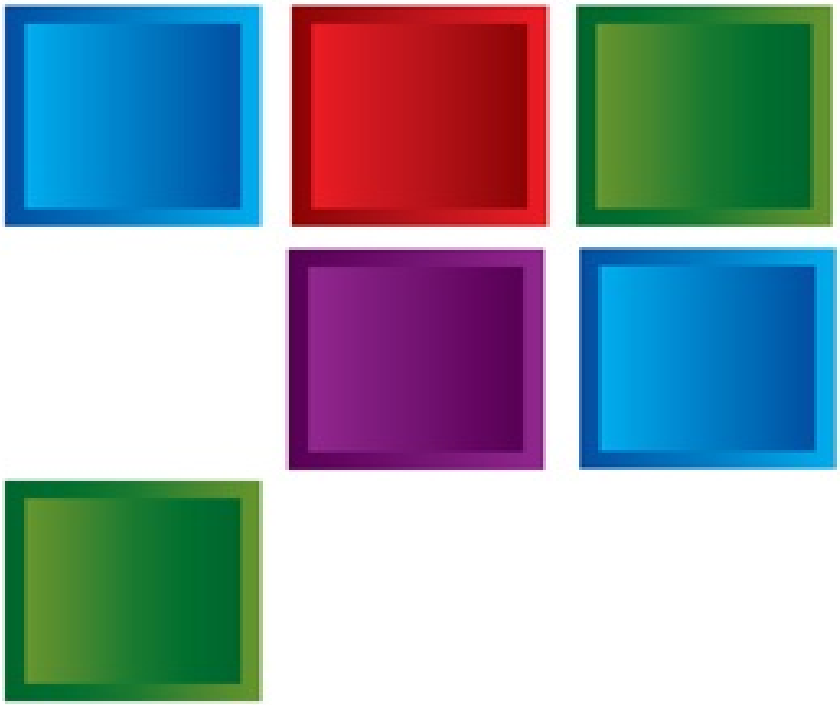


Roberto Senise Lisboa

Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo



Editora Saraiva

Roberto Senise Lisboa

Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo

3.ª edição
2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17204-3

Lisboa, Roberto Senise
Responsabilidade civil nas relações de consumo /
Roberto Senise Lisboa. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Consumidores - Proteção 2. Consumo (Economia)
3. Responsabilidade (Direito) I. Título.
11-11866 CDU-347.51:381.8

Índice para catálogo sistemático:
1. Relações de consumo : Responsabilidade civil : Direito 347.51:381.8
2. Responsabilidade civil : Relações de consumo : Direito 347.51:381.8

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora assistente Rosana Simone Silva

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Eunice Aparecida de Jesus / Cíntia da

Silva Leitão
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Mônica Landi
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Regina Machado
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Elaine Cristina da Silva
Capa Paulo Durão
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 30-1-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Sem Deus, nada poderia fazer.
A Priscila, Mariana e Felipe, com amor.

Sumário

Prefácio à 1.ª edição – Nelson Nery Junior
Nota prévia do autor à 3.ª edição
Nota prévia do autor à 1.ª edição

Parte I
Aspectos Introdutórios

1. Responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor: consagração de uma velha teoria em uma lei pós-moderna?
  1.1 Dignidade, solidariedade, igualdade e responsabilidade
  1.2 Responsabilidade objetiva: uma velha teoria
  1.3 A adoção da responsabilidade subjetiva e a aplicação da responsabilidade sem culpa
    1.3.1 Da decadência da culpa à objetivação
    1.3.2 Risco: novo fundamento para uma velha teoria em uma lei pós-moderna

Parte II
Microssistema de responsabilidade civil nas relações de consumo

2. Microssistema de defesa do consumidor, fato e vício
  2.1 A descodificação e o surgimento dos microssistemas
  2.2 Vícios redibitórios e vícios na relação de consumo: um contraste entre o sistema e o microssistema
    2.2.1 Vícios redibitórios no sistema codificado
    2.2.2 Vício: o contraste entre o Código e o microssistema

2.3 Fato e vício: a valoração da pessoa no microssistema de defesa do consumidor
2.4 A valoração da pessoa, a teoria do risco e as obrigações de garantia, resultado e segurança

3. Princípios informativos do microssistema de defesa do consumidor
3.1 Função social, princípios contratuais e relação de consumo
3.2 Vulnerabilidade
3.3 Hipossuficiência
3.4 Acesso à justiça
3.5 Facilitação da defesa dos direitos. Inversão do ônus da prova
3.6 Defesa individual e coletiva
3.7 Aplicação subsidiária das normas de direito comum
3.8 Transparência
3.9 Boa-fé
3.10 Equilíbrio econômico e jurídico
3.11 Proteção dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais do consumidor
3.12 Reparação integral pelo dano causado

4. Aplicabilidade do microssistema de responsabilidade do fornecedor
4.1 Relação de consumo
4.1.1 Elementos subjetivos: o fornecedor
4.1.1.1 O fornecedor imediato
4.1.1.2 O fornecedor mediato
4.1.2 Elementos subjetivos: o consumidor
4.1.2.1 Teoria finalista da análise econômica
4.1.2.2 Teoria da causa final
4.1.2.3 O consumidor por equiparação
4.1.3 Elemento objetivo: produto ou serviço
4.1.3.1 Noção de produto
4.1.3.2 Classificações de produto
4.1.3.3 Noção de serviço

