a sua esfera de propriedade, sem intenção de revenda, estando presente, então, a destinação final fática.

A corrente doutrinária maximalista é uníssona em reconhecer que as relações havidas pelas sociedades empresárias tendentes a adquirir bens para sua utilização interna, como maquinário, mobiliário, equipamentos de segurança, entre outros, tal como nos exemplos acima delineados, são tidas como relação de consumo. Entretanto divergem quando se tratam de insumos propriamente ditos.

¹¹⁸ A aquisição de programa de computador por sociedade empresária fabricante de alimentos foi considerada relação de consumo, mediante a adoção da teoria maximalista, pelo judiciário que destacou que se deve “distinguir os produtos adquiridos pela empresa que são meros bens de utilização interna da empresa daqueles que são, de fato, repassados aos consumidores”, sendo que com relação aos primeiros, com base na teoria maximalista, aplica-se o CDC e quanto aos segundos não há essa incidência. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 488.274/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento 22.05.2003).

¹¹⁹ Se após certo tempo de uso, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, verificando que o veículo não mais satisfaz as suas necessidades, revenda-o. Mesmo nesse caso os adquirentes serão considerados consumidores, destinatários finais fáticos, e não intermediários, revendedores, vez que intenção inicial, quando da aquisição do bem, não era essa.

Para uma parte dos maximalistas, será tido como consumidor todo aquele que retira o bem de circulação, “mesmo que o praticante seja uma empresa que venha utilizar o produto como insumo de sua produção”¹²⁰.

Conforme exemplifica Antônio Carlos Efig¹²¹, doutrinador filiado à corrente maximalista, a sociedade empresária da construção civil que adquire tijolos para a edificação de um prédio será tida como consumidora, fazendo jus à incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, vez que não adquire tijolos com o intuito de revendê-los, sendo assim, destinatária final fática destes.

Igualmente, será considerada consumidora a sociedade empresária que fabrica toalhas, quando da aquisição de algodão para a produção¹²², pois não o adquire com a intenção de revendê-lo e sim de aproveitá-lo no processo produtivo das toalhas, evidenciando-se a destinação final fática.

Conclui Paulo Khouri que para essa vertente da teoria maximalista o “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire bens. Não importa que seja economicamente forte ou não, se adquiriu um produto ou serviço para utilizá-lo em sua atividade ou cadeia produtiva. Ou seja, para essa corrente é desinfluyente o elemento teleológico ou a finalidade desse ‘consumo’”¹²³.

Por sua vez, para outra parte dos maximalista, a aquisição de insumos propriamente ditos não é tida como relação de consumo¹²⁴.

Desse modo, aquele que adquire para revender após montagem, beneficiamento, industrialização ou qualquer forma de transformação ou implementação, não é tido como destinatário final fático, e sim, como intermediário,

¹²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil**, p. 99.

¹²¹ Exemplo conferido em palestra ministrada na Câmara Americana de Comércio – AMCHAM Brasil, na data de 18 de maio de 2007, intitulada Os Direitos Dos Consumidores.

¹²² Exemplo conferido por MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 84.

¹²³ KHOURI, Paulo. **Direito do Consumidor**, p. 45.

¹²⁴ Nesse sentido, ALMEIDA: João Batista. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 41; VIEIRA, Adriana. **O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor**, p. 94; e ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata**, p. 14-15.

pois, mesmo que “modificado”, o produto ou serviço mantém-se no ciclo de consumo, sendo transferido a terceiro.

Assim, para essa vertente maximalista, a relação havida para a aquisição de tijolos pela sociedade empresária da construção civil, bem como de algodão pela fábrica de toalhas, não é tida como relação de consumo, pois os produtos não atingem sua destinação final fática, permanecendo no mercado de consumo, mesmo que “modificados”, sendo revendidos a terceiros, estes sim consumidores finais.

Observa-se que a segunda vertente da corrente maximalista é a de maior aceitação dentre os adeptos do maximalismo, vez que melhor se coaduna com a lógica imposta pelo Código de Defesa do Consumidor, que não tem o fito de agraciar a pessoa que atua dentro da sua área de especialidade, adquirido bens essenciais ao exercício de sua atividade profissional, área esta em que não pode ser considerada vulnerável.

Essa tendência é observada, igualmente, no Judiciário¹²⁵, que quando adota a teoria maximalista, afina-se mais com a segunda vertente, não considerando consumidor aquele que adquire produto ou serviço para integrá-lo em qualquer processo de produção, fabricação, transformação ou afim.

Finalmente, há de se concluir que, independente da vertente do maximalismo adotada, essa teoria não faz distinção entre o uso pessoal ou profissional do bem, desde que não haja finalidade de intermediação ou revenda¹²⁶, pelo que tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica poderão ser consideradas consumidoras, independentemente de sua posição de inferioridade para com o fornecedor. Essa posição é fundamentada primordialmente na alegação de que o artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, não faz qualquer restrição neste sentido, não podendo o

¹²⁵ Exemplo desta tendência é verificado no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que consigna que "na situação em exame, é considerada consumidora porque não utiliza a água como produto a ser integrado em qualquer processo de produção, transformação ou comercialização de outro produto. O fornecimento de água é para o fim específico de ser consumida pela empresa como destinatária final, utilizando-a para todos os fins de limpeza, lavagem e necessidades humanas. O destino final do ato de consumo está bem caracterizado, não se confundindo com qualquer uso do produto para intermediação industrial ou comercial". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n.º 263.229/SP, Relator Ministro José Delgado, julgamento 14.11.2000, publicado no Diário de Justiça no dia 09.04.2001)

¹²⁶ Esta posição pode ser observada, por exemplo, em ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 43; e MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 66.

intérprete fazê-lo, notadamente condicionando a destinação final à destinação privada, não profissional do bem, como pretendem os finalistas, o que será demonstrado no tópico subsequente.

2.3.2 Corrente Finalista

A corrente finalista, ao contrário da maximalista, pretende uma interpretação mais restritiva do conceito de consumidor, sustentando que a expressão “destinatário final”, prevista no artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, devia ser analisada tendo como norte o princípio da vulnerabilidade esculpido no artigo 4º, do mesmo Diploma e, igualmente, o princípio constitucional da isonomia. Isso porque a ideia básica de consumidor e o motivo da determinação da tutela protetiva na Constituição Federal, encontra-se no fato do consumidor ser a parte mais fraca, leiga, da relação¹²⁷.

Assim, objetivando essa interpretação restritiva, baseada nos princípios da vulnerabilidade e da isonomia, a corrente finalista propõe que para a configuração de consumidor estejam presentes dois requisitos, quais sejam: **destinação final fática** (também exigida pelos maximalistas) e **destinação final econômica**.

Na destinação final fática, como já visto, exige-se que o adquirente retire o bem do mercado de consumo, levando-o para a sua esfera de propriedade, sem a intenção de revenda¹²⁸, encerrando, assim, de fato, a cadeia de consumo.

Por sua vez, a destinação final econômica somente se dá quando o bem, além de ser levado para a esfera de propriedade do adquirente sem intenção de revenda, não seja empregado, de qualquer forma, em outra atividade profissional, pois nessa situação estará se perpetuando a cadeia de consumo, não encontrando destinação final.

¹²⁷ Nesse sentido é o escólio de SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**, p. 205- 206; e, ainda, SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 60.

¹²⁸ Reitere-se que a pessoa que adquire bem para uso pessoal, mas que posteriormente o vende, constitui-se como destinatária final fática do bem, vez que o que prevalece neste caso é a intenção quando da aquisição.

Neste momento, objetivando melhor ilustrar os requisitos necessários para a configuração de consumidor pela corrente finalista, transcreve-se a lição de Cláudia Lima Marques, manifesta adepta da corrente finalista:

Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, não deve ser considerado “destinatário final” *ex vi* do art. 2º do CDC. Parece-me que destinatário é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de proteção, levá-lo para o escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço¹²⁹.

Tem-se, então, que pela corrente finalista, mais precisamente em decorrência do critério de destinação final econômica, somente se admite como consumidor aquele que faz uso privado, não profissional, do bem, excluindo, por sua vez, a utilização de forma profissional, como bem de capital ou insumo na produção¹³⁰. Em suma, o “consumidor se distingue do profissional pelo fato de adquirir ou utilizar desses bens ou serviços sem querer prolongar o ciclo econômico desses bens e serviços no âmbito de um comércio ou de uma profissão”¹³¹.

A justificativa para essa interpretação assenta-se “na verificação de que os profissionais nunca estão em situação equiparada aos não-profissionais, tão ‘desarmados’ como estes”¹³², ou seja, que não são vulneráveis no mercado de consumo, e que detêm força suficiente para se proteger, não precisando de intervenção estatal.

Ora, se para a conceituação de consumidor (corrente finalista) não se admite a utilização do bem com fins profissionais, por óbvio que essa qualificação fica

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos**, p. 79.

¹³⁰ Nesse sentido é o escólio de: FILOMENO, José Geraldo Brito. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 26; BOURGAINE, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor**, p. 10; RODRIGUES, Geisa de Assis. **A proteção do consumidor como um direito fundamental**, p. 83; e, ainda, BENJAMIN, Antonio Herman. **O conceito jurídico de consumidor**, p. 73.

¹³¹ BOURGAINE, Thierry. *Obra Citada*, p. 30.

¹³² ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Direito do Consumo**, p. 48.

reservada à pessoa natural que não atua profissionalmente, como inclusive leciona Guido Alpa¹³³, excluindo-se assim a pessoa jurídica empresária¹³⁴.

Isso porque toda sociedade empresária, quando adquire qualquer bem no mercado de consumo, está, direta ou indiretamente, agindo de acordo com seu fim social, ou seja, profissionalmente¹³⁵. Até mesmo a aquisição de carro para funcionários de alto escalão da sociedade empresária ou do cafezinho para os clientes, pode ser vista de forma profissional, vez que se visa, no primeiro caso, o estímulo do funcionário para que este melhor produza e, conseqüentemente, majore os lucros da sociedade empresária e, no segundo caso, que se proporcione uma atmosfera agradável para o cliente, fidelizando-o, novamente objetivando a potencialização da atividade profissional e, por conseguinte, o aumento da lucratividade. Note-se, ainda, que em ambos os casos o custo da aquisição dos bens será acrescentada ao preço final do produto ou serviço comercializado pela sociedade empresária, o que mais uma vez evidencia o caráter profissional dessa aquisição e a inexistência de destinação final econômica.

Convém destacar, entretanto, que se por um lado a pessoa jurídica empresária não pode ser considerada consumidora pela corrente finalista, vez que o profissional nunca está em posição de vulnerabilidade no mercado de consumo a justificar a concessão de tutela protetiva pelo Estado, a pessoa jurídica sem fins lucrativos, como associações, fundações e afins, pode ser considerada consumidora, quando não age profissionalmente¹³⁶.

¹³³ ALPA, Guido. **Codice del Consumo**, p. 22.

¹³⁴ Note-se que até mesmo o Judiciário, acolhendo a corrente finalista, reconheceu que a pessoa jurídica empresária não se coaduna com a qualificação de consumidor, tal como se verifica da fl. 05, do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi que afirma que “nesse prisma (corrente finalista), a expressão ‘destinatário final’ não compreenderia a pessoa jurídica empresária”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 476.428/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento 19.04.2005, publicado no Diário de Justiça do dia 09.05.2005)

¹³⁵ A lição de WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**, p. 778; e de ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 17 e 20, seguem neste sentido.

¹³⁶ Sobre a aceitação da pessoa jurídica sem fins lucrativos como consumidora pela corrente finalista posicionam-se: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **A proteção no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação**, p. 68; FILOMENO, José Geraldo Brito. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 28; e KIRSCHEN, Sabina. **Disposizioni generali**, p. 58.

Assim, a corrente finalista justifica a previsão à pessoa jurídica, do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, levando-se em conta a possibilidade de as pessoas sem fins lucrativos poderem ser consideradas consumidoras.

Pretendendo-se concluir o raciocínio empregado pela corrente finalista para a conceituação de consumidor, serão analisados os exemplos conferidos quando da descrição da corrente maximalista, a fim de apurar se também serão considerados como relação de consumo.

Pois bem, o primeiro caso diz respeito à aquisição de programa de computador por empresa do ramo de alimento, objetivando o controle de sua produção. Inegavelmente essa sociedade empresária é destinatária final fática deste produto. Entretanto, não é destinatária final econômica, pois o está usando de forma profissional, objetivando a potencialização do lucro da atividade de produção de gêneros alimentícios, pelo que não encontrou a exigida destinação final econômica, vez que continua servindo de instrumento para o fomento do mercado de consumo. Não estando presentes os dois requisitos - destinação final fática e destinação final econômica - essa relação não é tida como de consumo pela corrente finalista.

O segundo exemplo é concernente à aquisição de veículo por sociedade empresária para o transporte de seus funcionários. Novamente verifica-se o critério da destinação final fática, sem, contudo, estar presente a destinação final econômica. Isso porque o veículo está sendo usado de forma profissional, para viabilizar o exercício da atividade da sociedade empresária, concluindo-se que o veículo continua sendo meio de fomento à cadeia de produção, não tendo como se falar, então, em destinação final, pelo que a sociedade empresária em questão não pode ser considerada consumidora pela corrente finalista.

Observe-se, então, que situações que são tipicamente de consumo para a corrente maximalista (como os dois exemplos reproduzidos acima) não o são para a corrente finalista, evidenciando o que se mencionou no início de cada tópico respectivamente, ou seja, que a corrente maximalista tem tendência extensiva, entendendo que o Diploma Consumerista deva regular todo o mercado de consumo brasileiro e não só o consumidor não profissional, sendo que, por outro lado, a corrente finalista tem caráter restritivo, entendendo a aplicação do Código de Defesa

do Consumidor somente ao não profissional, por reputar que o profissional não se encontra em situação de debilidade presumida no mercado de consumo.

2.3.3 Corrente Finalista Mitigada

Conforme exposto no tópico antecedente, a corrente finalista pura afasta a possibilidade de qualificação de qualquer profissional como consumidor, por entender que ele não é parte vulnerável na relação de consumo, não merecendo a tutela protetiva do Estado.

Entretanto, parte da doutrina verificou a necessidade de mitigar, de abrandar esse rigor, aceitando a conceituação do profissional como consumidor, quando provada a sua vulnerabilidade.

Observe-se que os argumentos trazidos por essa vertente da corrente finalista, como apregoa Carlos Ferreira Almeida, “apelam à equidade, à igualdade de tratamento, à não discriminação das empresas ou dos profissionais que se encontrem perante a contraparte na mesma situação de debilidade, em situação de desequilíbrio gerada por insuficiência de informação e fraco poder de negociação”¹³⁷.

Assim, em nome do princípio da vulnerabilidade e do princípio constitucional da isonomia, os adeptos da corrente finalista mitigada autorizam a inserção do profissional na qualidade de consumidor, desde que este se apresente como a parte débil da relação.

Para a qualificação de consumidor pela corrente finalista mitigada será necessária, então, a verificação da **destinação final fática**, sendo afastada a exigência da destinação final econômica se, no caso concreto, for demonstrada a **vulnerabilidade do profissional**.

Desse modo, como conclui Thierry Bourgainé¹³⁸, para a corrente finalista mitigada, não será considerado consumidor aquele profissional que, mesmo com singela organização, adquire produtos dentro de sua especialidade para servir de insumo (propriamente dito) à sua produção, pois nesse caso não se atinge o critério da destinação final fática. Por sua vez, será conferida a qualidade de consumidor a

¹³⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Direito do Consumo**, p. 48.

¹³⁸ BOURGAINÉ, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor**, p. 31.

esse mesmo profissional, de pequena monta, quando adquira produtos fora de sua área de especialidade, para utilização interna, como a aquisição de alimentação para seus funcionários, desde que, no caso concreto, fique evidenciada a sua vulnerabilidade. Finalmente, há de se destacar que o profissional altamente organizado, como as multinacionais, mesmo na aquisição de produtos fora de sua área de especialidade, para utilização interna, normalmente, não será tido como consumidor pela corrente finalista mitigada, pois carece de requisito essencial, qual seja: a vulnerabilidade.

Nessa toada, verifica-se que para a configuração de consumidor pela corrente finalista mitigada, além da destinação final fática, deve estar presente a vulnerabilidade do profissional. Vulnerabilidade esta que deve ser provada pelo profissional, sob pena de não poder receber os benefícios da tutela protetiva¹³⁹.

Ora, se o profissional tem que provar a sua vulnerabilidade, isso significa que ela não se presume, como ocorre em face do não profissional, que em decorrência do disposto no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor tem presunção *iure et de iure* de vulnerabilidade¹⁴⁰. Desse modo, pode-se afirmar que a corrente finalista mitigada vê o profissional vulnerável como uma forma de consumidor equiparado. Ou seja, inicialmente, pela sua qualidade de profissional ele não é tido como consumidor. Entretanto, comprovado que o profissional está na mesma situação dos consumidores (propriamente ditos) no mercado de consumo – em manifesta vulnerabilidade – em honra ao princípio da isonomia, confere-se também a este a tutela protetiva prevista no Diploma Consumerista.

A vulnerabilidade exigida pela corrente finalista mitigada para a configuração do profissional como consumidor é a mesma verificada em face do não profissional, (tratada no item 2.1.1), apresentando três aspectos: vulnerabilidade fática ou econômica, jurídica e técnica.

¹³⁹ O ônus da prova da vulnerabilidade do profissional é tratada por KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor**, p. 47 e, ainda, é verificada na jurisprudência nacional, como se observam dos seguintes julgados, ambos consignando ao profissional solicitante o ônus da comprovação de sua vulnerabilidade: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 661.145/ES, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 22.02.2005, publicação em Diário de Justiça do dia 28.03.2005; e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Recurso Especial n.º 541.867/BA, relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, relator para o acórdão Ministro Barros Monteiro, julgamento em 10.11.2004.

¹⁴⁰ Esse assunto foi detalhadamente tratado na subseção 2.1.1.

Concluindo a posição da corrente finalista mitigada, como aponta Leonardo Bessa, tem-se que essa vertente entende que o “CDC protege situações de vulnerabilidade inerentes ao mercado de consumo, o que significa, de regra, a proteção da pessoa natural que não atua profissionalmente e, eventualmente, a proteção da pessoa jurídica que, por razões diversas, apresenta-se vulnerável em face de determinada atividade”¹⁴¹.

Finalizando este tópico, destaca-se que em qualquer dos exemplos alinhavados quando da elucidação das correntes maximalista e finalista pura, em sendo comprovada a vulnerabilidade do adquirente, este poderá ser considerado consumidor pela corrente finalista mitigada.

Explica-se melhor. No caso da empresa do ramo de alimentos que adquire um *software* para gestão de sua produção. A destinação final fática está presente. Assim, comprovado que a empresa quando da aquisição encontrava-se em posição de vulnerabilidade (leia-se vulnerabilidade fática, técnica e jurídica) em face do vendedor, pela corrente finalista mitigada lhe será conferida tutela protetiva. Veja-se que em se tratando, por exemplo, de uma microempresa a vulnerabilidade fática estará presente em decorrência da necessidade premente na aquisição do bem para o desenvolvimento de suas atividades, a vulnerabilidade técnica no pouco, ou quase nenhum, conhecimento sobre o real funcionamento do bem, assim como pelo fato de não contar com setor técnico que possa lhe munir dessas informações e a vulnerabilidade jurídica, notadamente, em decorrência da imposição de um contrato de adesão, bem como pelo fato de a microempresa não contar com um suporte jurídico, a lhe auxiliar na compreensão da real extensão do instrumento contratual.

Da mesma forma, uma empresa que adquire veículo para o transporte de seus funcionários, verificada a sua vulnerabilidade em face do vendedor, a corrente finalista mitigada lhe garantirá a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, conclui-se que em alguns casos em que a corrente finalista pura afasta a aplicação do Diploma Consumerista, por se tratar de profissional, a corrente finalista mitigada, em honra ao princípio da isonomia, autoriza o seu emprego, desde

¹⁴¹ BESSA, Leonardo. **Fornecedor Equiparado**, p. 134.

que, o profissional encontre-se em situação de vulnerabilidade similar ao do consumidor não profissional.

2.3.4 Outras correntes tendentes a definir consumidor

Não restam dúvidas de que as correntes maximalista e finalista (seja pura ou em sua forma mitigada) são as correntes dominantes na conceituação de consumidor. Entretanto, existem outras. Das correntes remanescentes, na doutrina nacional, somente uma tem algum relevo a justificar a sua abordagem no presente trabalho.

Essa corrente é capitaneada por Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁴² e propõe a incidência do Código de Defesa do Consumidor quando o bem envolvido se tratar de um bem tipicamente de consumo e a sua não incidência quanto se tratar de bem típico de produção.

Explica-se. Aventa essa corrente que o Diploma Consumerista deve ser aplicado àquelas relações em que os bens oferecidos são típicos bens de consumo. São considerados típicos bens de consumo aqueles fabricados em série e expostos no mercado de consumo da mesma forma. Ou seja, os bens típicos de consumo não são produzidos em decorrência de necessidades específicas de um sujeito, mas sim, para atingir sujeitos indeterminados, dentro de um mercado de consumo que também perde a sua determinação em decorrência da massificação das relações.

Assim, será tida como relação de consumo a aquisição de canetas por qualquer pessoa e com qualquer finalidade, haja vista que canetas são típicos bens de consumo, que são produzidos e vendidos independentemente da pessoa que futuramente as adquirirá, não sendo lúdimo, para esta corrente, conferir tratamento legal diferenciado a seus adquirentes, pois estes não foram diferenciados pelo fabricante.

Da mesma forma se verifica com veículos. Como são típicos bens de consumo, vez que produzidos em massa objetivando atingir o público consumidor em geral, a sua aquisição, por quem quer que seja, será tida como de consumo, até

¹⁴² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.77-79.

se realizada por empresa de transporte ou locadora de veículos, independentemente de sua vulnerabilidade na relação.

Por sua vez, se o bem for um típico bem de produção, como regra, não será aplicado o Código de Defesa do Consumidor. A título de exemplo, Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁴³ aponta a aquisição de um avião. Como o consumidor comum usualmente não adquire um avião, trata-se de um bem de produção. Assim, regra geral, não haverá a incidência do Diploma Consumerista. Entretanto, antevendo a possibilidade de o consumidor comum adquirir típicos bens de produção, a coerência da teoria é rompida, propugnando-se, nesse caso, o emprego do Código de Defesa do Consumidor.

A presente teoria não encontra muitos adeptos, até mesmo porque se afasta da concepção de destinação final estabelecida no artigo 2º, da Lei n. 8.078/90, procedendo a uma distinção puramente econômica entre bens tipicamente de consumo e bens de produção.

2.3.5 O novo Código Civil e a consolidação da corrente finalista

Como visto no Capítulo 1 deste trabalho, quando do advento do Código de Defesa do Consumidor pairava manifesta insatisfação em face do ordenamento civil pátrio, mais precisamente sobre o Código Civil de 1916, haja vista que ele havia sido idealizado sob a égide da teoria contratual clássica, concebida no seio do Estado Liberal, preocupada exclusivamente com a igualdade formal e, absolutamente, esquecida da igualdade material.

O Código de Defesa do Consumidor, em perfeita sintonia com a Constituição Federal de 1988, que instituiu um Estado mais social, inseriu no direito privado, mais precisamente nas relações de consumo, vários princípios tendentes a propiciar justiça contratual, equilibrando as partes contratantes.

Por óbvio que diante desse avanço verificado no Código de Defesa do Consumidor as deficiências do Código Civil de 1916 ficaram ainda mais evidentes, ressaltando-se a suas incompatibilidades com a Carta Magna.

¹⁴³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 83.

Diante desse panorama, observou-se, em um primeiro momento, a tendência dos Tribunais pátrios¹⁴⁴ na aplicação da teoria maximalista haja vista que, diante da expansão do conceito de consumidor procedida por essa corrente, grande parte do direito civil seria oxigenado pelos novos princípios esculpidos pelo Diploma Consumerista.

Entretanto, como aponta Cláudia Lima Marques “desde a entrada em vigor do CC/2002, parece (...) crescer uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade (art. 4º,I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado”¹⁴⁵.

Isso porque, como também visto no Capítulo 1 deste trabalho, o Código Civil de 2002, assim como o Código de Defesa do Consumidor, veio consagrar a nova teoria contratual, estabelecendo princípios em sintonia com os ditames constitucionais, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Com a adequação do Código Civil à nova ordem instituída, essa ordem voltada para o social, os Tribunais pátrios¹⁴⁶ tiveram por bem ponderar a aplicação

¹⁴⁴ Exemplos da aplicação da teoria maximalista nos primeiros anos de vigência do Diploma Consumerista são observados nos seguintes julgados: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 208.793/MT, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Publicação no Diário de Justiça do dia 01.08.2000; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 329.587/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Publicação no Diário de Justiça do dia 24.06.2002; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 286.441/RS, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Publicação no Diário de Justiça do dia 03.02.2003; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 488.274/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Publicação no Diário de Justiça do dia 23.06.2003; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 468.148/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Publicação no Diário de Justiça do dia 28.10.2003; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 445.854/MS, relator Ministro Castro Filho, Publicação no Diário de Justiça do dia 19.12.2003; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n. 235.200/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Publicação no Diário de Justiça do dia 04.12.00; e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n.º 263.229/SP, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, Publicação no Diário de Justiça do dia 09.04.2001.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 85.

¹⁴⁶ Se fosse possível estabelecer um divisor preciso entre a aplicação da corrente maximalista e a corrente finalista pelos Tribunais, este divisor, sem sombra de dúvidas, seria o julgado proferido pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 541.867/BA, que teve como relator o Ministro Antonio de Pádua Ribeiro e como relator para o acórdão o Ministro Barros Monteiro, cujo julgamento ocorreu em 10.11.2004. Após esta data, verificam-se vários precedentes da aplicação da teoria finalista e finalista mitigada, do que são exemplos os seguintes julgados: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 660.026/RJ, relator Ministro Jorge Scartezzini, publicação no Diário de Justiça do dia 27.06.2005; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.

do Código de Defesa do Consumidor, deixando-a, de acordo com o princípio constitucional da isonomia, exclusivamente, para o sujeito de direito consumidor, vulnerável na relação. Ou seja, com o advento do novo Código Civil a jurisprudência passou a acolher a corrente finalista, notadamente em sua vertente mitigada.

Assim, na atualidade, percebe-se tanto na doutrina como na jurisprudência a supremacia da corrente finalista, em sua forma mitigada, que parece a mais adequada ao ordenamento jurídico pátrio.

2.3.6 Tipos de Consumidores

Como o presente trabalho se restringe a analisar a demanda individual decorrente de vício de qualidade por inadequação e de vício de qualidade por insegurança dos produtos, nesta seção será analisado somente o consumidor previsto no *caput* do artigo 2º e no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.

Como visto na seção anterior, o artigo 2º, *caput*, do Diploma Consumerista, considera consumidor todo aquele que adquire ou utiliza produto como destinatário final.

No tocante ao sujeito que adquire produtos, não restam dúvidas, de que, se o fizer na qualidade de destinatário final, será considerado como consumidor, vez que é parte da relação contratual com o fornecedor.

Entretanto, o legislador consumerista foi adiante. Estabeleceu que além do adquirente, parte da relação contratual, também será considerado consumidor aquele que utiliza o bem como destinatário final. Nasce, então, a figura do usuário, também designado de utente.

O usuário, ao contrário do adquirente, não manteve relação contratual com o fornecedor. De todo modo, por qualquer motivo, como, por exemplo, mas não exclusivamente, transmissão onerosa (compra e venda), gratuita (doação) ou legal (herança), o está usando como destinatário final, sendo esse fato suficiente para qualificá-lo como consumidor e garantir-lhe a incidência da tutela protetiva.

476.428/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Publicação no Diário de Justiça do dia 09.05.2005; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 701.370/PR, relator Ministro Jorge Scartezini, Julgamento em 16.08.2005; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 661.145/ES, relator Ministro Jorge Scartezini, Publicação no Diário de Justiça do dia 28.03.2005.

Assim, conclui-se que o *caput* do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, garante ao usuário que não participou da relação contratual, e que consome o bem na qualidade de destinatário final, tutela igual ao partícipe desta.

Indo ainda mais além, no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor existe a previsão de que “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento”.

O artigo 17 da Lei 8.078/1990 está inserido na Seção correspondente à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Assim, em se tratando de acidente de consumo, serão considerados consumidores todas as “vítimas do evento”, independentemente da existência de relação dessa pessoa com o fornecedor (adquirente) ou, até mesmo, do uso do bem como destinatário final (usuário). Ou seja, o simples fato de um bem de consumo ocasionar dano a terceiro já possibilita, com espeque no artigo 17, da Lei 8.078/90, a incidência das regras protetivas.

Exemplo típico de vítima do evento fica por conta dos transeuntes dos logradouros públicos situados na redondeza do Osasco Plaza Shopping, o qual em 11 de junho de 1996 veio a explodir em decorrência de vazamento de gás.

Ora, esses transeuntes não mantiveram qualquer relação com o fornecedor, assim como não se valeram do bem na qualidade de usuários. De todo modo, mesmo não tendo qualquer contato com o bem, em tendo sofrido danos ao serem atingidos pela explosão, serão considerados consumidores, sendo-lhes assegurada a concessão da tutela protetiva prevista no Diploma Consumerista.

Assim, conclui Adriano de Paula que, em face do disposto no artigo 17 da Lei 8.078/90, “importa tão-somente que o terceiro tenha sido atingido por conta de produto ou serviço defeituosos, ou mesmo pela prática comercial irregular, prescindindo-se de qualquer atuação ativa”¹⁴⁷.

E Cláudia Lima Marques, assevera que, ao se garantir ao usuário e à vítima do evento, os quais não participaram da relação contratual, tutela igual ao partícipe desta, “dois dogmas estão revistos no Código de Defesa do Consumidor: o do efeito

¹⁴⁷ PAULA, Adriano de. **O consumidor equiparado e o processo civil**, p. 121.

inter partes dos contratos de serviço e da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual”¹⁴⁸.

Apresentadas as principais especificidades relacionadas ao conceito de consumidor, convém agora examinar a definição de fornecedor.

2.4 DEFINIÇÃO DE FORNECEDOR

O legislador consumerista, da mesma forma que fez com o conceito de consumidor, inseriu no Diploma consumerista, mais precisamente no *caput* do artigo 3º, uma definição legal de fornecedor. Versa esse dispositivo que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, importação, montagem, criação construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Neste momento necessária uma ressalva. O legislador consumerista, ao valer-se, ao longo de todo o Código de Defesa do Consumidor, da expressão fornecedor, está se referindo a todos os sujeitos da cadeia de produção, distribuição e comercialização, em suma, do fabricante/produtor ao vendedor, sem exceção, pelo que, quando pretende excluir algum, ou alguns desses sujeitos, descreve-os especificamente¹⁴⁹.

Retornando ao preceituado no *caput* do artigo 3º da Lei 8.078/90, verifica-se que esse dispositivo arrola uma série de atividades tidas como típicas do fornecedor. Apesar da extensão do rol, o qual aparentemente contempla toda e qualquer atividade de fornecimento, levando-se em conta os princípios que fundamentam a lei protetiva, o melhor entendimento é de que esse rol é meramente exemplificativo,

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos**, p. 93.

¹⁴⁹ Essa ressalva terminológica é evidenciada por Luiz Antonio Rizzatto Nunes, como se observa da seguinte passagem: “Este é gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécie. Ver-se-á que, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo ‘fornecedor. Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc.” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.90).

sendo que se novas atividades forem verificadas, permitirão o enquadramento de seu praticante como fornecedor.

Outro ponto de não somenos importância, apesar de não haver menção expressa no artigo 3º, é que somente será tido como fornecedor aquele que exerce uma das atividades arroladas no dispositivo de forma profissional¹⁵⁰.

Não diferentemente, posiciona-se Daniela Silva Fontoura de Barcellos, consignando que “não é apenas a realização de uma venda que transforma um particular em fornecedor, mesmo sendo o outro pólo detentor de todas as características de consumidor em sentido próprio. Portanto, o fornecedor, nas leis consumeristas, deve ser entendido como aquele que desenvolve atividade de fornecimento em *caráter profissional*”¹⁵¹.

Bom exemplo para esse fato fica por conta do particular que revende veículo próprio. Ora, esse particular está exercendo uma atividade típica de fornecimento, conforme descrição do artigo 3º, da Lei 8.078/90, qual seja: comercialização. Entretanto, não o faz de forma profissional, de forma habitual, pelo que não há que se falar em supremacia desse em face do eventual adquirente a justificar a concessão de tutela protetiva a este último. O vendedor, nesse caso, não detém qualquer superioridade técnica, jurídica ou fática em face do comprador; na verdade, possivelmente comprador e vendedor estarão em igualdade na relação.

Verifica-se, desde modo, que profissionalismo, em certa medida, implica habitualidade. Isso porque somente o desenvolvimento habitual¹⁵² de uma atividade

¹⁵⁰ “O caráter profissional do exercício da atividade econômica é normalmente apontado pela doutrina consumerista como característica fundamental da definição de fornecedor.

É a qualidade de profissional do fornecedor, como afirmam J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, que coloca o consumidor em situação de inferioridade e justifica o estabelecimento de normas para sua proteção. (PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 63.)

¹⁵¹ BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **O consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina**, p. 112.

¹⁵² No tocante a habitualidade no exercício da atividade, a fim da configuração de fornecedor, posiciona-se José Fernando Simão, destacando o fato de que “Será fornecedor a pessoa física ou jurídica que, a título singular, mediante a realização de uma atividade civil ou mercantil, oferece produtos ou serviços para a comunidade. A nota que deve ser feita diz respeito à habitualidade. Tal oferta deverá ser habitual, pois, em não sendo, estaremos diante de uma relação civil ou comercial.” (SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p.38). Essa posição também é esboçada, por exemplo, por BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor Equiparado**, p. 135; KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor**, p. 55; LISBOA, Roberto Senise.

confere a seu praticante superioridade em face da sua contraparte. É a habitualidade na prática da atividade que conduz o seu praticante a deter mais conhecimentos técnicos sobre o funcionamento do produto ou do serviço (superioridade técnica); que lhe possibilita, em conjunto com seus pares, manipular o preço dos bens e criar necessidades de aquisição, em face de publicidades agressivas (superioridade fática ou econômica) e que, ainda, justifica a elaboração de um contrato de adesão, elaborado com auxílio de corpo jurídico, sempre objetivando seu benefício próprio, em detrimento de sua contraparte (superioridade jurídica).

Então, para a configuração de fornecedor, imprescindível se faz que a pessoa desenvolva uma das atividades descritas no *caput* do artigo 3º, de forma profissional e habitual.

Essa pessoa, tida como fornecedora pela lei consumerista, pode tanto ser pessoa natural, como pessoa jurídica de natureza pública ou privada, nacional ou estrangeira, não se excluindo, sequer, os entes despersonalizados¹⁵³. Ou seja, na “aplicação do microsistema jurídico estabelecido na Lei 8.078/90, o legislador não se preocupou em distinguir que pessoas físicas ou jurídicas poderiam ser consideradas fornecedoras. Pelo contrário, deixou cristalina a idéia de que pouco importa a ‘roupagem’ ou mesmo a forma adotada para a constituição dela, pois o que interessa é a atividade profissional por ela desempenhada”¹⁵⁴.

Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, p. 130-131 e MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 75. Em sentido contrário, verifica-se o escólio de: EFING, Antônio Carlos, palestra ministrada na Câmara Americana de Comércio – AMCHAM Brasil, na data de 18 de maio de 2007, intitulada Os Direitos dos Consumidores, considerando como fornecedor, até mesmo, a pessoa física que criando galinhas para consumo próprio, em eventual excesso de produção de ovos, revende aos vizinhos.

¹⁵³ Nos entes despersonalizados estão incluídas, notadamente, as sociedades de fato, aquelas que não estejam devidamente constituídas. Neste diapasão, James Marins cita o exemplo dos ambulantes, os quais mesmo desenvolvendo atividade irregular estão sujeitos às normas de consumo (MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 76-77).

¹⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 130-131.

Note-se que nem mesmo o fim econômico é relevante para a constituição de fornecedor, pelo que até mesmo associações e fundações¹⁵⁵, que em decorrência de sua própria natureza não têm objetivo de lucro propriamente dito¹⁵⁶, serão tidas como fornecedores quando exerçam atividade de forma profissional.

Exemplo fica por conta das associações de ensino. Certo é que algumas dessas pessoas jurídicas não visam lucro em seu sentido próprio, pois as rendas obtidas são revertidas em prol da própria pessoa jurídica. Entretanto, ao exercerem atividade profissional, como a prestação de serviço de educação, de forma remunerada, estarão sujeitas às normas de defesa do consumidor.

Em suma, será tido como fornecedor qualquer pessoa, independentemente de sua configuração, que exerça atividades típicas de fornecimento, de forma profissional e habitual.

Finalmente, cabe lembrar, como exposto na seção 2.2, que, para a configuração de uma relação de consumo, imprescindível a presença de um consumidor e de um fornecedor. Assim, ainda “que quem tenha adquirido o bem ou serviço o tenha feito como consumidor, ou seja, para uso não profissional, pode não haver nessa relação uma relação jurídica de consumo. É que, se quem lhe forneceu o bem ou serviço não se encaixa no conceito de fornecedor, não haverá relação de consumo e, por conseguinte, não haverá como acionar o CDC”¹⁵⁷.

Daí a importância da conceituação de fornecedor e consumidor. Pois sem a correta visualização e compreensão de alcance dos conceitos desses sujeitos, o intérprete terá dificuldade em determinar as circunstâncias em que deve haver a incidência da Lei de Proteção e Defesa do Consumidor.

¹⁵⁵ A incidência do CDC sobre as atividades profissionais exercidas por associações e fundações é defendida por BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor Equiparado**, p. 135; e LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 131.

¹⁵⁶ Versa o artigo 53 do Código Civil brasileiro que “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”.

¹⁵⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A., **Direito do Consumidor**, p. 55.

2.4.1 Tipos de Fornecedores

Assim como existem tipos diferentes de consumidores, também existem formas diferenciadas de fornecedores.

Inicialmente, cabe reiterar que quando o legislador consumerista se refere a fornecedor, não está se remetendo a um sujeito específico, mas sim a todos os sujeitos envolvidos na cadeia de produção e de distribuição¹⁵⁸, ou seja, a todos aquele que tenham, de alguma forma, intervindo na circulação do bem no mercado de consumo¹⁵⁹.

Desse modo, pode-se afirmar que é considerado fornecedor desde o fabricante, construtor ou produtor até o comerciante.

Contemplando o alto grau de especialização verificado na atual economia de massa, o qual faz prolongar a cadeia de produção e distribuição, imprescindível se faz estudar mais a fundo essa figura do fornecedor, verificando, precisamente, a quem o legislador pretendeu se referir ao utilizar essa nomenclatura.

A importância dessa distinção será mais bem elucidada no capítulo 5, quando da análise da legitimação passiva do vício de insegurança, notadamente quando do estudo do artigo 13 da Lei 8.079/90.

2.4.1.1 Real

O primeiro tipo de fornecedor é o fornecedor real, que participa efetivamente do processo de produção ou construção, em qualquer uma das suas fases. É na verdade fabricante, produtor ou construtor.

Por fabricante, no sentido do Código, segundo ensina Antonio Herman Benjamin “entende-se qualquer um que, direta ou indiretamente, insere-se nesse processo de desenvolvimento e lançamento de produtos no mercado”¹⁶⁰ e continua, afirmando que não é “só o fabricante final, como ainda o que fabrica peças ou componentes. É tanto o mero montador, como aquele que fabrica seu próprio

¹⁵⁸ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 157.

¹⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 264.

¹⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 121.

produto. É não apenas o fabricante de matérias-primas, como também aquele que as utiliza em um produto final”¹⁶¹.

Como se observa, a definição de fabricante envolve todos aqueles que participam do processo de produção do bem, seja no que diz respeito a matéria-prima, peças, componentes ou montagem.

Por sua vez, o produtor é aquele que introduz no mercado produtos naturais, ou produtos não industrializados, e construtor é o responsável pela introdução no mercado de produtos imobiliários¹⁶².

Assim, concluí-se que fornecedor real é todo sujeito que “participa do processo de produção de um bem, contribuindo, ainda que em pequena medida, para a confecção de um produto apto para a distribuição, seja de um produto final, seja de uma parte componente, seja de uma matéria-prima”¹⁶³.

2.4.1.2 Aparente

Em contraposição ao fornecedor real está o fornecedor aparente. O fornecedor aparente não participa efetivamente do processo produtivo. Entretanto, põe seu nome ou outro sinal distintivo no bem, assumindo a aparência de fabricante, produtor ou construtor¹⁶⁴.

Exemplo típico de fornecedor aparente fica por conta dos grandes atacadistas que colocam o seu nome e marca em produtos fabricados por terceiros.

Note-se que o fornecedor aparente assume perante o consumidor responsabilidade idêntica ao do fornecedor real, pois aos olhos do consumidor o fornecedor aparente foi o responsável pela confecção do bem. Esse fenômeno é denominado de responsabilidade substitutiva.

¹⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 121.

¹⁶² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 81-82.

¹⁶³ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 77.

¹⁶⁴ Nesse sentido, MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 101.

Assim, a justificativa para a responsabilização substitutiva do fornecedor aparente é aparência criada¹⁶⁵, o fato de o fornecedor aparente se comportar ostensivamente como fabricante, construtor ou produtor, auferindo todas as vantagens dessa atividade empresarial.

Finalmente, há de se destacar que a revelação por parte do fornecedor aparente quanto à identidade do fornecedor real não o exonera da responsabilidade assumida com a inserção de seu nome, marca ou outro sinal distintivo no produto. Isso porque, aos olhos do consumidor, o fornecedor aparente continua sendo o responsável pela inserção do produto no mercado, pelo que a sua aquisição se faz com base na confiança depositada na pessoa do fornecedor aparente, que posteriormente não pode se furtar de eventual responsabilidade diante da simples alegação de que não é o real fornecedor do produto¹⁶⁶.

2.4.1.3 Presumido

O terceiro tipo de fornecedor é o presumido. A figura do fornecedor presumido tem lugar quando não se possa identificar, ou se tenha identificação insuficiente do fornecedor real e, ainda, no caso do importador¹⁶⁷.

¹⁶⁵ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 81.

¹⁶⁶ Produtor é também “quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo” (art. 1.º, n.º1, 2.ª parte). É o chamado produtor aparente (Anscheinsproduzent), também designado por quase produtor (Quase-Hersteller). O conceito engloba, sobretudo, os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais e as empresas de venda por correspondência que sob o seu próprio nome, firma ou marca, oferecem e lançam no mercado produtos, principalmente artigos de grandes séries, fabricados as mais das vezes segundo as suas instruções por terceiros que permanecem anônimos perante o público. É esta aparência, esta impressão de produção própria assim provocada que justifica e fundamenta a extensão do conceito de produtor a tais pessoas humanas ou jurídicas que, apresentando o produto como próprio, surgem aos olhos do consumidor nessa veste.

Vale dizer, noutra formulação, que a lei trata o produtor aparente como se fosse produtor real, sem lhe conceder a prova liberatória de que não é ele o produtor efetivo do produto defeituoso. E compreensivelmente, pois quem na apresentação e marketing do produto assume a qualidade de produtor e no tráfico aparece a comportar-se como tal, pela aposição no produto (ou embalagem) do seu nome, marca ou outro sinal distintivo, ocultando a indicação do verdadeiro produtor, deve assumir as conseqüências da aparência de produção própria, infundida por entre o público” (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 550-552).

¹⁶⁷ Nesse sentido, ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 75.

Diante da ausência ou insuficiência de identificação do fornecedor real, o comerciante assume o seu papel e, conseqüentemente, a integralidade da responsabilidade inerente ao fornecedor real perante o consumidor.

A figura do fornecedor presumido é observada, principalmente, na venda de frutas e verduras. Nesse caso, dificilmente o produtor é identificado. Em ocorrendo qualquer evento ocasionador de danos ao consumidor, o comerciante, por não ter identificado adequadamente o seu produtor, assumirá integralmente a responsabilidade por estes danos em face do consumidor.

Importante consignar que aqui, também, não haverá exoneração da responsabilidade do comerciante pela posterior indicação do fornecedor real.

O importador, por sua vez, é aquele que coloca no mercado brasileiro produto de qualquer natureza trazido do exterior. Como é de fácil constatação, o importador não é o fornecedor real. Entretanto, objetivando facilitar a defesa do consumidor, intenção precípua do Diploma Consumerista, o importador é presumido fornecedor real, evitando assim que o consumidor tenha que acionar o fornecedor real no exterior, podendo fazê-lo em face do importador, aqui no Brasil¹⁶⁸.

2.4.1.4 Comerciante

Finalmente, tem-se a figura do comerciante propriamente dito. Comerciante, ao contrário do uso popular dado à palavra, não se entende somente o varejista, aquele que vende diretamente ao consumidor, mas todos os intermediários do mercado de consumo, incluindo, assim, atacadistas e distribuidores¹⁶⁹.

Desse modo, quando o Código de Defesa do Consumidor faz remissão à figura do fornecedor, está incluindo o comerciante, em sentido amplo, porque engloba atacadistas e intermediários.

Por sua vez, quando da exclusão da responsabilidade do comerciante pelo Diploma Consumerista, igualmente está-se excluindo não só a figura do varejista,

¹⁶⁸ Vai nesse sentido o escólio de ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 160.

¹⁶⁹ Nessa linha PASQUALATTO, Adalberto. **Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul**, p. 80.

mas de todos os demais sujeitos envolvidos na atividade pura de comercialização, notadamente atacadistas e intermediários.

2.5 OBJETO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para finalizar a análise quanto à incidência das normas de defesa do consumidor, imprescindível que seu objeto se enquadre como um produto ou serviço de consumo, elementos esses que são descritos no parágrafo 2º e 3º, do artigo 3º, da Lei 8.078/90.

Não haverá, pois, relação de consumo sem a presença de um consumidor, nos moldes do descrito na seção 2.3, de um fornecedor, como noticiado no item 2.4, e de um bem de consumo, nos termos do que se verá nesta seção.

Cabe, ainda, registrar que o presente trabalho visa, mais detalhadamente, analisar o vício de qualidade por inadequação e por insegurança dos produtos, não sendo a conceituação de serviço de maior importância.

De todo modo, para que não reste uma lacuna, mesmo que sucintamente, os serviços objeto das relações de consumo também serão abordados nesta seção.

2.5.1 Produto

A conceituação de produto no âmbito das relações de consumo não é matéria controvertida.

O parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei 8.078/90 estabelece que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Como se observa, a Lei Consumerista valeu-se da distinção clássica entre bens móveis e imóveis para conceituar produto.

Assim, poderá ser tido como produto de uma relação de consumo qualquer bem imóvel, considerado como o “solo e tudo quanto se lhe incorporar naturalmente ou artificialmente”¹⁷⁰.

Exemplo de relação de consumo envolvendo bem imóvel é a compra e venda de apartamento realizada entre consumidor e fornecedor.

¹⁷⁰ Essa definição é extraída do artigo 79 do CCB, o qual tem aplicação subsidiária ao Diploma Consumerista, visto seu caráter de lei geral a reger as relações privadas.

Também será tido como objeto das relações de consumo qualquer bem móvel, entendido como qualquer bem suscetível “de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica-social”¹⁷¹. Por essa definição, até mesmo um animal poderá ser objeto de uma relação de consumo, desde que, é claro, se observe de um lado um consumidor e de outro um fornecedor.

Verifica-se, então, que em decorrência da abrangência da norma, que engloba tanto bens móveis como imóveis, não se permite a exclusão de qualquer produto da esfera das relações de consumo.

Objetivando garantir essa amplitude e a não exclusão de qualquer bem do âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, o legislador consumerista foi ainda mais longe. Além de estabelecer como objeto das relações de consumo os bens móveis e imóveis, não fez qualquer distinção entre bens materiais ou imateriais¹⁷².

Assim, até mesmo crédito, programas de computador¹⁷³ e outros bens que não apresentam existência física são contemplados por essa definição.

Em suma, poderá ser considerado produto de uma relação de consumo qualquer bem presente no comércio, sem qualquer exclusão, fato que se coaduna com o espírito da Lei 8.078/90, a qual pretende proteger a parte mais fraca da relação, independentemente do produto envolvido.

De todo modo, apesar de em sua conceituação o legislador ter se valido da distinção clássica entre bens móveis e imóveis, no desenrolar da legislação consumerista não leva em conta essa bipartição (móvel ou imóvel) e sim divide os produtos no grupo dos duráveis e dos não duráveis.

¹⁷¹ Definição extraída do artigo 82 do CCB, o qual se aplica subsidiariamente às relações de consumo, como se evidenciará em capítulo próximo.

¹⁷² Segundo Plácido e Silva bens imateriais são aqueles incorpóreos “que não têm corpo. (...) que não têm existência concreta. Referem-se a entidades abstratas, que embora possam ser objeto de direitos, e deles se possam sentir os resultados, não possuem qualquer *materialidade*, em que se possa orçar ou apalpar, ou se sinta ou se veja. São bens de existência imaterial, inapalpável, invisíveis.” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, p, 245).

¹⁷³ Os softwares, que na verdade são programas de computador, são tidos como bens incorpóreos por AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, p. 312.

Os **produtos não duráveis** são, basicamente, aqueles que se extinguem com o uso. Ou seja, o uso regular do produto implica, necessariamente, a destruição de sua substância. Exemplo típico fica por conta dos alimentos, remédios, cosméticos, entre outros.

Note-se, como alerta César Fiúza¹⁷⁴, que a destruição do produto não precisa ser imediata para que ele seja considerado não durável, podendo se dar paulatinamente, como ocorre com um sabonete, que somente se extinguirá completamente após algumas utilizações. O que interessa para a conceituação de produto não durável é o fato de que a destruição total da substância inevitavelmente ocorrerá devido ao seu uso. Tratam-se, pois, de produtos de consumo natural¹⁷⁵.

Por sua vez, os **produtos duráveis** são aqueles que, como o próprio nome já sugere, não se extinguem com o uso. Eles duram, levam tempo para se desgastar. Podem, e devem, ser utilizados muitas vezes.

São tidos como produtos duráveis os eletrodomésticos em geral, as peças de vestuário, os veículos e, até mesmo, os imóveis. Importante destacar que, apesar do caráter de durabilidade desses produtos, eles não necessitam ser eternos. É certo que uma roupa, ou um veículo, são bens duráveis. De todo modo, em decorrência de seu uso reiterado, em algum momento, esses bens deixarão de exercer a função a que se destinam (vestuário ou locomoção). Entretanto, esse fato não lhes retira a qualidade de durabilidade.

Assim, “não duráveis são aqueles produtos de vida útil efêmera, consumidos com pouco tempo de uso, como os produtos alimentares, medicamentos, de higiene, limpeza etc. A *contrario sensu*, duráveis serão aqueles que têm vida útil mais duradoura, como veículos, eletrodomésticos, móveis, imóveis etc”¹⁷⁶.

Finalmente, cabe se destacar que não existe necessidade de remuneração pelos produtos para que eles sejam considerados objeto das relações de consumo, pelo que também há a incidência do Diploma Consumerista quando se tratem de

¹⁷⁴ FIÚZA, César. **Direito Civil**, p. 179-180.

¹⁷⁵ Expressão utilizada por Francisco AMARAL, o qual estabelece que “Consumo natural e, portanto, o que se dá com a destruição do bem pelo uso regular, como acontece com os alimentos, o dinheiro etc.” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, p. 325).

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 490.

amostras grátis ou qualquer outro produto entregue sem remuneração por parte do fornecedor¹⁷⁷.

2.5.2 Serviço

Ao contrário do conceito de produto, a definição de serviços objeto das relações de consumo já suscitou, e ainda suscita, vários questionamentos.

O parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor estabelece: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”.

Primeiramente, destaca-se que assim como ocorreu com produto, apesar de o legislador não fazer menção explícita na definição a serviços duráveis e não duráveis, no restante da legislação utiliza-se desses termos, sendo necessária a tentativa de sua delimitação.

Fala-se em tentativa, pois a extensão do significado de serviços duráveis e não duráveis é matéria controvertida na doutrina.

Parte da doutrina¹⁷⁸ reputa que **serviço durável** são aqueles de execução continuada ou de trato sucessivo, “são os que demoram certo tempo, perdurando as obrigações das partes contratantes. (...). Importam na realização de prestações periódicas e contínuas”¹⁷⁹, como, por exemplo, o contrato de prestação de serviço de conta corrente, de plano de saúde, de fornecimento de energia elétrica, entre outros, que têm a sua execução prolongada no tempo, renovando-se a cada período de tempo, usualmente, trinta dias.

Em outro viés, para essa parte da doutrina, os **serviços não duráveis** são aqueles cuja execução não apresenta maior duração. Ou seja, não apresentam execução continuada e sim prazo certo de execução, tal como o contrato de

¹⁷⁷ Nesse sentido, MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 80.

¹⁷⁸ A exemplo de LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 102; SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 117; e WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**, p. 237-238.

¹⁷⁹ WALD, Arnoldo. Obra Citada, mesma página.

prestação de serviços odontológicos, de lavagem de veículo ou de roupas, de pintura de imóvel, entre outros.

Por sua vez, outra parte da doutrina¹⁸⁰ reputa que os serviços duráveis não estão ligados a duração da atividade desenvolvida pelo fornecedor (contrato de trato continuado) e sim a durabilidade do resultado do serviço. Desse modo, será um serviço durável a pintura de um imóvel, pois apesar de não ser um ajuste de trato continuado, os resultados do serviço (pintura) perdurarão no tempo.

Assim, para essa parte da doutrina, será serviço não durável aquele cujos resultados não se sentirão por longo tempo pelo consumidor, como o serviço de transporte, de hospedagem e de diversão.

Finalmente, cabe consignar que Luiz Antonio Rizzatto Nunes, de forma isolada, traz uma terceira solução, mesclando as duas correntes anteriormente descritas. Para esse jurista será considerado serviço durável aqueles de execução continuada, como aqueles cujos resultados se sentirão duradouramente para o consumidor:

Serviços duráveis são aqueles que:

- a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde, etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo;
- b) embora típicos de não-durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de *buffet*, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (conserto de um veículo), etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenciais no aspecto de responsabilidade, como se verá), o produto faz parte do serviço – às vezes até com ele se confundindo, como acontece, por exemplo, com a pintura de uma parede¹⁸¹.

De todo modo, como ensina Paulo Jorge Scartezzone Guimarães, diante da divergência quanto ao significado de serviços duráveis e não duráveis e levando-se em conta o caráter protetivo do Diploma Consumerista, “sempre que houver dúvida sobre os efeitos do serviço, deverá prevalecer a regra da interpretação em favor do

¹⁸⁰ São seguidores dessa vertente: ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 70; BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMINM, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 160; e GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzone. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 316.

¹⁸¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 96-97.

consumidor. Assim, havendo dúvida, o serviço deverá ser considerado durável, com prazo decadencial de 90 dias¹⁸².

Outro fator de extrema importância para a conceituação de serviço diz respeito à remuneração. Como visto da definição do parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ela é essencial para que um serviço seja considerado como objeto de uma relação de consumo.

2.5.2.1 Formas de remuneração dos serviços

Certo é que a remuneração é essencial para a configuração de um serviço como objeto de uma relação de consumo, vez que essa previsão está expressa no parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, como adverte Luiz Antonio Rizzatto Nunes “quando a lei fala em ‘remuneração’ não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto ‘remuneração’ no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto¹⁸³”.

Assim, além da **remuneração direta**, que nada mais é do que o pagamento direto do consumidor ou fornecedor pelo serviço prestado, a remuneração também pode se dar de forma indireta.

Na **remuneração indireta** ocorre pagamento indireto do consumidor (ou da coletividade de consumidores) ao fornecedor, à vista de benefícios supostamente gratuitos, cuja remuneração já foi embutida em outro momento. Esta situação é verificada no caso de serviço “gratuito” de escova, para o consumidor que contrata o serviço de corte de cabelo. O serviço principal (corte de cabelo) é pago diretamente. O serviço supostamente gratuito (escova) é pago de forma indireta, vez que sua remuneração está embutida no preço do principal. Outro exemplo fica por conta de estacionamentos “gratuitos” fornecidos como facilidade pelos fornecedores. Este serviço, apesar de não ser remunerado diretamente pelo consumidor, é pago pela coletividade, diluído no preço dos demais serviços e produtos ofertados pelo

¹⁸² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 316.

¹⁸³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.98.

fornecedor. Em ambos os casos, como o fornecedor foi remunerado pelo serviço ofertado, haverá a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, aponta a remuneração indireta como forma de remuneração e conseqüentemente conclui pela incidência da Lei 8.078/90 em face dos serviços assim remunerados:

Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individualmente que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos, por exemplo, no transporte gratuito de idosos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo (como a catividade e os bancos positivos de preferência de consumo e de *marketing* direcionado, que significam milhas, os cartões de cliente preferencial, descontos e prêmios se indicar um “amigo” ou preencher um formulário)¹⁸⁴.

Tendo-se em vista a necessidade de remuneração do serviço para que ele possa ser objeto das relações de consumo, é certo que serviços verdadeiramente gratuitos, como os prestados por filantropia, não estão acobertados pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, não será objeto de uma relação de consumo a prestação de serviços médicos ofertados por uma associação de amparo a menores abandonados, vez que realizada sem qualquer espécie de contraprestação.

Entretanto, resta um questionamento. Diante da necessidade de remuneração do serviço para que haja a incidência da tutela protetiva do Código Consumerista, até mesmo os serviços públicos poderão ser entendidos como objeto das relações de consumo? Essa questão será analisada no próximo tópico.

2.5.2.2 Serviços prestados pelo Estado

Os serviços prestados pelo Estado podem ser divididos em dois grupos, os prestados a título singular e os prestados a título universal.

Os serviços prestados a **título singular** (*uti singuli*) são aqueles que o Estado presta diretamente ou por concessionárias ou permissionárias e são remunerados mediante tarifas ou preço público, como o serviço de água, luz, transporte público,

¹⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 80.

pedágio, correio, entre outros. Nesse tipo de serviço existe um beneficiário certo que paga pelo recebimento de um serviço também certo.

Por sua vez, os serviços públicos a **título universal** (*uti universi*) são aqueles inerentes ao Poder Público e que são executados com os valores arrecadados mediante tributos, como serviço de polícia, educação e saúde. Neste caso, os beneficiários são todos os cidadãos, a coletividade, e não há que se falar em uma remuneração propriamente dita, pois não se pode prever a destinação precisa dos tributos.

Diante dessa distinção, parte da doutrina nacional¹⁸⁵ entende que somente os serviços públicos a título singular são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que os serviços públicos a título universal constituem-se em relação tributária, devendo ser tratados pelo direito público. Neste sentido é o escólio de José Geraldo Brito Filomeno:

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os “tributos”, em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não se há de confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas, sim, inseridas no contexto dos “serviços” ou, mais particularmente, “preço público”, pelos “serviços” prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que se pretende dizer é que o “contribuinte” não se confunde com o “consumidor”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum¹⁸⁶.

Entretanto essa posição não é pacífica. Doutrinadores como Paulo Khouri e Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁸⁷ consignam que como o Código de Defesa do Consumidor “não distinguiu entre serviço público próprio e impróprio, fazer esta distinção tão-somente com base na remuneração específica não parece o mais

¹⁸⁵ Veja, exemplificativamente, BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **O consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina**, p. 123; e BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 172.

¹⁸⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 45.

¹⁸⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p.115.

correto”¹⁸⁸, determinando-se, assim, a incidência do Diploma Consumerista à todo e qualquer serviço público.

2.5.2.3 Serviços de natureza bancária

O parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, não deixa dúvidas quanto à inclusão dos serviços de natureza bancária no rol de serviços regidos pela legislação protetiva. Relembre-se o enunciado: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”.

Como comenta Leonardo Roscoe Bessa “entendeu a lei que a atividade é, por si, potencialmente ofensiva a legítimos interesses no mercado. Daí porque absolutamente descabida qualquer interpretação que busque excluir a aplicação do CDC às instituições financeiras”¹⁸⁹.

Entretanto, apesar da clareza do enunciado do parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, abarcando toda e qualquer atividade de natureza bancária, quando do início da vigência do Diploma Consumerista houve certa vacilação quanto a essa incidência.

Esse fato impulsionou a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) a apresentar ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2.591) objetivando a decretação da inconstitucionalidade, formal e material, da expressão “inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Grosso modo, alegou a Consif a inconstitucionalidade formal da norma por ofensa, notadamente, ao artigo 192, incisos II e IV da Constituição Federal¹⁹⁰,

¹⁸⁸ KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor**, p. 58.

¹⁸⁹ BESSA, Leonardo. **Fornecedor Equiparado**, p. 140.

¹⁹⁰ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em **lei complementar**, que disporá, inclusive, sobre: (...) II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador; (...) IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas ou privadas.” (sem grifos no original).

avertando que as atividades das Instituições Financeiras somente poderiam ser reguladas por lei complementar e não por lei ordinária, como o é o Código de Defesa do Consumidor.

No tocante a inconstitucionalidade material, os argumentos giravam em torno do fato de que “o legislador ordinário não levou em conta a adequada distinção procedida pela Carta de 1988, entre Ordem Econômica e Ordem Financeira, donde se justifica ‘a distinção entre consumidor de produtos e usuários de serviços e clientes de instituições financeiras’”¹⁹¹ e de que nas operações de outorga de crédito, diante da característica de circularidade do dinheiro, não haveria que se falar em um destinatário final e conseqüentemente na aplicação do Código de Defesa do Consumidor¹⁹².

Essa posição era (e ainda é) defendida na doutrina, do que é exemplo o escólio de Arnaldo Wald:

Efetivamente, a entrega de dinheiro sob qualquer forma (mútuo, desconto etc) ou a promessa de sua entrega (abertura de crédito) ao contratante ou a terceiro não constitui aquisição de produto (bem móvel ou imóvel) pelo destinatário final, pois, pela sua própria natureza, a moeda circula, e só constituiria operação com o destinatário final se se tratasse de um colecionador de moedas que não as transferisse a terceiros, hipótese suficientemente excepcional para que não se possa generalizá-la¹⁹³.

O qual é veementemente repreendido por Cláudia Lima Marques:

O bem não necessita ser destruído para haver consumo, há também consumo de bens imateriais, de imagens, idéias, seguranças, fazeres e serviços; o consumo é uma noção jurídica autônoma e nova, assim como a de serviço. O dinheiro não é um “produto”-fim, mas sim um instrumento para o atendimento das necessidades do consumidor, um produto-meio, como muitos outros que não se destroem no momento de sua utilização e é considerado “bem juridicamente consumível”¹⁹⁴.

De todo modo, com o julgamento da ADIn 2.591 em 07 de junho de 2006, houve o reconhecimento da constitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 3º, do

¹⁹¹ BRAZ, Lúcio Torreão. Em Cláudia Lima MARQUES; e outros. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**, p. 20.

¹⁹² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Em Cláudia Lima MARQUES; e outros **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**, p. 291.

¹⁹³ WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**, p. 777.

¹⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**, p. 141.

Código de Defesa do Consumidor, pelo que se estancou por definitivo a discussão sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de natureza bancária, reconhecendo-se a sua aplicação integral.

2.6 A INTERAÇÃO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após a evidenciação de que somente haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor quando estiver presente de um lado um consumidor e do outro um fornecedor, negociando um típico objeto de consumo, para finalizar este capítulo será analisada, mesmo que sucintamente, sem qualquer intenção de exaustão da matéria, a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Ou seja, analisar-se-á se o Código Civil somente se aplica quando ausente disposição específica no Código de Defesa do Consumidor, verificando-se sua incidência meramente subsidiária às relações de consumo ou se esses diplomas interagem mesmo nas situações em que não se verificam lacunas na norma protetiva, sempre buscando o tratamento mais vantajoso ao consumidor.

Para iniciar essa discussão, cabe destacar que segundo o parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, pelo que se conclui que o Código Civil de 2002, lei nova e geral, não revogou qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, lei anterior e especial.

Trata-se na verdade da utilização de critério de superação de antinomia aparentes¹⁹⁵, mais precisamente do critério da especialidade. Por esse critério, sobrevindo lei nova e geral, como o é o Código Civil de 2002, será mantida a integralidade da lei antiga e especial, no caso o Código de Defesa do Consumidor,

¹⁹⁵ Sobre este tema, BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 91-114.

sendo que a aplicação da lei geral (CCB) somente se dará de forma subsidiária à lei especial (CDC). Ou seja, quando haja alguma omissão que assim o justifique¹⁹⁶.

Neste sentido a elucidação de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Outro ponto merecedor de esclarecimento inicial diz com a identificação do campo de aplicação do novo Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor. À partida, esclareça-se que, em nenhuma matéria, o novo Código altera ou extingue as normas próprias de Direito do Consumidor, pois estas são especiais em face daquele, entendido como norma geral. Um dos critérios clássicos de superação das antinomias jurídicas (aparentes, como lembra Norberto Bobbio, pois solúveis) é a da especialidade, mediante a qual a norma especial não é revogada pela norma geral, ficando esta como supletiva, assegurando-se àquela a precedência. A relação contratual de consumo não se confunde com a relação contratual comum a que se destina o Código Civil. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor não foi modificado pelo novo Código civil, permanecendo aquele a regular os contratos de consumo e este, os contratos comuns civis e mercantis¹⁹⁷.

Tem-se, então, com base no critério da especialidade, que o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de norma especial, tem vigência soberana sobre as relações de consumo, sendo que a aplicação do Código Civil, lei geral, dar-se-á somente de forma subsidiária. Isto é, quando o Código de Defesa do Consumidor “não contiver norma regulando a hipótese concreta, pois se houver norma específica, não se aplica elemento exterior ao microsistema”¹⁹⁸.

A jurista gaúcha Cláudia Lima Marques, propõe uma outra visão para essa interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, denominada de “diálogo das fontes”, a qual “permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva”¹⁹⁹.

Pela teoria do “diálogo das fontes”, o Código Civil não teria aplicação subsidiária ao Código de Defesa do Consumidor e sim simultânea²⁰⁰. Havendo

¹⁹⁶ Nesse sentido a posição de GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 86.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**, p. 188.

¹⁹⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 14.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**, p. 59.

²⁰⁰ Nesse sentido, também SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 170-171.

dispositivo no Código Civil mais benéfico ao consumidor este se aplica em preferência ao Código de Defesa do Consumidor. Essa interpretação é calcada, notadamente, no artigo 7º do Diploma Consumerista²⁰¹, que estabelece que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor não excluem outros direitos previstos, especificamente, em legislação ordinária, como o Código Civil.

Assim, a teoria do “diálogo das fontes” prima pela aplicação da norma mais benéfica ao consumidor, de acordo com o disposto no artigo 7º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, ainda, com o dever de tutela ao sujeito de direito consumidor inserido na Constituição Federal, tal como evidencia o seguinte trecho da obra de Cláudia Lima Marques:

Observe-se que a aplicação subsidiária significa *tempo* e *ordem*. Uma lei é aplicada totalmente (ordem de aplicação) e só depois (tempo), no que for necessário e complementar, a outra é chamada à aplicação. Mas mesmo aqui a finalidade ou função das normas no sistema pode ser decisiva. Observando-se o texto do art. 7º, concluí-se que representa uma cláusula aberta, uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no CDC. Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal, há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor. Sendo assim, parece-me que o CC/2002 traz também novos direitos aos consumidores²⁰².

Conclui-se, então, que a doutrina nacional tem duas formas de visualizar a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. A primeira, como base no critério da especialidade, estabelece a total supremacia do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, permitindo-se somente a aplicação subsidiária do Código Civil, e a segunda, denominada de “diálogo das fontes”, calcada no artigo 7º da Lei Protetiva e nos ditames constitucionais de defesa do sujeito de direito consumidor, prevê, em qualquer hipótese, a incidência da norma mais benéfica ao consumidor.

Delimitado o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que toda a análise procedida no presente trabalho estará circunscrita a

²⁰¹ “Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, e regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

²⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 692.

esse contorno, ou seja, as relações de consumo, buscar-se-á, no Capítulo 3, examinar a evolução da responsabilidade civil do fornecedor.

CAPÍTULO 3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

Conforme verificado nos capítulos antecedentes, a sociedade sofreu grandes modificações após a Revolução Industrial. Houve uma progressão geométrica de produtos e serviços colocados no mercado de consumo, pelo que as relações que inicialmente apresentavam contornos pessoais passaram a se dar de forma massificada, impessoal, colocando a parte mais fraca (consumidor) em manifesta desvantagem em face da contraparte (fornecedor) e majorando, significativamente, o risco de dano, haja vista a inevitabilidade de falhas no sistema de produção seriada²⁰³.

Diante desse novo panorama, a responsabilidade civil tradicional mostrou-se ineficiente para conferir a segurança desejada e necessária, tal como consigna João Calvão da Silva:

(...) a automatização do processo produtivo, a complexa e “anônima” combinação do homem com a máquina a fazer com que seja elevada a possibilidade de aparecimento de produtos defeituosos e perigosos, devido a erros humanos e falhas técnicas, muitos dos quais escapam completamente ao mais elevado grau de diligência e cuidado do homem. Surgem, assim, frequentemente, riscos típicos e inevitáveis, independentes de qualquer culpa, e riscos típicos e evitáveis mas em que é difícil, na prática quase impossível, a prova de culpa no processo produtivo que esteve na base do defeito causador de danos – dada a diluição de tarefas por um extenso número de maquinismos e de agentes que constituem a cadeia de produção, no complexo processo de especialização e divisão de trabalho -, perante os quais ressalta inadequação e insuficiência do direito comum tradicional, sobretudo do princípio da responsabilidade subjectiva e do ônus da prova da culpa a cargo da vítima, para assegurar proteção adequada e eficaz ao consumidor lesado²⁰⁴.

Como reação instintiva à ausência de segurança material, decorrente das falhas inevitáveis no sistema de produção em série, passou-se a exigir do Estado (juiz e legislador) a concessão de maior segurança jurídica²⁰⁵, fato que impulsionou a evolução da responsabilidade civil tradicional.

Nesse capítulo, tentar-se-á evidenciar o caminho evolutivo da responsabilidade civil tradicional até se chegar à responsabilidade civil do Código de

²⁰³ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 84-85.

²⁰⁴ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 93-94.

²⁰⁵ JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**, p. 549.

Defesa do Consumidor²⁰⁶, a qual, segundo Sérgio Cavalieri Filho “é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil”²⁰⁷.

3.1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR: DO SISTEMA TRADICIONAL AO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na idade antiga a responsabilidade civil²⁰⁸ verificava-se, exclusivamente, em decorrência da produção de um dano, não se aventando a conduta culposa do agente. O que se buscava era o *preço da vingança*²⁰⁹.

Já na Modernidade, notadamente a partir do Século XVIII, com o avanço do direito canônico e, principalmente, a influência do pensamento da escola de direito natural, denominada de jusracionalista, a responsabilidade civil abandonou as premissas objetivas, passando a revestir-se de caráter subjetivo, assentando suas bases na culpa.

A contribuição do direito canônico e do jusracionalismo veio do fato destes apregoarem que a vontade era a verdadeira fonte de obrigações. Assim, o sujeito somente poderia ser responsabilizado por atos decorrentes da sua vontade, de sua culpa, seja em sentido amplo (dolo) ou restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Importante, ainda, consignar que essa ideia de responsabilidade civil ligada ao conceito de culpa preenchia adequadamente os ideários burgueses, cuja perspectiva ideológica e a formação política eram eminentemente patrimonialista e individualista²¹⁰, servindo de fundamento para assegurar um novo modelo econômico

²⁰⁶ Aplicada, exclusivamente, as relações de consumo devidamente qualificadas no Capítulo 2.

²⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 458.

²⁰⁸ “Muito embora o vocábulo responsabilidade (do latim respondere) tenha sentido equívoco, motivo pelo qual não é pacífico o seu significado, pode-se afirmar que responsabilidade é, na acepção jurídica do termo, o dever jurídico de recomposição do dano”. (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 19.)

²⁰⁹ Nesse sentido HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI**, p. 202.

²¹⁰ A ideia de culpa como fundamento da responsabilidade civil corresponde filosoficamente à doutrina do individualismo.

que surgia, qual seja, o modo de produção capitalista, tal como ensina Fernando Noronha:

O dogma da culpa era especialmente adequado ao individualismo do “*laissez faire, laissez passer*”, novecentista, tutelando os interesses da dominante classe dos empresários (a “burguesia”, como então se dizia): em nascentes economias industriais, como eram as européias e também a norte-americana desse Século XIX, obrigar à reparação de danos ditos “inevitáveis”, apesar de toda a diligência, implicaria em prejudicar o desenvolvimento econômico, impondo às empresas custos tidos como inoportáveis, porque elas, ao tempo, não estavam em condições de impedir os acidentes, nem de transferir para a sociedade o ônus respectivo, através da indústria seguradora, então ainda incipiente²¹¹.

E foi esta linha de raciocínio ideológico que permeou a noção básica de responsabilidade civil das legislações ordinárias dos Séculos XVIII a XIX (dentre elas a acolhida pelo Código Civil Brasileiro de 1916). Como era de se esperar, esses Códigos, elaborados sob a influência de concepções individualistas e liberais, pautaram-se na liberdade do sujeito, no princípio da autonomia da vontade, pelo que só haveria obrigação de reparar aqueles danos que a pessoa poderia ter evitado se agisse diligentemente.

Tem-se, então, inegavelmente, que sob a égide do Estado Liberal, não intervencionista, a responsabilidade civil subjetiva, decorrente da culpa, constituía-se em um dos pilares das legislações ordinárias²¹², vigorando os seguintes brocados: “nenhuma responsabilidade sem culpa” ou “sem culpa, nenhuma reparação”.

A responsabilidade subjetiva configurava-se, desse modo, mediante a verificação do dano, do ato culposo e do nexos de causalidade, ou seja, a evidenciação de que o dano não ocorreria sem a prática do ato culposo pelo agente.

A ordem jurídica que lhe sofre a influência não pode ter outra base que o princípio da autonomia da vontade. Daí a necessidade de ligar todo dever jurídico à vontade de um agente. Sempre será preciso encontrá-la e identificá-la.

(...)

A noção de culpa surge assim como uma construção técnica necessária à adaptação de normas jurídicas aos postulados filosóficos do individualismo. No fundo, é um expediente inspirado na necessidade de coerência para a obtenção de uma imprescindível correspondência ideológica. (GOMES, Orlando. **Culpa x Risco**, p. 378.)

²¹¹ NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização**, p. 16.

²¹² Conforme leciona Luciano Timm o “Código Civil liberal, é construído sobre três pilares: a) liberdade contratual e de testar; b) propriedade absoluta; c) responsabilidade civil subjetiva” (TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado**, p. 153).

Entretanto, esse modelo tradicional de responsabilidade civil, típico do Estado Liberal, no qual o sujeito é responsável pelos seus atos e a lei funciona como a regra do jogo do sistema capitalista, oferecendo segurança e confiança aos agentes econômicos, passou a mostrar-se ineficaz para as novas e massificadas relações consumeristas²¹³.

Isso porque, a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva, na prática, dificultava e, em muitos casos impossibilitava, a obtenção de indenização pelo consumidor, que não tinha como comprovar a culpa do fornecedor, esfacelada dentro do sistema de produção em série.

Nessa perspectiva, as ações de responsabilidade civil, no âmbito das relações de consumo, invariavelmente eram resolvidas em favor do fornecedor. A indenização pelos danos causados por produtos colocados no mercado, via de regra, era negada pela impossibilidade de o consumidor provar a culpa do fornecedor²¹⁴.

Não podendo se quedar inerte diante desse quadro de verdadeira injustiça e diante dos manifestos clamores sociais, o Estado passa a intervir nas atividades econômicas “convertendo-se, assim, em Estado social, impregnado de uma ideia de justiça e solidariedade social, reconhecedor de direitos e garantias sociais que visam proporcionar a participação do cidadão nos mais diversos domínios da actividade humana para além de garante dos direitos individuais”²¹⁵, atitude essa que, segundo Luciano Timm, trata-se, na verdade, “de uma tentativa de correção do ‘egoísmo’, ‘do individualismo’ e mesmo, para alguns, do ‘capitalismo’”²¹⁶.

²¹³ Apontando a ineficácia do modelo subjetivo de responsabilidade para as novas relações de consumo consultar: BULGARELLI, Waldírio. **A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lega ferenda”**, p.42; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 123; BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 733; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 459; GOMES, Orlando. **Culpa x Risco**, p. 379; JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**, p. 559, LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 26; WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**, p. 701.

²¹⁴ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 36.

²¹⁵ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 98-99.

²¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado**, p. 157.

Essa inserção da dimensão social no âmbito da responsabilidade civil atingiu cabalmente o dogma da culpa, ao ponto de se afirmar que o Estado solidarista ou *walfarista*, ao contrário do Liberal, tem na responsabilidade objetiva (a qual será tratada na próxima seção) um dos seus principais pilares de sustentação.

Entretanto, a passagem do cenário de exclusividade da culpa como fundamento da responsabilidade civil para o cenário da responsabilidade objetiva, calcada no risco, não se deu de forma abrupta. Ao contrário, caminhos alternativos foram sendo percorridos, sempre buscando a superação da insuficiência do sistema subjetivo.

O primeiro passo para a superação do dogma da culpa, conforme ensina Paulo de Tarso Sanseverino, “correspondente à ampliação do conceito de culpa, alargando-se o elemento objetivo (atentado ilegal ao direito alheio) em detrimento do elemento subjetivo (psicológico)”²¹⁷, o segundo passo foi a utilização de expedientes de “presunções legais de culpa (*juris tantum* e, até mesmo, *juris et de jure*, ou seja presunção absoluta de culpa)”²¹⁸, no terceiro passo “a noção de culpa passa a ser examinada em abstrato, abrindo-se mão de uma apreciação individual e concreta da responsabilidade do agente”²¹⁹; no quarto passo “chega-se à inversão de ônus da prova, liberando-se a vítima da prova de culpa do agente”²²⁰; e no quinto e último passo deu-se a “consagração da responsabilidade objetiva, com dispensa do elemento culpa do suporte fático do ato ilícito”²²¹.

No âmbito do direito brasileiro, como já relatado no Capítulo 1, o Estado Social foi consagrado na Constituição Federal de 1988, a qual consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de um sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), com fundamento na cidadania (art. 1º, II, da CF), na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF).

²¹⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 44-45.

²¹⁸SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Obra Citada, mesma página.

²¹⁹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Obra Citada, mesma página.

²²⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Obra Citada, mesma página.

²²¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Obra Citada, mesma página.

Relembre-se, também, que a Constituição Federal de 1988 determinou que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, inciso XXXII), bem como que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor” (artigo 170, inciso V, da CF).

Como se não bastasse, nos atos das disposições constitucionais transitórias o legislador constituinte determinou ao ordinário a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se, então, manifesta repercussão do Estado Social instituído pela Constituição Federal de 1988 no Diploma Consumerista. Assim, como era de se esperar, esse, em resposta as necessidades da sociedade, principalmente em face da massificação da produção e circulação de bens e riquezas, acabou por consolidar a responsabilidade objetiva – pilar do Estado Social – nas relações de consumo.

3.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Com o avanço da industrialização, da produção e do consumo em massa, as garantias estabelecidas no Direito Tradicional, notadamente as regras de responsabilidade civil tradicional, calcada na culpa, tornaram-se insuficientes para a satisfação do consumidor, fazendo com que o legislador veiculasse novas regras mediante Lei Protetiva, mais precisamente o Código de Defesa do Consumidor, diploma esse que conferiu tratamento moderno, rigoroso e eficiente para as relações de consumo.

Importante reiterar que essa legislação protetiva, conforme exposto no Capítulo 2, somente se aplica às relações de consumo, ou seja, às relações em que se verifica numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor.

Um das principais e mais importantes inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor foi a objetivação da responsabilidade civil do fornecedor,

traço marcante do Estado Social, que considera o homem como parte integrante de uma coletividade e não um indivíduo isolado, conforme a concepção liberal²²².

A forma de apuração objetiva da responsabilidade do fornecedor vem expressamente consignada no Código de Defesa do Consumidor nos dispositivos que versam sobre a responsabilidade por vícios de insegurança (art. 12 a 17)²²³, entretanto, é omissa no que concerne aos vícios de inadequação (arts. 18 a 25)²²⁴.

Diante dessa omissão legislativa, parte da doutrina²²⁵, com fulcro em uma interpretação sistemática do Diploma Consumerista, notadamente da essência dos artigos 23 e 25 - que procuram evitar que haja qualquer forma de atenuação à responsabilidade do fornecedor - entende que também nessas situações (vícios de inadequação) se aplicaria a forma objetiva de apuração da responsabilidade.

Outra parte da doutrina²²⁶, por sua vez, reputa que a responsabilização objetiva somente pode decorrer de previsão expressa de lei, pelo que, em não havendo menção a essa forma de responsabilização nos dispositivos que versam sobre os vícios de inadequação (arts. 18 a 25), essa não se presume.

De todo modo, apesar dessa última corrente doutrinária não reconhecer a responsabilização objetiva para os vícios de inadequação, mas sim a subjetiva, reputa que há presunção absoluta de culpa do fornecedor, o que, na prática, igualmente ao que ocorre na responsabilidade objetiva, acaba impossibilitando o fornecedor de se eximir do dever indenizatório sob a alegação de que não agiu culposamente.

²²² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 36.

²²³ Que serão analisados no Capítulo 5.

²²⁴ Conforme definição detalhadamente constante do Capítulo 4.

²²⁵ Do que é exemplo o escólio de ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 51; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 193, LISBOA, Roberto Senise. *Obra Citada*, p. 33; e VAL, Olga Maria. **Responsabilidade por vícios do produto e do serviço**, p. 61.

²²⁶ Exemplificativamente acompanhada por FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**, p. 113 e SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: Responsabilidade Civil**, p. 176.

Pode-se, então, afirmar, apesar da discordância terminológica acima apresentada, que a regra geral²²⁷ de apuração de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor prescinde, independe, da verificação da culpa do fornecedor²²⁸.

3.2.1 O risco como fundamento da responsabilidade objetiva

Superada a questão quanto à adoção da responsabilidade sem culpa (objetiva) pelo Código de Defesa do Consumidor, necessária se faz a apresentação de seus principais fundamentos.

A primeira e principal característica da responsabilidade objetiva, a qual já foi anterior e brevemente adiantada, diz respeito à irrelevância do fornecedor ter agido com culpa (imprudência, negligência, imperícia ou dolo) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso/viciado, pelo que se pode afirmar que o fornecedor “será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia”²²⁹.

Diante da exclusão do critério da culpa para aferição da responsabilidade do fornecedor, o fundamento da responsabilidade (objetiva) passa a ser o risco.

Aqui nova divergência. Uma parte da doutrina²³⁰ acredita que a responsabilidade do fornecedor está calcada na teoria do risco proveito, pela qual aquele que lucra com uma atividade deve responder pelos danos decorrentes dessa.

²²⁷ Exceção feita à responsabilidade civil do profissional liberal em decorrência de acidentes de consumo, a qual teve mantida a forma de apuração subjetiva (art. 14, § 4º, CDC).

²²⁸ Não se pode deixar de mencionar, que uma terceira parte da doutrina reputa que a responsabilidade por vícios de inadequação não é forma de responsabilização objetiva e sim, simplesmente decorre do dever de garantia. Nesse sentido é o escólio de Paulo Luiz Netto Lôbo: “Alguns comentadores do Código do Consumidor entendem que o instituto nele previsto de responsabilidade por vício do produto ou do serviço subsumiu-se na regra comum da responsabilidade extracontratual objetiva. Nossa investigação, no entanto, convenceu-nos que não há distinção ontológica e etiológica com o milenar instituto dos vícios redibitórios. Em ambos, a responsabilidade decorre da obrigação de garantia de sanidade, integralidade e adequação do objeto da prestação do contrato, em suma, a *fazer o contrato bom, (...)*”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 15).

²²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 122.

²³⁰ Filiados à teoria do risco proveito como pressuposto da responsabilidade objetiva verídica-se: KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 162; e MARTINS-COSTA. Judith. **Os fundamentos da responsabilidade civil**, p. 45.

Por sua vez, outra parte da doutrina²³¹, diga-se majoritária, reputa que a razão da responsabilização objetiva do fornecedor, ao invés de ser decorrente do lucro que esse auferir com a atividade, esta calcada, exclusivamente, no exercício da atividade, no risco criado pelo empreendimento. Ou seja, não importa a intenção de lucro, de proveito econômico e sim, simplesmente, o fato de ter se disposto a exercer alguma atividade no mercado de consumo. Assim, a “responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços”²³².

Seja pelo proveito, seja simplesmente pela atividade, o certo é que o fornecedor responde objetivamente pelos riscos decorrentes da inserção de produtos viciados ou defeituosos no mercado de consumo.

Note-se que o objetivo do legislador ao instituir a responsabilidade fundada no risco foi proporcionar justiça comutativa²³³, a qual é explicitada por Antônio Herman Benjamin da seguinte forma:

Finalmente, a exigência moderna é no sentido de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com os seus prejuízos ou fique sem indenização. Todos os beneficiários da sociedade de consumo – os outros consumidores – devem repartir tais prejuízos. E isso é possível apenas através da responsabilização do fornecedor a quem incumbe, por mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos²³⁴.

²³¹ Também apontando o risco como motivação da responsabilidade objetiva encontra-se: ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 84-85; AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, p. 558-559; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 459; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 256; PASQUALATTO, Adalberto. **Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul**, p. 75; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 69; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 177; SEGUÍ, Adela M. **Aspectos relevantes de la responsabilidade civil moderna**, p. 276; e VAL, Olga Maria. **Responsabilidade por vícios do produto e do serviço**, p. 63.

²³² CAVALIERI FILHO, Sergio. Obra Citada, p. 459-460.

²³³ Nesse sentido AMARAL, Francisco. Obra Citada, mesma página; CAVALIERI FILHO, Sergio. Obra Citada, p. 460; MIRAGEM, Bruno. Obra Citada, p. 256-257; PUSCHEL, Flávia Portella. Obra Citada, mesma página; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 28-29; TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado**, p. 164-165.

²³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 130.

Observa-se, então, que a responsabilidade objetiva, calcada no risco, é um sistema de distribuição dos riscos das atividades de consumo, socializando, preventiva e corretivamente, os prejuízos verificados no mercado (já que os custos poderão ser embutidos no preço), além de incentivar a contratação de seguro pelo fornecedor²³⁵. Nada mais adequado e coerente com a concepção social de Estado.

O que na realidade ocorre é que “quando alguém exerce uma atividade de risco, a lei cria para ele um dever jurídico específico, que se for violado gera a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Que dever é esse? É fácil de se chegar a ele. Se risco é perigo, se risco é probabilidade de dano, então o dever que se contrapõe ao risco é a segurança”²³⁶.

Desse modo, tem-se que o fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela sua qualidade e segurança. A doutrina consumerista convencionou chamar esse dever de qualidade e segurança imposto ao fornecedor de teoria da qualidade, a qual será analisada na próxima seção, mas não sem antes verificarem-se os requisitos para o surgimento do dever de indenizar na responsabilidade objetiva.

3.2.2 Requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva

A apuração objetiva da responsabilidade do fornecedor, como exposto nesse capítulo (item 3.2), é utilizada para todas as formas de responsabilização previstas do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade por vício de insegurança e inadequação). Entretanto, apesar de prescindir da prova da culpa do fornecedor (imprudência, imperícia, negligência, dolo), pois considera irrelevante que o fornecedor tenha sido o mais cuidadoso possível, a responsabilização objetiva não elide a necessidade de comprovação de outros elementos para que surja o dever de indenizar.

Tem-se, então, que “o que a responsabilidade objetiva faz, pois, é impedir que o consumidor se veja obrigado a provar um fato que nem o próprio fabricante

²³⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado**, p. 165.

²³⁶ CAVALIERI FL., Sérgio. **Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**, p. 79.

poderia evitar ou prever muitas vezes”²³⁷, a sua culpa pela inserção no mercado de produto viciado ou defeituoso.

De todo modo, apesar de o consumidor em decorrência da forma objetiva da apuração da responsabilidade não ter o ônus de comprovar a culpa do fornecedor pela inserção de produto viciado ou defeituoso no mercado, deverá provar o dano e o nexo de causalidade entre o defeito/vício do produto e o dano²³⁸.

Assim, conforme alerta Heloísa Carpena Viera de Mello, “não há que se confundir responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova. O dano e o nexo de causalidade deverão ser comprovados de forma inequívoca pelo consumidor em juízo, prescindindo-se apenas da demonstração do elemento subjetivo”²³⁹, pelo que, em não havendo a comprovação de qualquer destes dois elementos, não há que se cogitar da responsabilidade civil do fornecedor.

Verifica-se, então, que a responsabilidade objetiva não elimina o problema da prova, mantendo com o consumidor o dever de provar o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto defeituoso/viciado²⁴⁰, requisitos esses que passam a ser analisados²⁴¹.

²³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**, p. 65.

²³⁸ Nesse sentido, veja o escólio de ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 43; BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 740; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 262; MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**, p. 64; NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressimatização**, p. 33; PASQUALATTO, Adalberto. **Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul**, p. 56; TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 239 e CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 469-470.

²³⁹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *Obra Citada*, p. 80-81.

²⁴⁰ Exceção feita aos casos em que seja deferida a inversão do ônus da prova, nos moldes do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quanto esse ônus, total ou parcialmente, é transferido ao fornecedor. Reitere-se, entretanto, que a inversão do ônus da prova não se constitui na regra e sim na exceção, dependendo de provimento judicial específico nesse sentido.

²⁴¹ Nesse sentido julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afirmando que “o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor e fabricante pelo dano decorrente de vício de qualidade que torne o produto impróprio ou inadequado ao consumo. Todavia, há a necessidade de prova da existência do dano e do nexo causal, o que não ocorreu na hipótese” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 2009.001.01499, relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgamento em 07.04.2009).

Entretanto, antes mesmo de se tratar do dano e do nexo de causalidade, há de se destacar que o defeito/vício do produto se presume, competindo ao fornecedor o ônus de provar sua inexistência (art. 12, § 3º, II, do CDC)²⁴².

Assim, o simples fato do fornecedor ter colocado no mercado²⁴³ um produto que cause dano ao consumidor já conduz ao seu dever de indenizá-lo, salvo se conseguir demonstrar que o produto estava isento de qualquer vício ou defeito.

Caso não obtenha êxito na comprovação da ausência de inadequação ou insegurança do bem, por mais que faticamente essas anomalias inexistam, o fornecedor será responsabilizado, pois o dano se situou dentro da faixa de risco de sua atividade.

Voltando agora o foco para o dano tem-se que este pode estar vinculado ao próprio bem ou aos demais bens do consumidor ou de terceiros, sejam bens personalíssimos como a saúde, a integridade física, o estado de espírito (dando causa ao dano moral), sejam outros bens que compõem o acervo patrimonial²⁴⁴.

Destaca-se que esse dano deve ser efetivo, pois como assevera Sérgio Cavalieri Filho “Risco é perigo, é mera probabilidade de dano; e ninguém viola dever jurídico simplesmente porque fabrica um produto ou exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente admitidos e necessários”²⁴⁵.

²⁴² Nesse sentido é o escólio de ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 39; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 107; e TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 240.

Contrariamente, consignando ser dever do consumidor a comprovação do defeito, verifica-se o escólio de ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 142 e SELLOS, Viviane Coelho. **Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto**, p. 136.

²⁴³ Flávia Puschel esclarece que “um produto é colocado no mercado quando seu fornecedor, considerando o bem apto para a comercialização, o transfere a terceiro, perdendo, assim, o poder de controle sobre a coisa ou, no caso de bens de produção própria, passa a utilizá-lo”. (PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 132)

²⁴⁴ Veja-se a respeito da extensão do dano: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 247 e GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil do fabricante**, p. 15.

²⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 462.

Desse modo, se o consumidor comprovar a ocorrência de danos efetivos²⁴⁶, sejam patrimoniais, sejam morais, sem sequer excluir aqueles causados ao próprio bem de consumo, estará a um passo de fazer jus ao direito de ser indenizado, indenização essa que, com fulcro no art. 6º, VI, do CDC²⁴⁷, terá de ser a mais completa possível, sem qualquer espécie de tarificação ou limite²⁴⁸.

Não obstante, a simples verificação do dano não é suficiente para o surgimento do dever do indenizar, necessária também se faz a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o produto colocado no mercado pelo fornecedor²⁴⁹.

O nexo de causalidade, conforme elucida Fernando Noronha, “é talvez o requisito mais complexo da responsabilidade civil. Com ele, quer-se dizer que só haverá obrigação de reparar danos que se possam considerar conseqüência do fato gerador”²⁵⁰. Ou seja, o fornecedor somente terá a obrigação de indenizar os danos causados ao consumidor quando se prove que esses são conseqüências normal e previsível²⁵¹ da “utilização” do produto. Assim, se o dano não foi causado pelo

²⁴⁶ Nesse sentido julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afirmando que “somente lhe cabe perceber a reparação correspondente ao prejuízo efetivamente suportado em decorrência do ato ilícito”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 1.0433.05.146611-1/001, relator Desembargador Rogério Medeiros, julgamento em 12.02.2009, publicação em Diário de Justiça no dia 24.04.2009).

²⁴⁷ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

²⁴⁸ Antônio Herman Benjamin tratando sob a extensão da indenizabilidade no âmbito das relações consumerista destaca que no Brasil, ao contrário do que ocorrer com a legislação comunitária, não existe limite máximo ou mínimo de indenização ao consumidor, devendo essa contemplar efetivamente os danos sofridos, do mais irrisório ao de esplendida magnitude. (BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 120).

²⁴⁹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi categórico ao afirmar que “sem nexo de causalidade entre conduta e dano. Inocorrência de responsabilidade objetiva”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4º Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 3961724300, relator Desembargador Teixeira Leite, julgamento em 04.06.2009, publicação em Diário de Justiça no dia 18.06.2009).

²⁵⁰ NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização**, p. 21.

²⁵¹ Novamente recorrer-se ao escólio de Fernando NORONHA para destacar que a teoria mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência, no que diz respeito ao nexo de causalidade é a teoria da qualidade adequada, a qual é assim descrita pelo jurista mencionado: “A nosso ver, ainda é a teoria da causalidade adequada aquela que consegue fazer uma seleção em termos mais razoáveis, dentre todas as condições que produziram um determinado dano,

produto e sim por outro fator, não há que se cogitar o dever de reparação dos danos pelo fornecedor²⁵².