4.1.3.4 Serviço por natureza
4.1.3.5 Serviço por definição legal
4.1.3.6 Os serviços públicos

5. Responsabilidade civil por danos patrimoniais nas relações de consumo
5.1 Responsabilidade pelo vício do produto
5.1.1 Vício de qualidade
5.1.2 Vício de quantidade
5.1.3 Vício de informação
5.2 Responsabilidade pelo vício do serviço
5.2.1 Vício de qualidade
5.2.2 Vício de informação
5.2.3 Vício do serviço público

6. Responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais nas relações de consumo
6.1 Danos extrapatrimoniais e relação de consumo
6.2 Política de segurança e proteção biopsíquica do consumidor
6.3 Responsabilidade pelo fato do produto
6.3.1 Responsabilidade do fornecedor mediato
6.3.2 Responsabilidade do fornecedor imediato
6.3.3 Responsabilidade concorrente
6.4 Responsabilidade pelo fato do serviço
6.5 Riscos do desenvolvimento

7. A responsabilidade civil subjetiva na relação de consumo
7.1 Responsabilidade do profissional liberal
7.2 Responsabilidade da sociedade coligada
7.3 Responsabilidade do veículo de comunicação: culpa ou risco?
7.4 Responsabilidade de terceiro

8. Excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo
8.1 Excludentes de responsabilidade objetiva pelo fato e pelo vício
8.2 Excludentes de responsabilidade subjetiva

9. A extinção do direito subjetivo pelo decurso do tempo nas relações de consumo
9.1 Decadência
9.2 Prescrição

10. Considerações finais

Bibliografia

Prefácio à 1.ª edição

O autor e a editora dão a público excelente trabalho sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo. Nada obstante o Código de Defesa do Consumidor já estar em vigor no Brasil há mais de dez anos, a bibliografia nacional sobre responsabilidade civil nas relações de consumo, notadamente no que tange a monografias, ainda é escassa. Daí por que a edição desta obra é oportuna.

O autor é Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, exercendo suas funções na Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital. É Professor de Direito Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Já publicou, pela Editora Revista dos Tribunais (SP), a versão comercial de sua tese de doutoramento (*Contratos difusos e coletivos*). Pela Editora Juarez de Oliveira (SP), publicou seu *Manual elementar de direito civil*, em vários volumes, para atender ao reclamo de seus alunos e do público constituído pelos acadêmicos das Faculdades de Direito, bem como o trabalho intitulado *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*, primeira leitura sobre a relação jurídica de consumo. Além desses livros, o autor tem publicado artigos jurídicos em revistas especializadas.

Conheci o Prof. Senise no Ministério Público, Instituição a que ambos pertencemos. Aprendi a admirá-lo pelas suas opiniões jurídicas e posturas profissionais, razões que me levaram a indicá-lo várias vezes para compor bancas examinadoras de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Sua independência e autonomia jurídicas são, hoje, atributos raros nos operadores do Direito.

O livro que ora se dá à publicação é a versão comercial da tese com a qual obteve o título de Livre-Docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trata-se de trabalho de fôlego, onde o Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa discorre com maestria sobre o tema da responsabilidade civil na relação jurídica de consumo. A despeito de vigorar há mais de dez anos, como já dissemos, o CDC ainda suscita polêmicas quanto à sua incidência e interpretação. No tópico objeto do livro que ora prefaciamos, observa-se, ainda hoje, tendência doutrinária e jurisprudencial de aplicar-se o sistema de responsabilidade do Código Civil às relações jurídicas de consumo, o que se nos

afigura de todo impróprio. O autor trabalha bem com essa dificuldade, analisando o regime jurídico da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, distinto daquele constante do Código Civil.

Analisa os princípios fundamentais das relações de consumo e aquilo em que interferem com o sistema da responsabilidade civil. Depois de fixar qual o regime jurídico da responsabilidade civil no CDC – responsabilidade objetiva, o autor analisa a matéria sob os seus ângulos mais importantes: responsabilidade patrimonial, responsabilidade extrapatrimonial e a responsabilidade subjetiva, verdadeira exceção ao sistema geral do CDC. Por derradeiro, o autor trata das excludentes da responsabilidade civil no CDC, principalmente das causas extintivas de direitos ou relações jurídicas, como a prescrição e a decadência.

A obra é completa e merece todos os encômios. Escrita em linguagem escorreita, mas ao mesmo tempo acessível ao leitor, a obra se encontra produzida dentro dos rigores acadêmicos de uma tese de livre-docência. Nem sempre é fácil unir a linguagem acadêmica com a praticidade que o público leitor espera das obras de Direito. O autor conseguiu reunir essas duas coisas no livro que ora a editora dá a público. Por isso acreditamos no sucesso editorial do livro, que desde já se apresenta com futuro promissor na literatura jurídica brasileira.