Em suma, tem-se que, em decorrência da responsabilidade objetiva instituída como regra pelo Diploma Consumerista, o consumidor não terá o ônus de comprovar a culpa do fornecedor pela inserção de produto defeituoso ou inadequado no mercado, sequer a própria inadequação/insegurança do produto deverá ser provada, vez que essa se presume, sendo encargo do fornecedor comprovar a sua não ocorrência²⁵³. De todo modo, remanesce ao consumidor a necessidade de comprovar a ocorrência efetiva de danos (patrimoniais ou morais) e ainda o nexo de causalidade entre esses danos e o produto defeituoso/viciado, ônus esse que

daquela ou daquelas que devam ser juridicamente consideradas causa dele. Para esta teoria, um fato é causa de um dano, quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos fazer uma 'prognose retrospectiva': devemos-nos colocar no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se no nosso prognóstico retrospectivo concluirmos que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluirmos que ele era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada. (NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização**, p. 21).

²⁵² Nesse momento, importante se faz trazer a colação crítica formulada por Anderson Schreiber, no que diz respeito ao descaso com que os Tribunais pátrios tratam o elemento nexo de causalidade, não conferindo a sua comprovação o mesmo rigor que se exigia à culpa, sob a égide da responsabilidade subjetiva: "O ocaso da culpa prometia lançar sobre o nexo causal todas as atenções. Todavia, a retomada do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade jurídica não tem encontrado nos tribunais ouvintes atentos. Os magistrados têm se recusado a atribuir ao nexo causal o mesmo tratamento rigoroso que reservaram, um dia, à culpa, preferindo oscilar entre concepções diversas da relação causal, ao sabor do que lhes parece mais adequado a cada caso concreto. Em diversas experiências, tem-se identificado decisões judiciais que promovem as chamadas presunções clandestinas de causalidade, à margem de qualquer autorização legal. As excludentes de causalidade perdem força, segregando-se, dentro do caso fortuito, a categoria do fortuito interno, insuficiente para interromper a relação de causalidade, de modo que se atribui ao réu, sobretudo quando organizado de forma empresarial, o ônus de certas condutas que configurariam, tradicionalmente, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Tudo isso compõe um cenário de fluidez na aferição do nexo causal, a que se vem denominando causalidade flexível." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 05).

²⁵³ Nesse sentido posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afirmando que nas relações de consumo "se impõe a responsabilização do fornecedor na forma objetiva, o que significa a dispensa da prova de culpa para restar evidenciado o dever de indenizar, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade". (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70029176344, relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, julgamento em 15.04.2009, publicação em Diário de Justiça no dia 27.04.2009).

somente se afasta com a concessão, pelo juízo, do benefício da inversão do ônus da prova, nos moldes do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, objetivando ilustrar os elementos para a configuração da responsabilidade objetiva, recorrer-se-á a um caso prático, no qual o consumidor adquire um veículo que, após alguns meses de uso, apresenta pane no motor, não mais funcionando. Ora, não restam dúvidas que o consumidor sofreu prejuízos (no mínimo os decorrentes da própria inutilização ou depreciação do bem) e que esses são oriundos do não funcionamento do veículo (nexo de causalidade).

Desse modo, diante da presença de dano e do nexo de causalidade entre esse e o produto (veículo) colocado no mercado pelo fornecedor, já surge o dever de indenizar²⁵⁴. Entretanto, essa obrigação pode ser elidida pelo fornecedor se, por exemplo, comprovar que inexistia qualquer defeito no produto, que a pane foi decorrente da submissão do veículo a uma enxurrada, molhando componentes vitais. Verifica-se que nesse caso, com a prova da inexistência de defeito no veículo, o fornecedor rompeu com o nexo de causalidade, afastando o seu dever de indenizar²⁵⁵.

O que se extrai de mais importante desse exemplo é que o consumidor não tem a obrigação de comprovar a existência de defeito no veículo e, muito menos, que esse defeito é decorrente de ato culposo do fornecedor. Basta a prova do dano

²⁵⁴ Concluindo pela suficiência da prova do dano e do nexo causal para a configuração da responsabilidade do fornecedor, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, afirmando que “o consumidor que adquire equipamento eletroeletrônico (esteira, modelo cl 3105), que vem a apresentar defeito meses depois, tem direito a ser indenizado, ou ressarcido, pelo defeito manifestado, se não prova o fornecedor que ele decorreu de mau uso do produto por parte do adquirente”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 20060110129938, acórdão 332883, relator Desembargador José Guilherme, julgamento em 04.11.2008, publicação em Diário de Justiça do dia 02.12.2008).

²⁵⁵ Também apontando a prova pelo fornecedor quanto a inexistência de defeito no produto como elemento de cisão do nexo de causalidade e conseqüentemente da inexistência de dever de indenizar, verifica-se o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa apresenta o seguinte teor: “Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Acidente em rodovia. Rompimento do cinto de segurança. Fato do produto. Aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. (...) Causa excludente de responsabilidade. Indenização indevida. A prova da inexistência de defeito no cinto de segurança do veículo, colocado no mercado pelo fornecedor, que logrou êxito em comprovar que o produto era adequado ao fim que se destinava, configura excludente de responsabilidade prevista no inciso II, do § 3º do art. 12 do CDC, que afasta o dever de indenizar”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0494412-1, relator Desembargador Nilson Mizuta, julgamento em 23.04.2009).

e a sua ligação ao produto. Se o fornecedor não conseguir romper essa ligação, deverá indenizar os danos sofridos.

Elencados os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade objetiva, já se faz possível a análise da teoria da qualidade, a qual conforme exposto no item 3.2.1, decorre diretamente do risco assumido pelo fornecedor no exercício de sua atividade.

3.3 TEORIA DA QUALIDADE

Como evidenciado na seção anterior (item 3.2), com a instituição da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor passou a responder pelos riscos decorrentes de sua atividade²⁵⁶.

Observa-se, então, que além da exclusão da culpa, a responsabilidade objetiva tornou o fornecedor garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo.

Isso porque, ao impor ao fornecedor os riscos decorrentes de sua atividade, foi-lhe conferido o dever de colocar no mercado somente produtos com qualidade. Não observado esse dever, haverá a sua responsabilização. Ou seja, aquele que cria o risco tem o dever de indenizar quando esse se evidencia, pelo que, para evitar essa obrigação, deve inserir somente produtos adequados e seguros no mercado.

Tem-se, então, que a forma objetiva de responsabilização do fornecedor criou um dever de qualidade, uma verdadeira cláusula geral que proíbe a inserção de produtos inadequados ou inseguros no mercado, a qual passou a ser chamada de teoria da qualidade²⁵⁷.

²⁵⁶ Justificando a objetivação da responsabilidade civil segue a lição de Louis Josserand: “Ora, não convém ir mais longe e banir completamente do domínio da responsabilidade, pelo menos do número das eventualidades, essa noção de culpa, tão delgada, tão desprezada, tão relegada; não convém admitir que somos responsáveis, não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos pura e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem? O fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as conseqüências, abstração feita de qualquer falta cometida”. (JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**, p. 556).

²⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 463.

A teoria da qualidade permeia todas as relações de consumo e está positivada, exemplificativamente, no artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que os produtos colocados no mercado de consumo não ocasionarão riscos ao consumidor ou, contrariamente, que os produtos terão a qualidade que legitimamente se pode esperar deles²⁵⁸.

Note-se, então, que a partir do momento que se impõe aos fornecedores o dever de qualidade, tornando-os garantes dos produtos que introduzem no mercado, há a superação do dogma da relatividade dos contratos²⁵⁹, típico do direito tradicional, pelo qual o contrato somente obriga as suas partes, pois o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador, mesmo não tendo contratado diretamente com o consumidor, responderão pela falta de qualidade do produto que introduziram no mercado.

Elucidando melhor a questão, Sérgio Cavaliere Filho²⁶⁰ traz o seguinte exemplo: uma determinada consumidora, vítima da explosão de uma garrafa de refrigerante, perde a visão. Pelo direito tradicional, caso demande o comerciante, com quem manteve relação contratual, não terá seus prejuízos satisfeitos, pois o comerciante alegará que não teve culpa no evento, vez que comercializou o produto assim como o recebeu do fabricante. Se demandar o fabricante, ainda com base no direito tradicional, esse se valerá da alegação de que não manteve relação contratual com a consumidora (relatividade dos contratos), pelo que não subsiste razão suficiente para ser obrigado a indenizar os prejuízos sofridos.

Por outro lado, com base na legislação protetiva, haja vista o dever de qualidade imposto ao fabricante do refrigerante, esse não poderá se escusar do

²⁵⁸ Sendo assim define por Paulo Khouri: “O art. 8º do CDC estabelece que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. A regra geral, então, é que, no mercado, devem ser fornecidos apenas produtos e serviços que não coloquem em risco a vida das pessoas, porque, do contrário, se estaria privilegiando a atividade do fornecedor, independentemente dos males que ela causa à sociedade. Este dever geral de confiança precede à introdução de qualquer produto ou serviço no mercado. A quebra deste dever, conjugada com a ocorrência de um dano, já não será mais admitida como simples fatalidade, ainda que, dentre milhões de produtos da mesma espécie e qualidade introduzidos no mercado, apenas um acarrete um dano qualquer ao consumidor.” (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 164)

²⁵⁹ Sobre o assunto veja PASQUALATTO, Adalberto. **Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul**, p. 51.

²⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 458.

dever indenizatório, pois responde pela qualidade do produto que coloca no mercado, mesmo não tendo mantido relação direta com a consumidora.

Essa superação do princípio da relatividade dos contratos, impondo o dever de qualidade a todos os fornecedores da cadeia de consumo, permite uma solução justa aos conflitos decorrentes da forma impessoal e complexa com que os bens e serviços são introduzidos no atual mercado de consumo (itens 1.4 e 3.1), pois essas relações, segundo elucida o jurista português João Calvão da Silva, não mais se dão em razão da “confiança no intermediário, mas no produtor e no próprio produto propagandeado”²⁶¹, sendo necessária a direta responsabilização desse.

A teoria da qualidade e a superação do princípio da relatividade dos contratos acabaram por transpor um outro dogma do direito tradicional: a divisão entre a responsabilidade contratual e a extracontratual em matéria de proteção ao consumidor²⁶².

Isso porque, diante do dever geral de qualidade, imposto a todos os fornecedores, independente da existência ou não de relação direta com o consumidor, torna-se irrelevante a distinção entre a responsabilidade decorrente de contrato ou de fato ilícito, pois em ambos os casos haverá o dever indenizatório, o qual decorre, exclusivamente, da ausência de qualidade do produto e não da forma de relação entre as partes.

Diante dessa superação da dicotomia responsabilidade contratual *versus* responsabilidade aquiliana, substituída pela responsabilidade decorrente da ausência de qualidade do produto, a responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor foi subdividida em responsabilidade decorrente de vícios de qualidade por inadequação²⁶³ e de vícios de qualidade por insegurança²⁶⁴, os quais serão mais bem analisados nos próximos capítulos.

²⁶¹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 329-330.

²⁶² Discorrem sobre a superação da dicotomia responsabilidade civil contratual e aquiliana: BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 113 e MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**, p. 62.

²⁶³ Que serão analisados no Capítulo 4.

²⁶⁴ Cujas verificações serão procedidas no Capítulo 5.

De todo modo, antes de adentrar na análise das duas formas de responsabilização do fornecedor previstas no Código de Defesa de Consumidor, há de se demonstrar que o dever de qualidade imposto aos fornecedores não é absoluto.

3.3.1 Periculosidade latente ou inerente

A teoria da qualidade (item 3.3), instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, confere aos fornecedores a obrigação de somente introduzirem produtos adequados e seguros no mercado de consumo, ou seja, aqueles que não causem risco à saúde ou segurança dos consumidores.

Entretanto, esse dever de qualidade não é absoluto, excetuam-se àqueles riscos que sejam considerados normais e previsíveis em decorrência da fruição do bem, conforme previsão do próprio artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor²⁶⁵.

E nem poderia ser diferente. Isso porque, determinados riscos como: **(i)** as reações adversas em relação ao medicamento; **(ii)** as queimaduras em relação ao álcool ou fósforo; **(iii)** a intoxicação com relação ao agrotóxico; **(iv)** a morte com relação à arma de fogo; **(v)** o corte com relação à faca; entre outros, são inerentes, são próprios desses produtos, não podendo ser suprimidos, pelo que são denominados pela doutrina de perigos (periculosidades) latentes ou inerentes.

Tomando como base o perigo inerente apresentado por uma faca, tem-se que essa sempre apresentará o risco de cortar o consumidor. Risco esse que é próprio desse utensílio. Inclusive, caso a faca não apresentasse a potencialidade de cortar, não serviria ao fim a que se destina.

Tem-se, então, que o risco de eventualmente ferir, existente de forma latente na faca, por ser normal e previsível ao consumidor, não torna o produto defeituoso/viciado.

Confirma-se, assim, que a lei protetiva não exige um nível de segurança absoluto, mas simplesmente àquele que corresponde à expectativa legítima

²⁶⁵ “Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

(razoável) do grande público²⁶⁶, que no caso da faca não comporta a impossibilidade, a ausência de risco, de ferir.

Desse modo, apesar da teoria da qualidade determinar a reparação de todos os danos causados por produtos colocados no mercado, os prejuízos sofridos pelo consumidor provocados por riscos inerentes à própria coisa, por não ferirem a sua expectativa legítima, não se constituem em defeito/vício e, conseqüentemente, não ensejam a responsabilização do fornecedor.

Nesse sentido é o escólio de Gustavo Tepedino, valendo-se, igualmente, do exemplo de ferimento causado por faca e concluindo pela ausência de direito indenizatório por parte do consumidor, vez que se trata de um perigo inerente:

Assim é que, configurando exemplo elementar, o ferimento provocado no cozinheiro pela faca de que se utiliza não gera dever de indenizar. O perigo – real e recorrente – criado por tal produto não contraria expectativa alguma de segurança dos consumidores, sendo efeito natural e indispensável à sua função específica. Já os produtos químicos em geral, cosméticos ou farmacêuticos, exigem minuciosa advertência aos consumidores, que não podem prover, à evidencia, o grau de danosidade que se associa ao manuseio e à utilização do produto²⁶⁷.

Alerta-se, entretanto, que os perigos latentes deverão ser informados pelo fornecedor, conforme prevê, expressamente, o artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor²⁶⁸. Quanto mais anormal e maior a dificuldade de sua identificação pelo leigo, mais rigoroso será o dever de informar a periculosidade.

Nesse contexto, caberá ao fornecedor, exemplificativamente, informar: **(i)** a possibilidade de contaminação por agrotóxico, caso não seja adequadamente manipulado; **(ii)** a possibilidade de explosão da lata de spray, se colocada em contato com o fogo; **(iii)** a impossibilidade de ingestão de produtos químicos; **(iv)** as reações adversas e interações medicamentosas; entre outros riscos inerentes.

²⁶⁶ Tradução livre: “Non si richiede, ovviamente, un livello di sicurezza assoluto, ma semplicemente quello che corrisponde alle aspettative legittime (ossia ragionevoli) del grande pubblico (non rilevano, pertanto, quelle del singolo utilizzatore)” (BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 752).

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 240.

²⁶⁸ “Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

Alguns riscos inerentes, por sua vez, em decorrência de seu grau de normalidade e conhecimento pelo público não precisam ser alertados pelo fornecedor²⁶⁹. Por exemplo, não existe a necessidade de se informar que uma faca pode cortar. Isso é óbvio, ululante, tornando a informação supérflua.

Finalmente, cabe destacar que o dever de informação não se restringe aos perigos latentes ou inerentes decorrentes do uso do produto descrito pelo fornecedor, estendendo-se a outras formas possíveis de uso, desde que previsíveis.

Nesse sentido, por mais que uma cola de sapateiro não tenha como destinação prevista pelo fornecedor a sua inalação, é previsível que ela ocorra (acidental ou propositadamente). Diante dos riscos à saúde do consumidor decorrentes dessa forma de utilização do produto, eles devem ser informados ao consumidor.

Por outro lado, a utilização de um forno de microondas para secar um gato, além de não se adequar à forma de utilização indicada pelo fornecedor, não é previsível nem esperada, pelo que não subsiste ao fornecedor a obrigatoriedade de alertar sobre os riscos decorrentes dessa forma de utilização.

Em suma, a teoria da qualidade não comporta os riscos inerentes ou latentes, ou seja, aqueles que são próprios da coisa, pelo que os danos causados ao consumidor por essa espécie de periculosidade (desde que devidamente informadas) não estarão sujeitos às formas de responsabilização que serão descritas nos próximos capítulos, vício de inadequação (Capítulo 4) e vício de insegurança (Capítulo 5).

3.3.2 Periculosidade adquirida

Se de um lado verificam-se perigos que são próprios da coisa e, conseqüentemente, são normais e previsíveis ao consumidor (perigos inerentes)²⁷⁰,

²⁶⁹ Nesse sentido: EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**, p. 24; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 142-143; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 106.

²⁷⁰ Tratados na subseção 3.3.1.

existem outros que não apresentam essa característica de normalidade e previsibilidade, denominados de perigos adquiridos.

Os perigos adquiridos são decorrência direta das inexoráveis falhas do sistema de produção em série. Por mais que o fornecedor queira, não consegue evitá-los, pois os seres humanos, e até mesmo as máquinas, não estão imunes a erros.

A característica principal da periculosidade adquirida é exatamente a sua imprevisibilidade para o consumidor. Dita imprevisibilidade deve estabelecer-se com relação ao que o consumidor (na visão de homem-médio) pode legitimamente esperar (expectativa legítima)²⁷¹.

É senso comum que, nenhum consumidor, ao adquirir um aparelho de televisão espera que esse venha a explodir. A explosão de um televisor é algo imprevisível, não esperado pelo consumidor, anormal. Se o perigo não é esperado pelo consumidor e, muito menos é próprio da coisa, vez que perfeitamente possível à inserção no mercado de uma televisão que não estoure (na realidade essa é a regra), não se pode afirmar que esse risco é inerente ao bem, nos moldes do descrito no tópico antecedente, tratando-se, contrariamente, de um perigo adquirido.

Igualmente, não se encontra dentro da expectativa legítima do consumidor a aquisição de um veículo com falha no sistema de freios. O que o consumidor espera é que os freios funcionem perfeitamente. Essa é a sua expectativa e é legítima (razoável), pois perfeitamente possível a sua realização, ao contrário do que ocorre com a fabricação de uma faca que não possa ferir (perigo inerente).

Assim, tem-se que “os produtos de periculosidade adquirida tornam-se perigosos em decorrência de um defeito que, por qualquer razão, apresentam. São produtos que, ausente o defeito, não acarretam risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. A característica dos produtos de periculosidade adquirida é justamente a sua imprevisibilidade para o consumidor”²⁷².

²⁷¹ Tradução livre: “Su característica es la imprevisibilidad para el consumidor. Dicha imprevisibilidad debe establecerse con relación a lo que el consumidor puede legitimamente esperar (expectativa legítima).” (SOZZO, Gonzalo. **Daños derivados del acto de consumo**, p. 26).

²⁷² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 98.

Considerando que os perigos adquiridos são imprevisíveis ao consumidor, atingindo a sua expectativa legítima quanto à qualidade do produto, a sua verificação caracteriza afronta ao dever qualidade instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (item 3.3). Transgredido o dever de qualidade, o fornecedor deverá ser responsabilizado e a forma dessa responsabilização (vício de qualidade por insegurança ou inadequação) será tratada nos capítulos que se seguem.

Pode-se concluir, então, que, via de regra, somente os perigos adquiridos conduzem a responsabilização do fornecedor, pois exclusivamente nesses casos há ofensa a expectativa legítima do consumidor. Nos casos de periculosidade inerente²⁷³ (devidamente informada pelo fornecedor), apesar de se poder verificar a ocorrência de um acidente, está-se diante de um evento previsível, normal, cujo risco foi assumido pelo consumidor.

No tocante a periculosidade adquirida, que implica na responsabilização do fornecedor, ela pode se verificar mediante três modalidades: **(i)** defeitos de fabricação; **(ii)** defeitos de concepção; e **(iii)** defeitos de comercialização.

Por **vício/defeito de concepção** têm-se aqueles decorrentes de projeto mal sucedido, seja no que diz respeito à escolha dos materiais, seja no tocante a técnicas de fabricação.

Os defeitos de concepção andam muito em voga, notadamente na indústria de brinquedos. Nos últimos anos vários brinquedos foram retirados do mercado, seja pela utilização de material tóxico, seja pela facilidade de desprendimento de peças pequenas, que poderiam conduzir ao afogamento de crianças.

Ora, não restam dúvidas que o projeto de um brinquedo que utiliza material tóxico ou tem a possibilidade de desprendimento de pequenas peças é manifestamente defeituoso, pois expõe os pequenos consumidores a perigos imprevisíveis, inaceitáveis.

Observe-se, ainda, que como o defeito encontra-se no projeto, não importa quantas unidades sejam fabricadas, todas contarão com esse mesmo defeito. A

²⁷³ Analisados na subseção 3.3.1.

idealização do produto é que é defeituosa. Seguido o projeto, todas as unidades também o serão²⁷⁴.

Por sua vez, o **vício/defeito de fabricação**, como o próprio nome sugere, ocorre durante a fase de fabricação do produto, em decorrência de falha mecânica ou humana.

Aqui não existe defeito no projeto, esse é adequado, pelo que se fosse observado conduziria a produtos de qualidade. Entretanto, em decorrência de uma falha no processo produtivo (estatisticamente previsível em um sistema de produção em série e relativamente inevitável, porque escapa ao mais elevado controle de qualidade), alguns exemplares apresentam-se defeituosos²⁷⁵.

Igualmente ao que ocorre com o defeito de concepção, por estarem fora da expectativa legítima do consumidor, os produtos com defeito de fabricação não apresentam a qualidade exigida pelo consumidor e propugnada pela teoria da qualidade (item 3.3), pelo que surge o dever indenizatório por parte do fornecedor.

Contudo, há de se destacar, conforme observa Zelmo Denari²⁷⁶, que os fornecedores não estão proibidos de colocar no mercado de consumo produtos com pequenos defeitos de fabricação (com o correspondente abatimento do preço). Essa prática é muito comum, sobretudo no comércio varejista de eletrodomésticos e, desde que sejam prestadas informações corretas, claras e precisas sobre os defeitos (recomendando-se a sua anotação na respectiva nota fiscal), os fornecedores não estão sujeitos a qualquer sanção.

Ressalte-se, contudo, que se o defeito verificado pelo consumidor for diverso daquele indicado quando de sua aquisição, que permanece íntegro o direito

²⁷⁴ Nesse sentido: KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 170; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 116; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 45; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 135; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 657.

²⁷⁵ Nesse sentido: KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 171; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 116; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 45; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 138; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 658.

²⁷⁶ DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 182.

reparatório. Se o defeito apontado pelo comerciante foi um pequeno risco na pintura da geladeira, está completamente coberto o vício decorrente do não funcionamento do motor. Se o defeito aceito pelo consumidor foi uma pequena avaria na lata do alimento, não se afasta o dever de qualidade do alimento contido em seu interior.

O terceiro e último tipo de defeito/vício é o de **comercialização**. Aqui, apesar do produto não apresentar qualquer problema com a sua concepção ou fabricação, tornar-se defeituoso em decorrência da forma como é apresentado, de informações inadequadas ou insuficientes sobre sua utilização e riscos, ou, ainda, pela sua conservação inapropriada²⁷⁷.

Conforme elucida Eduardo Saad, “o caso típico dessa espécie de dano, ou melhor, de responsabilidade, é o produto farmacêutico cuja bula não adverte o consumidor de que ele não deve ser ingerido com bebida alcoólica ou que esta potencializa seus efeitos colaterais quando o consumidor for portador de certa enfermidade”²⁷⁸.

Desse modo, mesmo o produto não apresentando qualquer defeito em sua concepção e até mesmo na sua fabricação, provoca dano ao consumidor por falta de informação. Dano esse que não era esperado, previsível ao consumidor, ferindo, assim o dever de qualidade imposto pela legislação protetiva e, conseqüentemente, conduzindo a responsabilização do fornecedor.

Observe, então, que até mesmo um perigo inerente, quando não informado adequadamente pelo fornecedor, pode conduzir a um defeito de comercialização, pelo que um dano que inicialmente não era indenizável passa a sê-lo.

Assim, após a evidenciação de que o fornecedor tem o dever de inserir no mercado somente produtos com qualidade²⁷⁹ (teoria da qualidade – item 3.3),

²⁷⁷ Nesse sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 139; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 126; EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**, p. 25; KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 171; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 271; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 45; SAAD, Eduardo Gabriel. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 206-207; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 139; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 659.

²⁷⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. Obra Citada, p. 206-207.

respondendo quando apresentem qualquer forma de periculosidade adquirida, já se faz possível a análise quanto às formas dessa responsabilização, iniciando-se pela responsabilidade pelo vício de inadequação, para, então, adentrar na responsabilidade pelo vício de insegurança (Capítulo 5).

²⁷⁹ Qualidade essa que não é absoluta, vez que excluídos aqueles perigos inerentes ao produto (periculosidade latente ou inerente – item 3.3.1).

CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE QUALIDADE POR INADEQUAÇÃO DO PRODUTO

Uma das formas de responsabilização do fornecedor em decorrência de perigos adquiridos dos produtos (item 3.3.2) é a por vícios de qualidade por inadequação, a qual vem prevista nos artigos 18 a 26 do Código de Defesa do Consumidor, sendo chamada pelo legislador consumerista simplesmente de vício do produto ou do serviço.

Observe-se que o Código reservou o termo “vício”, exclusivamente, ao vício de qualidade por inadequação, não o contemplando para a outra modalidade de responsabilidade do fornecedor, o vício de qualidade por insegurança, o qual é designado de “defeito” ou “fato”.

Assim, quando o Código de Defesa do Consumidor faz menção à “vício” está a se referir ao vício de qualidade por inadequação, ao passo que quando se vale da expressão “defeito” está se referindo ao vício de qualidade por insegurança.

Essa distinção terminológica é bastante criticada pela doutrina²⁸⁰, pois a expressão “vício” é termo amplo e, portanto, abrangeria também os vícios de qualidade por insegurança.

Ademais, tanto pela língua portuguesa, como pela utilização dada pelo Código Civil vigente (e pelo Código Civil de 1916), as palavras “vício” e “defeito” são sinônimas, sem qualquer distinção conceitual, pelo que a diferenciação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor apresenta-se despropositada e suscitadora de divergências.

As divergências criadas pela distinção feita pelo Código podem ser observadas no presente trabalho. Por diversas vezes, ao se pretender fazer referência tanto a vícios de inadequação como a vícios de insegurança, não sendo pertinente a constante remissão a vícios/defeitos, valeu-se, com a benção da língua portuguesa, de ambas as palavras como sinônimas, ora se referindo a vício, ora se referindo a defeito. Entretanto, a leitura desses trechos, feita sob o estrito olhar terminológico do Código Consumerista, poderia levar algum leitor a crer que quando

²⁸⁰ Exemplificativamente: DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código de Defesa do Consumidor**, p. 152.

utilizado o termo “vício” se estaria referindo somente ao vício de inadequação e quando de “defeito”, somente aos vícios de insegurança. Essa não foi a intenção.

Desse modo, a fim de evitar conflitos, como os ora suscitados, essa distinção terminológica não será empregada no presente trabalho, valendo-se das palavras vício e defeito como sinônimas.

Superada a questão lingüística, no presente capítulo se buscará verificar as principais características dessa forma de responsabilização do fornecedor, a responsabilidade pelos vícios de qualidade de inadequação dos produtos, iniciando-se pelo estudo do instituto que lhe inspirou a criação.

4.1 VÍCIOS REDIBITÓRIOS: A ORIGEM DO VÍCIO DE INADEQUAÇÃO

Desde os romanos verificou-se a necessidade de proteger o adquirente contra vícios ocultos no bem objeto da transação. Nessa cultura, a principal preocupação encontrava-se no comércio de escravos, obrigando-se o vendedor a informar eventuais moléstias, a aptidão para o trabalho, temperamento agressivo ou tendência a fugas, entre outras características tidas como “desabonadoras”. Ausente a informação e verificada qualquer uma dessas características, o bem (no caso o escravo) era considerado viciado, surgindo para o adquirente o direito de pleitear o abatimento do preço ou devolução dos valores pagos, acrescido do equivalente, se comprovada a má-fé do vendedor, ou seja, que esse tinha conhecimento do vício e, propositalmente, não o informou²⁸¹.

Com o avanço das civilizações e, conseqüentemente, do comércio, essa proteção tornou-se ainda mais imprescindível, sendo recepcionada pelos ordenamentos jurídicos modernos e estendida para todos os bens no comércio, chamando-se de proteção contra vícios redibitórios.

No direito brasileiro, a proteção contra vícios redibitórios aplica-se às relações civis (sob a égide do Código Civil) e é conceituada por Manoel Inácio Carvalho de

²⁸¹ A origem do instituto dos vícios redibitórios pode ser aprofundada na obra de SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 45-47; e VAL, Olga Maria. **Responsabilidade por vícios do produto e do serviço**, p. 64-65.

Mendonça²⁸² como o defeito oculto que torna a coisa, objeto da obrigação, inútil ao uso a que é destinada, de modo tal que o contrato não teria se realizado se a parte prejudicada o tivesse conhecido.

No mesmo sentido segue Orlando Gomes²⁸³ caracterizando os vícios redibitórios como os defeitos ocultos que desvalorizam ou fazem imprestável a coisa e Caio Mário da Silva Pereira qualificando-os como o “defeito oculto de que é portadora a coisa objeto do contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor”²⁸⁴.

Tomando-se por base as definições ora colacionadas, tem-se que o primeiro requisito para que se possa reivindicar a proteção do instituto dos vícios redibitórios é que o defeito seja oculto. É oculto o defeito que não poderia ser verificado pelo adquirente, tomando-se por base a diligência do homem-médio.

Caso o defeito esteja facilmente reconhecível (aparente) ou, mesmo que oculto, seja de conhecimento do adquirente, nenhuma proteção se confere²⁸⁵, pois se presume levado em consideração pelo adquirente para a finalização da avença.

O segundo requisito diz respeito à preexistência do vício, pois apesar de oculto, o defeito deve ser anterior à tradição da coisa. O defeito deve existir, mesmo que como um germe, antes de seu recebimento pelo adquirente. Se assim não fosse, estar-se-ia conferindo ao alienante o dever de garantia contra riscos futuros, quando a coisa já estivesse incorporada ao patrimônio do adquirente²⁸⁶.

A preexistência do vício é verificada, por exemplo, no caso da venda de um animal com uma determinada doença, cuja constatação somente se dará após a tradição, vez que essa se encontra no período de incubação.

O terceiro requisito necessário para ensejar a tutela protetiva é que o defeito seja grave. Grave ao ponto de tornar imprestável ou apresentar efetiva desvalorização na coisa, pelo que Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o “defeito

²⁸² MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou teoria geral dos direitos de crédito**, p. 374.

²⁸³ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 112.

²⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, p. 123.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil do fabricante**, p.12.

²⁸⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 59.

insignificante, que não provoque imprestabilidade ao uso (total ou parcial) ou efetiva desvalorização (de modo apreciável, como diz o Código Civil italiano, artigo 1.490) da coisa não pode ser considerado vício redibitório²⁸⁷.

O quarto e último requisito é a existência de contrato comutativo²⁸⁸ ou de doação onerosa²⁸⁹. Esta exigência está intimamente ligada à intenção do legislador de resguardar a equivalência das prestações, típica do contrato comutativo e da doação onerosa, nos quais o adquirente confere uma contraprestação, realiza um sacrifício, que segundo a convenção das partes, é proporcional ao benefício auferido com o recebimento do bem. A partir do momento em que o bem apresenta um defeito oculto essa harmonia se rompe, pois o benefício verificado com o seu recebimento deixa de ser equivalente ao sacrifício realizado para o adimplemento da contraprestação, merecendo assim a intervenção do Estado²⁹⁰.

Em suma, para a incidência do instituto dos vícios redibitórios devem estar presente, os seguintes requisitos: **(i)** defeito oculto e que seja desconhecido pelo adquirente: se o adquirente já conhecia o defeito presume-se que renunciou a essa garantia; **(ii)** defeito existente no momento da formação do contrato; **(iii)** defeito grave; e **(iv)** contrato comutativo ou doação onerosa.

²⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 24.

²⁸⁸ São comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Não se exige a igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objeto dos contratos não tem valoração precisa (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, p. 68) Nos contratos comutativos, a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto as prestações (GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 88.)

²⁸⁹ Não se aplicando, então, a doação gratuita ou contrato aleatório, que é aquele onde há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Esse tipo de contrato expõe os contratantes às alternativas de ganho ou perda, conforme já exposto no item 4.1.1.

²⁹⁰ Como no contrato aleatório e na doação gratuita não existe essa correspondência entre as prestações, à verificação de um vício não tem a capacidade de desarmonizar a relação (item 4.1.1).

4.1.1 Medidas conferidas ao adquirente frente à verificação de vícios redibitórios

Verificados os requisitos exposto no item anterior, o Código Civil brasileiro confere ao adquirente o direito de intentar, exclusivamente em face do vendedor²⁹¹, com quem manteve relação contratual, ação redibitória, objetivando a rescisão da avença e a consequente devolução dos valores pagos, ou ação estimatória, buscando o abatimento do preço e, via de consequência, o reequilíbrio entre as prestações. Caso fique comprovado que o alienante tinha conhecimento do vício, porém o omitiu do adquirente, agindo de má fé, o adquirente também fará jus à indenização por perdas e danos (art. 443 do Código Civil).

Qualquer uma das duas ações deve ser proposta no prazo decadencial de 30 (trinta) dias para bens móveis e 01 (um) ano para bens imóveis, prazos esses que ficam reduzidos pela metade, caso o adquirente já estivesse na posse do bem antes da contratação (art. 445 do Código Civil).

Objetivando extirpar a divergência que existia sobre o termo *a quo* de contagem dos prazos decadenciais para a interposição da ação estimatória e da redibitória (afastando o entendimento jurisprudencial de que a contagem do prazo decadencial somente se iniciava com a verificação do defeito²⁹²), o legislador de 2002 estabeleceu, no *caput* do artigo 445, que a contagem se inicia com a tradição da coisa. Entretanto, trouxe no § 1º desse mesmo dispositivo, a previsão de que “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis, e de um ano, para os móveis”.

²⁹¹ Nesse sentido: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 59; SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**; e GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil do fabricante**, p.12.

²⁹² Como se observa do seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai a seguinte afirmação: “Se o vício, por sua natureza, não podia ser percebido no ato da tradição, o prazo, estabelecido no art. 178, § 5º, inc. IV, do CC de 1916, para ajuizar ação reclamando o defeito conta-se do momento que o adquirente do bem toma conhecimento de sua existência, prevalecendo o entendimento dominante na Terceira Turma” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 431353, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 23.02.2005, publicação em Diário de Justiça do dia 01.07.2005).

Apesar da intenção do legislador em pacificar a forma da contagem do prazo para a reclamação por vícios redibitórios, o dispositivo em questão acabou por trazer outras e novas dúvidas.

Parte da doutrina²⁹³ reputa que em decorrência desse dispositivo, em se tratando de bem móvel, o adquirente poderá levar até 180 (cento e oitenta) dias para descobrir o vício, feito isso, terá mais o prazo de 30 (trinta) dias para interpor a ação correspondente, pelo que haveria a possibilidade dessa ser ajuizada até no prazo de 210 (duzentos e dez) dias após a tradição da coisa. No tocante a bens imóveis aplica-se o mesmo raciocínio, mas com seus prazos próprios, conduzindo-se a possibilidade de ajuizamento de ação tempestiva até 02 (dois) anos após a emissão na posse²⁹⁴.

Com interpretação mais restrita, outra parte da doutrina²⁹⁵, reputa que, independente da data do descobrimento do vício, a ação correspondente nunca será tempestiva se interposta em prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias da tradição da coisa móvel ou 01 (um) ano da imissão na posse do bem imóvel. Assim, se o defeito em coisa móvel for verificado 179 (cento e setenta e nove) dias após a sua tradição, o adquirente disporá do irrisório prazo de 01 (um) dia para acionar o adquirente.

Diante dessa divergência, a jurisprudência, novamente, será chamada a pacificar a situação. De todo modo, independente da corrente que se adote, conforme previsão do artigo 446 do Código Civil Brasileiro, os prazos decadenciais ora mencionados não correrão na constância de cláusula de garantia (garantia contratual), mas para que o adquirente tenha esse benefício, deverá informar ao alienante a existência do defeito em até 30 (trinta) dias após seu descobrimento.

²⁹³ Do que é exemplo o escólio de BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 143; LIMA, Clarissa Costa. **Dos vícios do produto no CCB e no CDC e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil**, p. 114; e GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 308.

²⁹⁴ Vertente doutrinária seguida por: BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 143 e LIMA, Clarissa Costa. **Dos vícios do produto no CCB e no CDC e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil**, p. 114.

²⁹⁵ Capitaneada por PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institutos de Direito Civil**, p. 128.

Caso o adquirente não cumpra o dever legal de informação no prazo de 30 (trinta) dias, sofrerá a sanção de decair em seu direito.

4.1.2 Diferenciação do instituto dos vícios redibitórios com outros institutos afins

Tendo como certo, com base no exposto nos itens anteriores, que o vício redibitório é o defeito oculto na coisa, que a torna inútil (parcial ou totalmente) ou lhe diminui significativamente o valor, não há que se confundir esse instituto com o do erro ou com o inadimplemento contratual.

No erro o defeito situa-se na manifestação da vontade (o adquirente quer comprar uma bicicleta de alumínio, mas lhe é vendida uma de ferro), pelo que o negócio é nulo. No vício redibitório a manifestação de vontade não é viciada (o adquirente pretende comprar uma bicicleta de alumínio e efetivamente compra uma bicicleta de alumínio), existe identidade entre o bem contratado e o entregue, pelo que não há que se cogitar a nulidade da avença. Entretanto, apesar de o bem entregue ser aquele que se deseja adquirir, ele apresenta um defeito oculto (no caso da bicicleta de alumínio, defeito na liga do metal o que a torna absolutamente suscetível à quebra).

Por sua vez, no inadimplemento contratual não há o cumprimento do objeto da transação (as partes negociaram um carro, o qual não foi entregue), o que não se verifica no vício redibitório, onde a obrigação é integralmente cumprida (o carro é entregue), mas apresenta defeito (o motor vem a fundir em poucos dias, em decorrência de vício preexistente).

Essas distinções se fazem importante, pois conforme alerta Paulo Luiz Netto Lôbo, “alguns caminhos jurisprudenciais, ante situações que configuram claramente vícios redibitórios, buscam soluções em outros institutos jurídicos cujos prazos de exercício são mais amplos”²⁹⁶, como o erro e o inadimplemento contratual, para tanto “são construídas engenhosas argumentações voltadas a descaracterizar os

²⁹⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial**, p. 45.

elementos do suporte fático dos vícios redibitórios, para se fazer justiça nos casos concretos²⁹⁷.

Analisada a teoria dos vícios redibitórios em seus principais elementos e notadamente a distinguindo de outras figuras, como o erro e o inadimplemento contratual, já se torna possível o estudo do vício de qualidade por inadequação, que nada mais é do que a teoria dos vícios redibitórios, que tem aplicação restrita as relações civis, aprimorada para resguardar os consumidores, parte vulnerável das relações de consumo.

4.2 CONCEITO

Um das formas de responsabilização do fornecedor prevista no Diploma Consumerista é a decorrente de vícios de qualidade por inadequação do produto, estabelecida no artigo 18²⁹⁸.

O que se busca resguardar nessa forma de responsabilização, dentro do espírito da teoria da qualidade, é que os produtos colocados no mercado de consumo sejam adequados, correspondam às expectativas legítimas do consumidor, que não apresentem vícios que o desabonem.

Nesse sentido é o escólio Heloísa Carpena Viera de Mello, consignando que o Diploma Consumerista busca a “perfeita adequação do produto ou serviço, às suas finalidades (...) sendo responsável o fornecedor sempre que houver uma desconformidade entre expectativa/desempenho²⁹⁹”.

²⁹⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial**, p. 45.

²⁹⁸ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade informativa, com indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária (...)”

²⁹⁹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**, p. 81.

No mesmo sentido³⁰⁰ segue Bruno Miragem, afirmando que o produto é inadequado quando “frustra os fins legitimamente esperados pelo consumidor na aquisição ou utilização do produto ou serviço”³⁰¹.

Então, produto adequado é aquele que atende as expectativas legítimas do consumidor, contrariamente, produto inadequado é aquele desconforme com as expectativas do consumidor, isto é, que apresenta “divergência entre a qualidade que tem e a qualidade que devia ter”³⁰².

Relembre-se que a expectativa legítima do consumidor é verificada com base num tipo médio e abstrato de consumidor, o qual é tomado como um modelo objetivo.

Considerando, então, que a adequação (ou não) de um produto é apurada com base no critério do homem médio, o qual é oscilante, vez que a sociedade pode tornar-se menos ou mais tolerante, verifica-se que o conceito de adequação apresenta uma textura aberta, que não pode jamais ser completamente preenchida, adaptando-se à mutabilidade da sociedade³⁰³.

Assim, tomando-se por base a expectativa do homem médio atual, é certo que será considerado inadequado um ar condicionado que não esfrie o ambiente; um iogurte que se apresente embolorado, uma lâmpada ou televisão que dure somente uma semana; um carro em que o sistema de freios não funcione.

³⁰⁰ E, ainda, Flávia Portella Puschel, afirmando que “Produtos com problemas de adequação são aqueles que não correspondem à legítima expectativa do consumidor no que se refere à sua *utilização ou fruição*” (PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 23); José Fernando Simão que “O conceito de adequação refere-se à expectativa legítima dos consumidores, à conformidade com outros produtos existentes no mercado e ao respeito aos padrões regulamentares públicos ou privados”. (SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 71); Leonardo Bessa que “na responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, o ar condicionado deve esfriar o ambiente, a televisão transmitir imagens e sons, a caneta possibilitar a escrita, o serviço de colocação de telhas impedir que a água da chuva ingresse no imóvel etc.”. (BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 140); e Roberto Senise Lisboa que “*Produto inadequado* é, assim, aquele que não corresponde ordinariamente às expectativas do seu destinatário final” (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 171).

³⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 309-310.

³⁰² ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos Consumidores**, p. 160.

³⁰³ AMARAL JR., Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 108.

Por sua vez, não será considerado inadequado um veículo popular que não tenha sistema de *air-bag*, freio ABS, direção elétrica, câmbio automático ou que não atinja velocidade superior a 150 km/h, assim como um aparelho de televisão ou uma lâmpada que não durem 15 anos.

Entretanto, existem situações limítrofes, onde existe certa dúvida quanto à expectativa legítima do homem médio. Exemplo fica por conta da durabilidade da televisão e da lâmpada. Se é senso comum, reproduzindo a expectativa do homem médio, que uma televisão ou uma lâmpada não são adequadas quando funcionam somente por uma semana e que essa exigência não se estende para períodos superiores a 15 anos, ou seja, que uma lâmpada ou uma televisão que param de funcionar após 15 anos de uso atingiram integralmente a expectativa de qualidade, quando se trata do período de 1 ano para lâmpada e 5 anos para televisão, a certeza apresentada nos situações anteriores desaparece, criando-se uma grande lacuna, que somente será dirimida mediante a sensível percepção do julgador, no caso concreto, tomando por base as regras de experiência e a razoabilidade.

Ao que parece, apesar da textura aberta da significação de vício de qualidade de inadequação, pode-se afirmar que é viciado todo o produto que se apresenta total ou parcialmente inadequado ao fim a que o consumidor pode legitimamente esperar, sendo que esse fim legítimo é apurado com base na expectativa de um homem médio, um consumidor padrão, representativo do senso comum da sociedade.

Observa-se, então, a real proximidade do vício de inadequação com o vício redibitório (item 4.1), pois em ambos os casos, visam-se proteger o adquirente/consumidor em decorrência de vícios no produto que o torne impróprio ou inadequado ao fim a que destina.

Apesar da similaridade conceitual dos institutos, no que diz respeito a sua finalidade, a teoria dos vícios de inadequação é bem mais evoluída do que o sistema codificado, adequando-se as modernas relações de consumo, as quais são desiguais, massificadas e impessoais. Essa evolução será observada nas próximas seções.

4.3 ELEMENTOS

Quando da análise dos vícios redibitórios (item 4.1) viu-se que somente os vícios ocultos, aqueles que não poderiam ser verificados mediante diligência comum, é que estavam protegidos pelo instituto. Isso porque, entendia-se que a partir do momento em que o vício era aparente, presumia-se o seu conhecimento pelo adquirente e, conseqüentemente, que esse o levou em consideração para entabular as condições da relação. O dever de diligência era, então, do comprador.

Essa presunção, entretanto, seria um grande óbice à defesa do consumidor, pois no atual mercado de consumo, absolutamente dinâmico, é previsível que o consumidor não se atente a vícios, mesmo que aparentes (por exemplo, um amassado em uma lata de alimento), e que esses não lhe sejam informados pelo fornecedor, tal como descreve Paulo Jorge Scartezini Guimarães:

Para finalizar o raciocínio, imaginemos a compra de vestido novo ou usado com uma pequena mancha ou imperfeição na costura, que poderiam ser vistos pelo adquirente se efetuasse uma breve análise do bem. Ora, possível que o consumidor, na correria do dia-a-dia, não tenha atentado a tal detalhe e não tenha dele sido alertado pelo vendedor. Nesse caso, haverá responsabilidade, porque faltou o alienante com o dever de informar. Essa responsabilidade lhe é imputada ou porque agiu de má-fé ou porque, em decorrência de sua atividade, assumiu o risco.

Há uma inversão sobre o dever de cuidado. Não mais o consumidor deve acautelar-se na aquisição de um produto ou serviço, até porque a regra é, ou deve ser, a inexistência de vício; cabe ao fornecedor o dever de constatar e avisar sobre cada anormalidade que a coisa ou serviço possuam (*caveat venditor*)³⁰⁴.

Assim, em nome da defesa do consumidor, o Diploma Consumerista inverteu o dever de diligência, ou seja, impôs ao fornecedor o dever de informar qualquer vício no produto e não ao consumidor o de procurá-lo. Passou-se, então, a admitir também o vício aparente como motivo ensejador da responsabilização do fornecedor.

O segundo requisito exigido para a configuração do vício redibitório é que esse seja preexistente a tradição da coisa, ou seja, anterior ou contemporâneo à entrega do produto. Esse requisito mantém-se nas relações de consumo, exigindo-se que o vício exista, ao menos em germe, antes da realização da entrega do produto, mesmo que somente se revele ao consumidor em momento posterior.

³⁰⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 178.

Exemplo fica por conta do motor de veículo que contém uma peça mal apertada. Esse vício (fala-se em vício, pois não é adequado que qualquer peça do motor não esteja perfeitamente acoplada) é preexistente à entrega do veículo, entretanto não é verificável, mediante diligência comum, nesse momento. Após alguns quilômetros de uso, a peça se desprende, fundindo o motor, tornando o vício verificável e fazendo nascer para o consumidor o direito de demandar o fornecedor pelos danos verificados.

O terceiro requisito exigido para a configuração dos vícios redibitórios é a sua gravidade, gravidade essa que é constatada na medida em que o produto seja total ou parcialmente inadequado ao fim a que se destina ou tenha seu valor diminuído. Esse requisito também é mantido no Diploma Consumerista³⁰⁵, o qual, no *caput* do artigo 18³⁰⁶, arrola como vícios graves, suscitadores da tutela protetiva, aqueles que conduzem **(i)** a impropriedade para o consumo; **(ii)** a diminuição do valor; e **(iii)** a disparidade com a qualidade ou a quantidade anunciada.

Inicialmente, no tocante aos produtos com impropriedades para o uso e consumo **(i)**, o § 6º, do artigo 18, do Código do Consumidor traz, ainda, um rol de impropriedades que tornam os produtos inadequados/viciados.

A primeira impropriedade está relacionada ao prazo de validade vencido (art. 18, § 6º, I, CDC). Essa modalidade de impropriedade é tida como formal, já que não considera o estado efetivo do produto (se está estragado ou não), mas sim, meramente, a superação do prazo de validade estabelecido pelo fornecedor. Desse modo, o fornecedor não poderá se isentar da responsabilidade decorrente da comercialização de produto vencido sob a alegação de que esse estava apto a ser consumido, pois a simples superação do prazo de validade – critério formal – já o torna impróprio, suscitando a tutela protetiva.

Em um segundo momento, o artigo 18, § 6º, II do Código de Defesa do Consumidor traz uma série de impropriedades especificadas, são elas os produtos: **deteriorados**, que são àqueles que sofrem modificações na qualidade em vista de

³⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios nas relações de consumo**, p. 35.

³⁰⁶ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade informativa, com indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária (...)”

causas naturais ou pelo comportamento indireto do homem, tendo como exemplo o leite mal conservado que azeda; **alterados** que são os que sofreram modificações na qualidade em vista de comportamento direito do homem, tendo como exemplo o requeijão, que tem sua fórmula alterada passando a ser “especialidade láctea com requeijão”, sem que o consumidor seja devidamente alertado, não importando se a modificação proporcionou melhora ou piora no produto; **adulterados ou corrompidos** que são aqueles produtos modificados por intervenção direta do homem, mas que necessariamente ficam piores, como ocorre com a gasolina que é adulterada pela adição de detergentes; **avariados** que são os que não cumprem completamente a sua função, como o ferro de passar roupa que não esquenta ou o automóvel com a pintura riscada; **falsificados ou fraudados** que são aqueles a que se dá aparência de outro, de forma enganosa, para ludibriar o consumidor. Exemplo, a falsificação de um relógio rolex³⁰⁷; **nocivos à vida ou a saúde ou perigosos** que são os produtos portadores de vício de qualidade por insegurança, mas que ainda não provocaram dano, como ocorre com o brinquedo em que foi utilizado material tóxico, mas que por não ter sido usado pela criança não causou qualquer acidente ou do chocolate estragado, que não foi consumido, pois a impropriedade foi constatada anteriormente; e em **desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação** que são os produtos com impropriedade formal, por desrespeito à regulamentação, como o papel A4 que não contém medidas correspondentes.

Finalmente, no inciso III, do § 6º, do artigo 18 arrola-se como impróprio todo o produto que, por qualquer motivo, revele-se inadequado ao fim a que se destina. Verifica-se, então, que nos incisos anteriores (I e II) foram arrolados os vícios que conduzem à inadequação do produto, já no presente dispositivo generalizou-se,

³⁰⁷ Importante consignar que apesar do Código fazer menção que os produtos falsificados apresentam impropriedade para o consumo, que Paulo Jorge Scartezini Guimarães reputa que não seria um caso de inadequação, mas sim de erro ou inadimplemento contratual, conforme se extrai da seguinte passagem: “Quanto à falsificação propriamente dita, acreditamos ter o legislador se equivocado ao incluí-la como impropriedade do bem, já que, como afirmamos neste trabalho, a falsificação jamais poderia caracterizar um vício, podendo ser um erro (vício do consentimento) ou inadimplemento contratual, conforme o caso concreto. Temos que a melhor solução seria excluir desse dispositivo a hipótese da falsidade, ou pelo menos, numa interpretação restritiva, diminuir a extensão de sua aplicação”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 162).

considerando impróprio e, conseqüentemente, suscetível de tutela protetiva, toda e qualquer frustração a expectativa legítima do consumidor.

Assim agiu o legislador para evitar que novas formas de inadequação, não previstas nos incisos I e II, não fossem contempladas pela regra.

Observa-se, então, que em um primeiro momento, o legislador tentou fechar o conceito de inadequação, mas ciente das dificuldades, notadamente em um mercado em constante movimento como o atual, capaz de criar novas modalidades de inadequações a qualquer momento, acabou por novamente valer-se de cláusula geral, aberta e indeterminada, para caracterizar a impropriedade.

O Diploma Consumerista, assim como o Código Civil ao tratar dos vícios redibitórios, também considera inadequado o produto que apresente diminuição do valor **(ii)**. Entretanto, aqui, o simples fato de haver redução monetária do valor, não importando o quanto (mesmo que irrisória), já conduz a inadequação do produto e a conseqüente responsabilização do fornecedor.

Como última forma de inadequação, aparece o produto com disparidade com a qualidade ou a quantidade anunciada³⁰⁸ **(iii)**. Trata-se de uma circunstância em que, mesmo o produto não estando impróprio para o uso ou consumo, verifica-se a frustração a uma expectativa estabelecida e não cumprida.

O consumidor adquire um produto atraído pelas indicações anunciadas, confiante que são verdadeiras. Porém, vem a constatar que a qualidade ou quantidade anunciada não correspondem à realidade do produto entregue.

Observe-se, que no direito tradicional a disparidade informativa não se configura como vício redibitório, sendo essa mais uma inovação do Diploma Consumerista.

Cabe destacar, porém, que apesar do Diploma Consumerista manter a exigência da gravidade do vício, ou seja, exigindo-se que esse apresente **(i)** impropriedade para o consumo; **(ii)** diminuição do valor; ou **(iii)** disparidade com a qualidade ou a quantidade anunciada, não há exigência de que o dano seja grave, basta que exista a ocorrência do dano, mesmo que de pequena monta, para que se

³⁰⁸ Destaca-se a ressalva feita por José Fernando Simão criticando a inserção da disparidade informativa na modalidade de vício de inadequação, pois “tecnicamente a disparidade informativa leva ao inadimplemento contratual, não podendo ser classificada como vício” (SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 70).

configure o dever de reparar³⁰⁹, pois o inciso VI, do artigo 6º, do Código Consumerista, confere ao consumidor o direito a ampla e integral reparação dos danos sofridos.

Finalmente, como último elemento para a configuração do vício de qualidade por inadequação, assim como ocorre nos vícios redibitórios, exige-se a ocorrência de um contrato comutativo ou uma doação onerosa, pois somente nesses tipos de relações as prestações comportam certa equivalência, que pode ser comprometida pela verificação de vícios.

Nas outras modalidades de contratação ocorridas entre consumidor e fornecedor, como nos contratos aleatórios ou nas doações puras, a existência de defeito não compromete o equilíbrio contratual. Na primeira forma, pois o adquirente assumiu o risco de receber o produto em qualquer estado e na segunda, pois a partir do momento em que não houve contraprestação pela entrega do bem, não há que se cogitar frustração da legítima expectativa do adquirente.

Até agora, então, percebe-se que a teoria dos vícios de qualidade por inadequação apresentou duas importantes inovações em face da teoria dos vícios redibitórios, a primeira diz respeito ao acolhimento dos vícios aparentes e a segunda da configuração da disparidade com a qualidade ou a quantidade anunciada como vício, mas as evoluções não param por aí.

4.4 SUJEITO ATIVO

Os vícios de qualidade por inadequação do produto só permitem a proteção do consumidor, ou seja, dentro da relação contratual deste com o fornecedor, haja vista que terceiros não estarão sujeitos a qualquer dano.

Tem-se, então, que a regra de proteção a terceiros não pode ser estendida à responsabilidade por vício do produto, porque, neste tipo, não há vítima de evento danoso. A impropriedade, inadequação e a diminuição de valor dizem respeito

³⁰⁹ Nesse sentido lecionam: ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de; e WADA, Ricardo Morishita. **Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor: Aspectos Gerais**, p. 198; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 180; SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 68; e LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 47.

apenas e tão-somente ao consumidor, consumidor esse definido como destinatário final, nos moldes do art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

A garantia pelos vícios de qualidade por inadequação do produto pressupõe, então, a existência de um negócio jurídico que serviu de base para a colocação do produto no mercado, conferindo ao consumidor, destinatário final, a prerrogativa de demandar contra o fornecedor por eventuais inadequações, garantia que não se estende à terceiro.

Isso porque, no vício de inadequação do produto o único prejudicado será o consumidor, remanescendo somente a ele a prerrogativa de reivindicar eventual indenização.

Essa situação é perfeitamente ilustrada na aquisição de uma geladeira que não gele. Certamente que somente o consumidor, atual proprietário desse bem, é que terá pretensão em face do fornecedor, pois somente este foi atingido pelos prejuízos decorrentes do vício, não sendo resguardada qualquer tutela a terceiros.

Destaca-se, porém, que não é entendido como terceiro o sucessor legal (por testamento ou inventário) ou convencional (por contrato) do consumidor primário, pois nesse caso há sub-rogação na posição contratual e no direito de invocar a responsabilidade por vício.

Esse fato significa que a garantia por vícios de inadequação do produto não se restringe aos limites da relação contratual originária, estendendo-se aos sucessores, a qualquer título, do consumidor primário.

Voltando ao caso da geladeira, por mais que essa tenha sido adquirida originariamente pelo consumidor A, o qual posteriormente, de forma não profissional, a vendeu ao consumidor B, sendo que o vício é constatado quando o bem já está integrando a propriedade de B. B, na qualidade de sucessor convencional de A, detém total direito de demandar o fornecedor para a reparação dos danos sofridos.

Assim, conclui-se que a garantia de qualidade, inerente ao vício de inadequação, está atrelada ao objeto³¹⁰, pois não se restringe a proteger o consumidor originário ou primário, mas todo aquele a quem for repassada a propriedade do bem, denominado como consumidor subsequente.

³¹⁰ Ressaltando a característica "ambulatorial" da garantia de adequação do produto, verifica-se o escólio de CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 463-464 e SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 133.

4.5 SUJEITO PASSIVO

A estrutura do direito comum liga o dano ao agente causador, a quem incumbe à responsabilidade de reparação. Assim, somente o vendedor é responsável pelos danos decorrentes de vícios redibitórios.

Porém, em face da atual configuração das relações de consumo, massificadas e impessoais, conforme já exposto no item 3.3, essas não mais se dão em razão da “confiança no intermediário, mas no produtor e no próprio produto propagandeado”³¹¹, sendo necessária a direta responsabilização desse.

Diante dessa necessidade de estender-se a cadeia de responsabilidade até o fornecedor originário (fabricante, produtor, construtor e importador), ligando-o ao defeito apresentado, a Lei Protetiva, como se observa do *caput* do artigo 18, leva à responsabilização, de forma solidária, de todos os fornecedores que participaram da cadeia de fornecimento³¹² (produção, circulação, distribuição), importando que o consumidor poderá exercer sua pretensão contra qualquer um deles, conforme sua vontade e conveniência.

Conclui-se, então, como elucida Bruno Miragem, que “o CDC vai determinar que todos os que tenham intervindo de qualquer modo no tráfego daquele produto ou serviço no mercado de consumo serão considerados fornecedores e, como tais, respondem solidariamente pela obrigação de indenizar o consumidor, independente da sua contribuição efetiva para existência do defeito e, conseqüentemente, para causação do dano”³¹³.

A responsabilização de todos os fornecedores, independentemente de sua culpa para a verificação do vício, é a mais pura demonstração da influência da teoria do risco (item 3.2.1) no Código do Consumidor, pois responsabiliza, solidariamente, todos aqueles que se propuseram a exercer uma atividade no mercado de consumo.

Essa influência é perfeitamente verificada na situação em que um determinado fornecedor, mesmo não tendo culpa pelo vício, é demandado pelo consumidor para reparar os correspondentes danos. Esse fornecedor, pelo simples

³¹¹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 329-330.

³¹² Conforme já exposto no item 4.4.

³¹³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 264.

fato de ter assumido o risco de exercer uma atividade no mercado de consumo, será parte manifestamente legítima para responder a demanda. Ademais, a sua ausência de culpa na caracterização do vício é irrelevante, pois a responsabilidade aqui é apurada de forma objetiva (item 3.2.1), independente de culpa.

Além da solidariedade e da responsabilização objetiva, destaca-se que, conforme melhor doutrina e com fulcro em interpretação extensiva do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, sequer é admitida a denúncia a lide em feitos consumeristas. Nesse sentido segue o escólio de Arruda Alvim:

Tem-se, porém, como mais correto o entendimento da não admissibilidade do uso dos institutos de intervenção de terceiros nas ações subordinadas ao Código do Consumidor, porque, em sua maioria são institutos destinados a favorecer o réu, enquanto o Código do Consumidor tem como objetivo precípuo o favorecimento do autor-consumidor. Ainda, porque o uso destes institutos fatalmente causaria maior demora na decisão respeitante à relação de consumo propriamente dita. Assim as normas processuais são aplicadas se não contrariarem quer os dispositivos do Código do Consumidor, que as finalidades por ele objetivadas³¹⁴.

Assim, mesmo que não seja culpado pelo vício, o fornecedor demandado não poderá denunciar à lide o verdadeiro culpado, devendo proceder a correspondente indenização e, posteriormente, buscar ressarcimento em face desse.

Finalmente, cabe alertar que a regra da solidariedade para os vícios de inadequação comporta exceções, tal como na venda de produtos *in natura*, quando não identificável claramente o produtor ou fabricante, situação na qual a responsabilidade recairá unicamente no fornecedor imediato, ou seja, no comerciante (art. 18, § 5º CDC); e, ainda, na situação de produtos pesados à vista do consumidor, tal como disposto no artigo 19, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, quando a responsabilidade por eventuais disparidades quantitativas recairá também, exclusivamente, sob o comerciante.

4.6 REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO

Verificado um vício de inadequação, ou seja, que o produto não atende a expectativa legítima (item 4.2), surge para o consumidor primário ou para os subseqüentes (item 4.4) o direito de buscar reparação em face de qualquer

³¹⁴ ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 53.

fornecedor da cadeia de consumo, os quais respondem solidária e independentemente de culpa pelos prejuízos causados (item 4.5).

Quanto à forma de reparação, estabelece o artigo 18 de Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

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

III – o abatimento proporcional do preço.

Ou seja, verificado o vício, o consumidor poderá pleitear, alternativamente e a sua escolha, conforme estabelece o § 1º: a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento do preço.

Entretanto, a parte final do *caput* do artigo 18 determina que o consumidor poderá, antes de valer-se das alternativas § 1º, exigir a substituição das partes defeituosas do produto, fazendo assim com que desapareça a eventual inadequação.

Dúvidas surgiram da redação desse dispositivo, notadamente no que diz respeito à obrigatoriedade (ou não) de o consumidor conferir ao fornecedor a prerrogativa de consertar o defeito – substituir as peças viciadas –, para só então fazer uso de uma das três alternativas previstas no § 1º, do artigo em comento, é sobre isso que se passa a discorrer.

4.6.1 Fase preliminar obrigatória

Certa parte da doutrina³¹⁵, ao interpretar o artigo 18 do Código Consumerista que determina que o consumidor poderá, antes de valer-se das alternativas § 1º, exigir a substituição das partes defeituosas do produto, entende que o consumidor

³¹⁵ Filiam-se a essa vertente, exemplificativamente: BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 154; e GRINBERG, Rosana. **Dos prazos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 158.

não está adstrito a conferir ao fornecedor a prerrogativa de consertar a parte viciada, a uma, pois esse dispositivo faz menção expressa ao verbo poder, indicando, então, uma faculdade do consumidor; a duas, pois se essa fase – reparação do produto – for entendida como obrigatória, estar-se-ia violando o princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, previsto no artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor, impondo-lhe a obrigatoriedade de aguardar o reparo do produto; e a três, pois o Código Civil não exige qualquer prazo prévio para o conserto do bem, para que então o adquirente possa fazer uso da ação redibitória ou da estimatória, não sendo coerente que o Diploma Consumerista, que busca ser mais vantajoso ao consumidor, fizesse exigência como essa.

Conclui essa vertente doutrinária, que a substituição das partes viciadas é simplesmente uma alternativa do consumidor, assim como as demais previstas no § 1º.

Outros doutrinadores³¹⁶, por sua vez, entendem que o consumidor tem o dever de conferir ao fornecedor, anteriormente a escolha de umas das alternativas do § 1º, a prerrogativa de substituir as partes viciadas, restabelecendo a adequação do produto.

Assim, a substituição das peças viciadas não se trata de uma alternativa do consumidor, mas de uma fase preliminar obrigatória, pré-requisito necessário para o exercício das opções previstas no § 1º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, a preliminar substituição das partes viciadas parece melhor traduzir a intenção do legislador³¹⁷, já que o § 3º³¹⁸ abre a possibilidade da utilização imediata

³¹⁶ Como: AMARAL JR., Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 113; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 197; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 484; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 234; KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 185; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 196; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 312; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 180; SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 102.

³¹⁷ Nesse sentido também concluiu o Superior Tribunal de Justiça, como se observa do seguinte julgado: “(...) O § 1º e incisos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor prescrevem que, se o vício do produto não for sanado no prazo máximo de trinta dias pelo fornecedor, o consumidor poderá exigir, alternativamente e ao seu arbítrio, as seguintes opções: a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de

das alternativas do § 1º sempre que a substituição implicar em alteração da qualidade ou características do produto, diminuição do valor, ou se tratar de produtos essenciais.

Ora, se o legislador criou no § 3º as exceções, é porque a regra se encontra na concessão de prazo ao fornecedor para a substituição da parte viciada.

Ademais, como alerta Ronaldo Alves Andrade, a opção pela fase preliminar obrigatória, parece a mais adequada com o espírito da legislação, que tem como um de seus princípios norteadores a harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores (art. 4º, III, CDC), vez que “seria antieconômico possibilitar ao consumidor a troca do produto ou a devolução da quantia paga quando só uma parte do produto está viciada e há possibilidade de reparação e substituição das partes viciadas, sem prejuízo para o perfeito funcionamento e a adequada utilização do produto”³¹⁹.

Conclui-se, desse modo, que a substituição das partes viciadas deve ser aceita, em regra, pelo consumidor. Trata-se, pois, de acionar o sistema de garantia para reparação do vício, objetivando, assim a manutenção da relação contratual.

Fala-se em regra, pois, como já visto, o § 3º, do artigo 18 traz exceções, nas quais a substituição das partes viciadas deixa de ser obrigatória para o consumidor. É o que se verifica quando a substituição da parte viciada, em decorrência de sua extensão, puder afetar a qualidade ou ocasionar a redução do valor do produto. Do mesmo modo, quando os bens forem essenciais ao consumidor, não se podendo aguardar pela reparação.

No tocante ao juízo sobre o comprometimento (ou não) das qualidades do produto em decorrência da substituição das partes viciadas e da sua essencialidade para o consumidor, deve-se levar em conta a visão de homem médio, assim como a destinação específica dada ao produto pelo consumidor.

eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço. (...) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial n.º 991.985/PR, relator Ministro Castro Meira, julgamento 18.12.2007, publicação no Diário de Justiça do dia 11.02.2008).

³¹⁸ “Art. 18 (...) § 3º. O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do §1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial”.

³¹⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 197.

Desse modo, uma máquina de costura para uma costureira é bem essencial, não tendo essa o dever de conferir ao fornecedor prazo para a substituição das partes viciadas, podendo fazer uso imediato das alternativas do § 1º do artigo 18. Porém, esse mesmo produto, via de regra, não é essencial para quem não tenha a costura como profissão, pelo que, nesse caso, será dever do consumidor a concessão do prazo para a adequação do produto.

E ainda, a substituição de um componente dentro do carregador de um *notebook*, haja vista a necessidade de violar compartimento que deveria ser inviolável, compromete a qualidade e, inclusive, reduz o valor do bem, pelo que não é dever do consumidor aceitá-la. Contrariamente, a substituição da pá de uma batedeira, em nada compromete a qualidade ou a valorização do bem, sendo certo que, nesse caso, caberá ao consumidor conferir ao fornecedor a realização da substituição.

4.6.1.1 Prazo para proceder à substituição das partes viciadas

Superada a questão quanto a obrigatoriedade de o consumidor conferir ao fornecedor prazo para a substituição das partes viciadas, resta o questionamento quanto ao tempo que dispõe o fornecedor para a adoção dessa medida.

Conforme disposto no § 1º do artigo 18 o prazo padrão é de 30 (trinta) dias. Porém, mediante convenção das partes, realizada em separado e com manifestação expressa do consumidor, esse prazo pode ser modificado até o limite mínimo de 07 (sete) e o máximo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme previsão expressa do § 2º do art. 18.

No tocante à forma de contagem do prazo de 30 (trinta) dias, ou de suas variáveis (§ 2º do art. 18), novo impasse se cria.

Parece pacífico que nenhuma corrente doutrinária reputa que o fornecedor possa beneficiar-se da recontagem do prazo de 30 (trinta) dias toda vez que o produto apresentar vícios. Inclusive, Rizzatto Nunes consigna que “se isso fosse permitido, o fornecedor poderia, na prática, manipulando o serviço de conserto, sempre prolongar indefinidamente a resposta efetiva de saneamento (...) Bastaria fazer um conserto ‘cosmético’, superficial, que levasse o consumidor a acreditar na

solução do problema, e aguardar sua volta, quando, então, mais 30 dias ter-se-iam para pensar e tenta a solução”³²⁰.

Entretanto, alguns doutrinadores³²¹ reputam que o fornecedor terá uma única chance para fazê-lo. Assim, por exemplo, se um carro apresentar defeito no sistema de freios e o fornecedor levar 05 (cinco) dias para substituir esse componente, sendo verificado, posteriormente, a existência de um defeito no cinto de segurança, não contará mais o fornecedor com a prerrogativa de proceder a substituição da parte viciada. E outros³²², que o prazo de 30 (trinta) dias é um limite máximo, ou seja, que pode ser atingido pela soma dos períodos, mais curtos, utilizados para a sanção de outros vícios apresentados. No caso do automóvel, tendo o fornecedor se valido do prazo de 05 (cinco) dias para a reparação do sistema de freios, disporá do prazo de até 25 (vinte e cinco) dias para a adequação do cinto de segurança. Caso utilize os 25 (vinte e cinco) dias, verificado outro defeito, não terá mais a prerrogativa de consertá-lo.

A segunda corrente, apesar de menos benéfica ao consumidor, parece a mais ajustada ao sistema protetivo que, como já visto, objetiva a manutenção das relações e, igualmente, a harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores. Isso porque, o prazo de 30 (trinta) dias para reparação, durante toda a vida útil do produto, via de regra, não é excessivo para o consumidor e confere ao fornecedor a real possibilidade de proceder ao conserto das eventuais inadequações do produto.

Observa-se, então, que verificado o vício, a regra é que seja conferido ao fornecedor o prazo de 30 (trinta) para que proceda a substituição da parte viciada e a conseqüentemente adequação do produto.

Conforme alerta Paulo Luiz Netto Lôbo, diante da solidariedade de todos os fornecedores que participaram da cadeia de consumo, “descumpre o dever de sanção, o comerciante ou outro fornecedor responsável que deixa de receber a

³²⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 183.

³²¹ Seguem essa orientação: BESSA, Leonardo Roscoe. **Vícios dos Produtos**, p. 292; e GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 236.

³²² Como NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 184.

reclamação do consumidor, orientando-o para procurar oficinas especializadas e credenciadas pelo fabricante, em virtude de garantia convencional³²³.

Ou seja, o consumidor poderá optar por requerer desde ao comerciante até o fabricante, construtor, produtor ou importador a substituição das partes viciadas do produto, não podendo nenhum deles se escusar da obrigação, devendo satisfazê-la no prazo, geral, máximo de 30 (trinta) dias.

Não observado esse prazo ou havendo recusa por qualquer um dos fornecedores em proceder à substituição das partes viciadas, abrem-se para o consumidor as opções que serão descritas nas subseções que se seguem.

4.6.2 Alternativas do consumidor frente a vícios de inadequação

De acordo com o exposto na seção anterior, caso o fornecedor não proceda à substituição das partes viciadas no prazo, padrão, de 30 (trinta) dias, não mais terá o direito de fazê-lo, nascendo para o consumidor a prerrogativa de escolher uma dentre as alternativas indicadas no § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: **(i)** substituição do produto; **(ii)** restituição da quantia paga; e **(iii)** abatimento do preço.

Inicialmente, cabe destacar que essas opções são alternativas, pelo que somente uma deve ser eleita pelo consumidor. Eleição essa que lhe é plenamente facultada, ou seja, cabe exclusivamente ao consumidor escolher uma dentre as três, sendo desnecessária a apresentação de qualquer justificativa ou fundamento e, ainda, sendo irrelevante que exista uma opção que melhor se adapte aos interesses do fornecedor.

A primeira das alternativas conferidas ao consumidor é a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca e modelo, em perfeitas condições de uso.

Essa alternativa representa um avanço com relação aos vícios redibitórios, onde é conferido ao adquirente, unicamente, a possibilidade de restituição dos valores pagos ou abatimento do preço.

³²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 80.

A possibilidade de substituição do produto é medida extremamente adequada ao atual mercado de consumo, onde os vícios são inevitáveis, possibilitando ao consumidor a realização da vontade exarada quando da pactuação da avença, a aquisição de determinado produto.

Todavia, conforme disposição do § 4º, do artigo 18, do Diploma Consumerista, se a substituição do produto, por outro da mesma espécie, marca e modelo, não for possível, poderá haver a substituição por outro de marca e modelo diverso, devendo, porém, o consumidor complementar eventual diferença de preço ou o fornecedor restituí-la.

A segunda alternativa é a restituição, imediata, dos valores pagos, devidamente corrigidos.

Nessa situação, ao contrário da anterior e da que virá, há a rescisão da avença, o rompimento do vínculo contratual entre consumidor e fornecedor, sendo que aquele deve devolver o produto viciado e esse restituir-lhe os valores pagos, acrescido da correção monetária apurada no período (aquisição/restituição).

A terceira alternativa do consumidor é requerer o abatimento do preço. Essa alternativa é a que apresenta maior dificuldade de efetivação. Isso porque, não havendo consenso entre as partes, em uma ação judicial, haverá necessidade de realização de perícia para a apuração do percentual de abatimento, o que também conduz a dificuldades, notadamente no que diz respeito à eleição do critério a ser utilizado³²⁴.

Independente da opção feita pelo consumidor, embora a possibilidade de pleitear perdas e danos conste somente do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, para a alternativa de restituição dos valores

³²⁴ Paulo Jorge Scartezini Guimarães aponta a existência de, pelo menos, 05 (cinco) critérios que podem ser usados para se obter o percentual de abatimento devido em decorrência da existência de um vício no produto, "No primeiro, a redução seria calculada pela indiferença entre o valor pago e o valor do bem com o vício, encontrado em regra por perito; pelo segundo, adotado por Fubini, a redução teria em conta o valor ideal do bem sem o vício e o seu verdadeiro valor real; no terceiro, far-se-ia a diferença entre o preço acordado e aquele que as partes teriam fixado se soubessem que o bem estava viciado (valor hipotético); no quarto, teríamos o critério adotado pelos alemães no § 472, I, do BGB e no art. 50 da Convenção de Viena, em que se consideram o valor efetivamente pago, o valor normal do bem e o valor atual com a imperfeição; por último a fórmula adotada pelos Códigos Civis da Espanha (art. 1.486) e da França (art. 1644) nos quais a diferença seria encontrada por peritos, não estabelecendo o legislador qualquer critério." (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 223).

pagos, essas, em razão do direito básico do consumidor à efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais (art. 6.º, VI), poderão sempre ser pleiteadas pelo consumidor³²⁵, cumulativamente a qualquer alternativa eleita.

Então, além das alternativas do § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor poderá pleitear a reparação dos danos emergentes (materiais e morais) e dos lucros cessantes verificados, independente da má fé do fornecedor, como se exige para os vícios redibitórios³²⁶. Isso porque, aqui a má fé se presume, pois o fornecedor, em decorrência da teoria da qualidade (item 3.3), está adstrito a somente inserir produtos adequados no mercado.

Ilustrando a situação com um exemplo, verifica-se o caso em que um veículo novo, 0 km, apresenta defeito no motor, sendo que superado o prazo de 30 (trinta) dias para a substituição das partes viciadas, o fornecedor nada fez, bem como sequer indicou ao consumidor uma previsão para a conclusão do serviço de reparo. Ora, por mais que o consumidor opte pela alternativa constante do inciso I, do § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, a substituição do produto, a sua simples ocorrência não o conduzirá à situação anterior a verificação do vício, pois por ter ficado impossibilitado de usar o carro, teve que despende com a locação de um outro. Assim, além da substituição do carro, poderá o consumidor pleitear o reembolso dos gastos realizados com a locação. Inclusive, as decisões majoritárias dos tribunais pátrios³²⁷ têm entendido pela ocorrência de dano moral em casos como

³²⁵ Observa-se que os seguintes doutrinadores são filiados dessa corrente que autorizada o pleito de perdas e danos em qualquer das alternativas eleitas pelo consumidor: ALVIM, Arruda; e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 55; AMARAL JR., Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 104; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 199; BESSA, Leonardo Roscoe. **Vícios dos Produtos**, p. 292; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 242; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 193. Entretanto, ainda persistem algumas vozes dissonantes, apontando que o consumidor não faz jus a qualquer outra forma de reparação além das alternativas previstas no § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, como ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 101.

³²⁶ Conforme exposto no item 4.1 e constante do art. 443 do CCB.

³²⁷ Nesse sentido: “(...) Vício do produto. Veículo. Solidariedade entre comerciante e fabricante. Restituição da quantia paga. Danos morais. (...) 5. Sofre de dano moral o consumidor (pessoa física) que compra um automóvel zero quilômetro com defeitos que prejudicam sua utilização e que não foram sanados após diversas tentativas junto à concessionária autorizada pelo fabricante. 6. (...)” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do

ora ilustrado, pelo que o consumidor também poderá pleitear essa reparação, cumulativamente a substituição do produto e as perdas e danos.

Observe-se, inclusive, que mesmo que o fornecedor proceda à substituição das partes viciadas do produto no prazo de 30 (trinta) dias, não subsistindo assim direito ao consumidor de exigir uma das alternativas do § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, que mesmo assim poderá pleitear a reparação de eventuais prejuízos sofridos, como lucros cessantes pelo período em que esteve impossibilitado de utilizar o produto, despesas com transporte, dano moral, entre outros.

Conclui-se, então, que verificado o defeito, o consumidor deverá conferir ao fornecedor, no prazo geral de 30 (trinta) dias, a prerrogativa de proceder à substituição das partes viciadas (item 4.6.1), superado o prazo ou havendo recusa do fornecedor em proceder a esse conserto, nasce para o consumidor a possibilidade de pleitear, alternativamente e a sua escolha, a substituição do produto, a restituição dos valores pagos ou o abatimento do preço, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, as quais englobam tanto danos materiais, como morais, além dos lucros cessantes.

4.7 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Apesar de objetiva (independente de culpa) e solidária, a responsabilidade do fornecedor por vícios de inadequação não é absoluta, ou seja, decorrente unicamente da verificação de danos em face do consumidor. Além do dano, também se faz necessária a presença do nexo de causalidade, que nada mais é do que o vínculo entre o dano sofrido pelo consumidor e a conduta do fornecedor como agente do mercado de consumo, conforme já exposto no item 3.2.2 desse trabalho.

Assim, se o fornecedor lograr êxito em comprovar a ocorrência de algum fator que rompa com esse nexo de causalidade, mesmo havendo dano ao consumidor, não restará dever indenizatório, notadamente a escolha de uma das alternativas do § 1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor e perdas e danos (item 4.6.2).

Ressalta-se que esses elementos que possibilitam o rompimento do nexo de causalidade deverão ser provados pelo fornecedor. Esse é um ônus imposto a ele e não ao consumidor.

Porém, ao contrário do que ocorre com os vícios de insegurança (art. 12, § 3º CDC) o Diploma Consumerista não arrola os elementos que, se provados pelo fornecedor, rompem com o nexo de causalidade e conseqüentemente obstam a dever indenizatório em decorrência de vícios de inadequação.

Em face dessa lacuna, ou seja, da ausência de um dispositivo específico a prever as circunstâncias que conduzem à exoneração da responsabilidade do fornecedor em decorrência de vícios de inadequação, a doutrina, de forma unânime³²⁸, passou a afirmar que, por analogia, as excludentes atinentes ao vício de insegurança (art. 12, § 3º CDC) aplicam-se aos vícios de inadequação.

Isso porque, “se são admitidas as excludentes na hipótese de acidentes de consumo, situações que põem em risco a integridade física e psíquica do consumidor e, portanto, consideradas graves pelo ordenamento jurídico, não haveria qualquer razão para não as admitir na hipótese de simples vícios de qualidade ou quantidade”³²⁹.

Assim, aplicam-se as situações de responsabilidade por vício de inadequação as formas de exoneração da responsabilidade do fornecedor previstas para os vícios de qualidade por insegurança, descritas no artigo 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: **(i)** a não colocação do produto no mercado; **(ii)** a inexistência do defeito; e **(iii)** a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Como essas excludentes serão detalhadamente estudadas no Capítulo 5, que versa sobre os vícios de insegurança, objetivando evitar repetições desnecessárias, nesse momento simplesmente se fará a sua inserção dentro do âmbito específico dos vícios de inadequação.

Iniciando-se pela não colocação do produto no mercado **(i)**, observa-se que se o fornecedor não participou da cadeia de produção ou distribuição do produto,

³²⁸ Nesse sentido: AMARAL JR., Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 118; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios nas relações de consumo**, p. 37 e SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 181-182.

³²⁹ SIMÃO, José Fernando. Obra Citada, mesma página.

consequentemente não assumiu o risco específico desse empreendimento, pelo que nenhum dever de qualidade pode lhe ser imposto.

O melhor exemplo para ilustrar essa situação é a do fabricante que é demandado pela inadequação de um produto que não foi por ele fabricado, tratando-se de mera falsificação. Ora, por óbvio que não tendo fabricado o produto e nem contribuído, de qualquer forma, para a sua inserção no mercado, que inexistente qualquer resquício de nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a atividade desenvolvida pelo fornecedor. Rompido esse elemento essencial para a configuração da responsabilidade objetiva não restará ao fabricante qualquer dever indenizatório.

Note-se, entretanto, que mesmo que afastada a responsabilidade do fabricante, a responsabilidade do comerciante mantém-se íntegra, pois além desse ter sido responsável pela inserção do produto no mercado de consumo, assumindo o risco do empreendimento e o dever de qualidade do produto, indiferente é o fato de desconhecer a falsificação do produto, pois responde independente de culpa³³⁰.

A segunda forma de exclusão da responsabilidade do fornecedor é a comprovação de que o vício alegado pelo consumidor é inexistente **(ii)**, por exemplo, no caso do consumidor alegar que sua televisão é defeituosa, pois não liga e ser comprovado pelo fornecedor que o problema não é da televisão e sim da ausência de corrente elétrica na tomada em que essa foi ligada.

Nesse caso, o fornecedor não necessitará proceder à substituição do produto, o abatimento do preço ou a devolução dos valores pagos, pois os eventuais danos sofridos pelo consumidor (decorrentes da impossibilidade de fruição do bem) não são decorrentes da conduta do fornecedor, evidenciando o rompimento do nexo de causalidade.

A terceira forma de exoneração da responsabilidade do fornecedor se dá com a comprovação de que o vício é decorrente de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro **(iii)**.

A culpa exclusiva do consumidor é facilmente percebida nos casos de mau uso do produto. Aqui o motivo ensejador do vício é ato do consumidor. Por exemplo, o celular que para de funcionar com pouco tempo de uso, pois o consumidor,

³³⁰ A forma objetiva da responsabilidade do comerciante é tratada no item 3.2 e a sua legitimidade para responder por vícios de inadequação no item 4.5.

afastando-se das orientações dadas pelo fornecedor, sujeitou o aparelho a constante umidade, como a de uma sauna.

Se o consumidor tivesse seguido as orientações do fornecedor o aparelho estaria funcionando perfeitamente. O problema, então, não se encontra no produto, e sim, no seu mau uso pelo consumidor, fato que afasta a obrigação indenizatória pelo rompimento do liame de causalidade. Não há nexo de causalidade entre o dano e qualquer ato do fornecedor, mas um ato do próprio consumidor.

Observe-se, inclusive, que nesse exemplo, o vício é posterior à tradição do produto, ou seja, também está ausente um dos elementos essenciais para a responsabilização por vícios de inadequação, como disposto no item 4.3.

No que diz respeito à culpa exclusiva de terceiro, assim como ocorre com a culpa exclusiva do consumidor, o vício é imputado, exclusivamente, à terceiro, não participante daquela cadeia de consumo, como o prestador de serviços (sem qualquer vínculo ou relação com o fornecedor) que instalou o sistema de som em veículo 0 km, prejudicando a sua fiação e, conseqüentemente, o funcionamento de seus elementos elétricos. Por evidente que, nesse caso, o ato do fornecedor (colocação do veículo no mercado de consumo) não foi o responsável pelos danos sofridos pelo consumidor, mas sim o ato do prestador de serviços, sendo esse o único responsável pelos danos causados.

Feitos esses breves apontamentos, mais tendentes a situar as excludentes dentro do âmbito da responsabilidade decorrente dos vícios de inadequação, reitera-se o seu aprofundamento no Capítulo 5, oportunidade na qual, inclusive, será verificada a possibilidade de aplicação do caso fortuito ou força maior como mais um elemento de isenção de responsabilidade do fornecedor nas relações consumeristas.

4.8 DECADÊNCIA DO DIREITO DE RECLAMAR POR VÍCIOS DE INADEQUAÇÃO

Depois de verificado que o vício de inadequação do produto configura-se quando há frustração da expectativa legítima do consumidor quanto a sua qualidade, notadamente no que diz respeito a sua propriedade, valor e conformação com as informações prestadas pelo fornecedor (item 4.2) e que diante da constatação desse

vício o consumidor originário ou os subseqüentes (item 4.4) poderão demandar em face do fornecedor, esse compreendido como todo aquele que, de alguma forma, participou da cadeia de consumo, tanto na fase de fabricação como de distribuição (item 4.5), requerendo a substituição do produto, o abatimento do preço ou a devolução dos valores pagos, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (item 4.6), persiste o questionamento quanto ao prazo que o consumidor dispõe para pleitear essa reparação.

Em busca dessa resposta, necessária se faz a análise do artigo 26³³¹ do Código de Defesa do Consumidor, o qual, no *caput*, estabelece que o direito de reclamar por vícios de inadequação caduca em 30 (trinta) em se tratando de bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis.

Relembre-se, conforme exposto no item 2.5.1, que “não duráveis são aqueles produtos de vida útil efêmera, consumidos com pouco tempo de uso, como os produtos alimentares, medicamentos, de higiene, limpeza etc. A *contrario sensu*, duráveis serão aqueles que têm vida útil mais duradoura, como veículos, eletrodomésticos, móveis, imóveis etc”³³², sendo que para o primeiro grupo o prazo para reclamar é de 30 (trinta) dias e para o segundo 90 (noventa) dias.

Entanto, no que consiste o direito de reclamar? Trata-se, unicamente, de um procedimento extrajudicial, da mera “reclamação” perante o fornecedor para a reparação dos danos sofridos?

Conforme posição consolidada da doutrina³³³ e da jurisprudência³³⁴, o legislador quis se referir ao direito de reclamar judicialmente.

³³¹ “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.”

³³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 490.

³³³ Observa-se essa posição no escólio de: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à Lei de Defesa do Consumidor**, p. 309; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 253-254; e NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 354.

³³⁴ Nesse sentido segue o presente julgado: “(...) Em se tratando de relação consumerista, utiliza-se o CDC para regulamentar as relações. No caso de ocorrência de vício oculto, o prazo decadencial a ser observado é o preceituado no art. 26 § 3º do CDC. (...)” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 481.337-8, relator Desembargador Domingos Coelho, julgamento 03.08.2005).

Essa posição se justifica, pois, no § 2º³³⁵ desse mesmo dispositivo arrolam-se causas que obstam o curso dos prazos anteriormente mencionados (30 ou 90 dias) e dentre estas causas verifica-se a reclamação formulada perante o fornecedor (inciso I).

Ora, não seria coerente imaginar que uma reclamação formulada perante o fornecedor obstaría o prazo para apresentar uma reclamação extrajudicial em face do fornecedor, tornando-se evidente que os prazos de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias previstos no *caput* do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor destinam-se a estabelecer o limite máximo de tempo conferido ao consumidor para buscar em juízo a correspondente reparação pelos prejuízos sofridos em decorrência de vícios de inadequação.

Note-se que se por acaso “não fosse estipulado determinado prazo para que o jurisdicionado procurasse defender seu direito, as situações fáticas nunca chegariam a termo”³³⁶, as obrigações persistiriam indefinidamente no tempo, pelo que “possivelmente, uma variada gama de negócios se inviabilizariam. Faz-se tal afirmação com amparo na conclusão lógica do alto nível de insegurança que estas relações trariam”³³⁷.

Em suma, o consumidor dispõe do prazo, decadencial³³⁸, de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias, dependendo se durável ou não durável o bem, para buscar em juízo a reparação pelos danos sofridos em decorrência de produtos inadequados, prazo esse que para alguns³³⁹ é razoável para garantir o equilíbrio concreto das relações

³³⁵ “Art. 26. (...) § 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.”

³³⁶ AGOSTINI, Leonardo Cesar. **A redução do prazo prescricional no Código Civil brasileiro de 2002 para a indenização por responsabilidade civil e a segurança jurídica**, p. 190.

³³⁷ AGOSTINI, Leonardo Cesar. Obra citada, mesma página.

³³⁸ Nesse sentido: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à Lei de Defesa do Consumidor**, p. 309; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 253-254; DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 199; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 353; e SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 121.

³³⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Obra Citada, p. 353-354.

de consumo, minimizando o sistema da responsabilidade civil do fornecedor e para outros³⁴⁰ é extremamente exíguo e, conseqüentemente, limitante dos direitos dos consumidores.

4.8.1 Forma da contagem do prazo decadencial

Sendo certo que o consumidor disporá do prazo de 30 (trinta) dias para reclamar em face de bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis, remanesce o questionamento quanto à forma de contagem desses prazos.

Segundo disposição do § 1º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor³⁴¹ se o vício for aparente (item 4.3), ou seja, perceptível pelo destinatário comum e sem conhecimento especializado, mediante diligência ordinária, a contagem do prazo para a reclamação começa a contar da efetiva entrega do bem.

Então, no caso da aquisição de uma roupa rasgada ou de uma lata de alimento amassada, por se tratarem de vícios aparentes, vez que facilmente percebíveis mediante diligência comum, o prazo terá início quando da efetiva entrega do bem, sendo de 90 (noventa) dias para a roupa, por se tratar de bem durável e de 30 (trinta) dias para o alimento, haja vista ser bem não durável.

Entretanto, como alerta Leonardo Bessa, as circunstâncias da compra também são importantes para aferir se o vício é oculto ou de fácil constatação, ilustrando a situação com a aquisição de um aparelho de televisão que é retirado da loja na caixa e somente aberto após dois meses, oportunidade na qual se percebe defeito no som e a falta de alguns componentes físicos, elucidando que “nestas circunstâncias da venda, em que não houve oportunidade de examinar, sequer superficialmente, o aparelho, os vícios indicados não podem ser considerados de fácil constatação; são vícios ocultos”³⁴², observando, então, normativa específica,

³⁴⁰ Nesse sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 40.

³⁴¹ “Art. 26. (...) § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços”.

³⁴² BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 148.

prevista no § 3º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor³⁴³, a qual estabelece que o prazo decadencial tem início no momento em que for constatado o defeito.

Assim, tratando-se de vícios ocultos, que são aqueles que escapam a uma diligência ordinária do consumidor, que não aparecem, o início da contagem do prazo decadencial se dará com a constatação do defeito. Por exemplo, se o consumidor adquire um carro, bem essencial, com defeito no motor, fato que só se evidencia 15 (quinze) dias após o seu recebimento, somente a partir desse momento é que o prazo decadencial de 90 (noventa) dias terá início, pelo que a ação reparatória será tempestiva se ajuizada até 105 (cento e cinco) dias após o recebimento do bem. Tomando agora por base um bem não durável, verifica-se o exemplo de um chocolate deteriorado. Como a embalagem está fechada, o consumidor somente poderá constatar a inadequação no momento do consumo, o qual, no presente exemplo, ocorreu 30 (trinta) dias após a aquisição. Desse modo, terá, ainda, o consumidor o prazo de 30 (trinta) dias para ajuizar demanda reparatória em face do fornecedor, conduzindo a tempestividade de demanda ajuizada até 60 (sessenta) dias após a aquisição.

Conclui-se, então, que o prazo decadencial conferido ao consumidor para reclamar das inadequações é o mesmo tanto para o caso de vícios aparentes quanto para os vícios ocultos, sendo diverso apenas o seu termo inicial, que naqueles se dá no momento da tradição do produto e nesses quando da constatação do vício³⁴⁴.

No entanto, nova pergunta surge: até que momento eventual defeito oculto verificado pelo consumidor será considerado como vício e suscetível de reparação? Aqui novamente observa-se divergência doutrinária.

³⁴³ “Art. 26. (...) § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

³⁴⁴ SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 121.

A doutrina majoritária³⁴⁵ responde a essa pergunta com o critério da vida útil do produto, o qual é estimado com base na expectativa legítima do consumidor médio. Desse modo, se é pacífico entre o consumidor médio que o motor de um veículo deve durar pelo menos 100.000 (cem mil) quilômetros rodados, se esse vier a fundir antes desse termo, mesmo que isso se verifique dois, três anos após a sua aquisição, o vício será oculto e a partir da sua constatação iniciará o prazo de 90 (noventa) dias para o consumidor reclamar judicialmente em face do fornecedor.

Outro bom exemplo é o do apartamento em que foram utilizados canos de baixa qualidade e sem as necessárias conexões, as quais foram substituídas pelas tão famosas gambiarras. Pode ser que esse sistema hidráulico viciado, que não corresponde à expectativa legítima do consumidor, somente venha a ser constatado quatro, cinco anos após a imissão na posse do bem, quando os vazamentos passam a ser evidentes. Nesse caso, por tratar-se de vício oculto, o prazo decadencial de 90 (noventa) dias para o consumidor formular reclamação em face do fornecedor somente começa a contar a partir desse momento.

Observe-se, entretanto, conforme alerta de Sérgio Cavalieri Filho, que “quanto mais distante estiver o produto ou serviço do final da sua vida útil, maior será a possibilidade de se tratar de um vício de qualidade. Se o bem é novo ou recém-adquirido, pode-se, até, falar em presunção relativa da anterioridade do vício”³⁴⁶, *contrario sensu*, quanto próximo do final de sua vida útil, menor é a presunção de que trata-se de vício de inadequação.

De todo modo, apesar da diminuição da presunção de tratar-se de vício oculto quanto mais o produto se aproxima do final de sua vida útil, é certo que para essa corrente doutrinária não existe um prazo certo, preestabelecido, para que o consumidor constate o vício oculto, pelo que esse deverá ser apurado no caso concreto, levando-se em conta a expectativa de durabilidade do produto pelo homem médio.

³⁴⁵ Filiam-se a essa corrente, exemplificativamente: BESSA, Leonardo Roscoe. **Vícios dos Produtos: Paralelo entre o CDC e o Código Civil**, p. 293; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 491; CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Garantia legal e garantia contratual: vício oculto e decadência no CDC**, p.78; GRINBERG, Rosana. **Dos prazos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 159; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 325; e NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 363.

³⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 491.

Por sua vez, outra parte da doutrina³⁴⁷, inclusive influenciada pelo direito comunitário, no qual se limita a 06 (seis) meses o prazo concedido ao consumidor para a constatação do vício de inadequação³⁴⁸, reputa que, com a vigência do Código Civil de 2002, notadamente com a redação do seu artigo 445, §1º, estudado no item 4.1.1, inviável se admitir que a forma de contagem do prazo decadencial nas relações de consumo seja distinta da aplicada às relações civis.

Isso porque, segundo essa corrente, a posição do Código Civil dá maior segurança às relações negociais, não deixando em aberto, indefinidamente, a discussão sobre o objeto dos contratos, além de evitar toda a dificuldade que poderia ocorrer, pelo passar do tempo, quanto a prova da preexistência do vício, reputando, ainda, que os prazos estabelecidos no artigo 445, §1º do Código Civil de 2002 são, em regra, suficientes para a descoberta de qualquer inadequação no produto.

Relembre-se, então, o disposto no § 1º, do artigo 445 do Código Civil para melhor compreender a posição adotada por essa corrente doutrinária: “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis, e de um ano, para os móveis”.

Verifica-se que, para essa corrente, o consumidor terá o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para verificar vícios ocultos seja em bens duráveis ou não duráveis, desde que móveis e 01 (um) ano para constatar vícios em bens imóveis³⁴⁹.

³⁴⁷ Observa-se, nesse sentido, o escólio de GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 197.

³⁴⁸ Esse fato pode ser constatado em João Calvão da Silva que afirma que: “(...) o comprador tem o ônus de denunciar, por qualquer meio, ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa (art. 916.º, n.º 1) dentro de seis meses após a entrega da coisa e até trinta dias depois de conhecido o defeito (art. 916º, n.º 2). A falta de cumprimento de tal ônus leva à caducidade dos direitos contratuais do comprador – anulação, redução do preço, indemnização e reparação ou substituição da coisa (art. 298.º, n.º 2) -, a menos que ocorra causa impeditiva da caducidade, nomeadamente o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido (art. 331.º, n.º 2)” (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 209-210).

³⁴⁹ Reitera-se a divergência existente quanto à forma de contagem desse prazo, sendo possível considerar que o consumidor poderá levar até 180 (cento e oitenta) dias para descobrir o vício, feito isso, terá mais o prazo de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias para interpor a ação correspondente ou se, independente da data do descobrimento do vício, que a ação correspondente nunca será tempestiva se interposta em prazo superior a 180 (cento e

Estabeleceu-se, assim, um prazo máximo de vida útil para todos os bens, afastando-se o critério do homem médio empregado pela corrente anterior.

Para essa corrente, considerando que o defeito no motor do carro, descrito no exemplo anteriormente exposto, tornou-se evidente somente após dois anos de sua tradição, não fará o consumidor *jus* a qualquer reparação, pois superado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Igualmente, não terá direito a qualquer reparação o consumidor que após três anos descobre que foi realizada verdadeira gambiarra no sistema hidráulico de sua residência, pois superado o prazo de 01 (um) ano para a constatação do vício.

Ao que parece, a primeira corrente, inclusive majoritária, é a que melhor representa o espírito da legislação protetiva, pois não restringe a responsabilidade do fornecedor que coloca no mercado de consumo produtos com prazo de vida útil mais extenso, como carros, imóveis, eletrodomésticos, entre outros.

4.8.2 Garantia Legal

Ao estabelecer um prazo para reclamar por vícios de inadequação (30 ou 90 dias), bem como o seu termo *ad quem* (tradição da coisa ou constatação do vício), o legislador acabou por estabelecer um prazo de garantia legal para os produtos.

Essa garantia legal é ampla, ou seja, abrange toda e qualquer frustração a expectativa legítima do consumidor, seja no tocante a servibilidade, valor ou informações prestadas pelo fornecedor sobre o produto, e ainda, irrevogável, conforme disposição expressa do artigo 24 do Código de Defesa de Consumidor³⁵⁰, ou seja, não pode o fornecedor, mediante cláusula contratual, exonerar-se desse dever legal de qualidade e adequação³⁵¹.

No entanto, apesar do artigo 24 do Diploma Consumerista reconhecer a fixação de uma garantia legal para as relações de consumo, não estabelece o prazo

oitenta) dias da tradição da coisa móvel, em ambos os casos aplicando-se igual raciocínio para bens imóveis.

³⁵⁰ “Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”.

³⁵¹ Haja vista a característica de norma de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor, conforme tratado no item 1.4.

dessa garantia, devendo esse ser deduzido do espírito da lei protetiva, notadamente dos artigos 18 e 26.

No tocante aos vícios aparentes, não existe qualquer divergência. O prazo decadencial (30 ou 90 dias) terá início da tradição da coisa, pelo que a garantia legal aí se limita.

Contudo, em se tratando de vícios ocultos, o limite da garantia legal dependerá da corrente doutrinária que se adote para a contagem do prazo decadencial (item 4.8.1), ou seja, perdurará **(i)** durante todo o período de vida útil do produto; ou **(ii)** em decorrência da aplicação subsidiária do §1º, do artigo 445 do Código Civil, pelo período máximo de 180 (cento e oitenta) dias para bens móveis e 01 (um) ano para bens imóveis.

Tem-se, então, que para primeira corrente, a garantia legal se estenderá a qualquer vício oculto que seja evidenciado durante o período de vida útil do produto, esse, relembre-se, computado com base na expectativa do homem médio. Contrariamente, a segunda corrente somente considera acobertada pela garantia legal os vícios que se evidenciarem dentro do período de 180 (cento e oitenta) dias da tradição para bens móveis e 01 (ano) da imissão da posse para bens imóveis.

Observe-se, então, a possibilidade de grandes divergências quanto ao efetivo prazo de garantia legal dependendo da corrente que se adote. Isso porque, com base na primeira corrente uma televisão estará coberta pela garantia legal, pelo menos, pelo período de 05 (cinco) anos (tempo de vida útil do utensílio) contados de sua tradição, ao passo que para a segunda corrente esse prazo é reduzido para 180 (cento e oitenta) dias.

De todo modo, independente da duração da garantia legal (se a vida útil do produto ou 180 dias), tem-se que essa não se confunde com a garantia contratual, que é aquela conferida espontaneamente pelo fornecedor, visando conquistar o consumidor.

Aqui então a primeira distinção entre essas duas formas de garantia. A legal decorre de norma de ordem pública (item 1.4), sendo irrevogável, conforme expressa disposição do artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, a garantia contratual não é obrigatória, é mera liberalidade do fornecedor.

A segunda distinção diz respeito à extensão. A garantia legal será sempre ampla e irrestrita, contemplando todo e qualquer tipo de inadequação do produto, ao passo que a contratual pode ser limitada, abrangendo somente alguns componentes ou situações, conforme conveniência do fornecedor.

Apesar de distintas, essas duas formas de garantia se complementam, como exposto no artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor³⁵².

Essa complementaridade da garantia contratual em relação à garantia legal, implica em se afirmar que o prazo decadencial (30 ou 90 dias) para reclamar por vícios de inadequação somente terá início após o término da garantia contratual.

Assim, conforme se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, “se existe uma garantia contratual de um ano tida como complementar à legal, o prazo de decadência somente pode começar da data em que encerrada a garantia contratual, sob pena de submetermos o consumidor a um engodo com o esgotamento do prazo judicial antes do esgotamento do prazo de garantia. E foi isso que o art. 50 do Código de Defesa do Consumidor quis evitar”³⁵³.

Verifica-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor não impôs ao consumidor a adoção de qualquer medida para resguardar seu direito durante a vigência da garantia contratual, simplesmente estabelecendo a sua complementaridade. Ou seja, verificado o defeito o consumidor pode ficar inerte, somente o denunciando após o término da garantia contratual, desde que observado o prazo de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias.

Entretanto, com a vigência do Código Civil de 2002, especialmente do artigo 446, alguns doutrinadores³⁵⁴, propugnando a aplicação subsidiária desse Diploma, passaram a reputar necessário que o consumidor, mesmo durante a constância da

³⁵² “Art. 50. A garantia contratual é complementar a legal e será conferida mediante termo escrito”.

³⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 225859, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgamento 15.02.2001, publicação no Diário de Justiça 13.08.2001.

³⁵⁴ Nesse sentido: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 197.

garantia contratual, denuncie o defeito ao fornecedor no prazo de 30 (trinta) dias de seu conhecimento, sob pena de caducar o seu direito³⁵⁵.

Para essa corrente doutrinária, se durante a constância do garantia contratual o consumidor constatar o vício e não o denunciá-lo ao fornecedor no prazo de 30 (trinta) dias, somente o fazendo após o seu término, seu direito será considerado caduco. Não obstante, se o consumidor, durante a vigência da garantia contratual denunciar o defeito ao fornecedor no prazo de 30 (trinta) dias, seu direito indenizatório permanecerá íntegro até 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias após o término da garantia contratual.

Assim, apesar das dificuldades quanto à verificação da extensão da garantia legal, bem quanto à necessidade da adoção de medidas para resguardá-la durante a vigência de garantia contratual, resta evidente a sua existência, além de seu caráter cogente e irrestrito.

4.8.3 Obstação da contagem do prazo decadencial

Certo, então, que o prazo decadencial para reclamar por vícios de inadequação é de 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) para bens duráveis, sendo que seu termo inicial para vícios aparentes se dá com a tradição da coisa ou imissão na posse e para vícios ocultos da data de sua verificação, resta verificar a possibilidade desse prazo ser obstado³⁵⁶.

Conforme previsão expressa do § 2º, do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, duas são as causas capazes de obstar o curso do prazo para reclamar por vícios de inadequação, a primeira é a “reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca” (inciso I); e a segunda, “a instauração de inquérito civil, até seu encerramento” (inciso II).

³⁵⁵ Análise procedida no item 4.1.

³⁵⁶ Destaca-se que pela doutrina tradicional o prazo decadencial não pode ser suspenso nem interrompido, não obstante, o legislador consumerista trouxe no § 2º, do artigo 26 causas capazes de obstar o seu curso, pelo que se pode afirmar que o presente prazo decadencial é *sui generis*.

Sem embargo daqueles que vêm nessas causas efeitos interruptivos³⁵⁷, considerado que o dispositivo prevê que a decadência está obstada até a ocorrência de certos fatos (resposta do fornecedor e encerramento do inquérito) está a se referir a causa suspensiva³⁵⁸.

Isso porque, “a preposição ‘até’ contida no texto de lei permite-nos inferir que até a ocorrência de certo fato o prazo decadencial está suspenso e, após, volta a fluir de onde parou. Houve simples paralisação”³⁵⁹, pelo que os dias que já haviam transcorrido até o momento da suspensão são aproveitados, entrando no compito do prazo decadencial.

Para se garantir a suspensão com base no disposto no inciso I, do § 2º do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor – reclamação formulada perante o fornecedor – o consumidor pode se valer de qualquer meio³⁶⁰, até mesmo verbal, seja por telefone (serviços de tele-atendimento ou não) ou pessoalmente, não sendo exigida a forma escrita³⁶¹.

Feita a reclamação, o prazo decadencial somente é retomado, se e quando, o fornecedor responder negativamente, resposta essa que deve ser real e feita diretamente ao consumidor. “Inexistindo resposta, dúvida não há de que a decadência continua obstada”³⁶².

³⁵⁷ Nesse sentido: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à Lei de Defesa do Consumidor**, p. 310; BESSA, Leonardo Roscoe. Em BENJAMIN, Antonio Herman. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 165; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 311; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 101, MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 327.

³⁵⁸ Essa posição é compartilhada por: DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 201, GRINBERG, Rosana. **Dos prazos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 157; SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 120.

³⁵⁹ SIMÃO, José Fernando. Obra Citada, mesma página.

³⁶⁰ Propugnando a possibilidade do consumidor se valer de qualquer meio para proceder reclamação em face do fornecedor verifica-se o escólio de SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 128.

³⁶¹ Como prevê GRINBERG, Rosana. Obra Citada, mesma página.

³⁶² ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 70.

Assim, verificado vício em um alimento, bem não durável e essencial (não suscetível à fase preliminar obrigatória – item 4.6.1), o prazo decadencial para o consumidor intentar ação reparatória em face do fornecedor é de 30 (trinta) dias.

Contudo, se o consumidor, antes do ajuizamento da ação, notificar o fornecedor requerendo indenização pelos prejuízos sofridos (reclamação), o prazo decadencial fica suspenso desde esse evento, somente retornado a fluir (de onde havia parado) após resposta negativa do fornecedor.

Desse modo, se a notificação for entregue ao fornecedor 03 (três) dias após a constatação do vício pelo consumidor, o prazo decadencial suspende-se nessa marca, retornado a sua contagem somente após resposta negativa do fornecedor, restando, então, ao consumidor o prazo de 27 (vinte e sete) dias para o ajuizamento da correspondente ação indenizatória.

Destaca-se, porém, que se o fornecedor não responder efetivamente ao consumidor (ou seja, de forma real, efetiva e direta) que o curso do prazo decadencial não é retomado, mas isso não obsta que o consumidor ajuíze a ação reparatória, pois não está adstrito a aguardar indefinidamente.

Tomando-se agora como exemplo um bem durável e suscetível à fase preliminar obrigatória, como um aparelho de televisão³⁶³. Tem-se que se o consumidor levar (02) dias, após a constatação do vício, para pleitear a substituição das partes viciadas, restar-lhe-á o prazo de 28 (vinte e oito) para intentar a correspondente ação, após o fornecedor recusar-se a adotar essa medida ou conferir-lhe outra forma de reparação, como a substituição do produto.

Entretanto, se não houver recusa do fornecedor quanto à substituição das partes viciadas, mas essa estender-se por prazo superior a 30 (trinta) dias (item 4.6.1.1), a retomada do prazo decadencial se dará no instante em que o fornecedor se recusar a acolher a forma reparatória eleita – dentre as alternativas do § 1º, artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (item 4.6.2) – pelo consumidor.

No tocante a segunda forma apta a obstar o curso da decadência, ou seja, a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, observe-se que não há a exigência de adoção de qualquer medida pelo consumidor. O simples fato de o

³⁶³ Reitere-se que em havendo garantia contratual o prazo decadencial somente terá o seu curso iniciado após findo esse período estipulado pelo fornecedor, conforme exposto no item 4.8.2.

Ministério Público estar investigando a inadequação do produto já implica na suspensão do prazo decadencial para todo e qualquer consumidor. Prazo esse que somente seguirá o seu curso após o resultado (favorável ou não) desse inquérito.

Feitas essas considerações sobre a responsabilidade pelo vício do produto, já se faz possível a análise da segunda forma de responsabilização do fornecedor, ou seja, em decorrência de fato do produto.

CAPÍTULO 5 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA DO PRODUTO

O Código de Defesa do Consumidor reservou a seção II, do capítulo IV para tratar sobre a responsabilidade pelo vício de qualidade por insegurança, a qual denomina de “responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”.

Observa-se, desse modo, que vício de qualidade por insegurança e fato do produto são expressões sinônimas. Ou seja, ao se referir a “fato do produto ou do serviço” o legislador está a se referir a “vícios de qualidade por insegurança”.

Ademais, conforme já exposto no Capítulo 4, o Código do Consumidor utiliza o termo “defeito” concentradamente para essa modalidade de responsabilidade (vício insegurança), valendo-se da expressão “vício”, exclusivamente, para o vício de inadequação.

Ampliando ainda mais a lista de expressões empregadas para se referir a responsabilidade pelo vício de qualidade por insegurança a doutrina trás a expressão “acidente de consumo”.

Assim, conclui-se que as expressões responsabilidade por “vício de insegurança”, por “fato do produto ou do serviço”, por “defeito” e decorrente de “acidente de consumo” são todas empregadas com o mesmo sentido.

De todo modo, para evitar confusões terminológicas, tal como já exposto no Capítulo 4, apesar de nesse trabalho as expressões “responsabilidade por vício de insegurança”, “fato do produto ou do serviço” e “acidente de consumo” serem utilizadas como sinônimas, não será reservada à presente modalidade de responsabilidade a designação de “defeito”, palavra que será utilizada tanto para vícios de insegurança como para vícios de inadequação.

Novamente esclarecida essa questão terminológica, já se faz possível o início do estudo da responsabilidade decorrente de vícios de insegurança dos produtos, prevista, expressamente, no artigo 12 do Diploma Consumerista.

5.1 CONCEITO

Para a perfeita compreensão da responsabilidade do fornecedor por vícios de insegurança do produto (responsabilidade pelo fato do produto), imprescindível se faz, inicialmente, a verificação da extensão do significado de produto defeituoso.

Como destaca Elena Bellisario³⁶⁴, optou o legislador (tanto o comunitário como o brasileiro) por valer-se de um conceito genérico e indeterminado³⁶⁵ para a definição de produto defeituoso.

No âmbito nacional essa indeterminação pode ser observada, notadamente, no § 1º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, que estabelece que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”. Aqui a indeterminação do conceito, porque não há especificação do que seja um produto seguro ou inseguro.

Diante dessa indeterminação, compete ao intérprete (doutrina e jurisprudência), a partir dessa cláusula geral, na ocasião da aplicação da norma ao caso concreto, estabelecer uma definição do que é produto defeituoso.

O caráter defeituoso do produto depende, então, de uma análise valorativa, de uma verificação pelo intérprete, no caso concreto, do que é (ou não é) um produto seguro. Essa análise, porém, não deve se pautar em critério subjetivo, ou seja, na expectativa do consumidor lesado, mas sim em critério objetivo, mais precisamente na “expectativa de um homem médio ideal, ou seja, do *bonus paterfamilias*”³⁶⁶.

Diante do caráter aberto do conceito de produto inseguro, procurando orientar o intérprete, o legislador, nos incisos I, II e III, do § 1º do artigo 12, do Diploma Consumerista especificou algumas circunstâncias que devem ser levadas em consideração “na complexa actividade de concretizar a noção elástica ou o conceito

³⁶⁴ “(...) il legislatore ha optato per la connessione tra difetto e sicurezza, e dunque per un concetto generico e indeterminato che deve essere a *posteriori* e di volta in volta accertato dall'interprete in relazione alle aspettative di sicurezza della generalità dei consumatori.” (BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 752).

³⁶⁵ No mesmo sentido de Elena Belissario, verifica-se, ainda, o escólio de ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 147 e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 262.

³⁶⁶ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 102.

indeterminado de defeito”³⁶⁷. Essas circunstâncias, que devem ser levadas em conta pelo intérprete para a verificação se o produto oferece um bom nível de segurança, conforme as legítimas expectativas do público são: **(i)** a sua apresentação; **(ii)** o uso e os riscos razoavelmente esperados; e **(iii)** a época em que foi colocado em circulação.

Iniciando-se pela apresentação, tem-se que essa é a forma como o produto é exposto aos consumidores, envolvendo todo e qualquer tipo de publicidade (desde embalagens até campanhas televisivas), inclusive, informações transmitidas durante o processo de comercialização. Em suma, a apresentação é toda e qualquer informação prestada pelo fornecedor sobre o produto.

A apresentação do produto influencia diretamente no processo de formação da expectativa de segurança do consumidor quanto ao produto. Por exemplo, se um fornecedor informa que seu produto não tem a potencialidade de causar qualquer reação adversa, nasce para o consumidor a esperança legítima de que essas não ocorram, pelo que, se ocorrerem, inevitavelmente haverá manifesta frustração dessa expectativa.

Ora, se a forma de apresentação do produto é essencial para a formação da expectativa do consumidor quanto à segurança do produto, também deverá ser sopesada pelo intérprete, pelo que toda e qualquer informação prestada pelo fornecedor sobre o produto deverá ser considerada na busca da definição de produto seguro e inseguro.

A segunda circunstância que deve ser levada em conta pelo intérprete para apurar se o produto atinge as legítimas expectativas do público quanto a sua segurança diz respeito ao uso e os riscos que podem, razoavelmente, ser esperados do produto.

Como alerta Paulo Jorge Scartezini Guimarães quando “o legislador fala em uso e risco que razoavelmente se espera, deixa claro que o fornecedor, no momento de colocar um produto ou serviço no mercado, não pode ter em mente só o uso efetivo da coisa, mas também outros que, previsivelmente, o consumidor pode fazer

³⁶⁷ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 637.

do bem”³⁶⁸. Ou seja, o fornecedor deve antever as formas de utilização do produto contrárias às instruções, mas razoáveis e aceitas pelo público em geral.

Deverá o fornecedor ter em mente, por exemplo, que uma caneta esferográfica (que é indicada para escrever) poderá ser levada à boca pelo consumidor, não podendo, então, ser fabricada com material tóxico. Se o fornecedor se descuidar desse dever de cuidado, ignorando esse uso contrário às instruções, mas razoável, diga-se até usual, inegavelmente o produto deverá ser considerado defeituoso.

Então, na busca por uma definição de produto defeituoso, deverá o intérprete também analisar se o uso dado ao produto, apesar de diverso daquele indicado pelo fornecedor, era previsível, razoável, aceitável. Se o era, e o fornecedor não levou esse fato em consideração, o produto será considerado defeituoso.

A terceira e última circunstância a ser analisada pelo hermeneuta na busca da definição de produto defeituoso é a verificação da época em que esse foi inserido no mercado de consumo.

Isso porque, quanto maior a segurança disponível no mercado na época em que o produto foi posto em circulação, maior também será a segurança que dele se pode legitimamente esperar, ou seja, “a segurança que se deve legitimamente aguardar de um produto será proporcionalmente direta à maior ou menor segurança disponível à época em que foi colocado em circulação”³⁶⁹.

Por exemplo, para verificar a segurança de um cinto de segurança de duas pontas, constante de um carro fabricado na década de 80 (oitenta), o intérprete deverá se valer dos critérios reinantes na época em que esse foi colocado no mercado, ou seja, na década de 80 (oitenta), o que conduz a conclusão de que esse cinto é seguro, pois o era para os padrões da época em que foi posto em circulação.

Observe-se que o fato de produto sabidamente mais seguro, como o é o cinto de três pontas, ser inserido no mercado, não retira a qualidade dos produtos colocados anteriormente em circulação, como o cinto de duas pontas, advertência essa que, inclusive, consta, expressamente, do § 2º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

³⁶⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 294.

³⁶⁹ CARVALHO, Manuel da Cunha. **Produtos seguros, porém defeituosos**, p. 32.

Tem-se, então, que para apurar a segurança (ou não) do produto, o intérprete deverá se valer dos critérios reinantes na época em que esse foi colocado no mercado e não os do momento em que o caso foi posto a seu julgamento, sem, ainda, desconsiderar que a legítima expectativa de segurança da sociedade pode variar de acordo com o preço dos bens, sendo mais elevada em relação a um produto de luxo do que em relação a um produto popular³⁷⁰.

O que se percebe, então, é que o conceito de defeito do produto está intimamente ligado à idéia da segurança³⁷¹, a legítima expectativa de segurança do homem médio, levando-se em consideração para essa análise, a sua forma de apresentação, o seu uso razoável e a época em que foi inserido no mercado.

Entretanto, não basta que o produto seja defeituoso para que haja a responsabilização do fornecedor pela presente modalidade, esse obrigatoriamente deve causar danos ao consumidor, danos que extrapolem a própria coisa ou a frustração pela impossibilidade de sua fruição e atinjam “a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6.º, I, da Lei 8.078/90)”³⁷².

Se o produto, mesmo que inseguro, não causar danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, não haverá responsabilização do fornecedor por vício de qualidade por insegurança³⁷³, no máximo haverá responsabilidade decorrente de vício de inadequação, vez que o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, notadamente no § 6º, inciso II, consigna como inadequado àqueles produtos “nocivos à vida ou à saúde, perigosos”, mas que ainda não causaram um acidente de consumo, tal como exposto no item 4.3.

Por exemplo, um brinquedo produzido com material tóxico é manifestamente defeituoso, pois contraria a expectativa de segurança do homem médio, que pretende que somente produtos atóxicos sejam destinados às crianças, vez que essas usualmente os colocam na boca.

³⁷⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 113.

³⁷¹ Veja nesse sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 135.

³⁷² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 236-237. Nesse mesmo sentido é o escólio de ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos Consumidores**, p. 171.

³⁷³ Nessa toada, KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 165.

De todo modo, somente haverá a incidência da responsabilidade por vícios de insegurança se o brinquedo for utilizado pela criança e esse lhe causar danos à vida, à saúde ou à segurança. Por outro lado, se o brinquedo sequer for entregue à criança, permanecendo até mesmo em sua embalagem original, devidamente lacrada, apesar de inseguro o produto não ocasionou danos à vida, a saúde ou a segurança do consumidor, conduzindo, assim, meramente a responsabilização do fornecedor por inadequação e não por insegurança.

Note-se, então, que todo vício de insegurança tem como germe um vício de inadequação, que acrescido de danos à vida, à saúde ou a segurança, em face da importância conferida ao legislador a esses direitos fundamentais, recebe tratamento diferenciado³⁷⁴.

Assim, pode-se afirmar, como o fazem Fernando Eberlin³⁷⁵ e Paulo Khouri³⁷⁶, que sem dano a vida, à saúde ou a segurança não há fato do produto, mas mero vício do produto.

Contudo, afirmar que sem dano não há vício de insegurança, como adverte Eduardo Arruda Alvim, não significa que o fato do produto se confunda com o dano, “pois para que haja fato do produto, este (o dano) deve ter sido causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código, de ensejar a responsabilidade do fornecedor”³⁷⁷. Ou seja, o dano não causado por produto inseguro também não configura responsabilização do fornecedor por fato do produto.

Novamente se recorre a um exemplo para ilustrar essa situação. O consumidor constata o não funcionamento da buzina de seu carro 0 km, pelo que o entrega ao fornecedor para os devidos reparos, sendo que, durante o período de conserto, procede a locação de veículo. Veja-se que nesse caso o consumidor sofreu danos (gastos com a locação), contudo esses danos não foram causados por um produto inseguro e sequer atingiram a saúde, a vida ou segurança do

³⁷⁴ “O defeito, por sua vez, pressupõe o vício. Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si.” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 167).

³⁷⁵ EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**, p. 23.

³⁷⁶ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 170.

³⁷⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 134.

consumidor, pelo que inaplicável a normativa atinente aos vícios de insegurança, mas sim a referente aos vícios de inadequação.

Assim, conclui Rosana Grinberg que o fato do produto pode ser definido como a “carência de segurança, decorrente de um defeito no produto, colocando-o em desconformidade com as legítimas expectativas dos consumidores sobre sua natureza, fruição e riscos, tornando-o capaz de atingir a incolumidade físico-psíquica dos consumidores, ou as propriedades, além do seu patrimônio, ainda que indiretamente, capaz de produzir um dano à saúde ou à vida do consumidor”³⁷⁸.

No mesmo sentido segue Arruda Alvim afirmando que a responsabilidade por vício de insegurança “trata exatamente dos danos causados aos consumidores em virtude de defeito do produto ou serviço, isto é os ‘acidentes de consumo’. Qualquer dano à saúde ou à segurança dos consumidores, que escape ao âmbito de normalidade da natureza ou fruição do produto, configurará, em regra, o fato do produto, ensejando sua devida reparação”³⁷⁹.

E, ainda, Flávia Portella Puschel, afirmando que “trata-se da responsabilidade por danos causados à integridade físico-psíquica da vítima e a bens outros que não o próprio produto defeituoso, em razão de este não atender à legítima expectativa da sociedade com relação à sua segurança”³⁸⁰.

Finalizando, conceitua-se a responsabilidade por vícios de qualidade por insegurança como a forma de responsabilização do fornecedor pelos danos causados à vida, à saúde e à segurança do consumidor em decorrência da inserção de produto defeituoso no mercado, o qual é definido como aquele que não oferece a legítima expectativa de segurança, tomando-se por base o padrão do homem médio.

5.2 SUJEITO ATIVO

Após a conceituação do vício de qualidade por insegurança e, notadamente, constatado que essa modalidade apresenta-se mais grave que a do vício de

³⁷⁸ GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**, p. 148.

³⁷⁹ ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 37.

³⁸⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 16.

qualidade por inadequação, vez que pressupõe a ocorrência de dano à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, já é possível a análise quanto ao sujeito ativo, ou seja, a verificação de quem é legitimado a demandar o fornecedor em decorrência de vícios de insegurança.

Conforme adverte Jean Calays-Auloy³⁸¹, não só a figura do vício de insegurança é mais grave que a do vício de inadequação, também o universo dos sujeitos protegidos contra os vícios de qualidade por insegurança é mais amplo que aquele tutelado contra os vícios de qualidade por inadequação.

Isso porque, no vício de qualidade por inadequação, o sujeito tutelado é somente o consumidor padrão, aquele destinatário final do produto, nos moldes do *caput* do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor³⁸², vez que a inadequação somente causa danos aos membros da relação contratual de consumo³⁸³, que tiveram a sua expectativa quanto à qualidade do produto frustrada, como já exposto no item 4.4.

Por sua vez, nos vícios de qualidade por insegurança, os danos à vida, à saúde ou a segurança (pressupostos dessa forma de responsabilidade) podem extrapolar a figura do consumidor padrão, destinatário final, atingindo usuários e terceiros não participantes da relação consumerista³⁸⁴.

Considerando a importância conferida pelo legislador consumerista ao direito fundamental à vida, à saúde e a segurança, esse usuário ou terceiro, atingido por produto defeituoso, não poderia ficar desamparado no âmbito da tutela consumerista, pelo que o conceito de consumidor é alargado para todas as vítimas do evento (denominadas pela doutrina de bystander), conforme disposto no artigo 17 do Diploma Consumerista³⁸⁵.

Assim, com fulcro no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, tanto o consumidor adquirente (destinatário final), como o usuário ou ainda o terceiro,

³⁸¹ CALAYS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**, p. 242.

³⁸² O consumidor padrão foi devidamente conceituado no item 2.3.6.

³⁸³ Seja o consumidor originário, seja os subsequentes, que assumem a posição de consumidor por sucessão legal ou contratual.

³⁸⁴ Os tipos de consumidores também estão descritos no item 2.3.6.

³⁸⁵ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

“sofrendo um dano em decorrência de um defeito, poderão pleitear diretamente do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador do produto a respectiva indenização, mesmo que com eles não tenham firmado qualquer contrato”³⁸⁶. Em suma, “consumidor, para o art. 12 do CDC, é aquele definido pelo art. 17 da mesma lei: todas as vítimas do evento danoso”³⁸⁷.

Exemplo típico fica por conta do pedestre que vem a ser atropelado por veículo que se desgoverna em decorrência de defeito de fabricação³⁸⁸. Ora, não restam dúvidas que o proprietário do veículo, destinatário final desse (artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor), fará jus a tutela protetiva prevista no Diploma Consumerista.

Entretanto, o pedestre atropelado sofreu tanto ou mais danos que o proprietário do veículo e, igualmente, apresenta-se vulnerável em face do fornecedor (item 2.1), pelo que não se justifica a concessão de tutela protetiva a um (proprietário do veículo) e a sua negação ao outro (pedestre).

Por esse motivo, o legislador consumerista, no tocante aos vícios de qualidade por insegurança, procedeu à extensão do conceito de consumidor para atingir todas as vítimas do evento danoso.

Observe que inexistente esse dispositivo, o proprietário do veículo (destinatário final) teria o seu direito indenizatório resguardado com base na legislação protetiva, ao passo que o pedestre teria de se valer da legislação civil, sabidamente menos benéfica. Ademais, como regra, deveria o pedestre buscar reparação em face do proprietário do veículo e não contra o seu fabricante, outro óbice à efetiva reparação dos danos sofridos.

Desse modo, inegável são os benefícios dessa inovação, a qual estendeu a responsabilidade do fornecedor a terceiros não participantes do vínculo, mas que foram atingidos por produto defeituoso introduzido no mercado. Ou seja, exclui-se a necessidade da existência de “um vínculo contratual entre as partes para que a vítima possa demandar contra o fabricante em razão de defeitos de fabricação.

³⁸⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 291.

³⁸⁷ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 29.

³⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 110.

Passa a bastar, assim, a condição de vítima para que o consumidor tenha reconhecida sua legitimidade para demandar contra o causador do dano”³⁸⁹.

Como consequência dessa desnecessidade de vínculo entre fornecedor e consumidor para que haja a responsabilização daquele em decorrência dos danos sofridos por esse, a doutrina³⁹⁰ afirma a extinção da divisão clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual nas relações de consumo, pois independente de relação, qualquer prejudicado por acidente de consumo é considerado consumidor, podendo acionar diretamente o fornecedor³⁹¹.

Finalmente, há de se destacar, que nem mesmo as figuras do intermediário ou do comerciante são excluídas da conceituação de vítima do evento nos moldes do artigo 17 do Diploma Consumerista³⁹².

Assim, conforme exemplifica Arruda Alvim, “se determinado comerciante de defensivos agrícolas, vê-se gravemente intoxicado com o mero ato de estocagem e como consequência de defeito de acondicionamento do produto (defeito de produção)”³⁹³, mesmo não sendo considerado destinatário final desse produto, nos moldes do *caput* do artigo 2º do Diploma Consumerista, “pode se socorrer da proteção legal deste Código, para responsabilizar o fornecedor/fabricante, e pleitear a devida indenização, com base neste artigo 17 que o equipara a consumidor para tais efeitos”³⁹⁴.

Conclui-se, então, que diante do disposto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, na responsabilidade pelo fato do produto, todas as vítimas do evento, sejam consumidores (*caput* do art. 2º do CDC), comerciantes, intermediários

³⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 257.

³⁹⁰ Nesse sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 189; MIRAGEM, Bruno. Obra Citada, mesma página; MELLO; e Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**, p. 81.

³⁹¹ Tema já abordado no item 3.2.

³⁹² Esse é o escólio de ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 70.

³⁹³ ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 50.

³⁹⁴ ALVIM, Arruda, e outros. Obra Citada, mesma página.

ou terceiros (*bystander*) poderão acionar o fornecedor pelos prejuízos causados pelo produto defeituoso.

5.3 SUJEITO PASSIVO

Conforme verificado nos tópicos anteriores, a responsabilidade por vícios de insegurança surge quando produtos defeituosos colocados no mercado de consumo causam danos à vida, à saúde ou segurança do consumidor, esse considerado como toda e qualquer vítima do evento.

Resta, então, apurar em face de quem a legislação protetiva possibilita que o consumidor, vítima do evento, direcione a sua pretensão indenizatória.

A resposta encontra-se no *caput* do artigo 12 do Diploma Consumerista, o qual dispõe que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, (...)”.

Vê-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor, como já exposto no item 3.3, afastou-se do sistema tradicional, responsabilizando diretamente pelo fato do produto o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, com os quais o consumidor, em regra, não manteve relação direta.

Note-se, ainda, que esses sujeitos (fabricante, produtor, construtor e importador) respondem independente de culpa³⁹⁵ e de forma solidária pelos danos causados aos consumidores, pelo que o consumidor poderá demandar somente um ou a todos eles.

Ademais, conforme destacam Zelmo Denari³⁹⁶ e Antônio Herman V. Benjamin³⁹⁷, no *caput* do artigo 12 do Diploma Consumerista não há remissão genérica a “fornecedores”, situação na qual todos os partícipes da relação de consumo seriam responsabilizados por vícios de insegurança, mas somente há a

³⁹⁵ Conforme já analisado no item 3.2.

³⁹⁶ DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 157.

³⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 120-121.

discriminação de alguns fornecedores, mais precisamente do fabricante³⁹⁸, do produtor, do construtor e do importador, destacando-se, assim, a exclusão da figura do comerciante desse rol de sujeitos passivos, exclusão essa que passa a ser analisada, mas não sem antes se mencionar que com o advento do Código Civil de 2002, notadamente do artigo 931, dúvidas surgiram quanto a extensão desse rol, questão que também será analisada adiante.

5.3.1 Exclusão do comerciante do rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor

Conforme resta evidente da leitura do *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o comerciante³⁹⁹ não integra o rol de sujeitos responsáveis pelos danos causados por produtos defeituosos.

Por comerciante, como adverte Adalberto Pasqualatto, “não se compreenderá tão-somente o último elo da cadeia de fornecimento – o varejista – mas toda a cadeia de intermediários, incluindo, pois, atacadistas e distribuidores”⁴⁰⁰.

As razões para o tratamento diferenciado do comerciante no fato do produto relacionam-se com a natureza da atividade que esse exerce e o papel que desempenha na cadeia de produção e distribuição.

Isso porque, no atual mercado de consumo, no qual prospera a produção em massa, apesar de o consumidor dificilmente ter contato com o fabricante, com o construtor, com o importador ou com o produtor, cingindo-se a negociar com o comerciante, esse, muitas vezes, sequer tem conhecimento acerca dos riscos dos produtos, seja pela variedade de bens que comercializa, seja pela impossibilidade

³⁹⁸ Conforme adverte Paulo de Tarso Vieira Sanseverino “Essa definição compreende não só o fabricante que confecciona sozinho todo o produto, mas também o produtor de matérias-primas, o fabricante de peças e componentes e o montador (art.25, § 2º do CDC)” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 160).

³⁹⁹ Conceituado no item 2.4.1.4.

⁴⁰⁰ PASQUALATTO, Adalberto. **Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul**, p. 80.

física (já que muitos produtos se encontram devidamente embalados) ou técnica (conhecimentos) de analisá-los⁴⁰¹.

Ademais, como adverte Silvio Luís Ferreira da Rocha, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador reúnem “melhores condições para (...) suportar as conseqüências danosas do defeito”⁴⁰².

Assim, conclui-se que o comerciante foi excluído do rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Diploma Consumerista, pois se reconheceu que não tem nenhum controle sobre os meios de produção, sendo impossível para esse evitar a inserção de produtos defeituosos no mercado de consumo⁴⁰³, bem como pelo fato do fabricante, do produtor, do construtor e do importador terem melhores condições de arcar com eventual indenização em face de consumidor lesado por acidente de consumo.

Esse fato é perfeitamente visualizado no caso de uma pequena farmácia de bairro. Como consabido, antes do início da comercialização de qualquer medicamento, esse passa por vários anos de testes e posteriormente é submetido à aprovação de uma série de órgãos públicos.

Mesmo com todo esse controle, verificou-se nos últimos anos a necessidade de retirada de vários medicamentos do mercado, como por exemplo, o antiinflamatório Viox, que apresentava significativa potencialidade de causar enfarte no consumidor que fizesse seu uso contínuo.

Ora, se esse defeito não foi verificado pelo fabricante durante anos de testes, se não foi constado pelas autoridades de saúde do Brasil, que permitiram a sua comercialização, nem por autoridades de outros países, que igualmente permitiram

⁴⁰¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 288.

⁴⁰² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 76.

⁴⁰³ Nesse sentido é o escólio de Sérgio Cavalieri Filho, afirmando a exclusão do comerciante do rol de responsáveis por vícios de insegurança já que “o comerciante não tem poder para alterar nem controlar técnicas de fabricação e produção.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 466) e, ainda, de João Calvão da Silva, para quem “(...) o comerciante vende produtos de concepção e de fabrico alheios, cujos processo de produção não conhece nem pode conhecer e sobre os quais não tem a possibilidade de interferir, como acontece com os produtos embalados e sigilados - cosméticos, detergentes, fármacos, gêneros alimentícios, bebidas, etc., etc. – em relação aos quais é tão estranho como o consumidor adquirente final.” (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, p. 24).

a sua venda, inegável é o fato de que o comerciante (pequena farmácia de bairro) não teria como prever esse defeito e conseqüentemente evitá-lo. Até mesmo porque, seria demasiado exigir-se do comerciante a manutenção de laboratórios e pessoal técnico treinado para analisar todo e qualquer produto comercializado, o que se sabe, na prática, inviabilizaria o negócio ou o oneraria em demasia.

Afora a dificuldade do comerciante em prever e evitar a inserção de produto defeituoso no mercado, diante da regra do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, a qual impossibilita a denúncia à lide nas relações de consumo⁴⁰⁴ (item 4.5), caso o comerciante fosse demandado pelo consumidor lesado, teria de fazer frente à indenização devida, buscando somente *a posteriori* (com base na legislação civil e não na consumerista) reparação em face do real responsável pelo defeito.

Não é necessário grande esforço para se perceber a possibilidade do risco assumido pelo comerciante (haja vista a sua responsabilização por acidentes de consumo) superar demasiadamente as vantagens da prática da atividade, a inviabilizando.

Ademais, caso se conferisse a todos os fornecedores da cadeia de consumo a responsabilidade em decorrência de acidentes de consumo, inevitavelmente haveria a contratação de seguro de responsabilidade civil em várias esferas, implicando na majoração do preço final do produto ao consumidor. Assim, também por esse motivo, justifica-se a concentração da responsabilidade em face do fabricante, construtor, produtor e importador, os quais apresentam melhores condições de apurar os riscos e adotar medidas que garantam eventuais indenizações por acidentes de consumo.

Portanto, verifica-se que o legislador consumerista afastou a responsabilidade do comerciante em decorrência de vícios de insegurança, pois ciente que esse não tem meios de prever e evitar a inserção de produtos defeituosos no mercado,

⁴⁰⁴ Nesse sentido segue o escólio de Arruda Alvim: “Tem-se, porém, como mais correto o entendimento da não admissibilidade do uso dos institutos de intervenção de terceiros nas ações subordinadas ao Código do Consumidor, porque, em sua maioria são institutos destinados a favorecer o réu, enquanto o Código do Consumidor tem como objetivo precípua o favorecimento do autor-consumidor. Ainda, porque o uso destes institutos fatalmente causaria maior demora na decisão respeitante à relação de consumo propriamente dita. Assim as normas processuais são aplicadas se não contrariarem quer os dispositivos do Código do Consumidor, que as finalidades por ele objetivadas”. (ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 53).

impondo essa responsabilização, exclusivamente, a real fonte do dano, notadamente o fabricante, o construtor, o produtor e o importador, os quais, inclusive, apresentam melhores condições para suportar indenização deferida aos consumidores vítimas de acidente de consumo.

Contudo, a exclusão do comerciante do rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Diploma Consumerista não é absoluta. “Excepcionalmente é ele chamado a responder com base no mesmo regime vigente para aqueles outros agentes econômicos do mercado”⁴⁰⁵, como se evidenciará na subseção que se segue.

Entretanto, antes de se adentrar nessa questão, há de se destacar que apesar do importador apresentar-se em situação similar ao do comerciante dentro do mercado de consumo, ou seja, impossibilitado de prever e evitar a inserção de produtos inseguros no mercado, que a sua inclusão no rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é plenamente justificável⁴⁰⁶, pois, em assim não se prevendo, o consumidor ficaria obrigado a reclamar seus direitos em face de produtor, fabricante ou construtor estrangeiro, com todas as dificuldades inerentes a esse procedimento, o que, na prática, importaria em deixar o consumidor desprotegido.

5.3.2 Situações excepcionais em que o Diploma Consumerista responsabiliza o comerciante por acidentes de consumo

Apesar de o comerciante não estar inserido no rol de sujeitos passivos do artigo 12 do Diploma Consumerista, em situações excepcionais, descritas no artigo 13, esse também passa a responder perante o consumidor em decorrência de acidentes de consumo.

As duas primeiras hipóteses previstas no artigo 13 da Lei Protetiva verificam-se quando o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador não estiverem identificados no produto ou o estejam de forma insuficiente. Ou seja, não basta

⁴⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 131.

⁴⁰⁶ Sobre esse tema veja-se: ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 133; KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 168; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 165.

menção genérica ao fabricante, ao produtor, ao construtor ou ao importador, faz-se necessário que as informações prestadas no produto sejam suficientes para o consumidor identificar e localizar esses sujeitos.

Como se pode perceber, o objetivo do legislador foi impor ao comerciante a responsabilidade de identificar, e mais, de bem identificar o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador. Não cumprindo com esse dever, o comerciante que, inicialmente não respondia por vícios de insegurança, passa a responder em substituição aos outros sujeitos, que por sua negligência não puderam ser identificados⁴⁰⁷.

Diz-se, então, que diante da ausência de indicação ou da identificação deficitária do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador que o comerciante assume presumidamente essa posição (fornecedor presumido – item 2.4.13), passando a responder pelos danos ocasionados ao consumidor em decorrência de vícios de insegurança da mesma forma que os demais sujeitos⁴⁰⁸, tal como expressamente constante do *caput* do artigo 13 do Diploma Consumerista.

Como já exposto no tópico 2.4.1.3, é bastante comum que o comerciante assuma a posição de produtor presumido quando da comercialização de hortifrutigranjeiros, pois normalmente não há identificação quanto ao seu real produtor ou se há essa é insuficiente. Nesse cenário, caso mencionados produtos apresentem defeitos, causando danos à vida, à saúde ou a segurança dos consumidores, haverá a responsabilização do comerciante, nos moldes dos incisos I e II do artigo 13 do Código Consumerista, mesmo não tendo esse a capacidade de prever e evitar esses acidentes.

Assim, recomenda-se que o comerciante, independente do gênero do produto comercializado (não excluindo sequer os hortifrutigranjeiros), cumpra, integralmente, com seu dever de informação, indicando claramente ao consumidor o

⁴⁰⁷ Sobre o assunto recomenda-se a leitura de: ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 163; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p.188; GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**, p. 157; e PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 09.

⁴⁰⁸ Assim elucida Flávia Portella Puschel: “Por fim, note-se que o art. 13 do CDC estabelece que, nas hipóteses previstas em seus incisos, o distribuidor é responsável nos termos do art. 12, isto é, exatamente da mesma forma que o produtor” (PUSCHEL, Flávia Portella. *Obra Citada*, p. 91).

produtor, o construtor, o fabricante ou o importador do produto, como forma de exonerar-se de eventual responsabilidade decorrente de acidentes de consumo.

Destaca-se que a identificação posterior (após a comercialização do produto) do construtor, do fabricante, do produtor ou do importador do produto não exonera a responsabilidade do comerciante, tornando, então, esse dever de informação ainda mais premente.

A outra hipótese de responsabilização do comerciante em decorrência de acidentes de consumo está prevista no inciso III, do artigo 13 do Diploma Consumerista e se verifica nas situações em que o comerciante não conserva adequadamente os produtos perecíveis.

Inicialmente, cabe mencionar que apesar do dispositivo em comento fazer menção expressa a produtos perecíveis, a melhor doutrina⁴⁰⁹ contempla, também, a possibilidade de responsabilização do comerciante, nos mesmos moldes dos demais sujeitos arrolados no artigo 12 do Código Consumerista, em decorrência de danos advindos da conservação inadequada de produtos não perecíveis.

Superada essa questão, sendo certa, então, a possibilidade de responsabilização do comerciante em decorrência de danos causados pela má conservação de produtos perecíveis e não perecíveis resta verificar a forma dessa responsabilidade.

Alguns doutrinadores apontam que o comerciante responderá de igual forma e juntamente (solidariamente) com os demais sujeitos passivos previstos no artigo 12 do Código Consumerista⁴¹⁰. Contudo, outra corrente doutrinária⁴¹¹ reputa que a responsabilização do comerciante nesse caso é direta e exclusiva, afastando a responsabilização dos demais sujeitos em decorrência da verificação da excludente de responsabilidade denominada de culpa exclusiva de terceiro.

⁴⁰⁹ Do que é exemplo o escólio de: PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 95.

⁴¹⁰ Optando por essa vertente observam-se as lições de: GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**, p. 157; ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 45-46; e CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 467.

⁴¹¹ Filiados a corrente que GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p.188-190; PUSCHEL, Flávia Portella. Obra Citada, mesma página.

Diante da complexidade desse debate, deixar-se-á para analisá-lo no tópico 5.5 desse trabalho, destinado, exclusivamente, para o estudo das excludentes de responsabilidade no âmbito da tutela protetiva do consumidor. De todo modo, somente adiantando a discussão, é possível se afirmar que a responsabilidade do comerciante em decorrência de acidentes de consumo “é especial e eventual, porque ocorrerá apenas se estiverem presentes determinadas hipóteses fáticas previstas no art. 13 do Código de Defesa do Consumidor”⁴¹².

Finalmente, apesar de ausência de menção expressa no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, o comerciante será igualmente responsável por vícios de insegurança quando se encontrar na situação de fornecedor aparente (tópico 2.4.1.2 desse trabalho), que é aquele que não participa efetivamente do processo produtivo, mas que insere seu nome ou outro sinal distintivo no produto, assumindo a aparência de fabricante, produtor ou construtor⁴¹³.

Exemplo típico de situação em que o comerciante torna-se o fornecedor aparente é aquela em que supermercados comercializam produtos com marca própria, como achocolatados, produtos de limpeza, entre outros. Apesar desses produtos não terem sido fabricados pelos supermercados, esses colocam suas marcas ou outros sinais distintivos dando ao consumidor a aparência de serem seus fabricantes. Como consequência dessa aparência, os comerciantes passam a responder tal como efetivos fabricantes. Assim, em verdade, o comerciante responde civilmente perante o consumidor como se fora o real fabricante, porque, se comporta ostensivamente como tal⁴¹⁴.

5.3.3 Os reflexos do artigo 931 do Código Civil sobre a responsabilidade por fato do produto prevista no Diploma Consumerista

Como visto nos tópicos antecedentes, o artigo 12 do Diploma Consumerista é claro com relação ao rol de sujeitos passivos em decorrência de vícios de

⁴¹² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 85.

⁴¹³ Nesse sentido, James MARINS. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, p. 101.

⁴¹⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 158.

insegurança, consignando, expressamente, a responsabilidade do fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro e do importador.

Tem-se, então, neste primeiro momento, a consagração da responsabilidade objetiva e solidária do fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro e do importador pelos acidentes de consumo, excluindo-se desse rol o comerciante, com exceção das hipóteses descritas no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor (item 5.3.2).

Entretanto, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 e, conseqüentemente, da norma esculpida no artigo 931, essa certeza da não responsabilização do comerciante por acidentes de consumo ruiu-se completamente, na medida em que esse dispositivo prevê que “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

Isso porque, o artigo 931 do Código Civil responsabiliza, indistintamente, todos os empresários individuais e empresas por danos causados por produtos postos em circulação, podendo-se, então, concluir pela inclusão do comerciante nesse rol, vez que, como regra, esse também é empresário individual ou empresa.

Corroborando esse entendimento, o Conselho de Estudos da Justiça Federal, em jornada de debates sobre o Código Civil Brasileiro de 2002 lançou o enunciado número 42, que assim dispõe: “o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”.

No mesmo sentido segue o escólio de Cláudia Lima Marques e outros doutrinadores⁴¹⁵, propugnando a aplicação do disposto no artigo 7º⁴¹⁶ do Código de Defesa do Consumidor, que determina a não exclusão de outros direitos conferidos

⁴¹⁵ Nesse sentido: COSTA, Maria Aracy Menezes. **Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 238-239; e MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 296-267.

⁴¹⁶ “Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

aos consumidores em legislações ordinárias⁴¹⁷, pelo que irá se esquadrinhar a aplicação da legislação mais benéfica ao consumidor, que no presente caso é o Código Civil, mais especificamente o seu artigo 931, que confere ao consumidor uma lista maior de responsáveis pelos acidentes de consumo, lista essa que inclui o comerciante:

Observe-se que a aplicação subsidiária significa *tempo* e *ordem*. Uma lei é aplicada totalmente (ordem de aplicação) e só depois (tempo), no que for necessário e complementar, a outra é chamada à aplicação. Mas mesmo aqui a finalidade ou função das normas no sistema pode ser decisiva. Observando-se o texto do art. 7º, conclui-se que representa uma cláusula aberta, uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no CDC. Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal, há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor. Sendo assim, parece-me que o CC/2002 traz também novos direitos aos consumidores. Também suas cláusulas gerais, de responsabilidade sem culpa pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único), de responsabilidade sem culpa das empresas e empresários individuais pelo fato do produto (art. 931), (...) ⁴¹⁸.

Entretanto, contrapondo-se totalmente ao pensamento da corrente anteriormente exposta, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, seguidos por outros doutrinadores⁴¹⁹, sustentam que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial e que, portanto, resiste à entrada em vigor de lei geral posterior, ou seja, o Código Civil, conforme expressa disposição da lei de introdução ao Código Civil.

Concluem, então, que o melhor entendimento é no sentido de que o Código Consumerista permaneceu inteiramente em vigor no que diz respeito à responsabilidade por acidentes de consumo, não sendo influenciado pelo Código Civil, até mesmo porque, se isso ocorresse, seria “imposta ao comerciante responsabilidade objetiva insuportável fundada no risco integral, pela qual teria que indenizar, ainda quando não tivesse dado causa ao dano”⁴²⁰, responsabilidade essa

⁴¹⁷ A interação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor já foi analisada no item 2.6.

⁴¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 692.

⁴¹⁹ Como PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 22-23; e SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa**.

⁴²⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**, p. 190.

que, segundo essa corrente doutrinária, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

Como é de fácil observação, essa é uma discussão acirrada, em que os argumentos de ambos os lados são fortes e defendidos por eméritos juristas, restando, então, ao judiciário a difícil tarefa de pacificar a questão. De todo modo, pelo menos a uma primeira vista, parece mais acertada a segunda corrente, que privilegia a aplicação da lei especial.

Superada a conceituação e a legitimidade para responder por vício de insegurança, já se faz possível adentrar no regime de responsabilização em decorrência de acidentes de consumo.

5.4 REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO

Conforme exposto nos tópicos antecedentes, verifica-se a responsabilização do fornecedor em decorrência de acidentes de consumo quando um produto defeituoso – que nada mais é do que aquele que, conforme a expectativa do homem médio, não se apresenta seguro – ocasiona danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor.

Contudo, ao contrário do que ocorre com a responsabilização em decorrência de vícios de inadequação, quando se trata de vício de insegurança, o consumidor não está adstrito a qualquer fase preliminar obrigatória⁴²¹ (acionamento do sistema de garantia do produto) e nem mesmo apresenta múltiplas alternativas quanto a sua forma de reparação⁴²² (substituição do produto, abatimento do preço ou restituição dos valores pagos).

No caso de vício de insegurança, de acordo com a dicção do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou

⁴²¹ A fase preliminar obrigatória para os vícios de inadequação foi tratada no item 4.6.1.

⁴²² O item 4.6.2 traz as múltiplas alternativas conferidas ao consumidor em decorrência de vícios de inadequação.

acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Tem-se, então, que para a responsabilização do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança não se faz necessária à observância de fase preliminar obrigatória e sim, somente, a presença de produto inseguro, danos à vida, à saúde e a segurança do consumidor e nexos de causalidade entre esse dois elementos, prescindindo, sequer, da verificação da culpa do fornecedor.

Ademais, verificado o dano, não há que se cogitar várias alternativas ao consumidor e sim, simplesmente, o dever de integral reparação por parte do fornecedor.

Observe-se, desse modo, que a responsabilidade do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança segue, integralmente, o regime de responsabilização estudado no Capítulo 3, notadamente no tópico 3.2.1, não apresentado qualquer peculiaridade ou exigência extra, como ocorre com o vício de inadequação.

Assim, faz-se despicienda nova apresentação dos elementos necessários à configuração da responsabilidade do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança, pelo que, somente se recorre a um exemplo para bem ilustrar a situação.

Determinado consumidor adquire um veículo com defeito de fabricação nos freios. Certo dia, ao passear com sua família, ao acionar o sistema de freios esse não funciona, fazendo com que o veículo venha a colidir com um caminhão, ocasionando vários danos ao veículo, ao consumidor e seus familiares.

Ora, é de meridiana clareza o fato de veículo com defeito no sistema de freios ser considerado, na visão do homem médio, produto inseguro. Considerando que o defeito no produto se presume (item 3.2.1) e que esse provocou (nexo de causalidade) danos à vida, à saúde e a segurança dos consumidores, surge o dever de o fornecedor em proceder a integral indenização dos danos sofridos.

Importante consignar que se o veículo defeituoso não tivesse causado danos à vida, à saúde e a segurança do consumidor, por exemplo, se o consumidor tivesse verificado o defeito antes da ocorrência do acidente, que se estaria, meramente,

diante de um vício de inadequação e não de insegurança, aplicando-se as regras próprias a esse instituto, estudadas no Capítulo 4.

Conclui-se, então, que para a responsabilização do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança basta que um produto inseguro cause danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor, fato que faz surgir o dever, imediato, de ampla e integral indenização.

5.5 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Como já exposto, a responsabilidade do fornecedor (aqui se leia dos elencados no artigo 12 do CDC) em decorrência de vícios de insegurança é apurada de forma objetiva, independente de verificação de culpa⁴²³.

Apesar de prescindir da apuração da culpa, a responsabilidade do fornecedor em decorrência de acidentes de consumo somente se verifica com: **(i)** a existência de um produto defeituoso; **(ii)** de danos à saúde, à vida ou à segurança do consumidor; e **(iii)** de nexo de causalidade entre esses dois elementos⁴²⁴.

Ou seja, a responsabilidade do fornecedor, apesar de objetiva, não é absoluta, pois o fornecedor poderá excluí-la mediante a prova de elemento apto a romper com o liame de causalidade⁴²⁵.

O Diploma Consumerista, mais precisamente no § 3º, do artigo 12, arrola esses elementos que, se provados, têm o condão de afastar o nexo de causalidade e, conseqüentemente, liberar o fornecedor de qualquer responsabilidade.

Ressalta-se, entretanto, que para parte da doutrina⁴²⁶, o rol do § 3º, do artigo 12 não é taxativo, mas sim, simplesmente, exemplificativo, vez que são admitidas

⁴²³ O fato da responsabilidade do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança se dar de forma objetiva já foi tratado no item 3.2.

⁴²⁴ Os elementos para a configuração da responsabilidade por vício de insegurança estão expostos no item 5.4.

⁴²⁵ Nesse sentido: BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 740; FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**, p. 106; e ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 104.

⁴²⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 105.

outras hipóteses de excludentes, decorrentes da interpretação sistemática e lógica do ordenamento jurídico.

São essas excludentes, previstas expressamente no § 3º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor e algumas outras decorrentes de interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional que passam a ser analisadas, alertando-se, todavia, que quanto as segundas, não existe pretensão (nesse trabalho) de esgotá-las, mas sim, somente, de mencionar as mais corriqueiras.

Finalmente, antes de adentrar especificamente no estudo dessas excludentes de responsabilidade, cabe destacar que elas devem ser provadas pelo fornecedor, esse é um ônus que lhe recai, seja por disposição expressa do § 3º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor que consigna que o fornecedor “só não será responsabilizado quando provar” tais causas⁴²⁷, seja porque essas causas constituem-se em fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do consumidor, ficando sua prova ao encargo do fornecedor/réu, nos moldes do artigo 333 do Código de Processo Civil.

5.5.1 Não colocação do produto no mercado

Já no inciso I, do § 3º, do artigo 12, do Código Consumerista há previsão de exclusão da responsabilidade do fornecedor se, provado, que esse não colocou o produto no mercado.

Conforme escólio de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino “A colocação do produto no mercado ocorre no momento em que, consciente e voluntariamente, o fornecedor o lança no tráfico comercial”⁴²⁸, pelo que, a partir desse momento, passa a ser integralmente responsável pelos eventuais danos que esse causar, pois que responsável pelos riscos de sua atividade (teoria do risco), conforme disposto na subseção 3.2.1.

Assim, resta evidente, que se o fornecedor não colocou o produto no mercado, não assumiu o risco dessa atividade, não podendo ser responsabilizado por eventuais resultados danosos.

⁴²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 127.

⁴²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 260.

Observa-se que nessa situação há o rompimento do nexo de causalidade, vez que o dano causado pelo produto defeituoso não pode ser imputado ao fornecedor, não há liame de causalidade entre ele (danos causados por produto defeituoso) e qualquer das atividades desenvolvidas pelo fornecedor.

Fala-se em qualquer das atividades, pois “a circunstância de o produto ter sido introduzido no mercado de consumo gratuitamente, a título de donativo para instituições filantrópicas ou com objetivos publicitários, não elide a responsabilidade do fornecedor”⁴²⁹, pois mesmo nesses casos há intenção de colocá-lo em circulação.

Ademais, como já visto no item 3.2.1, o fornecedor responde pelos riscos de sua atividade e não em decorrência do proveito que retira dela, pelo que o caráter gratuito do ingresso do produto no mercado não tem o condão de retirar seu dever de indenizar os danos causados.

É necessário, então, para que se possa alegar essa excludente, que o produto não tenha sido inserido no mercado de forma consciente e voluntária pelo fornecedor, não se excluindo, sequer, as hipóteses de entrega gratuita ou outras afins, nas quais esses requisitos estão presentes.

Essa excludente vale, então, especialmente para os produtos falsificados que trazem indevidamente a marca do fornecedor ou, ainda, para os produtos que, por exemplo, por roubo ou furto foram introduzidos no mercado⁴³⁰, vez que nesses casos não há qualquer espécie de concordância do fornecedor com a sua comercialização⁴³¹. Nessas situações, clara é a ausência de responsabilidade do fornecedor, carecendo esse, inclusive, de legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda intentada pelo consumidor.

A fim de ilustrar a absoluta ausência de responsabilidade e legitimidade do fornecedor em casos em que esse não contribuiu para a inserção do produto no

⁴²⁹ DENARI, Zelmo. EM GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 165.

⁴³⁰ Notadamente aqueles que o fornecedor reputava que não estavam aptos a ingressar no mercado.

⁴³¹ Apontando o roubo ou produtos falsificados como excludentes da responsabilidade do fornecedor segue o escólio de Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “Não se poderá, por outro lado, considerar colocado o produto no mercado se isso ocorreu sem a concordância do fornecedor, como, por exemplo, em caso de roubo, ou se o produto, apesar de conter sua marca, não foi por ele fabricado (produto falsificado)” (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 297).

mercado, Paulo Roberto Khouri traz como exemplo o caso dos remédios falsificados, questionando se, nesse caso, poderia “o fabricante do medicamento “X” responder por um dano causado pelo consumo do referido remédio, que é falsificado?”⁴³². Como resposta, afirma Paulo Khouri que esta responsabilidade não lhe pode ser atribuída, “porque o produto não foi introduzido no mercado por ele, mas por um estelionatário, ou seja, não há nexos de causalidade que una o remédio “X” original ao dano causado ao consumidor”⁴³³.

Tem-se, então, que em situações em que o fornecedor não contribuiu para a inserção do produto no mercado, não pode ser responsabilizado por eventuais danos por esse causados. Contudo, cabe ao fornecedor provar que não inseriu consciente e voluntariamente o produto no mercado. Isso porque, existe “presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo fornecedor”⁴³⁴, presunção essa que somente se elide com prova em contrário.

5.5.2 Inexistência do defeito

A segunda hipótese trazida pelo § 3º, do artigo 12, do Diploma Consumerista, mais precisamente no inciso II, é a inexistência de defeito.

Ora, inexistindo qualquer defeito não haverá responsabilização do fornecedor, pois esse somente responde se o produto que introduziu no mercado revelar-se defeituoso, ou seja, se não atender a expectativa legítima de segurança esperada pelo homem médio.

A prova da inexistência de defeito compete unicamente ao fornecedor, até porque ele é quem melhor conhece o produto e por isso reúne melhores condições para demonstrar a inexistência de defeito que afeta a segurança do produto⁴³⁵.

Logo, o defeito do produto é presumido, somente havendo a exclusão da responsabilidade do fornecedor se provar (esse é um ônus que recai sobre o

⁴³² KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 158.

⁴³³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Obra Citada*, mesma página.

⁴³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 470.

⁴³⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 165.

fornecedor) que esse inexistente. Em suma, o produto é defeituoso até que se prove em contrário⁴³⁶.

Importante consignar que a prova da inexistência do defeito deve ser inequívoca, veemente, refutando por completo qualquer possibilidade de defeito no produto⁴³⁷, não sendo suficiente mera probabilidade de sua inexistência ou argumentação lógica que busque demonstrar a sua improbabilidade, como ocorre no regime europeu⁴³⁸, no qual “basta a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito para excluir-se a responsabilidade do produtor”⁴³⁹.

Conclui-se, dessa forma, que para o ordenamento jurídico brasileiro somente haverá a exclusão da responsabilidade do fornecedor quando esse provar inequivocamente que o defeito inexistente. Nessa situação, haverá o rompimento do nexo de causalidade entre o produto e os danos sofridos pelo consumidor, vez que não sendo defeituoso, o produto não tem o condão de causar qualquer mau ao

⁴³⁶ Tema já analisado no item 3.2.1.

⁴³⁷ Nesse sentido o escólio de Zelmo Denari, advertindo que “milita em prol do consumidor essa presunção de defeito do produto e incumbe ao fabricante desfazê-la, produzindo inequívoca prova liberatória”. (DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 166).

⁴³⁸ Nesse sentido segue o escólio de Elena Belissário: “Come già visto, un'importante agevolazione probatoria per il danneggiato va rinvenuta nella regola in base alla quale è il produttore a dover provare che il difetto non esisteva al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione (art. 118, lett. b). Tuttavia, il comma 2 della presente norma dispone che, per fornire tale prova liberatoria, al produttore è sufficiente dimostrare che tenuto conto delle circostanze è *probabile* che il difetto non esistesse quando il prodotto è stato messo in circolazione. In proposito va osservato che la disposizione, richiedendo non la certezza, ma la probabilità della non originarietà del difetto, determina un abbassamento dello sforzo probatorio (cioè una riduzione del normale grado di prova) richiesto al produttore. Così, mentre il danneggiato deve dare la piena prova (ossia certa) dell'esistenza del difetto, paradossalmente al produttore basta fornire una prova di grado inferiore per vincere il giudizio di responsabilità” (BELISSARIO, Elena. **Responsabilità per danno da prodotti difettosi**, p. 762-763). Tradução livre: Como já visto, uma importante ajuda probatória para a vítima vem posta na regra pela qual é do produtor o dever de provar que o defeito não existia no momento em que produto foi posto em circulação (art. 110, alínea b). Todavia, o parágrafo 2º da presente norma dispõe que, para fornecer essa prova liberatória, é suficiente que o produtor demonstre que tendo em conta as circunstâncias é provável que o defeito não existisse quando o produto foi posto em circulação. A propósito, observe-se que o dispositivo, ao não requer a certeza, mas a probabilidade de que o defeito não é originário do produto, determina um abrandamento do esforço probatório (uma redução do normal grau da prova) requerido do produtor. Desse modo, a vítima deve fazer prova plena da existência do defeito, contudo, paradoxalmente ao produtor basta fornecer uma prova de grau inferior para vencer o juízo da responsabilidade.

⁴³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 282.

consumidor⁴⁴⁰, não persistindo, assim, razões para a responsabilização do fornecedor, vez que seu empreendimento, que proporcionou a introdução do produto no mercado, não foi, em absoluto, responsável pelo evento.

Essa situação pode ser mais facilmente visualizada mediante um exemplo. Determinado consumidor adquire um sistema de rádio, o qual depende para seu funcionamento de antena externa. Após alguns meses de uso, em dia de chuva forte, o equipamento pega fogo, o qual se espalha por toda a residência.

Nesse caso, manifestos são os danos ao consumidor, bem como a sua origem – o produto – produto esse que tem a presunção de ser defeituoso.

Ora, diante da existência de danos ao consumidor causados por produto presumidamente defeituoso, presentes estão os três elementos necessários para a responsabilização do fornecedor por fato do produto, dano, produto defeituoso e nexo de causalidade entre o dano e o produto⁴⁴¹.

Entretanto, a responsabilidade do fornecedor pode ser afastada se esse obtiver sucesso na comprovação da inexistência do defeito, como no caso da antena do produto ter sido atingida por um raio, sendo esse a origem do fogo e não o equipamento.

Observe-se que a mera probabilidade do fogo ter sido iniciado por um raio, vez que o dia era de forte chuva, não elide a responsabilidade do fornecedor. Esse deverá fazer prova firme nesse sentido, notadamente, prova pericial que constate que a origem do fogo não se deu por defeito de fabricação, concepção ou informação do produto⁴⁴², mas sim por fator externo.

Com efeito, a prova da inexistência do defeito é difícil de ser feita em muitos casos. Ainda mais, quando muito tempo decorre entre o momento em que o produto foi colocado em circulação e a ocorrência do acidente. Contudo, esse é um risco do empreendimento desenvolvido pelo fornecedor, devendo, então, responder por ele, pelo que se reitera que o fornecedor somente se isentará do dever indenizatório se

⁴⁴⁰ Veja nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 470.

⁴⁴¹ Requisitos arrolados e elucidados no item 3.2.1.

⁴⁴² Ou seja, que o equipamento não contém qualquer periculosidade adquirida, nos moldes do disposto no item 3.3.2.

provar veementemente a inexistência do defeito, situação na qual se verificará o rompimento do liame de causalidade.

5.5.3 Culpa exclusiva do consumidor

Outro fator que implica na exclusão da responsabilidade do fornecedor é a comprovação da culpa exclusiva do consumidor.

Antes de adentrar especificamente na análise dessa excludente, salutar se faz mencionar a crítica formulada por Sérgio Cavaliere Filho quanto ao fato do legislador consumerista ter denominado essa excludente de culpa exclusiva do consumidor, pois “em sede de responsabilidade objetiva, como a estabelecida no Código do Consumidor, tudo é resolvido no plano do nexo de causalidade, não se chegando a cuidar da culpa”⁴⁴³, pelo que melhor seria a utilização da denominação fato exclusivo do consumidor.

Superada a crítica à questão terminológica, é possível se afirmar que a excludente em questão se verifica quando o comportamento do consumidor é o motivador do acidente de consumo, pois nesse caso não há que se falar em nexo de causalidade entre o produto e os danos verificados.

Ou seja, a culpa exclusiva do consumidor atinge, em cheio, o requisito do nexo de causalidade, rompendo-o, de maneira a evitar a formação do dever de indenizar, vez que o acidente não pode ser atribuído ao produto e sim a ato exclusivo do próprio consumidor.

Nesse sentido é o escólio de Paulo de Tarso Sanseverino, afirmando que “o fato exclusivo imputável ao consumidor quebra o nexo de causalidade entre o defeito e o evento lesivo. Isso porque a ocorrência do dano, embora também tenha tido participação de um produto ou serviço, teve como causa adequada exclusiva a conduta da própria vítima”⁴⁴⁴.

A título de exemplo de acidente motivado exclusivamente por ato do consumidor, tendo o produto somente participação acessória, Paulo de Tarso Sanseverino destaca os “casos em que a vítima se utiliza de medicamentos ou

⁴⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 471.

⁴⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 271.

revólver para cometer suicídios (atentado doloso contra a própria vida)”⁴⁴⁵ e, ainda, “nos casos de utilização do produto contrariamente às indicações claras e precisas prestadas pelo fornecedor, de conservação inadequada do produto, de utilização do produto após o seu prazo de validade etc”⁴⁴⁶.

Em todos esses casos é possível a verificação de danos ao consumidor. Porém, em todos eles, esses danos foram motivados, exclusivamente, pela conduta do consumidor.

No caso do suicídio, retirada a ação voluntária do consumidor de atentar contra a própria vida, dano algum haveria, não sendo possível, então, ligá-lo à atividade do fornecedor, a qual, em absoluto contribuiu para a ocorrência do evento.

Da mesma forma, nos casos de utilização de produto contrariamente as indicações ou forma de conservação, bem como fora de seu prazo de validade, pois aqui o produto, quando introduzido no mercado pelo fornecedor não apresentava qualquer defeito de fabricação, conservação ou informação⁴⁴⁷. Contudo, em decorrência de atitude displicente do consumidor, que o utilizou contrariamente as orientações do fornecedor, o armazenou inadequadamente ou o consumiu fora do prazo de validade, verificou-se a ocorrência de um acidente, o qual, em absoluto, pode ser atrelado à atividade desenvolvida pelo fornecedor, mas sim à exclusiva atividade do consumidor.

Verifica-se, então, que a presente excludente se configura quando a conduta do fornecedor não influencia de qualquer forma na ocorrência do acidente, o qual se dá, exclusivamente, em decorrência de atitude do próprio consumidor.

Apesar do fato exclusivo do consumidor constituir-se em excludente de responsabilidade do fornecedor, o mesmo não ocorre nos casos em que o consumidor simplesmente concorre para a ocorrência do acidente de consumo.

Assim, caso o acidente tenha como causa motivadora tanto o defeito do produto, como a conduta do consumidor, não haverá a exclusão da responsabilidade do fornecedor.

⁴⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 271.

⁴⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Obra Citada*, mesma página.

⁴⁴⁷ Ou seja, uma periculosidade adquirida, nos moldes do disposto no item 3.3.2.

Entretanto, como adverte Ronaldo Alves Andrade, apesar da culpa concorrente não ter o condão de romper com a responsabilidade do fornecedor, “por óbvio, não poderia obrigar o fornecedor a pagar a integralidade dos prejuízos causados pelo fato do produto, pois importaria uma penalidade e não a reparação, na medida em que obrigaria o fornecedor a pagar um dano que não foi provocado por ele nem pelo produto que colocou no mercado”⁴⁴⁸, pelo que deve o consumidor assumir sua parcela de responsabilidade⁴⁴⁹.

A doutrina majoritária segue nesse sentido⁴⁵⁰, afastando a culpa concorrente do consumidor das causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor, mas aceitando a redução proporcional da responsabilidade do fornecedor.

Contudo, surgem vozes dissonantes, como a de Paulo Khouri, que reputa que mesmo quando da concorrência de atos do consumidor e do fornecedor para a verificação do evento, persiste a responsabilidade integral do fornecedor. “Isso porque o produto já era defeituoso antes do acidente e, mesmo que o consumidor não agisse com culpa, o dano ocorreria”⁴⁵¹, não persistindo motivos para a mitigação da responsabilidade do fornecedor.

Com a devida vênia aos que pensam contrariamente, a primeira corrente – inclusive majoritária – está mais em sintonia com o ordenamento jurídico nacional, pois impõe aos motivadores do evento o dever de suportar os danos verificados, proporcionalmente a influência de sua conduta para a ocorrência do acidente.

⁴⁴⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 167.

⁴⁴⁹ Alertando para a necessidade de o consumidor assumir sua parcela de responsabilidade adverte Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “Deve o consumidor assumir sua parcela de responsabilidade. Lembremos que não podemos ter uma idéia de total proteção ao consumidor, com um paternalismo injustificado” (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 299).

⁴⁵⁰ Nesse sentido: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 119; ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 142; ANDRADE, Ronaldo Alves. *Obra Citada*, mesma página; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 127-128; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 471; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Obra Citada*, mesma página; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 147; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 275; e TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 241.

⁴⁵¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 160.

5.5.4 Culpa exclusiva de terceiro

O fato exclusivo de terceiro, assim como o fato exclusivo do consumidor (item 5.5.3), constitui fator exonerativo da responsabilidade do fornecedor.

Isso porque, se o acidente de consumo foi ocasionado, exclusivamente, por conduta de terceiro e não pelo produto introduzido no mercado pelo fornecedor, não há que se falar na responsabilidade desse, vez que rompido o liame de causalidade.

Ou seja, a presente excludente de responsabilidade, assim como as demais, rompe com o nexo de causalidade, pelo que não é possível imputar ao fornecedor, introdutor do produto no mercado, a responsabilidade por danos sofridos pelo consumidor, vez que esses não decorrem do empreendimento do fornecedor e sim da conduta de terceiro.

Exemplo característico de fato de terceiro⁴⁵² tem-se no caso em que o consumidor demanda o fabricante de veículo, pleiteando a reparação dos danos sofridos em decorrência de colisão ocasionada por repentino e inesperado desgoverno do veículo. Considerando a presunção do defeito do veículo, bem como que os danos sofridos podem ser atrelados a esse (nexo de causalidade), em um primeiro momento verifica-se a responsabilidade do fabricante (item 5.4).

Porém, essa responsabilidade pode ser elidida com a prova (pelo fabricante) de que o acidente se deu em decorrência de fato de terceiro, por exemplo, de profissional contratado pelo consumidor (sem qualquer vínculo ou indicação do fabricante) para a instalação de sistema de som, que negligentemente, danificou o sistema elétrico do veículo, fato ensejador de seu desgoverno e, conseqüentemente, da colisão.

⁴⁵² Paulo de Tarso Sanseverino a fim de exemplificar acidente ocorrido por fato de terceiro, cita julgado proferido pelo extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, “acerca de um ciclista atropelado e morto por um ônibus enquanto trafegava com sua bicicleta, cuja viúva moveu ação indenizatória contra a empresa de ônibus. Apurou-se, porém, no curso do processo, que um buraco aberto na pista por determinada empresa pública foi a causa do atropelamento, pois nele o ciclista havia caído, a ponto de perder o equilíbrio e bater em uma das rodas traseiras do coletivo. Em função disso, a demanda foi julgada improcedente contra a empresa de ônibus, reconhecendo-se a ocorrência do fato exclusivo de terceiro” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 280).

Observe-se que nesse caso, o produto não foi determinante para a ocorrência do acidente, mas sim o ato do terceiro, mais precisamente do instalador do som, que danificou o sistema elétrico. Sem o ato desse terceiro, acidente não haveria.

Diante desse panorama, não há que se falar em responsabilização do fabricante, pois esse em nada contribuiu para a ocorrência do acidente.

Inegável, então, que o fato exclusivo de terceiro enseja a exclusão da responsabilidade do fornecedor, pois que as causas do acidente não podem a ele ser imputadas, mas sim a terceiro. Entretanto, resta saber quem é esse terceiro mencionado pelo inciso III, do § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista.

Segundo parte da doutrina nacional⁴⁵³, o terceiro a que se refere essa eximente é aquele estranho à relação jurídica, é aquele que não compõe a cadeia de fornecimento em análise, ou seja, que não é, de qualquer forma, produtor, construtor, fabricante, importador ou comerciante na relação em apreço.

De fato, para essa corrente doutrinária, mesmo o comerciante não estando arrolado no artigo 12 do Código Consumerista não é tido como terceiro, vez que é considerado parte fundamental da relação de consumo. Em consequência, em ação indenizatória por acidente de consumo, não pode o fabricante “furtar-se ao dever de indenizar, com fulcro no art. 12, § 3.º, III, sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro”⁴⁵⁴. Isso porque, o dever do fabricante, do produtor, do construtor e do importador “é duplo: colocar no mercado produtos sem vícios de qualidade e impedir que aqueles que os comercializam, em seu benefício, maculem sua qualidade original”⁴⁵⁵.

Assim, “caso a vítima proponha sua ação só contra o fabricante e, no curso do processo, consiga este provar que o defeito decorre de má conservação, ainda assim será condenado – já que a responsabilidade civil, neste caso, por não ser o

⁴⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 284; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 89-90; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 169; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 467; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 168; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 128; FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**, p. 107; e TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 241.

⁴⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.. Obra Citada, mesma página.

⁴⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Obra Citada, mesma página.

comerciante terceiro, não admite contraprova de comportamento não culposo –, cabendo-lhe propor a devida ação de regresso (arts. 7.º, parágrafo único, e 13, do CDC)⁴⁵⁶.

Em suma, nenhum dos sujeitos da cadeia de consumo é considerado terceiro, a fim de possibilitar a exclusão da responsabilidade de outro membro dessa mesma cadeia⁴⁵⁷.

Destaca-se, entretanto, que se o sujeito, mesmo na qualidade de produtor, construtor, importador ou comerciante, integrar cadeia diversa da analisada, como no exemplo acima transcrito, em que o acidente foi ocasionado por prestador de serviço sem qualquer vínculo com o fabricante do veículo, a eximente será plenamente válida, servindo para exonerar a responsabilidade do fornecedor demandado.

Contrariamente, outra parte da doutrina⁴⁵⁸ reputa que o terceiro mencionado pelo inciso III, do § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista é qualquer sujeito que não os descritos no *caput* do artigo 12, inclusive o comerciante, podendo, então, o fornecedor demandado exonerar-se da responsabilidade mediante prova de que o evento foi ocasionado, exclusivamente, por ato desse.

Assim, conforme exemplo trazido por Zelmo Denari⁴⁵⁹, o fabricante poderá exonerar-se da responsabilidade mediante a comprovação de que o defeito do

⁴⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.. *Obra Citada*, p. 134.

⁴⁵⁷ Nesse sentido posicionou-se recentemente o Superior Tribunal de Justiça: “Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. (...) O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido” (BRASIL, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 980.860/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 23.04.2009, publicação no Diário de Justiça do dia 02.06.2009).

⁴⁵⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 190; GRINBERG, Rosana. *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*, p. 157; SAAD, Eduardo Gabriel. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 259; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 527-528.

⁴⁵⁹ DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 167.

produto é decorrente de sua má conservação pelo comerciante, incumbindo a esse a integral responsabilidade pela reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

De todo modo, independente da corrente que se adote, seja a que afasta o comerciante da figura de terceiro, seja a que o aceita, o certo é que para ambas a exclusão da responsabilidade somente se dará quando o acidente tiver sido, integralmente, motivado por ato de terceiro, ou seja, que a conduta do fornecedor não tenha, de qualquer modo, influído para a sua ocorrência⁴⁶⁰.

Conclui-se, então, que a presente excludente se verifica quando o fornecedor demandado lograr êxito em comprovar que o acidente não ocorreu em decorrência da atividade que exerce e sim, motivado, exclusivamente por ato de terceiro (terceiro esse que, para parte da doutrina, não pode fazer parte da cadeia de consumo, excluindo-se, então, a figura do comerciante e, para outra parte, pode ser qualquer sujeito não arrolado no *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo-se o comerciante), vez que a concorrência de condutas não exclui a responsabilidade do fornecedor, no máximo a mitiga.

Finalizada a análise das causas excludentes expressamente arroladas no § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, nas próximas subseções serão verificados motivos outros que, apesar de não descritos no dispositivo mencionado, também são tidos como fatores excludentes de responsabilidade.

5.5.5 Caso fortuito e força maior

Apesar da inexistência de previsão expressa no § 3º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor do caso fortuito e da força maior como eximentes da responsabilidade do fornecedor em decorrência de acidentes de consumo, a doutrina majoritária⁴⁶¹ reputa que ambas as hipóteses possuem força liberatória, ou

⁴⁶⁰ Nesse sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 279.

⁴⁶¹ Posicionam-se dessa forma: ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 172; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 128; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 475; FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**, p. 108; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 284; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 279; MARSHALL, Carla Izolda Fiúza Costa. **Responsabilidade Civil do**

seja, tem o condão de excluir a responsabilidade do fornecedor, vez que proporcionam a quebra do liame de causalidade.

Contudo, mesmo os que reputam que o caso fortuito e a força maior⁴⁶² ensejam a exclusão da responsabilidade do fornecedor, entendem que somente a força maior ou o fortuito externo⁴⁶³, ou seja, apenas os fatos alheios à atividade produtiva do fornecedor, usualmente ocorridos em momento posterior ao ingresso do produto no mercado, são aptos a atingir esse fim. O fortuito interno, entendido como o fato imprevisível, e até mesmo inevitável, ocorrido dentro do processo de fabricação, não é apto a excluir a responsabilidade do fornecedor, pois esse risco faz parte da atividade⁴⁶⁴.

Assim, se o defeito surgiu antes da introdução do produto no mercado, independente de seus motivos, o fornecedor será sempre responsável pelas suas consequências, pois se, até mesmo, o fornecedor não pode detectar esse defeito, menores condições, ainda, terá o consumidor.

Diante da impossibilidade de ambas as partes em prever e evitar a ocorrência do fortuito interno e considerando que o fornecedor assumiu o risco do empreendimento, ao contrário do consumidor, cabe àquele suportar os correspondentes danos. Até mesmo, porque, conforme adverte Alberto do Amaral

Fabricante por Produto Defeituoso na União Européia e no Brasil, p. 120; MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**, p. 81; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 159; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 290; TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 241-242; SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 184; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 737-738; e NORONHA, Fernando. **Responsabilidade Civil**, p. 31.

⁴⁶² A distinção ente caso fortuito e força maior não será aqui tratada, já que se constituiu em fator de profunda controvérsia doutrinária, pelo que as duas figuras serão equiparadas para os fins desse trabalho.

⁴⁶³ Nesse sentido discorre Fernando Noronha: “A externidade, apesar de normalmente não indicada entre as características do caso fortuito ou de força maior, parece ser requisito essencial, pelo menos neste âmbito da responsabilidade objetiva. Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecerem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação” (NORONHA, Fernando. *Obra Citada*, mesma página).

⁴⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 474.

Júnior, “aceitar que acontecimentos oriundos na esfera de produção do fornecedor pudessem ser considerados como caso fortuito ou força-maior seria permitir o reingresso, por outros meios, do critério de culpa para aferir a responsabilidade do fornecedor”⁴⁶⁵.

Por sua vez, se o fato imprevisível e inevitável ocorrer absolutamente fora do âmbito de atividade do fornecedor, poderá servir como excludente da responsabilidade.

A fim de melhor ilustrar essa situação, na qual o fornecedor será sempre responsável pela ocorrência de fortuito interno e essa será afastada quando da verificação de fortuito externo, apresenta-se o escólio de Anderson Schreiber:

Uma análise detida da jurisprudência atual revela, em todo o mundo, uma gradual relativização do poder excludente destes fatores, com a sua absorção pela cadeia causal deflagrada pelo responsável. Assim, por exemplo, ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada *teoria do fortuito interno*, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado.

Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e ao dano, mesmo quando imprevisível e irresistível. Em outros termos: aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem a qual se conserva a responsabilidade⁴⁶⁶.

Contudo, como já exposto, apesar de majoritária, contrapõe-se a essa corrente (que aceita o fortuito externo como fator de exclusão da responsabilidade do fornecedor) outra que não aceita esses fatores como eximentes de responsabilidade⁴⁶⁷, sob a alegação, primeira, de que diante da inexistência de menção ao caso fortuito e à força maior no Código de Defesa do Consumidor não é possível considerá-los com excludentes de responsabilidade, sequer mediante aplicação subsidiária do Código Civil, vez que a Lei Protetiva deve ser interpretada de forma restritiva.

⁴⁶⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 119.

⁴⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 64-65.

⁴⁶⁷ São adeptos dessa corrente doutrinária: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 112; e LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 270-271.

Ademais, entende esse corrente, com bastante propriedade, que no caso concreto o fortuito externo pode ser subsumido por outra excludente expressamente disposta no § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, afastando assim, mais uma vez, a necessidade de inclusão dessas eximentes no âmbito das relações de consumo.

Exemplo fica por conta do equipamento dotado de antena externa que é atingido por um raio, vindo a pegar fogo, o qual se estende para toda a residência do consumidor. Ora, nesse caso perfeitamente possível se alegar à ocorrência de fortuito externo, vez que o fato imprevisível e inevitável (raio) deu-se fora do âmbito de atividade do fornecedor. Contudo, igualmente possível é a alegação de inexistência do defeito, vez que esse não apresentava qualquer defeito de concepção, fabricação ou informação, tendo o acidente sido motivado por fator externo, alheio ao produto.

O mesmo ocorre com o produto que é contaminado, após a sua inserção no mercado, em decorrência de ação terrorista. Nesse caso, o fato imprevisível e inevitável (atuação terrorista) ou invés de ser reputado como fortuito externo pode, perfeitamente, ser considerado como fato de terceiro, excludente expressamente prevista no § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista.

Assim, diante da possibilidade de encaixar todos os casos de fortuito externo em uma das outras hipóteses de excludentes de responsabilidade previstas no § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, parece desnecessária a discussão sobre a inclusão ou não desses fatores no rol de excludentes previstas na Lei Protetiva.

5.5.6 Fato do príncipe

Outra excludente não prevista expressamente no § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, mas usualmente aceita pela doutrina, é o fato do príncipe.

Adverte Silvio Luís Ferreira da Rocha que diante da existência “no ordenamento jurídico brasileiro de uma norma emanada de autoridade competente que imponha um ‘modo de produção’, sem margem para qualquer alternativa do fornecedor, ocorrendo defeito no produto fabricado, poderá o fornecedor alegar a

seu favor, como causa de exclusão da responsabilidade, ‘a conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas’⁴⁶⁸.

Ou seja, nessa excludente o fornecedor alega em seu benefício, notadamente para excluir sua responsabilidade em decorrência de acidentes de consumo, que o defeito do produto é decorrente, exclusivamente, do atendimento a norma pública. Não observada a determinação estatal, a qual o fornecedor estava adstrito, o defeito inexistiria.

O fato do príncipe pode ser percebido, então, na hipótese de o defeito ser decorrente do cumprimento de normas imperativas ditadas por autoridade pública, os quais estabeleçam, coercitivamente, o modo de produção⁴⁶⁹, como ocorre no caso da determinação, imperativa, do Estado de inserção de iodo no sal de cozinha.

Nesse caso, constatada que essa adição tem o condão de causar câncer de tireóide nos consumidores, esse defeito não poderá ser imputado ao fornecedor, que simplesmente obedeceu à determinação legal, mas sim ao Estado, que impôs essa conduta.

Evidente, desse modo, o rompimento do nexo de causalidade no caso em comento, vez que o defeito não pode ser imputado à conduta do fornecedor, mas sim, exclusivamente, ao cumprimento de regras imperativas fixadas pelo Estado.

Entretanto, apesar de o fato do príncipe também ter o condão de romper com o liame de causalidade, afastando a responsabilidade do fornecedor, não é possível se falar em omissão, propriamente dita, do § 3º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor em decorrência da ausência de previsão dessa excludente.

Isso porque, tal como se verificou no tópico antecedente, ao se tratar do caso fortuito e da força maior, apesar da inexistência da previsão dessa excludente, sua ocorrência prática pode ser subsumida por outras excludentes expressamente previstas no dispositivo em comento.

No exemplo acima delineado, no qual se impôs ao fornecedor a adição de iodo ao sal, apesar de perfeitamente configura a eximente fato do príncipe, a igual solução – exclusão da responsabilidade do fornecedor – chegar-se-á se aplicada a

⁴⁶⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**, p. 110.

⁴⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p 308.

excludente culpa exclusiva de terceiro, vez que sem a conduta do Estado (terceiro na relação consumerista) o defeito não se verificaria.

Logo, apesar da possibilidade da inserção da presente excludente no rol do § 3º, do artigo 12 do Diploma Consumerista, essa se faz despicienda, vez que pode ser substituída por eximente expressamente disposta, notadamente, o fato exclusivo de terceiro.

5.5.7 Risco do desenvolvimento

Como consabido, toda vez que um novo produto é introduzido no mercado existe o risco de que contenha defeito que, em decorrência do estágio da ciência, não possa ser percebido, seja pelo fornecedor, seja pelo restante da comunidade. Esse perigo que está intimamente ligado ao “novo”, denomina-se de risco do desenvolvimento⁴⁷⁰.

Exemplo típico de risco do desenvolvimento fica por conta das telhas de amianto. Quando de sua introdução no mercado, face ao estágio da ciência, não era possível se auferir a toxicidade do material (amianto). Contudo, com o avanço tecnológico constatou-se seu alto grau de perniciosidade, tendo de ser retirada do mercado.

Parte da doutrina⁴⁷¹ reputa que esse risco do desenvolvimento, que esse defeito que não pode ser verificado pelo fornecedor, em decorrência da inexistência de meios, do desconhecimento científico, é fator excludente da responsabilidade do fornecedor.

Isto porque, segundo essa corrente doutrinária, esse risco pertence a toda a coletividade, a qual usufrui desse desenvolvimento, sendo inviável impô-lo somente

⁴⁷⁰ Silvio Luís Ferreira da Rocha conceitua o risco do desenvolvimento como “aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado”, (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 46).

⁴⁷¹ Aceitando o risco do desenvolvimento como fator suscitador da exclusão da responsabilidade do fornecedor observa-se a lição de: ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 178; EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**, p. 36; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 294; KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p.175; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 509.

ao fornecedor, vez que isso acabaria por desestimulá-lo na busca por novas descobertas.

Nesse sentido segue o escólio do jurista português, João Calvão da Silva⁴⁷², afirmando que não seria justo, nem razoável, imputar essa responsabilidade ao fornecedor, até mesmo porque, esse fato o desencorajaria ou, pelo menos, não iria favorecer, o desenvolvimento e comercialização de novos e imprescindíveis produtos, como medicamentos para a cura de doenças letais.

Note-se que essa corrente sequer admite a imputação do risco ao fornecedor sob o argumento de que esse detém as melhores condições preventivas, argumentando que se o fornecedor sequer conhece os riscos, pois não detectáveis em decorrência do estágio da ciência, não teria como incluí-los nos seus custos e, conseqüentemente, reparti-los entre os consumidores.

Assim, conclui essa vertente doutrinária que o risco de desenvolvimento do produto é causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor, pois quando de sua inserção no mercado de consumo, o estágio da ciência não permitia auferir qualquer defeito, pelo que, com espeque, no artigo 12, § 1º, III, do Diploma Consumerista, que estabelece que o produto somente será defeituoso quando não ofereça a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em considerações a época em que foi colocado em circulação, não há que se cogitar de qualquer defeituosidade.

Ou seja, se a defeituosidade deve ser analisada com base no momento em que o produto foi inserido no mercado, nesse momento, em decorrência da ausência de tecnologia, não era possível se cogitar sua existência, não remanescendo qualquer responsabilização ao fornecedor.

Por sua vez, contrariando essa vertente doutrinária, outros doutrinadores⁴⁷³ afastam o risco do desenvolvimento das causas excludentes de responsabilidade,

⁴⁷² SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 509.

⁴⁷³ Afastando o risco do desenvolvimento do rol de excludentes de responsabilidade do fornecedor, verifica-se o escólio de: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**, p. 46; BENJAMIN, Antônio Herman V.. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 130; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p.476; CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. **Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor**, p. 139; DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 163; FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**, p. 114; GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço**, p. 152; PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 172; SAAD, Eduardo Gabriel. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 212; e TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional**, p. 243.

argumentando que “seria extremamente injusto financiar o progresso às custas do consumidor individual, debitar na sua cota social de sacrifícios os enormes riscos do desenvolvimento. Isso importaria em retrocesso de 180 graus na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco – repartir o dano entre todos já que os benefícios do desenvolvimento são para todos”⁴⁷⁴.

Aponta, ainda, Flávia Puschel, adepta dessa corrente doutrinária, que somente com a responsabilização do fornecedor é possível se “evitar que os consumidores sejam utilizados como ‘cobaias’ de produtos cujos efeitos são desconhecidos”⁴⁷⁵, pois se não o fossem, ou seja, se não fossem responsabilizados pelos eventuais danos decorrentes, não se acautelariam.

Para finalizar, afirmam esses doutrinadores que mesmo o fornecedor desconhecendo os riscos decorrentes da introdução de novo produto no mercado, que pode se preparar mediante a contratação de seguro, contratação essa que refletirá no custo final do produto, não onerando o fornecedor, mas sim a repartindo entre a coletividade, a quem cabe pagar pelo preço do progresso.

Desse modo, apesar dos fortes argumentos da corrente que contempla o risco do desenvolvimento como fator excludente de responsabilidade, seu afastamento parece mais adequado às normas protetivas, mormente a responsabilização objetiva, adágio do Estado Social, que prima pela sociabilização dos riscos, evitando, assim, que qualquer cidadão assumira sozinho esse ônus.

Finalizada a análise das causas excludentes de responsabilidade, já se faz possível adentrar na discussão quanto ao prazo que detém o consumidor para acionar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador em decorrência de acidentes de consumo.

5.6 PRESCRIÇÃO

Depois de verificado que para a ocorrência do vício de insegurança imprescindível se faz que um produto defeituoso cause danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor (item 5.1), bem como, que toda e qualquer vítima desse

⁴⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 476.

⁴⁷⁵ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 174.

acidente é parte legítima para buscar reparação (item 5.2) em face dos sujeitos arrolados no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, notadamente, produtor, construtor, fabricante e importador (item 5.3), persiste o questionamento quanto ao prazo que o consumidor dispõe para pleitear essa reparação.

Em busca dessa resposta, necessária se faz a análise do artigo 27⁴⁷⁶ do Código de Defesa do Consumidor, o qual aponta o prazo de 05 (cinco) anos para que o consumidor busque reparação pelos danos sofridos⁴⁷⁷.

Destaca-se, que o dispositivo em comento faz menção expressa à Seção II, do Capítulo IV, ou seja, refere-se exclusivamente aos dispositivos que versam sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não se aplicando, assim, quando estiver em discussão situações de vício de inadequação, nas quais prevalecem os prazos constantes do artigo 26 do Diploma Consumerista, conforme já explanado no item 4.8 desse trabalho.

Nesse sentido é o preciso escólio de Roberto Senise Lisboa, afirmando que: “o período quinquenal não é aplicável para as hipóteses em que se debate a responsabilidade pelo vício”⁴⁷⁸.

Logo, o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se, exclusivamente, para os casos de acidente de consumo, situações nas quais o consumidor disporá do prazo de 05 (cinco) anos para demandar o fornecedor em decorrência dos danos sofridos.

Destaca-se que o prazo prescricional de 03 (três) anos estabelecido no Código Civil em nada afeta o prazo prescricional previsto no Código de Defesa do Consumidor. Seja porque o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil, e pelo princípio da especialidade a lei geral não derroga a especial, seja porque o Código de Defesa do Consumidor apresenta normativa mais

⁴⁷⁶ “Art. 27. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II desse deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

⁴⁷⁷ Apesar de o dispositivo prever expressamente que o prazo em questão é prescricional, alguns doutrinadores se opõe a esse fato, aventado tratar-se de prazo decadencial. Nesse sentido, o escólio de Zelmo Denari, afirmando que “o art. 27 disciplina a extinção do direito de exigir a reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (responsabilidade por danos). Trata-se, mais uma vez, de prazo decadencial, visto que continua em causa a extinção de direitos subjetivos em via de constituição.” (DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 199).

⁴⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 277.

benéfica ao consumidor, prevalecendo assim sobre o Código Civil⁴⁷⁹, em decorrência da teleologia do próprio Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, que buscam a proteção, o tratamento mais benéfico, ou sujeito de direito consumidor⁴⁸⁰.

Contudo, resta, ainda, saber o termo inicial da contagem desse prazo. É o que se passa a analisar.

5.6.1 Contagem do prazo prescricional

Qualquer que seja o acidente de consumo, o prazo para o consumidor acionar os fornecedores indicados no artigo 12 do Diploma Consumerista é de 05 (cinco) anos. Contudo, o início da contagem desse prazo, conforme previsão expressa do artigo 27, somente se dará “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Observe-se que o texto legal em questão utiliza a expressão “e” e não “ou”, fato que evidencia que a prescrição somente terá início quando da verificação cumulativa desses dois elementos.

Como adverte Bruno Miragem, “no caso, tratou o legislador do CDC de estabelecer a certeza da possibilidade real de exercício da pretensão (consciência do dano e de sua autoria), para então estabelecer critério de início da fluência do prazo prescricional”⁴⁸¹.

Isso porque, um acidente de consumo poderá se verificar sem que, necessariamente, o consumidor tenha ciência da sua ocorrência ou de quem seja o seu autor.

Ora, se o dano só se torna conhecido a partir de sua manifestação externa, não se apresenta adequado que o prazo para reclamar em face da sua ocorrência tenha início anteriormente a esse fato.

Por exemplo, um determinado medicamento tem a capacidade de provocar câncer de esôfago em decorrência de vício de concepção. Nessa situação, o prazo

⁴⁷⁹ Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 489.

⁴⁸⁰ A interação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor foi tratada no item 2.6. desse trabalho.

⁴⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 305.

prescricional somente terá início no momento em que o consumidor tiver ciência do câncer, por mais que seu desenvolvimento tenha se iniciado anos antes, pois somente nesse momento haverá a manifestação externa do dano e, conseqüentemente, seu conhecimento pelo consumidor.

Desse modo, verifica-se que sem a ciência inequívoca do dano pelo consumidor não há o início da contagem do prazo prescricional.

Por sua vez, o prazo prescricional também não terá início enquanto o consumidor não souber a quem imputar os danos, ou seja, a quem responsabilizar em decorrência do acidente de consumo.

Tomando por base o mesmo exemplo do medicamento, por mais que o consumidor tome conhecimento da existência do câncer, o prazo para reclamar pelos danos ocasionados somente terá início no momento em que esse dano for atrelado a figura do fornecedor, ou seja, que o consumidor tome conhecimento que o dano foi ocasionado por defeito do medicamento.

Assim, resta ululante a intenção do legislador de conferir condições efetivas ao consumidor de demandar o fornecedor em decorrência de acidentes de consumo, condicionando o início da contagem do prazo prescricional a ciência inequívoca do dano e de sua autoria.

Cabe mencionar, ainda, que diante da inexistência no Código de Defesa do Consumidor de regras que prevejam a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo prescricional para ajuizamento de demanda decorrente de acidente de consumo, que se aplicam, de forma subsidiária, as regras do Código Civil, notadamente os artigos 197 a 204⁴⁸².

Finalmente, depois de todo esse percurso, no qual se tentou demonstrar **(i)** em qual medida o fenômeno da contratação em massa contribuiu para a concessão da tutela protetiva ao consumidor (Capítulo 1); **(ii)** qual o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, apresentando os elementos essenciais das relações de consumo, notadamente consumidor, fornecedor e objeto (Capítulo 2); **(iii)** a evolução do sistema de responsabilidade civil, culminando com a consagração da responsabilidade objetiva no Diploma Consumerista (Capítulo 3); e **(iv)** as duas formas de responsabilização do fornecedor nas relações de consumo, ou seja, a

⁴⁸² Nesse sentido: MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 305 e SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 94.

decorrente de vício de inadequação (Capítulo 4) e a de vício de insegurança (Capítulo 5), já se faz possível à realização do cotejo dessas duas formas de responsabilização, a fim de bem delimitá-las. É isso que se olvida realizar no capítulo que segue.

CAPÍTULO 6 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DE INADEQUAÇÃO E INSEGURANÇA DO PRODUTO

Após a análise isolada da responsabilidade pelo vício do produto (Capítulo 4) e da responsabilidade pelo fato do produto (Capítulo 5), já se faz possível o cotejo desses dois institutos.

O objetivo dessa comparação é distinguir esses dois institutos com clareza, pois constantemente são confundidos, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, conduzindo a interpretações múltiplas e antagônicas.

Observe-se, conforme adverte Flávia Portella Puschel, que essa distinção é “de grande interesse prático devido às diferenças na regulação de cada uma dessas hipóteses no CDC”⁴⁸³. Ou seja, não se trata de trabalho meramente teórico, pois a sua errônea interpretação pode conduzir, por exemplo, a perda de prazos para o ajuizamento de correspondente ação reparatória ou a decretação da sua decadência, causando prejuízos irreparáveis para o consumidor.

Assim, na busca dessa distinção entre vícios de inadequação e vícios de insegurança do produto, em um primeiro momento será procedido um cotejo entre os correspondentes conceitos, apontando suas similaridades e distinções, a fim de apurar seus limites, fator essencial para a verificação de até qual momento pode-se concluir tratar-se de vício de inadequação e a partir de que instante se estará diante de um vício de insegurança.

Feita essa distinção conceitual, será realizada análise quanto à extensão de cada instituto, notadamente no que diz respeito aos prejuízos ocasionados, perpassando sobre a discussão quanto a autonomia ou dependência da ação de indenização fundada em vício de inadequação com as ações visando o abatimento do preço, a restituição da quantia paga ou a substituição do produto, para então, em um terceiro momento, analisar os prazos que devem ser aplicados para a propositura das ações ora mencionadas.

⁴⁸³ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 20.

6.1 DISTINÇÃO CONCEITUAL

Como já visto no Capítulo 4, verifica-se a ocorrência de responsabilidade do fornecedor por vícios de inadequação quando o produto não atinge a expectativa legítima do consumidor quanto a sua prestabilidade ou servibilidade, sendo que essa expectativa legítima é auferida com base no padrão do homem médio, do bom pai de família.

Por sua vez, conforme exposto no Capítulo 5, para que se efetive a responsabilização do fornecedor em decorrência de vícios de insegurança, faz-se necessário que um produto defeituoso, ou seja, aquele que para os parâmetros do homem médio não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, cause danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, caracterizando assim a ocorrência do acidente de consumo.

Procedendo ao cotejo desses dois conceitos, Bruno Miragem afirma que “o defeito, como pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo”⁴⁸⁴ e “difere dos vícios, que representam a falha a um dever de adequação, que se dá quando o produto ou o serviço não servem à finalidade que legitimamente deles são esperados, pelo comprometimento da sua qualidade ou da quantidade”⁴⁸⁵.

No mesmo sentido segue o escólio de Flávia Portella Puschel, consignando que os “produtos com problemas de adequação são aqueles que não correspondem à legítima expectativa do consumidor no que se refere à sua *utilização ou fruição*, ao passo que produtos com problemas de segurança são aqueles que não correspondem à legítima expectativa da sociedade no que se refere à sua *segurança*, por representarem riscos à integridade físico-psíquica ou patrimonial das pessoas”⁴⁸⁶ e de Leonardo Bessa, apontando que “enquanto na responsabilidade pelo fato a preocupação maior é com a segurança dos produtos e serviços, na

⁴⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 267.

⁴⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Obra Citada, mesma página.

⁴⁸⁶ PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 23.

responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias⁴⁸⁷.

Não diferentemente é o escólio de Paulo de Tarso Sanseverino, afirmando que:

“Enquanto os defeitos são falhas dos produtos ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais, os vícios são falhas, ocultas ou aparentes, que afetam, via de regra, apenas o próprio produto ou serviço, tornando-os inadequados ao uso que se destinam por não apresentarem a qualidade ou quantidade esperada pelo consumidor, inclusive por deficiência de informação. Ou seja, o produto ou serviço defeituoso é aquele que se mostra perigoso, colocando em risco a segurança do consumidor, enquanto o produto ou serviço viciado é aquele que não apresenta a qualidade esperada, mostrando-se inadequado ao uso a que se destina.”⁴⁸⁸

Assim, ao que se afigura, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor, sendo que no primeiro caso o dever é o de adequação e no segundo o de segurança.

Contudo, questiona-se: qual o limite entre esse dever de adequação e o dever de segurança. Ou seja, até que momento é possível se concluir tratar-se de um vício de inadequação e desde quando se tem um vício de insegurança?

O marco para essa distinção, aparentemente, encontra-se na ocorrência de danos à vida, à saúde ou à segurança⁴⁸⁹ do consumidor, motivados por produto inseguro.

Isso porque, um determinado produto pode até ser considerado inseguro pela sociedade. Entretanto, se não causar danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor não haverá a ocorrência de acidente de consumo e sim um mero caso de vício de inadequação.

Verifica-se, então, a estreita ligação entre o vício de inadequação e o vício de insegurança, sendo que esse pressupõe a existência daquele. Pode-se afirmar, inclusive, que o vício de insegurança está contido no vício de inadequação, vez que dentre vários produtos com vícios de concepção, fabricação ou informação⁴⁹⁰, todos

⁴⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 140.

⁴⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 151.

⁴⁸⁹ Aqui contemplados danos patrimoniais.

⁴⁹⁰ Formas de periculosidade adquirida, conforme exposto no item 3.3.2 desse trabalho.

eles manifestamente inseguros, somente alguns ocasionarão danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, tornando-se vícios de insegurança.

Desse modo, verdadeira é a afirmação de que “será vício do produto ou do serviço toda a anomalia apresentada, não importando se há ou não comprometimento da segurança”⁴⁹¹. Ademais, “se houver problema de segurança e dano (acidente de consumo), haverá fato. Se houver dano que não seja causado por defeito (problema de segurança) ou mero defeito que não cause dano, haverá vício e o sistema de responsabilidade do CDC a ser aplicado é dos arts. 18 a 25”⁴⁹².

Vale alertar que a ocorrência de danos não é exclusiva dos vícios de insegurança, também ocorrendo nos vícios de inadequação. Entretanto, nos vícios de insegurança esses danos se dão em face da vida, da saúde ou da segurança do consumidor em decorrência de um produto inseguro, ao passo que no vício de inadequação os danos são oriundos da frustração da expectativa de fruição do produto.

Logo, afigura-se que o divisor de águas entre o vício de inadequação e o vício de insegurança é a ocorrência de danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor, motivados por produto inseguro, pois sem eles se estará diante de um vício de inadequação e somente na sua presença haverá a ocorrência de vício de insegurança.

A fim de melhor visualizar essa distinção conceitual entre vício de inadequação e vício de insegurança, no tópico seguinte ela será representada por exemplos práticos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência.

6.1.1 Casos práticos que auxiliam na visualização da distinção conceitual

São vários os exemplos trazidos pela doutrina a fim de distinguir o vício de inadequação do vício de insegurança. A jurisprudência também é farta nesse sentido. Assim, objetivando maior clareza nessa distinção, serão analisados alguns casos a fim de bem delimitar esses institutos.

⁴⁹¹ EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**, p. 23-24.

⁴⁹² EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Obra Citada, mesma página.

O primeiro exemplo a ser trabalhado é o exposto por Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁴⁹³, no qual o consumidor compra uma caixinha de creme de leite embolorado. Aponta o doutrinador que se o consumidor constatar a inadequação do produto antes de seu consumo será caso de vício de inadequação⁴⁹⁴. Contudo, se o produto for consumido, causando infecção estomacal, o caso será de vício de insegurança.

Note-se que nessa situação, antes mesmo de seu consumo, o produto já era considerado inseguro. Isso porque, é legítimo, é o que espera o homem médio, que produtos alimentícios não estejam estragados. Entretanto, como o produto não foi consumido, não houve danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor, caracteriza-se a ocorrência de vício de inadequação⁴⁹⁵.

De outro lado, se o produto for consumido, causando infecção estomacal no consumidor, haverá a conjugação de dano à saúde com a existência de um produto inseguro, conduzindo-se a aplicação das regras de responsabilidade por fato do produto.

Observe-se, então, que o limiar nesse exemplo foi à ocorrência de danos à saúde do consumidor. Sem eles não haveria que se falar em vício de insegurança e sim simplesmente em vício de inadequação.

Igualmente, é possível se observar da situação que o vício de insegurança está contido no vício de inadequação, vez que de vários produtos embolorados, que como já visto são tidos como inseguros, somente alguns, ou seja, aqueles ingeridos pelo consumidor, conduzirão a ocorrência de acidente de consumo, todos os demais, que tiverem o seu consumo obstado, pois constatado que estava embolorado, serão tidos como casos de vício de inadequação.

⁴⁹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 168.

⁴⁹⁴ Reiterados são os julgados que, contrariamente ao exposto pelo doutrinador em comento, apontam situações como a ora descrita como caso de vício de insegurança, como, por exemplo, o proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que mesmo diante da ausência de ingestão do produto, ou seja, pela mera potencialidade do produto inadequado causar danos à saúde do consumidor, reputou a ocorrência de vício de insegurança (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 2009.001.03982, relator Desembargador Mário Guimarães Neto, julgamento 05.05.2009).

⁴⁹⁵ Com fulcro no inciso III, do § 6º, do artigo 18 do Diploma Consumerista, são impróprios ao uso e consumo os produtos “nocivos à vida ou à saúde, perigosos”, mas que ainda não causaram danos à vida, à saúde, ou a segurança do consumidor.

Em suma, o vício de inadequação está no germe do vício de insegurança. Pressupõe a sua ocorrência.

Esse fato pode ser mais bem observado na ilustração trazida por Bruno Miragem⁴⁹⁶, na qual o consumidor adquire um produto eletroeletrônico. Aponta o doutrinador que se a pretexto de falha em seus circuitos elétricos o produto simplesmente não funciona, ter-se-á hipótese de vício por inadequação. Se em razão dessa mesma falha nos seus circuitos elétricos, um determinado consumidor vem a ser eletrocutado quando manuseia o produto, a falha deverá se caracterizar como defeito, alterando-se o regime para a responsabilidade pelo fato do produto.

Então, caso o produto simplesmente não funcione ele será considerado inadequado, com fulcro no inciso III, do § 6º, do artigo 18 do Diploma Consumerista, o qual estabelece que são impróprios ao uso e consumo “os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos”.

Por sua vez, se o consumidor for eletrocutado, esse produto perigoso, nocivo à vida ou à saúde terá causado danos efetivos à saúde do consumidor, conduzindo assim a ocorrência de acidente de consumo e aplicando-se a normativa prevista no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se que a simples possibilidade de causar danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, como a verificada no não funcionamento do equipamento (pois o consumidor *poderia* ter sido eletrocutado) não conduz à ocorrência de acidente de consumo, sendo necessária à efetivação de danos, vez que o direito não resguarda mera possibilidade de lesão e sim a sua real ocorrência⁴⁹⁷.

A jurisprudência também traz casos interessantes, como o da aquisição de mobiliário defeituoso, notadamente cadeiras montadas com peças de cores contrastantes e bolha no tampo de vidro da mesa, pelo que o consumidor pleiteia a

⁴⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 318.

⁴⁹⁷ Esse tema já foi abordado no item 3.2.2, asseverado-se que “somente lhe cabe perceber a reparação correspondente ao prejuízo efetivamente suportado em decorrência do ato ilícito” e não reparação por dano hipotético, por algo que poderia ocorrer. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 1.0433.05.146611-1/001, relator Desembargador Rogério Medeiros, julgamento em 12.02.2009, publicação em Diário de Justiça no dia 24.04.2009.

correspondente indenização. Nessa situação, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁸, em decisão acertada, concluiu pela ocorrência de vício de inadequação e não de insegurança, pois, conforme padrão do homem médio, não há que se falar em produto inseguro, afastando-se, de antemão, qualquer possibilidade da ocorrência de vício de insegurança.

Observe-se que diante de equívoco na distinção entre vício de insegurança e vício de inadequação, a ação reparatória em questão foi ajuizada em prazo superior aos 90 (noventa) dias previstos no artigo 26 do Diploma Consumerista, pelo que se declarou a decadência do direito do consumidor, evidenciando-se, assim, à importância da perfeita distinção entre esses dois institutos.

Outro caso interessante diz respeito à explosão de botijão de gás, o qual ocasionou ferimentos e queimaduras graves no consumidor. Nessa situação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁴⁹⁹, também com acerto, concluiu pela ocorrência de vício de insegurança, vez que inegável que para o homem médio um botijão de gás que explode é considerado inseguro. Esse produto inseguro, somado a ocorrência de ferimentos e queimaduras graves no consumidor, ou seja, danos à saúde do consumidor, conduz a ocorrência de vício de insegurança.

Apesar de claramente tratar-se de hipótese de vício de insegurança, o consumidor intentou a ação reparatória somente em face do comerciante, sujeito não legitimado pelo artigo 12 do Diploma Consumerista, conduzindo ao reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito, mais uma vez evidenciando a ocorrência de manifestos prejuízos ao consumidor haja vista a errônea distinção entre os dois institutos em estudo.

Um último exemplo diz respeito a defeito em veículo. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁰ se o veículo pega fogo em decorrência de defeito na

⁴⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 114.473, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento 24.03.1997, publicação no Diário de Justiça do dia 05.05.1997.

⁴⁹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 358.107-7, relatora Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgamento 08.05.2002.

⁵⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 575.469, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 18.11.2004, publicação em Diário de Justiça do dia 06.12.2004.

mangueira de alimentação do combustível está-se diante de caso de vício de insegurança, pois um produto inseguro (não restam dúvida que qualquer consumidor não espera que um veículo pegue fogo) ocasionou danos à segurança do consumidor, notadamente a seu patrimônio.

Por sua vez, não ocorrendo o acidente, ou seja, não se efetivando os danos à segurança do consumidor, por mais que o produto seja perigoso, parece mais acertada a decisão que afasta a ocorrência de vício de insegurança, aplicando a responsabilização por vício de inadequação. Ou seja, por mais que o veículo apresente defeito na mangueira de alimentação do combustível, não havendo o incêndio, o caso melhor se resolve mediante a aplicação das regras atinente ao vício de inadequação⁵⁰¹.

Logo, o fator a diferenciar o vício de inadequação do vício de insegurança é a ocorrência de danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor. Sem essas modalidades de danos, por mais que o produto seja inseguro, não haverá a incidência das regras pertinentes ao vício de insegurança, mas sim as de vício de inadequação.

Assim, resta analisar a extensão das perdas e danos nos dois institutos, exame esse que será realizado no próximo tópico.

6.2 A EXTENSÃO DAS PERDAS E DANOS NOS DOIS INSTITUTOS

Como já visto no Capítulo 5, inegável é o fato de que na ocorrência de acidente de consumo o consumidor faz jus à reparação integral das perdas e danos, as quais devem ser entendidas tanto como os danos materiais, como os lucros cessantes eventualmente sofridos pelo consumidor⁵⁰².

Por sua vez, conforme analisado no Capítulo 4, o vício de inadequação também pode provocar alguns prejuízos externos ao próprio produto⁵⁰³, mas

⁵⁰¹ Nesse sentido, veja o seguinte julgado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 554.876, relator Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, julgamento 17.02.2004, publicação no Diário de Justiça do dia 03.05.2005.

⁵⁰² Nesse sentido, NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 190.

⁵⁰³ “Os danos decorrentes de vícios (problemas de adequação) consistem na desvalorização do produto e na perda ou diminuição de sua utilidade, bem como nos prejuízos diretamente

diretamente decorrentes da sua inadequação ao uso ou consumo, como, mas não exclusivamente, gastos com transporte até o local do conserto, com a substituição do produto durante o período de reparos e até mesmo dano moral.

Ou seja, as perdas e danos decorrentes do vício de inadequação são inconfundíveis com os danos decorrentes do vício de insegurança. “O dever de indenizar perdas e danos aqui previsto deriva direta e indiretamente da inexecução contratual”⁵⁰⁴, ao contrário do que ocorre no vício de insegurança, onde os danos decorrem do descumprimento ao dever de segurança, independentemente da existência ou não de relação contratual.

Reitere-se que a possibilidade de o vício de inadequação ocasionar danos externos ao próprio produto não é tema pacífico, alguns doutrinadores rechaçam essa possibilidade, como João Batista de Almeida, que afirma que a “responsabilidade pelo fato objetiva tutela a integridade físico-psíquica, ensejando ampla reparação de danos; a responsabilidade por vícios busca proteger a esfera econômica, ensejando tão-somente o ressarcimento segundo as alternativas previstas na lei de proteção: substituição da peça viciada, substituição do produto por outro, restituição da quantia paga ou abatimento do preço”⁵⁰⁵.

Contudo, parece ser mais defensável a corrente que aceita a ocorrência de danos externos ao produto nos vícios de inadequação⁵⁰⁶. Isso porque, existe previsão expressa no inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista de que além do direito à restituição da quantia paga, o consumidor fará jus a indenização por perdas e danos.

decorrentes de tal desvalorização ou perda de utilidade”. (PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**, p. 24).

⁵⁰⁴ DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 183.

⁵⁰⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**, p. 98.

⁵⁰⁶ Nesse sentido: ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 55; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 104; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 199; BESSA, Leonardo Roscoe. **Vícios dos Produtos**, p. 292; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 242; NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 193; ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**, p. 284.

E nem se diga que o fato das perdas e danos constarem somente do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista implica em reduzir a sua ocorrência a essa alternativa. Ou seja, que o consumidor somente fará jus as perdas e danos quando pleitear a restituição dos valores pagos, pois essa interpretação não está de acordo com a teleologia do Código Consumerista e nem da Constituição Federal que objetivam ampla proteção e reparação ao sujeito de direito consumidor.

Note-se, inclusive, que caso se aceitasse que o direito as perdas e danos incidissem somente na hipótese de pedido de restituição dos valores pagos “então, toda vez que o consumidor tivesse – ou quisesse pleitear – direito a indenização por danos materiais e/ou morais e também quisesse a troca do produto, ele facilmente burlaria a lei: em vez de pedir a troca, requereria a devolução do valor do preço, e com esse dinheiro compraria o produto. Assim, poderia pleitear indenização⁵⁰⁷.

Desse modo, parece não ser a melhor interpretação a que restringe o direito à indenização a hipótese de o consumidor pleitear a restituição dos valores pagos, pelo que se tem que o direito a indenização por perdas e danos se estende a todas as demais alternativas (substituição do produto ou abatimento do preço), como inclusive é o escólio de Bruno Miragem:

A interpretação isolada destas disposições legais poderia levar a errônea conclusão de que é devida indenização por perdas e danos apenas quando o consumidor opte pela alternativa constante nas normas em destaque, qual seja, a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada. Entretanto, esta não parece ser o entendimento correto.

A indenização das perdas e danos será admitida sempre quando houver prejuízos ressarcíveis por parte do consumidor, sejam eles danos materiais ou morais. É, portanto, uma alternativa autônoma, decorrente do direito à reparação, a que faz jus todo aquele que sofre um dano. O regime da responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, ao tempo em que prevê alternativas múltiplas para satisfação dos interesses legítimos do consumidor prejudicado por um produto viciado, não afasta o direito básico do consumidor, previsto no artigo 6º, VI, do CDC, à efetiva prevenção e reparação de danos⁵⁰⁸.

Logo, o consumidor, além das três alternativas previstas no § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista (substituição, restituição do dinheiro, abatimento do preço), pode exigir indenização pelas perdas e danos.

Importante destacar, ainda, que a indenização por eventuais perdas e danos em decorrência de vícios de inadequação independe da má-fé do fornecedor, como

⁵⁰⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 193.

⁵⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**, p. 318.

ocorre nas relações regidas pelo Código Civil brasileiro⁵⁰⁹, a teor do disposto no artigo 443 desse Diploma⁵¹⁰. Ou seja, a indenização por perdas e danos se dará mesmo que o fornecedor estivesse de boa-fé, por exemplo, por desconhecer o vício no momento da tradição⁵¹¹. Isso porque “a norma do Código Civil é concebida como pena, gravame, ao alienante que agiu com má-fé, enquanto no Código do Consumidor (artigo 18, § 1, II) as perdas e danos têm a função que a elas é própria, de reparação do prejuízo”⁵¹².

Ademais, essa indenização deve ser integral, em razão do direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos⁵¹³, conforme previsão expressa do artigo 6º, inciso VI, do Diploma Consumerista.

Ou seja, as perdas e danos decorrentes do vício de inadequação não estão limitadas ao valor do produto ou até mesmo aos danos patrimoniais⁵¹⁴, podendo também contemplar eventuais danos morais ocorridos.

⁵⁰⁹ Sobre a má-fé nos vícios redibitórios no direito civil brasileiro leciona J.M de Carvalho: “Ao alienante que conheça o vício ou o defeito, não pode valer nenhuma alegação de boa-fé. Ao contrário, a circunstância evidência que êle agiu dolosamente no intuito de lesar o adquirente, que não teria concluído o contrato se o alienante, como era de seu dever, lhe indicasse os defeitos da coisa. A isso ele era obrigado, porque nada podia silenciar ao alienatário das coisas que modificassem o interesse dêste no contrato. A sua malícia, seja ocultando o que sabia, seja negando os defeitos que conhecia, estimulou o adquirente a ver no negócio vantagens que não existiam.” (CARVALHO, J.M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. XV, p. 363).

⁵¹⁰ E como já explanado no item 4.1 desse trabalho.

⁵¹¹ Conforme adverte Miguel Maria de Serpa Lopes, mesmo nas relações civis, “se o vendedor era um profissional, negociando coisas semelhantes à vendida, tem contra si a presunção de má-fé, presunção irrefragável em face de fabricantes e mesmo de comerciantes não fabricantes”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**, v. 3, p. 176).

⁵¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 89.

⁵¹³ Apontando a possibilidade de o consumidor pleitear as perdas e danos integrais, verifica-se o escólio de ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 55; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 104; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 199; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 150; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 242; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra Citada, mesma página.

⁵¹⁴ A limitação das perdas e danos ao valor do produto nos vícios de inadequação é sugerida por Zelmo Denari, o qual aponta que “não se pode deixar de considerar que os vícios de adequação, previstos nos arts. 18 e segs. do Código de Defesa do Consumidor, suscitam uma desvantagem econômica para o consumidor, mas a perda patrimonial não ultrapassa os limites valorativos do produto ou serviço defeituoso, na exata medida da sua inservibilidade

Nesse sentido doutrina Paulo Khouri⁵¹⁵, afirmando a possibilidade de advirem danos morais ao consumidor em decorrência de vícios de inadequação, notadamente pela inexecução contratual.

E, ainda, Paulo Jorge Scartezini Guimarães, afirmando a possibilidade da ocorrência de danos morais em decorrência de vícios de inadequação, notadamente por descumprimento contratual, e refutando as afirmações em sentido contrário:

Considerando que descumprimento contratual (total ou parcial – este desde que não insignificante) gera um abalo, um desgaste, um transtorno para o outro contratante, nossa discussão deve ater-se à possibilidade ou não de indenização em decorrência de tais fatos.

De forma geral dizem alguns doutrinadores e julgadores, sem maior aprofundamento do tema, que o descumprimento de um contrato, normalmente, não acarreta dano moral, pois todo negócio jurídico traz em si um risco e, assim, é inerente a qualquer transação a possibilidade de aborrecimento. Nesses termos, não se poderia falar de dano moral em decorrência do mero cumprimento imperfeito. (...)

O argumento trazido, *data maxima venia*, não nos convence, visto que o fato de existir risco não exclui – ocorrendo o fato danoso – o direito a posterior indenização. Todo ato ou atividade traz em si um perigo, e nunca se defendeu que, ao assumi-lo, estar-se-ia abrindo mão de eventual ressarcimento. Basta supor as relações de vizinhança ou mesmo o ato de dirigir um veículo; há neles um risco de ofensa e algo acontecendo, por exemplo, se formos humilhados pelo vizinho ou vítima de um acidente de trânsito, teremos, teoricamente, direito a indenização por dano moral⁵¹⁶.

Note-se, então, que aparentemente, a melhor interpretação, é aquela que afirma que a ocorrência de dano moral não conduz, obrigatoriamente, a transmutação do vício de inadequação em vício de insegurança⁵¹⁷, tal como quer fazer entender Rosana Grinberg:

ou imprestabilidade. Costuma-se dizer que, nesta hipótese, a responsabilidade está *in re ipsa*”. (DENARI, Zelmo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 154).

Sugerindo a limitação das perdas e danos decorrentes dos vícios de inadequação aos danos patrimoniais, verifica-se o escólio de Rosane Gringerg, apontando que “O vício, ao contrário, apenas compromete o patrimônio do consumidor: um carro zero que poucos dias após sair da concessionária, estanca constantemente ou apresenta um ar condicionado que não funciona, tem seu valor diminuído, prejudica o trabalho do consumidor, chateia, mas não lhe causa qualquer repercussão física ou psíquica, até mesmo porque, se causar, deixa de ser vício, para se tornar defeito”. (GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**, p. 150.

⁵¹⁵ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor**, p. 153.

⁵¹⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 251-252.

⁵¹⁷ Como apontam, aparentemente com acerto, alguns julgados como o proferido pela 5ª Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina, Recurso Inominado n.º 2008.500466-7, relator Juiz Otávio José Minatto, julgamento em 10.11.2008.

O vício, ao contrário, apenas compromete o patrimônio do consumidor: um carro zero que poucos dias após sair da concessionária, estanca constantemente ou apresenta um ar condicionado que não funciona, tem seu valor diminuído, prejudica o trabalho do consumidor, chateia, mas não lhe causa qualquer repercussão física ou psíquica, até mesmo porque, se causar, deixa de ser vício, para se tornar defeito.⁵¹⁸

É perfeitamente possível que em decorrência da inadequação do produto advenham danos morais ao consumidor, danos morais esses decorrentes de descumprimento contratual, pela inadequação do produto e não pelo descumprimento do dever de segurança, pelo que somente àquele instituto podem ser atrelados.

Conclui-se, então, pela possibilidade de o consumidor pleitear perdas e danos tanto em decorrência de vícios de insegurança, como em face de vícios de inadequação, sendo que no primeiro caso os danos são decorrentes do descumprimento do dever legal de segurança, enquanto no segundo caso os danos decorrem do descumprimento contratual, notadamente da frustração da expectativa legítima de adequação do produto.

Assim, apesar da diferenciação quanto à origem das perdas e danos nos dois institutos, tanto poderá o consumidor pleitear ampla reparação (danos materiais, morais e lucros cessantes) dos danos sofridos em decorrência de vícios de inadequação, como dos vícios de insegurança, diferenciando-se, como já se disse, somente a sua origem.

Logo, a verificação de perdas e danos não se limita aos casos de vício de insegurança, podendo, perfeitamente, ter ocorrência nos vícios de inadequação, restando analisar a possibilidade desse pedido de perdas e danos ser cumulado com uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista (abatimento do preço, devolução dos valores pagos ou substituição do produto).

Esse tema já foi debatido no âmbito dos vícios redibitórios, oportunidade na qual a doutrina⁵¹⁹ andou bem ao afirmar que a “ação redibitória poderá ser cumulada com o pedido de indenização de perdas e danos”⁵²⁰.

⁵¹⁸ GRINBERG, Rosana. **Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo**, p. 150.

⁵¹⁹ A cumulação das ações edilícias com a de indenização por perdas e danos é propugnada, exemplificativamente, por PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, v. XXXVIII, p. 291 e CARVALHO, J.M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. XV, p. 372.

⁵²⁰ CARVALHO, J.M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. XV, p. 372.

Na órbita das relações de consumo isso não ocorre diferentemente. Até mesmo porque, conforme previsão expressa do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, o pedido de restituição dos valores pagos se dá sem prejuízo do pleito de perdas e danos, concluindo-se, assim, pela possibilidade de cumulação desses pleitos, interpretação essa apoiada pela doutrina majoritária⁵²¹ e também pela jurisprudência⁵²².

Destaca-se, entretanto, que se trata de simples possibilidade de cumulação, ou seja, essa não é obrigatória, podendo o consumidor optar por ingressar com ações autônomas.

Certo o limite conceitual entre vícios de insegurança e vícios de inadequação, bem como a possibilidade de em ambos os casos serem pleiteadas perdas e danos (inclusive cumulativamente com uma das alternativas do § 1º, do art. 18 do CDC) sendo que aquelas são decorrentes da inobservância do dever de segurança e essas ao dever de adequação, para a melhor ilustração dessa extensão das perdas e danos nos vícios de inadequação e nos vícios de insegurança, tal como feito anteriormente, serão analisados casos práticos.

6.2.1 Casos práticos que auxiliam na visualização da extensão das perdas e danos nos dois institutos

Considerando-se que tanto nos vícios de inadequação como nos vícios de insegurança faz-se possível o pleito pela reparação integral dos prejuízos sofridos,

⁵²¹ Nesse sentido o escólio de ALVIM, Arruda, e outros. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**, p. 55; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 104; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 199; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 150; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 242; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 89.

⁵²² Apontando a possibilidade de cumulação de ação buscando o abatimento do preço, a restituição dos valores pagos ou a substituição do produto com pleito buscando a reparação das perdas e danos, verificam-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 575.469, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 18.11.2004, publicação no Diário de Justiça do dia 06.12.2004; BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 166.696-0, relator Desembargador Lauro Augusto Fabrício de Melo, julgamento 10.03.2005; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 442.368, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 05.10.2004; e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 601.172, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 14.12.2004.

diferenciando-se, unicamente, a origem desses danos, vez que no vício eles são decorrentes da inadequação do produto ao uso ou consumo e no fato da afronta ao dever de segurança, resta delimitar a extensão das perdas e danos nos dois institutos, valendo-se para tanto de casos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Iniciando-se pelos casos trazidos pela doutrina, aponta-se o exemplo colacionado por José Fernando Simão⁵²³, no qual uma garrafa de refrigerante explode em virtude da adição de um produto estranho a sua composição e fere o consumidor.

Destaca o doutrinador em comento, que o caso se trata de vício de insegurança, pois um produto inseguro (o homem médio não espera que uma garrafa de refrigerante estoure) causou danos à saúde do consumidor, pelo que esse poderá pleitear ampla reparação em face do fornecedor, notadamente danos materiais (gastos hospitalares e com medicação), lucros cessantes (ressarcimento pelo que deixou de ganhar, haja vista o afastamento temporário de suas atividades), danos estéticos e danos morais.

Entretanto, José Fernando Simão segue, descrevendo a situação na qual “o consumidor comprou garrafas do mesmo refrigerante para sua festa de casamento, e o produto estava sem gás carbônico e, portanto, com gosto alterado”⁵²⁴.

Aqui, considerando que um refrigerante sem gás não é tido pelo homem médio como um produto inseguro, bem como que o seu consumo não prejudicou a vida, a saúde ou a segurança do consumidor ou de consumidores, conclui o doutrinador que o caso se resolve mediante as regras do vício de inadequação, restando ao consumidor à escolha entre uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista (abatimento do preço, substituição do produto ou restituição dos valores pagos), sem prejuízo de eventuais perdas e danos, no presente caso, danos morais, pois o consumidor teve a sua imagem abalada em decorrência da inadequação do produto, passou vergonha na frente de seus convidados.

⁵²³ SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 123.

⁵²⁴ SIMÃO, José Fernando. Obra Citada, mesma página.

Veja-se, então, que apesar da ocorrência de danos morais, que a situação em comento não foi transmudada em caso de vício de insegurança. Manteve-se a aplicação das regras de vício de inadequação, reconhecendo-se, entretanto, a prerrogativa de o consumidor buscar, além de uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista, a reparação pelos danos morais decorrentes do descumprimento do dever de adequação dos produtos colocados no mercado de consumo⁵²⁵.

Observe-se, entretanto, que a jurisprudência, aparentemente sem razão, por variadas vezes se afasta dessa orientação, convertendo caso típico de vício de inadequação em vício de insegurança pelo simples fato de verificar-se a ocorrência de danos morais, como em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁵²⁶, no qual se concluiu pela ocorrência de acidente de consumo, pelo simples fato do consumidor ter constatado a presença de corpo estranho em lata de sardinha, sem que tenha ocorrido o seu consumo, vez que o evento lhe ocasionou profundo abalo moral.

Ainda evidenciando a possibilidade de vícios de inadequação conduzirem a ocorrência de danos não ressarcíveis mediante, exclusivamente, uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães⁵²⁷ aponta os exemplos da máquina de lavar que não funciona e de consumidor que adquire um veículo, o qual apresenta vários problemas (vícios) que impedem ou dificultam a sua utilização, como no caso do veículo ficar vários dias parado para conserto.

⁵²⁵ O mesmo se aplica para os serviços, conforme exemplos trazidos por Paulo Jorge Scartezzini Guimarães: “Basta imaginarmos a recusa injustificada de uma seguradora a pagar o prêmio prometido ou a autorizar a internação hospitalar de seu cliente, ou a situação de uma passageira que compra um bilhete de ônibus para cidade distante, porém, na hora do embarque, lhe é informado que o coletivo está lotado e que terá de viajar horas em pé, o que efetivamente acaba por acontecer; ou, ainda, o contrato para revelação de fotos de viagem as quais se perdem por culpa do fornecedor. Em todos esses exemplos, data máxima vênua, o dano moral é patente e deve ser indenizado”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança**, p. 256).

⁵²⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70026251728, relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, julgamento 25.03.2009.

⁵²⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Obra Citada, p. 248- 249.

Em ambos as situações se está diante de vícios de inadequação. Isso porque uma máquina de lavar roupa ou um carro que não funcionam não são considerados pelo homem médio como produtos inseguros. Ademais, em nenhum dos casos houve danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, afastando-se por completo a possibilidade da ocorrência de vício de insegurança.

De todo modo, a escolha dentre o abatimento do preço, a substituição do produto ou a devolução dos valores pagos (§ 1º, do art. 18 do CDC) não reporá o consumidor à situação similar a verificada caso o vício não tivesse existido. Assim, o consumidor fará jus, igualmente, ao ressarcimento dos valores gastos na lavanderia ou com o aluguel de outra máquina ou tudo aquilo que teria obtido com a normal utilização do veículo, além de outros prejuízos que possam ser apurados⁵²⁸. Ou seja, a ocorrência de danos que extrapolam o valor do produto não desnatura o vício de inadequação, sequer o transforma em vício de insegurança.

Note-se, entretanto, que se em decorrência do vício da máquina essa der um choque no consumidor ou o carro pegar fogo que as situações passam a ser regidas pelas regras de vício de insegurança, pois aí estarão presentes produtos inseguros (máquina que dá choque e carro que pega fogo) e danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor, cabendo a esse a busca de amplo ressarcimento, seja na esfera material, seja na esfera moral⁵²⁹, com espeque no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, em ambos os casos o consumidor poderá buscar reparação por danos materiais e morais. Contudo, no primeiro com base nas regras de vício de inadequação e no segundo, de acordo com a normativa atinente aos vícios de insegurança.

A jurisprudência também é abundante em exemplos, como o do fertilizante que não surtiu o efeito esperado, pelo que o consumidor pleiteia além da restituição

⁵²⁸ Nesse sentido, veja o seguinte julgado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3º Turma, Recurso Especial n.º 554.876, relator Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, julgamento 17.02.2004, publicação no Diário de Justiça do dia 03.05.2005.

⁵²⁹ Nesse sentido, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 575.469, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 18.11.2004, publicação no Diário de Justiça do dia 06.12.2004.

dos valores pagos, danos materiais pelos prejuízos sofridos na lavoura⁵³⁰, do caso da semente de algodão inadequada, pelo que o consumidor pleiteia a restituição dos valores pagos e lucros cessantes⁵³¹ e da máquina agrícola com defeito, suscitando o pedido por parte do consumidor de indenização por danos materiais⁵³².

Com efeito, em todos esses casos, apesar da existência de pedidos que extrapolam as alternativas do § 1º, do artigo 18, do Diploma Consumerista, vislumbrou-se, acertadamente, a hipótese de vício de inadequação, pois não há que se cogitar a insegurança dos produtos e nem mesmo a ocorrência de danos à saúde, à vida ou à segurança do consumidor, mas sim, simplesmente, o não atingimento da expectativa legítima do consumidor, vez que os produtos apresentaram-se impróprios ou inadequados ao fim a que se destinavam. No caso do fertilizante esse não estimulou, na medida esperada, o crescimento da lavoura. Da semente de algodão, não houve o crescimento de algodoeiro da qualidade esperada. E no caso da máquina agrícola, essa não funcionou como o esperado.

Verifica-se, então, que o vício de inadequação pode ocasionar danos ao consumidor que excedam o valor do produto, danos esses decorrentes do descumprimento do dever de adequação e que a sua ocorrência, em absoluto, transmuda o caso em vício de insegurança.

Assim, conclui-se que as perdas e danos não se limitam aos casos de vício de insegurança, podendo, perfeitamente, ter ocorrência nos vícios de inadequação, restando analisar o prazo que o consumidor dispõe para intentar as correspondentes ações reparatórias.

6.3 PRAZO PARA AJUIZAMENTO DAS AÇÕES REPARATÓRIAS

Partindo-se das premissas delineadas nos tópicos antecedentes, ou seja, que a ocorrência e, conseqüentemente, o pleito por perdas e danos é viável tanto em

⁵³⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 166.696-0, relator Desembargador Lauro Augusto Fabrício de Melo, julgamento 10.03.2005.

⁵³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4º Turma, Recurso Especial n.º 442.368, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 05.10.2004.

⁵³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4º Turma, Recurso Especial n.º 601.172, relator Ministro Jorge Scartezini, julgamento 14.12.2004.

face vícios de insegurança, como de vícios de inadequação, nesse último momento, faz-se, essencial, a análise dos prazos que o consumidor dispõe para pleitear as correspondentes indenizações.

No tocante aos vícios de insegurança não existem maiores controvérsias. O consumidor, com espeque no artigo 27 do Diploma Consumerista, como já consignado no item 5.6, disporá do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data do conhecimento do dano e da sua autoria, para acionar o fornecedor (conforme rol de legitimados do art. 12 do CDC) para reparar os prejuízos sofridos. Reitere-se, reparação essa entendida de forma ampla e integral, contemplando todo e qualquer prejuízo suportado pelo consumidor, seja no âmbito material, seja no moral.

Por sua vez, no que diz respeito aos vícios de inadequação, não restam dúvidas, como também já exposto no item 4.8, que o consumidor disporá do prazo de 30 (trinta) – para bens não duráveis – ou 90 (noventa) dias – para bens duráveis – conforme expressa disposição do artigo 26 do Código Consumerista, para buscar, em face do fornecedor, uma dentre as três alternativas do artigo 18 desse Diploma, ou seja, a restituição dos valores pagos, o abatimento do preço ou a substituição do produto.

Contudo, a divergência reside em se saber se disporá o consumidor desse mesmo prazo (30 ou 90 dias) para buscar a reparação pelas demais perdas e danos decorrentes da inadequação.

Verifica-se, então, que a controvérsia encontra-se no fato de existirem (ou não) prazos diversos para o consumidor pleitear uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista e as perdas e danos decorrentes da inadequação do produto. É sobre isso que se passa a discorrer.

6.3.1 Ação reparatória decorrente de vício de inadequação

Considerando que o prazo que dispõe o consumidor para acionar o fornecedor para ressarcimento dos prejuízos, sejam morais, sejam materiais decorrentes de vício de insegurança, bem como o prazo que conta o consumidor para buscar uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista é matéria pacífica, esse tópico se restringirá à análise do prazo conferido ao

consumidor para pleitear reparação por perdas e danos derivadas dos vícios de inadequação.

Destaque-se que quando do estudo dos vícios redibitórios (germe dos vícios de inadequação, conforme demonstrado no item 4.1) a doutrina já se deparou com esse tema. Questionava-se (e ainda se questiona) se o prazo para ajuizamento de ação reparatória resultante dos danos ocasionados por produto viciado se daria no mesmo e exíguo prazo para ajuizamento das ações edilícias.

Em resposta a esse questionamento, Pontes de Miranda posicionou-se negativamente, afirmando que “as pretensões oriundas da redibição nada têm com a preclusão que a lei fixara para a redibição”⁵³³ e, ainda, que “é preciso que se não confunda o prazo *preclusivo* para a pretensão à responsabilidade por vício do objeto com as pretensões que se irradiaram do exercício daquela pretensão”⁵³⁴.

Não diferentemente o escólio de Fernando Noronha, para quem se deve ter em conta que “a prescrição e a decadência são institutos diversos, o prazo para exigir a indenização relativa aos danos sofridos, que é de prescrição e só começa a correr na data da verificação do dano, é independente do prazo para fazer a reclamação por vícios e outros defeitos, que é de decadência”⁵³⁵.

E, ainda, de José Fernando Simão, para quem, “embora sejam exíguos os prazos para o exercício das ações edilícias, e mesmo decorridos tais prazos sem o exercício da ação pelo prejudicado, haverá a possibilidade de este cobrar as perdas e danos nos termos do art. 443 do Código Civil, por ação autônoma, conforme a regra vigente (prazo trienal segundo art. 206 do Código Civil)”⁵³⁶, justificando a sua posição sob a alegação de que “a decadência do art. 445 do Código Civil atinge apenas as ações redibitória e estimatória (*quanti minoris*), mas não a ação ordinária de cobrança de perdas e danos”⁵³⁷.

⁵³³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, v. XXXVIII, p. 301.

⁵³⁴ PONTES DE MIRANDA. Obra Citada, mesma página.

⁵³⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, p. 526.

⁵³⁶ SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 81.

⁵³⁷ SIMÃO, José Fernando. Obra Citada, mesma página.

Na mesma esteira, alguns precedentes jurisprudenciais nacionais, como o do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa tem o seguinte teor: “Vício redibitório. Ação de indenização cumulada com ação redibitória. Alegação de prescrição acolhida quanto à ação redibitória, não quanto à ação de indenização”⁵³⁸, no qual se concede prazo diferenciado para o pleito de ressarcimento das perdas e danos e danos decorrente de vício redibitório.

E os do Superior Tribunal de Justiça afirmando que “é juridicamente possível demanda indenizatória por má execução de contrato de venda de mercadoria, que se apresentam defeituosas, não se aplicando regras extintivas das ações redibitórias e/ou estimatórias, contidas nos arts. 211 do CCo e 178, § 2º, do CC”⁵³⁹ e que “a ação de reparação de danos decorrentes do cumprimento imperfeito de contrato de compra e venda de mudas de pimenta-do-reino, por culpa do comprador, que entregou plantas doentes, prescreve em vinte anos (artigo 177), e não no prazo curto da ação redibitória, que com ela não se confunde. (art. 178, par. 5., iv do c. civil)”⁵⁴⁰.

Ou seja, parte da doutrina e da jurisprudência posicionou-se no sentido de o comprador não estar adstrito aos exíguos prazos da ação redibitória e estimatória para intentar pleito objetivando reparação pelas perdas e danos decorrentes dos vícios redibitórios.

Por sua vez, outra parte da doutrina⁵⁴¹ e da jurisprudência posicionou-se contrariamente, entendendo deter o comprador o mesmo prazo das ações edilícias para ajuizar pedido requerendo a indenização pelas perdas e danos decorrentes de vícios redibitórios.

⁵³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 3ª Turma, Recurso Extraordinário n.º 56.182, relator Ministro Gonçalves de Oliveira, julgamento 11.11.1966.

⁵³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 30.042-7 GO, relator Ministro Dias Trindade, julgamento 16.12.1992, publicação no Diário de Justiça do dia 01.03.1993.

⁵⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 52075 ES, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgamento 11.10.1994, publicação no Diário de Justiça do dia 21.11.1994.

⁵⁴¹ Reconhecendo a necessidade da ação buscando a reparação das perdas e danos decorrentes dos vícios redibitórios ser ajuizada no mesmo prazo conferido para as ações redibitória e estimatória verifica-se, exemplificativamente, o escólio de RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, v. III, p. 276; LEAL, Antonio Luiz de Câmara. **Da prescrição e da decadência**, p. 350; e RUBINO, Domenico. **La compravendita**, p. 824 e ss.

Nesse sentido, o escólio de Carvalho Santos, apontando que “a ação redibitória, mesmo que se inclua o pedido de indenização de perdas e danos, bem assim a *quanti minoris* prescreverão em quinze dias, se se tratar de móveis ou em seis meses, se de imóveis”⁵⁴².

E, igualmente, de João Calvão da Silva, sustentando que seria despropositado sujeitar as ações edilícias a um termo e a ação de reparação de danos decorrentes dos vícios redibitórios a outro, pois, na prática, estar-se-ia permitindo ao comprador a dilação dos prazos fixados para aquelas, trazendo insegurança jurídica às relações, tal como se observa da seguinte passagem:

Embora o art. 917.º refira apenas a acção de anulação, parece de aplicar, por interpretação extensiva, o mesmo prazo de caducidade à actio quanti minoris, à acção de indenização e à acção de reparação ou substituição da coisa, porque e na medida em que através delas se fazem valer pretensões no quadro da garantia e à garantia ligadas; porque e na medida em que através delas se realize ou materialize a mesma garantia pelos vícios; numa palavra, porque e na medida em que são recursos contratuais por vícios da coisa. Na verdade, seria incongruente não sujeitar as referidas acções da garantia aos mesmos prazos, pois, de contrário, permitir-se-ia ao comprador obter resultados (referidos aos vícios da coisa) equivalentes, iludindo os rígidos e abreviados termos de denúncia e caducidade. Em todas as referidas acções vale a razão de ser do prazo breve, ou seja, evitar, no interesse do vendedor e do comércio jurídico, a pendência por período dilatado de um estado de incerteza sobre o destino do contrato e as dificuldades de prova dos vícios anteriores ou contemporâneos à entrega da coisa que acabariam por emergir se os prazos fossem longos⁵⁴³.

Essa posição também encontrou guarida na jurisprudência nacional, como evidenciam, exemplificativamente, dois julgados do Supremo Tribunal Federal, o primeiro que aponta que se o comprador não pleiteia o ressarcimentos dos danos decorrentes de vício redibitório no prazo das ações adequadas (redibitória e *quanti minoris*) não lhe é “lícito valer-se de outra, porventura assentada na relação *ex empto*, para obter indenização”⁵⁴⁴ e o segundo afirmando que a “ação para haver o abatimento do preço da coisa imóvel recebida com vício redibitório, ou para rescindir

⁵⁴² SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, t. XV, p. 372.

⁵⁴³ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 211-212.

⁵⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Recurso Extraordinário 46360, relator Ministro Antônio Villas Boas, julgamento 22.11.1960, publicação no Diário de Justiça do dia 19.01.1961.

o contrato comutativo, e haver o preço pago, mais perdas e danos⁵⁴⁵ é de seis meses, com fulcro no artigo 178, § 5º, inciso IV, do Código Civil.

De todo modo, apesar de anos de debates, a matéria ainda não se pacificou. Ao contrário, acirrou-se, notadamente pelo advento do Código de Defesa do Consumidor e a inserção na discussão do prazo para ajuizamento da ação buscando reparação pelas perdas e danos decorrentes dos vícios de inadequação. Esses que nada mais são do que os vícios redibitórios aprimorados para as relações de consumo.

Quanto ao prazo para ajuizamento de ação reparatória decorrente de vício de inadequação também dois pontos de vista são possíveis. Ou esse é o mesmo conferido para pedir uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista (abatimento do preço, restituição dos valores pagos ou substituição do produto), fixado no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis. Ou não estará adstrito a esses prazos.

Para os que entendem que o prazo para buscar reparação pelas perdas e danos decorrentes de vícios de inadequação não é o de 30 ou 90 dias previsto no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, uma alternativa, é a aplicação, por analogia, do artigo 27 da Lei Protetiva, conduzindo a um prazo de 05 anos.

Adotando o prazo prescricional de 05 anos, mediante aplicação análoga do artigo 27 do Diploma Consumerista, verifica-se o escólio de Paulo Luiz Netto Lôbo, o qual afirma que “a ação autônoma relativa às perdas e danos, quando oriundas diretamente do vício, pode ser intentada no prazo prescritível comum de cinco anos, por interpretação extensiva do artigo 27 do Código do Consumidor. Esta hipótese será possível em virtude da preclusão do prazo para a ação de responsabilidade por vício correspondente⁵⁴⁶”.

No mesmo sentido José Fernando Simão, afirmando que na “ausência de lei deverá ser preenchida por meio da analogia. Se a responsabilidade civil pelo fato do

⁵⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 33331, relator Ministro Luís Gallotti, julgamento 24.10.1960.

⁵⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**, p. 94.

produto prescreve em cinco anos, assim também será a responsabilidade pelos vícios”⁵⁴⁷.

E, ainda, Rizzatto Nunes, entendendo que “o prazo para o ingresso da ação é de 5 anos, por aplicação do art. 27 ao caso”⁵⁴⁸, vez que a aplicação do prazo decadencial do artigo 26 do Diploma Consumerista, notadamente 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias, “não apontam sequer para uma analogia viável”⁵⁴⁹.

Assim, para essa vertente doutrinária a ação indenizatória pleiteando o ressarcimento pelos danos causados em virtude dos vícios de inadequação do produto prescreverá em 05 (cinco) anos por analogia ao dispositivo referente à responsabilidade pelo fato do produto contido no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao afirmar que o prazo quinquenal restringe-se as ações que buscam “à reparação pelos *danos causados por fato do produto ou do serviço* prevista na Seção II deste Capítulo”.

Ou seja, a lei consigna, expressamente, que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, estipulado no artigo 27, refere-se, exclusivamente, à pretensão de indenização pelos danos sofridos por fato do produto⁵⁵⁰, não se aplicando “as hipóteses em que se debate a responsabilidade pelo vício”⁵⁵¹.

Diante disso, parte da doutrina⁵⁵² refuta, por completo, a aplicação análoga do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor para as ações reparatórias

⁵⁴⁷ SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 124.

⁵⁴⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 375.

⁵⁴⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Obra Citada, mesma página.

⁵⁵⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, p. 159.

⁵⁵¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, p. 277.

⁵⁵² Não só a nacional, mas também a estrangeira, como, exemplificativamente, João Calvão da Silva, afirmando que: “(...) o comprador tem o ônus de denunciar, por qualquer meio, ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa (art. 916.º, n.º 1) dentro de seis meses após a entrega da coisa e até trinta dias depois de conhecido o defeito (art. 916º, n.º 2). A falta de cumprimento de tal ônus leva à caducidade dos direitos contratuais do comprador – anulação, redução do preço, indemnização e reparação ou substituição da coisa (art. 298.º, n.º 2) -, a menos que ocorra causa impeditiva da caducidade, nomeadamente o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido (art. 331.º, n.º

decorrentes de vícios de inadequação, suscitando a integral aplicação dos prazos constantes do artigo 26 desse mesmo Diploma, tal como evidencia o escólio de Ronaldo Alves Andrade:

O fato de o CDC ter preconizado que o direito de *reclamar* pelos vícios caduca nos prazos estabelecidos no art. 26 pode gerar dúvida quanto ao direito que efetivamente caduca: se o simples direito de reclamar dos vícios perante o fornecedor ou se a pretensão de deduzir em juízo a respectiva ação reparatória dos danos experimentados pelo consumidor. Isso porque, ao tratar da prescrição, o CDC claramente estabeleceu que *prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço*. Tendo em conta que o CDC, ao estabelecer o prazo de decadência para o consumidor formular reclamação, previu também hipóteses de causas impeditivas e suspensivas desse prazo, parece-nos que, ao se referir a reclamação, o legislador se referiu a qualquer tipo de pleito que o consumidor tenha contra o fornecedor, seja para que o fornecedor efetue a reparação do bem, como lhe facultam os arts. 19 e 20 do CDC, seja para recorrer ao Poder Judiciário para formular pleito indenizatório. Pleito que, aliás, independe da reclamação do consumidor junto ao fornecedor, pois nada impede que o consumidor formule demanda judicial diretamente, sem ter antes formulado reclamação junto ao fornecedor. Dessa forma, o disposto no *caput* do art. 26 do CDC, ao se referir à reclamação formulada junto ao fornecedor, não o fez somente quanto ao pleito do consumidor no tocante às perdas havidas, mas também quanto às perdas e aos danos⁵⁵³.

Igual posição também é encontrada na jurisprudência, como em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se afirmou que “o que se pode

2)” (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 209-210). E, ainda, Jorge Iturraspe, que apresenta a seguinte lição: “La Ley de Protección al Consumidor 24.240, en el Capítulo IV – “Cosas muebles no consumibles”(arts. 11 y ss.) – se ocupa de los vicios que pueden afectar dichas cosas. El artículo 11, texto vetado, hacía responsable al empresario-proveedor por los vicios o defectos “de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifestos al tiempo del contrato”. Hemos señalado las diferencias entre esa regulación y la del Código Civil: pone el acento en la falta de información adecuada; comprende vicios intrínsecos, en la materialidad de la cosa, y extrínsecos, que el consumidor sufre en su salud; pone el acento en la reparación de los defectos o vicios y posibilita reclamar, además, los daños sufridos; no enfatiza sobre la gravedad del vicio; otorga un plazo de seis meses para acionar.” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**, p. 484). Tradução Livre: A Lei de Proteção ao Consumidor 24.240, no Capítulo IV – “Coisas Móveis não Consumíveis” (arts. 11 e ss.) - se ocupa dos vícios que podem afetar ditas coisas. No artigo 11, texto vetado, havia responsabilidade ao fornecedor pelos vícios e defeitos “de qualquer índole, ainda que estivessem ostensivos ou manifestos ao tempo do contrato”. Assinalando as diferenças entre essa regulamentação e a do Código Civil: coloca-se o acento na falta de informação adequada; compreende vícios intrínsecos, na materialidade da coisa e extrínsecos, que o consumidor sofre em sua saúde; põe o acento na reparação dos defeitos ou vícios e possibilita reclamar, ademais, os danos sofridos, não enfatiza sobre a gravidade do vício, outorga um prazo de seis meses para acionar.

⁵⁵³ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**, p. 253-254.

extrair da intenção normativa é que o referido art. 27 cuida *somente* das hipóteses em que estão presentes vícios de qualidade do produto por insegurança⁵⁵⁴.

Lembre-se, ademais, de que se fosse a intenção do legislador consumerista, esse poderia ter esclarecido a possibilidade de o consumidor pleitear as perdas e danos decorrentes de vício de inadequação, em prazo de 05 (cinco) anos, nos moldes do artigo 27. Se não o fez, parece não ser essa a sua intenção.

Como se não bastasse, consta expressamente do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista que o pedido de restituição dos valores pagos se dará sem prejuízo do pleito de perdas e danos.

Ora, se o legislador atrelou o pedido de restituição dos valores pagos às perdas e danos e se o primeiro, inegavelmente, está adstrito aos prazos do artigo 26 do Diploma Consumerista, o segundo também estará.

Isso porque, como alerta Carlos Maximiliano “não se presumem na lei, palavras inúteis. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’”⁵⁵⁵. Ademais, “dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma”⁵⁵⁶.

Desse modo, se o legislador fez constar do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista a possibilidade de pleito de eventuais perdas e danos, direito esse que já era garantido por força do artigo 6º, inciso VI⁵⁵⁷, não o fez por mera repetição, mas sim objetivando condicionar tal pedido ao mesmo prazo estabelecido para as demais alternativas autorizadas pelo artigo 18, notadamente restituição dos valores pagos, abatimento do preço e substituição do produto.

Em suma, o fato de o legislador consumerista repetir no artigo 18, § 1º, inciso II o direito de o consumidor pleitear indenização por perdas e danos decorrentes de

⁵⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 114.473-RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento 24.03.1997, publicação no Diário de Justiça do dia 05.05.1997.

⁵⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 204.

⁵⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Obra Citada, mesma página.

⁵⁵⁷ O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor arrola os direitos básicos do consumidor, sendo que em seu inciso VI consigna, expressamente, o direito a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais sofridos.

vícios de inadequação, não trazendo posteriormente qualquer prazo específico para o ajuizamento dessa ação, conduz a interpretação de que o termo para ajuizamento da correspondente ação reparatória está adstrito aos prazos constantes do artigo 26 do Diploma Consumerista, ou seja, 30 ou 90 dias.

Realmente essa parece a melhor interpretação para o caso, vez que a aplicação do artigo 27 do Diploma Consumerista fica completamente afastada pela exatidão de sua redação, atrelando-o, exclusivamente, as ações motivadas em acidentes de consumo.

Note-se, inclusive, que por mais que inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista não fizesse menção expressa ao pedido de perdas e danos, que do mesmo modo a incidência do artigo 27, diante de sua incontestável redação, ficaria afastada, aplicando-se, por sua vez, as regras constantes do Código Civil.

Isso porque, conforme já disposto no item 2.6, em face de lacunas no Código de Defesa do Consumidor (lei especial), aplica-se, subsidiariamente, a lei geral, ou seja, o Código Civil, pelo que o prazo prescricional seria o previsto no artigo 206 da Lei Civil, 03 (três) anos.

Essa, inclusive, é a posição adotada por uma corrente minoritária da doutrina⁵⁵⁸, que apesar de reconhecer a impossibilidade de aplicação do artigo 27, também recusa a incidência do artigo 26, concluindo, assim, pela incidência, subsidiária, do § 3º, do artigo 206 do Código Civil, tal como elucida de Fábio Andrade:

Em essência, ela tratou pontualmente da matéria nos seus artigos 26 e 27. A Lei de Defesa do Consumidor somente prevê duas espécies de situações, que o consumidor deve observar: de um lado, tem-se neste artigo o prazo de 05 (cinco) anos para os casos de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. De outro, no artigo 26, tem-se a previsão dos prazos para os casos relacionados aos vícios do produto ou do serviço. Quando, porém, o consumidor suscitar pretensão diversa, não coberta por estas previsões, há que se recorrer aos preceitos do Código Civil. Trata-se de solução que não desfavorece o consumidor, tendo

⁵⁵⁸ O escólio de Hector Santana acompanha essa posição, tal como evidência a seguinte passagem: "A prescrição disciplinada pelo art. 27 do CDC está vinculada exclusivamente à reparação de danos causados por fato do produto ou serviço. As demais ações condenatórias oriundas das relações de consumo e sujeitas a prazos extintivos de direito material têm os respectivos prazos informados pelo art. 206 do CC, cuja aplicação é subsidiária, conforme discussão do item seguinte" (SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**, p. 77).

em vista que as previsões a Lei de Defesa do Consumidor concernem situações tópicas relativamente ao sistema clássico do Direito Civil⁵⁵⁹.

Desse modo, conclui-se, diante da cristalina redação do artigo 27 do Diploma Consumerista, que as ações de reparação suscitadas em face de vício de inadequação não estão condicionadas ao prazo prescricional de 05 anos, mas sim aos prazos decadenciais, de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias, do artigo 26, vez que esse dispositivo está expressamente atrelado aos vícios de inadequação e o dispositivo que versa sobre os vícios de inadequação (inciso II, § 1º, do artigo 18), não exclui a possibilidade de ressarcimento pelas perdas e danos, entendendo-se, então, pela ligação entre os dois pleitos e pela consequente submissão ao mesmo prazo decadencial.

6.3.2 Casos práticos que auxiliam na visualização do prazo para ajuizamento das ações reparatórias

A jurisprudência é abundante em casos em que se discute o prazo para ajuizamento de ações reparatórias em face do fornecedor.

O primeiro exemplo que se traz a colação⁵⁶⁰ é o do veículo que pega fogo em decorrência de defeito de concepção. Aqui, verifica-se a existência de produto inseguro (o homem médio não espera que um carro pegue fogo) e danos à segurança do consumidor, atingindo, notadamente, o seu patrimônio. Trata-se, então de acidente de consumo, sujeito as regras do artigo 27 do Diploma Consumerista (prazo prescricional de 05 anos), como acertadamente reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, afirmando “que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na

⁵⁵⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à Lei de Defesa do Consumidor**, p. 324.

⁵⁶⁰ Já analisado no item 6.1.1, oportunidade na qual se concordou com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que o qualificou como caso de vício de insegurança.

mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador de incêndio). Aplicação da regra do artigo 27 do CDC⁵⁶¹.

Por sua vez, mesmo que o veículo apresente defeito e que esse seja considerado perigoso, não verificados danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, o caso se resolverá mediante as regras do vício de inadequação⁵⁶².

Desse modo, conforme outro precedente do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶³, contará o consumidor com o prazo de 90 (noventa) dias para buscar, além de uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Diploma Consumerista (abatimento do preço, restituição dos valores pagos ou substituição do produto), o ressarcimento de eventuais danos materiais (por exemplo, gastos com guincho, com transporte, entre outros), lucros cessantes e, até mesmo, danos morais sofridos⁵⁶⁴.

O mesmo ocorre quando o consumidor, por exemplo, questiona a entrega de sementes de algodão com qualidade diversa da contratada, pleiteando danos emergentes e lucros cessantes⁵⁶⁵. Nesse caso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça⁵⁶⁶, que por se tratar de vício de inadequação, vez que o produto, simplesmente, não atingiu a expectativa legítima do consumidor quanto a sua adequação, que o prazo para a perseguição de toda e qualquer indenização seria o de 30 (trinta) dias, previsto no artigo 26 do Diploma Consumerista⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 575.469-RJ, relator Ministro Jorge Scartezzini, julgamento 18.11.2004, publicado no Diário de Justiça do dia 06.12.2004.

⁵⁶² Conclusão que também se chegou no item 6.1.1, mediante a análise desse mesmo caso.

⁵⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n.º 554.876-RJ, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento 17.02.2004, publicado no Diário de Justiça do dia 03.05.2004.

⁵⁶⁴ No mesmo sentido BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 481.337-8, relator Desembargador Domingos Coelho, julgamento 03.08.2005.

⁵⁶⁵ Caso já analisado no item 6.2.1, oportunidade na qual se concluiu que, apesar da existência de danos que extrapolam o valor do produto, trata-se de responsabilidade por vício de inadequação e não por insegurança.

⁵⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 442.368-MT, relator Ministro Jorge Scartezzini, julgamento 05.10.2004.

⁵⁶⁷ No mesmo sentido outro julgado da Corte Infraconstitucional no qual o consumidor buscava ampla reparação em face da aquisição de máquina agrícola com defeito, sendo reconhecido mero vício de inadequação e conseqüentemente sujeitando-se todo o pleito ao prazo de 90 dias previsto no artigo 26 do Diploma Consumerista (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n.º 601.172-PR, relator Ministro Jorge Scartezzini,

No mesmo sentido posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁵⁶⁸ reconhecendo que o consumidor lesado por fertilizante que não atendeu a sua expectativa legítima de adequação e que, por conseguinte, busca ampla reparação dos prejuízos, está adstrito ao prazo decadencial de 30 (trinta) dias⁵⁶⁹.

Contudo, essas decisões não são unânimes, por variadas vezes, os julgados acabam por aplicar a regra do artigo 27 do Diploma Consumerista a situação que se reconhece tratar de vício de inadequação.

Nesse diapasão julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa apresenta o seguinte teor: “Vício do produto. (...) Decisão de extinção do processo com julgamento do mérito pela decadência (CDC, art. 26, §2º). (...) Reconhecimento da possibilidade, todavia, da postulação das perdas e danos ocasionadas pelo vício do produto independentemente de anterior reclamação dentro do prazo prescricional quinquenal (CDC, art. 27)”⁵⁷⁰.

Verifica-se, então, que apesar de se reconhecer a ocorrência de mero vício de inadequação, possibilitou-se ao consumidor a busca da reparação das perdas e danos ocorridas no prazo prescricional destinado aos vícios de insegurança.

Valendo-se das palavras de Paulo Luiz Netto⁵⁷¹ Lobo, pode-se afirmar que esses caminhos jurisprudenciais são engenhosamente construídos para fazer justiça no caso concreto. Relutante em reconhecer a decadência do direito do consumidor, a jurisprudência afasta a legislação, especificamente o artigo 26 do Diploma

juízo 14.12.2004 e ainda um do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual o consumidor pleiteia danos emergentes e lucros cessantes em decorrência da aquisição e utilização de herbicida ineficaz, no qual reconheceu-se a aplicação do artigo 26 do Diploma Consumerista (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70010807915, relator Desembargador Luiz Roberto de Imperatore de Assis Brasil, julgamento 07.06.2006).

⁵⁶⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 166.696-0. relator Desembargador Lauro Augusto Fabrício de Melo, julgamento 10.03.2005.

⁵⁶⁹ Essa decisão foi posteriormente modificada por esse mesmo Tribunal, o qual determinou a aplicação, por analogia, do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor para o ajuizamento de ação reparatória decorrente do vício de inadequação (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 8ª Câmara Cível em Composição Integral, Embargos Infringentes n.º 166.696-0/01. relator Ivan Bortoleto, julgamento 09.03.2006).

⁵⁷⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 8ª Câmara Cível em Composição Integral, Embargos Infringentes n.º 166.696-0/01. relator Ivan Bortoleto, julgamento 09.03.2006.

⁵⁷¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial**, p. 45.

Consumerista, e com habilidosa engenharia suscita a aplicação por analogia de dispositivo que, expressamente, somente se aplica a casos de vício de insegurança, qual seja, o artigo 27, da Lei Protetiva do Consumidor, que consignam prazo prescricional de 05 (cinco) anos.

Não é demais mencionar, para finalizar esse trabalho, que a jurisprudência nacional usualmente não se socorre da aplicação subsidiária do Código Civil a fim de estender o prazo que dispõe o consumidor para pleitear perdas e danos decorrentes de vícios de inadequação, estendendo-o, assim, para 03 (três) anos.

De todo modo, a sua aplicação parece mais coerente do que a do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, se existente lacuna na lei especial, como pretendem fazer crer alguns doutrinadores e parte da jurisprudência, por força no disposto na lei de introdução ao Código Civil, deve-se socorrer da lei geral, ou seja, do Código Civil, colimando com a aplicação do artigo 206 desse Diploma.

CONCLUSÃO

Realizada toda a análise do arcabouço de normas que envolvem os institutos objeto da presente pesquisa é chegada à hora de alinhar algumas das ideias mais importantes e que podem contribuir para a sua esmerada aplicação.

Inegavelmente a Revolução Industrial foi forte fator de transformação da sociedade, notadamente sob o foco do contrato, pois após a seu advento houve uma progressão geométrica de produtos e serviços colocados no mercado de consumo, o que fez aumentar, de sobremaneira, a número de contratações.

Com essa majoração quantitativa dos contratos, as relações que inicialmente apresentavam contornos pessoais passaram a se dar de forma massificada, impessoal, operando-se, então, verdadeira mudança de paradigma, a qual fez surgir um novo sujeito de direito, o consumidor, parte mais fraca da relação contratual e que, conseqüentemente, demandava a concessão de tutela protetiva.

No âmbito do direito brasileiro, o reconhecimento quanto à necessidade de tutela protetiva a esse novo sujeito de direito foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXII e 170, V), a qual no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias determinou, expressamente, a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor.

Surge, então, o Diploma Consumerista, com a função precípua de proteger o consumidor dentro do mercado de consumo massificado, típico da sociedade moderna e cuja incidência se restringe às relações de consumo, as quais se configuram pela presença de um consumidor, de um fornecedor e de um objeto de consumo.

A Lei Especial promove mudança significativa no tocante à responsabilidade civil do fornecedor, pois abandona, quase que absolutamente⁵⁷², a forma subjetiva de sua apuração e consagra a responsabilização objetiva.

Essa mudança de paradigma se dá por vários motivos. Um deles foi a constatação de que assim como a forma de contratação, a responsabilidade civil também foi afetada pelas grandes modificações havidas na sociedade pós Revolução Industrial, vez que para viabilizar a maciça inserção de produtos e

⁵⁷² Mantida, somente, para a responsabilização do profissional liberal em decorrência de vício de insegurança do serviço.

serviços no mercado de consumo tornou-se necessária a realização de uma produção em série, da qual decorrem inevitáveis falhas.

Contudo, diante do complexo e intricado sistema de produção em série, apresentava-se praticamente inviável ao consumidor comprovar que as falhas decorriam de ato culposo do fornecedor, tal como a forma subjetiva de apuração da responsabilidade exigia.

Logo, além de constituir-se a parte mais fraca da relação, o consumidor via-se constantemente fadado a suportar sozinho com os danos decorrentes das falhas observadas no sistema de produção seriada, pois, invariavelmente, não lograva êxito em comprovar a culpa do fornecedor na sua ocorrência.

Então, outro paradigma precisou ser alterado – o da responsabilidade – a qual, conforme os ditames do Código de Defesa do Consumidor, passou a ser apurada de forma objetiva, independente da verificação da culpa do fornecedor.

Afora a objetivação da responsabilidade do fornecedor, a Lei Protetiva também superou a dicotomia existente entre responsabilidade contratual *versus* responsabilidade aquiliana⁵⁷³, substituindo-a pela responsabilização decorrente da ausência de qualidade do produto, subdividida em responsabilidade por vício de qualidade de inadequação e por vício de qualidade de insegurança.

Ao que se afigura, os regimes de responsabilidade distinguem-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor, sendo que no primeiro caso o dever é o de adequação e no segundo o de segurança, entendendo-se por adequação o alcance da expectativa legítima⁵⁷⁴ do consumidor quanto ao uso e consumo do produto e por segurança a não ocasionamento de danos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor.

Logo, o divisor de águas entre essas duas formas de responsabilização é a ocorrência de danos à vida, à saúde ou a segurança do consumidor, pois sem eles

⁵⁷³ Na medida em que, a teoria da qualidade impõe dever geral de qualidade a todos os fornecedores, independente da existência ou não de relação direta com o consumidor, essa distinção torna-se inócua, pois em ambos os casos haveria o dever de indenizar, o qual decorre, exclusivamente, da ausência de qualidade do produto e não da forma da relação entre as partes (contratual ou ilícito).

⁵⁷⁴ A expectativa legítima do consumidor é apurada com base no padrão do homem médio, do consumidor padrão, representativo do senso comum da sociedade.

se estará diante de um vício de inadequação e somente na sua presença haverá a ocorrência de vício de insegurança.

Contudo, afirmar que sem dano não há vício de insegurança, não significa que a sua ocorrência somente se afigura no vício de insegurança. Ao que parece, o vício de inadequação também pode provocar danos externos ao próprio produto, mas diretamente decorrentes da sua inadequação ao uso ou consumo, conduzindo a possibilidade de o consumidor pleitear, além de uma das hipóteses previstas no § 1º, do artigo 18, do Diploma Consumerista (substituição do produto, restituição dos valores pagos e abatimento do preço), o ressarcimento pelas perdas sofridas.

Assim, há a possibilidade de ocorrência de perdas e danos tanto no vício de inadequação como no de insegurança, mas as perdas e danos são inconfundíveis, pois no primeiro caso o dever de indenizar deriva direta ou indiretamente da inexecução contratual, ao contrário do que ocorre no vício de insegurança, onde os danos decorrem do descumprimento ao dever de segurança, independentemente da existência ou não de relação contratual.

Partindo-se, então, da premissa de que é possível a verificação de perdas e danos tanto em decorrência de vícios de insegurança como de inadequação, resta saber qual prazo dispõe o consumidor para buscar a correspondente reparação.

No que diz respeito aos danos ocasionados por produto inseguro, por força do disposto no artigo 27 do Diploma Consumerista, contará o consumidor com o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, contados do conhecimento do dano e de sua autoria, para demandar o fornecedor pela correspondente indenização.

Por sua vez, para o consumidor demandar qualquer uma das alternativas previstas no § 1º, do artigo 18, do Diploma Consumerista (substituição do produto, restituição dos valores pagos e abatimento do preço) contará com o prazo decadencial constante do artigo 26 do Diploma Consumerista – 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis.

No tocante as perdas e danos decorrentes de vícios de inadequação⁵⁷⁵, assemelha-se mais adequado afastar a incidência do artigo 27 da Lei Protetiva, vez que esse é bastante claro ao afirmar que o prazo quinquenal restringe-se as ações

⁵⁷⁵ Note-se que a cumulação da ação que busca uma das alternativas do § 1º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e que pleiteia ressarcimento pelas perdas e danos podem ser cumuladas. De todo modo, essa é uma faculdade do consumidor.

que buscam “à reparação pelos *danos causados por fato do produto ou do serviço* prevista na Seção II deste Capítulo” – ou seja, não se aplica à ação de reparação de danos causados por vício de inadequação do produto – e determinar, igualmente, a incidência do prazo decadencial constante do artigo 26 do Diploma Consumerista⁵⁷⁶.

Isso porque, consta, expressamente, do inciso II, do § 1º, do artigo 18 da Lei Protetiva que o pedido de restituição dos valores pagos se dará sem prejuízo do pleito de perdas e danos. Ora, se o legislador atrelou o pedido de restituição dos valores pagos às perdas e danos e se o primeiro está adstrito aos prazos do artigo 26, o segundo também estará. Se não fosse essa a intenção do legislador, não teria feito constar do inciso II, do § 1º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de pleito de perdas e danos, menção essa que seria inútil, vez que o direito ao ressarcimento integral das perdas e danos já é garantido ao consumidor por força do inciso VI, artigo 6º, do Diploma Consumerista.

Em suma, o fato de o legislador consumerista repetir no artigo 18, § 1º, inciso II o direito de o consumidor pleitear indenização por perdas e danos decorrentes de vício de inadequação, não trazendo posteriormente qualquer prazo específico para o exercício dessa pretensão, parece conduzir a interpretação de que o termo para ajuizamento da correspondente ação reparatória está adstrito, igualmente, aos prazos constantes do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se, finalmente, que se o artigo 18, §1º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor não tivesse previsto o direito de o consumidor pleitear indenização por perdas e danos decorrentes de vício de inadequação, atrelando, então, a correspondente pretensão ao prazo do artigo 26, diante da existência de lacuna no Diploma Consumerista (lei especial), aplicar-se-ia, subsidiariamente, a lei geral, ou seja, o Código Civil, conduzindo-se, então, a incidência de prazo prescricional trienal, de acordo como o artigo 206, § 3º. Ou seja, mesmo nessa hipótese, reputa-se mais adequada a não aplicação do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, em decorrência de sua redação fechada, conduzindo a incidência restrita às hipóteses de vício de insegurança.

⁵⁷⁶ Qual seja: 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. A redução do prazo prescricional no Código Civil brasileiro de 2002 para a indenização por responsabilidade civil e a segurança jurídica: análise crítica do art. 2.028 do CC/2002. **Revista de Direito Privado**, n. 26. São Paulo: RT, abr-jun 2006, p. 183-216.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

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

_____. **A proteção jurídica do Consumidor**. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor: Aspectos Gerais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 41. São Paulo: RT, jan-mar 2002, p. 185-204.

ALPA, Guido. **Codice Del Consumo**: Commentario. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

ALVES, Jonas de Figueirêdo. FIUZA, Ricardo (coord.) **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, Agostinho. **Da compra e venda e da troca**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; SOUZA, James J. Marins de. **Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata**. São Paulo: RT, 1991.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 15, São Paulo: RT, jul-set 1995, p. 132-150.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 2. São Paulo: RT, abr-jun 1992, p. 100-123.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à Lei de Defesa do Consumidor. Em PFEIFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergência e assimetrias**. São Paulo: RT, 2005, p. 300-324.

ANDRADE, José Carlos Viera de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 43-64.

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. O consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina. **Revista Direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: RT, jul-set 2007, p. 92-130.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13. São Paulo: RT, jan-mar 1995, p. 42-60.

BELISSARIO, Elena. Responsabilità per danno da prodotti difettosi. Em ALPA, Guido; CARLEO, Liliana Rossi (org.). **Codice del Consumo**: Commentario. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 727-776.

BENJAMIN, Antonio Herman. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, n. 628. São Paulo: RT, fev 1998, p.69-79.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e alguns apontamentos do direito comparado. **Revista de Direito Privado**, n. 20. São Paulo: RT, out-dez 2004, p. 217-234.

BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade Contratual do Fornecedor pelo vício do produto ou serviço. **Revista de Direito do Consumidor**, n.10. São Paulo: RT, abr-jun 1994, p. 126-143.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor Equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 61. São Paulo: RT, jan-mar 2007, p. 126-141.

_____. Vícios dos Produtos: Paralelo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Em PFEIFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: Convergência e assimetrias. São Paulo: RT, 2005, p. 264-299.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. IV. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. I. 11.ed. atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

_____. **Direito das Obrigações**: Edição Histórica. Campinas: Red Livros, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor. 6.ed. atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOURGAINÉ, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 2. São Paulo: RT, abr-jun 1992, p. 07-51.

BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “*lega ferenda*”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 49. São Paulo: RT, jan-mar 1983, p.41-55.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. 4.ed. Paris: Dalloz, 1996.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Garantia legal e garantia contratual: vício oculto e decadência no CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 64. São Paulo: RT, out-dez 2007, p. 71-108.

CARVALHO, Manuel da Cunha. Produtos seguros, porém defeituosos: por uma interpretação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de direito do Consumidor**, n. 5. São Paulo: RT, jan-mar 1993, p. 27-34.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 44. São Paulo: RT, out-dez 2002, p. 122-140.

CASTRONOVO, Carlo. **Problema e Sistema nel Danno da Prodotti**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1979.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Convergências ou antimonias? **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20. Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 100-115.

_____. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 48. São Paulo: RT, out-dez 2003, p. 69-84.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 80. São Paulo: RT, out-dez 1990, p. 66-75.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. Em MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **A nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007, p. 226-246.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed., revista e aumentada. Lisboa: Livraria Almedina, 2001.

COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela. **A responsabilidade civil e o fato social no século XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRUZ, Guilherme Ferreira. **Princípios Constitucionais das Relações de Consumo e Dano Moral**: Outra Concepção. São Paulo: RT, 2008.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Financeiros: Aplicação do CDC nas atividades bancárias. **Revista de Direito do Consumidor**, n.27. São Paulo: RT, jul-set 1998, p. 07-17.

D'AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. Em MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007, p.285-300.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**: Da responsabilidade civil. Das Preferências e privilégios creditórios. Arts. 927 a 965, v. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 64. São Paulo: RT, out-dez 2007, p. 09-42.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, César. **Novo Direito Civil**: Curso completo. 5.ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A responsabilidade do fabricante no direito brasileiro futuro. **Revista de Direito Mercantil**, n. 73. São Paulo: RT, jan-mar 1989, p. 80-92.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 11. São Paulo: RT, jun-set 1994, p. 101-127.

GOMES, Orlando. Culpa x Risco. **Revista Forense**, v. 37, n. 83, set 1940, p. 378-384.

_____. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. Resolução de venda por defeito de qualidade da coisa. **Questões de Direito Civil: Pareceres**. 2.ed. Salvador: Cingrafi, 1969.

_____. Responsabilidade civil do fabricante. **Revista de Direito Civil**, v.9, n. 32, São Paulo: RT, abr-jun 1985, p. 13-21.

_____. A política legislativa de proteção ao consumidor. **Revista de Direito Civil**, v.14, n.52. São Paulo: RT, abr-jun 1990, p. 115-122.

_____. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Da compra e venda no direito comercial brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1950.

GUIMARÃES, Paulo José Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato**. 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 64. São Paulo: RT, out-dez 2007, p. 109-133.

GREGORI, Maria Stella. A responsabilidade das empresas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 62. São Paulo: RT, abr-jun 2007, p. 162-171.

GRINBERG, Rosana. Dos prazos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: RT, jan-mar 2000, p. 156-160.

_____. Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35. São Paulo: RT, jul-set 2000, p. 144-170.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Caloute Gulbnkian/Lisboa.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p. 189-206.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A.. **Código Civil Comentado: Responsabilidade Civil**. Artículos 1066 a 1136. Santa Fé: Ribinzal-Culzoni, 2003.

_____. **Responsabilidade por danos: El acto ilícito**, t. III. Santa Fé: Ribinzal-Culzoni, 2006.

_____. **Responsabilidade por danos: Las Eximentes**, t. IV. Santa Fé: Ribinzal-Culzoni, 2006.

JOSSERAND, Louis. **Cours de Droit Civil Positif Français: Théorie Générale des Obligations Lês Principaux Contrats Du Droit Civil lês Suretés**, v. II. Paris: Recueil Sirey, 1933.

_____. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, v. 38, n. 86, jun 1941, p. 548-559.

KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

KIRSCHEN, Sabina. Disposizione Generali. Em ALPA, Guido; CARLEO, Liliana Rossi (org.). **Codice del Consumo: Commentario**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 17-112.

LARENZ, Karl. Culpa *in contraendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”, **Revista de Direito Privado**, n. 34. São Paulo: RT, abri-jun 2008, p. 343-352.

LEAL, Antonio Luiz de Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**, v. XXI. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: primeiras anotações em face do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 19. São Paulo: RT, jun- set 2004, p. 260-269.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: RT, 1960.

LIMA, Clarissa Costa. Dos vícios do produto no CCB e no CDC e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 51. São Paulo: RT, jul-set 2004, p. 112-129.

LIMA, João Franzen de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Obrigações**. v. II, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: Consumidor, Meio Ambiente, Trabalho, Agrário, Locação, Autor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14. São Paulo: RT, abr-jun 1995, p. 33-40.

_____. Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial. **Revista de Direito do Consumidor**, n.16. São Paulo: RT, out-dez 1995, p. 45-51.

_____. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, São Paulo: RT, abr-jun 2002, p. 187-195.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos**, v. III. 3.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil do direito brasileiro contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, jan-dez 2006, p. 111-152.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado: Parte Geral** (arts. 1º a 232), v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n.35. São Paulo: RT, jul-set 2000, p. 61-96.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 2.ed., São Paulo: RT, 2002.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 51. São Paulo: RT, jul-set 2004, p.47-83.

MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: Os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1993.

MARSHALL, Carla Izolda Fiúza Costa. Responsabilidade Civil do Fabricante por Produto Defeituoso na União Européia e no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 25. São Paulo: RT, jan-mar 1998, p. 116-121.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso**: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, n. 93. São Paulo: Vellenich, out 1991, p. 29-52.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. **Uma vida dedicada ao direito**: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: LTR, 1995, p. 497-513.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por acidente de consumo na internet**. São Paulo: RT, 2008.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: os negócios jurídico e o novo Código Civil. Em RAMOS, Carmem Lucia Silveira; e outros (org.). **Diálogos sobre o Direito Civil**: Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23-39.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon; CHABAS, François. **Derecho Civil: Obligaciones**, t. I. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

_____. **Derecho Civil: Obligaciones**, t. II.. Buenos Aires: Zavalía, 2006.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da EMERJ**, v.1., n. 3. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, p. 73-83.

_____. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.28. São Paulo: RT, out-dez 1998, p. 59-67.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou teoria geral dos direitos de crédito**, t. II. 4.ed. Aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Contratos no Direito Civil Brasileiro**, t. I. 4.ed. Aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43. São Paulo: RT, jul-set 2002, p. 111-132.

_____. A função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. Em MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: RT, 2007, p.176-225.

_____. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério de equiparação legal (STJ –

Resp 476.428-SC; rel. Min., Fátima Nancy Andrichi; j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005).
Revista de Direito do Consumidor, n. 62. São Paulo: RT, abr-jun 2007, p. 259-267.

_____. **Direito do Consumidor**: Fundamentos do direito do consumidor. Direito material e processual do consumidor. Proteção administrativa do consumidor. Direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das obrigações, v.5, p.II, 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 57. São Paulo: RT, jan-mar 2006, p. 77-128.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. Em LOTUFO, Renan (org.). **Cadernos de Autonomia Privada**, v.2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 155-225.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 03, São Paulo: RT, jul-set 1992, p. 44-77.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. Contratos no novo Código Civil: Apontamentos Gerais. Em FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 398-444.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. Em RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (e outros) (org.). **Diálogos sobre o Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 03-21.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 27. São Paulo: RT, jul-set 1998, p. 57-77.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil**, v. 64. São Paulo: RT, abr-jun 1993, p. 12-47.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direito das Obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OFFE, Clauss. Dominação de Classe e Sistema Político. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.140-177.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Juiz e o Novo Contrato: Considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. Em PFEIFFER, Roberto A. C; PASQUALATTO, Adalberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias**. São Paulo: RT, 2005, p. 324-341.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43. São Paulo: RT, jul-set 2000, p. 96-110.

_____. Proteção contra Produtos Defeituosos: Das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, São Paulo: RT, abr-jun 2002, p. 49-85.

PAULA, Adriano Perácio de. O consumidor equiparado e o processo civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 34. São Paulo: RT, abr-jun 2000, p. 111-124.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial, t. XXXVIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PUSCHEL, Flávia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC**: Acidentes de Consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Conseqüências práticas da distinção entre vício e fato do produto: uma análise de decisões judiciais escolhidas. **Revista de Direito Privado**, n. 25. São Paulo: RT, jan-mar 2006, p. 164-176.

REALE, Miguel. **Temas de direito positivo**. São Paulo: RT, 1992.

_____. A Sanção da Lei que Instituiu o Novo Código Civil: Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil” Em FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives

Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 17-19.

_____. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 05. São Paulo: RT, jan-mar 1993, p. 35-49.

_____. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2.ed. São Paulo : RT, 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção do consumidor como um direito fundamental. **Revista Direito do Consumidor**, n. 58. São Paulo: RT, abr-jun 2006, p. 75-97.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RUBINO, Domenico. La compravendita. **Trattato di diritto civile e commerciale**, v. 23. Milano: Giuffrè, 1952.

RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el derecho español. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 30. São Paulo: RT, abr-jun 1999, p. 66-84.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Obrigações. Direito Hereditário, v. III. 6.ed. italiana, com notas remissas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos, 1934.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 3.ed. São Paulo: LTR, 1998.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadências nas Relações de Consumo**. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado: Arts. 1079 a 1121, t. XV**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

SARDAS, Letícia de Faria. Aspectos da Responsabilidade Civil no CDC. **Revista da EMERJ**, v. 4, n.16. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001, p. 52-59.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidade civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 52. São Paulo: RT, out-dez 2004, p. 267-318.

SELLOS, Viviane Coelho. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 11. São Paulo: RT, jul-set 1994, p. 128-143.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, v. I. 2.ed. São Paulo: Forense, 1967.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Responsabilidade Objetiva: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.53. São Paulo: RT, jan-mar 2005, p. 68-77.

SIMÃO, José Fernando. **Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

SOZZO, Gonzalo. Daños derivados del acto de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n.34. São Paulo: RT, abr-jun 2000, p. 09-33.

STIGLITZ, Rubén S. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13. São Paulo: RT, jan-mar 1995, p. 05-11.

STOCO, Rui. A teoria do resultado à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26. São Paulo: RT, abr-jun 1998, p. 200-220.

_____. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. **Revista dos Tribunais**, v. 770. São Paulo: RT, dez. 1999, p. 109-114.

TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causalidade de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 64. São Paulo: RT, out-dez 2007, p. 134-165.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 237-250.

_____. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215.

_____. Crises das fontes normativas e técnica legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. **A parte geral do Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XV-XXXIII.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 56. São Paulo: RT, out-dez 2005, p.09-27.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TIMM, Luciano Benetti. Os grande Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado : Da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 55. São Paulo: RT, jul-set. 2005, p. 149-167.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14. São Paulo: RT, abr-jun 1995, p. 28-32.

VAL, Olga Maria. Responsabilidade por vícios do produto e do serviço: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13. São Paulo: RT, jan-mar 1995, p. 61-71.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, v. I, 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VIEIRA, Adriana. **O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. Em TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do art. 927 do CCB. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 56. São Paulo: RT, out-dez 2005, p. 183-201.

WERNER, José Guilherme Vasi. Vícios e Defeitos no Produto e no Serviço: da garantia e da responsabilidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58. São Paulo: RT, abr-jun 2006, p. 98-115.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, n. 45. São Paulo: RT, jan-mar 2003, p. 172-191.