Recomendo, portanto, a obra do Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa, útil aos estudantes de Direito, advogados, membros do Ministério Público, Procuradores, membros da Magistratura, bem como a todos aqueles que se interessam, de alguma maneira, por assuntos ligados à área das relações jurídicas de consumo.

Nelson Nery Junior
Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Nota prévia do autor à 3.ª edição

Nesta 3.ª edição, após exercer por quase 15 anos as funções de Promotor de Justiça do Consumidor da Capital, procurei aumentar e atualizar a presente obra de forma tal que pudesse não apenas demonstrar a evolução do Direito do Consumidor brasileiro, como também transmitir parte da experiência obtida no exercício da função pública, à qual, com muito orgulho, fui designado para atuar de 1995 (durante o primeiro ano, como assessor do Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor – CENACON, do Ministério Público de São Paulo) até o final de 2002; e, mais recentemente, desde julho de 2009.

Para tanto, procedi à análise da Lei de Defesa do Consumidor, nos pontos atinentes à responsabilidade civil, contrastando-os, na medida do possível, com os dispositivos do Código Civil promulgado em 10 de janeiro de 2002, à semelhança do que foi feito, porém com outra metodologia, no *Manual de direito civil*.

São Paulo, dezembro de 2011.

O Autor

Nota prévia do autor à 1.ª edição

O livro trata-se de obra desenvolvida a partir da tese apresentada para o concurso público no qual obtive o título de Livre-Docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, perante a banca examinadora composta pelos Ilustres Professores Titulares Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, dessa instituição de ensino, e dos Professores Titulares Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná), Ricardo César Pereira Lira (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e Sérgio José Porto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), conforme resultado homologado pela douta Congregação, em 30 de novembro de 2000. A eles, as minhas homenagens e sinceros agradecimentos pelas críticas formuladas, objetivando o aperfeiçoamento do trabalho.

São Paulo, julho de 2001.

O Autor

Parte I

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

1

RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: CONSAGRAÇÃO DE UMA VELHA TEORIA EM UMA LEI PÓS-MODERNA?

"Em qualquer tempo, a substância do Direito, enquanto esteja ele em vigência, corresponde, de modo bem aproximado, ao que se tem então por conveniente; sua forma, entretanto, e seu mecanismo, e o grau em que é capaz de produzir resultados desejados, dependem muito do seu passado" – Oliver Wendell Holmes *(O direito comum*, 1881*)*

1.1 Dignidade, solidariedade, igualdade e responsabilidade

A cognominada "despatrimonialização" dos chamados direitos privados, longe de representar o fim da regulação dos interesses econômicos, significou a revalorização da pessoa e dos direitos extrapatrimoniais existentes, resultado da construção do pensamento voltado a uma maior conscientização da necessidade de se promover a proteção personalíssima, nas sociedades pós-industriais ou da informação, inclusive sob o aspecto de tutela transindividual dos interesses (os chamados interesses socialmente relevantes, assim definidos por sua natureza ou por disposição legal).

O direito civil constitucional pátrio estabelece, à luz do pensamento da revalorização pessoal, que a República Federativa do Brasil é fundamentada na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV, da CF[1]), possuindo como objetivos: a liberdade, a justiça, a solidariedade social, a redução das desigualdades e o bem comum (art. 3.º, I, III e IV, da CF[2]).

Desse modo, as relações jurídicas constituídas entre os agentes econômicos do mercado de consumo (denominados pelo microssistema positivo pátrio fornecedores e consumidores) sofrem a incidência tanto dos princípios gerais da ordem econômica (cuja finalidade é assegurar a todos uma vida digna, com justiça social) como dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (é o que ocorre com a inviolabilidade do direito à vida, à segurança, à igualdade, à liberdade e à propriedade).

Assim, as normas jurídicas de proteção ao consumidor devem ser aplicadas nas relações entre fornecedores e consumidores segundo o seu fim social (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil), compatibilizando-se o avanço tecnológico e o desenvolvimento do mercado de consumo com a proteção patrimonial e biopsíquica dos agentes econômicos do mercado de consumo (os fornecedores e os consumidores) e da sociedade como um todo[3].

Sob tal contexto, a propriedade, inclusive a empresarial, deverá realmente atender a sua função social, sendo exercida a atividade de fornecimento de produtos e serviços, no mercado de consumo brasileiro, em um sistema econômico no qual prevalece a livre concorrência sem o abuso da posição dominante de mercado, proporcionando-se meios para a efetiva defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais.

A dinamicidade do mercado de consumo, com a realização dos mais variados negócios jurídicos, leva os fornecedores a tratarem de forma impessoal os consumidores, praticamente impedindo-os de discutir o conteúdo das avenças, o que representa uma sensível redução da autonomia da vontade da maioria esmagadora dos destinatários finais de produtos e serviços.

Além disso, a proveitosa utilização das máquinas e dos meios tecnológicos mais avançados, embora representem uma maior comodidade e uma presumida melhoria da qualidade de vida de todos os seus utentes e beneficiários, possui como efeito colateral um maior risco à segurança econômica e, em especial, à segurança biopsíquica das pessoas (cuja maior valoração foi obtida a partir da desconstrução do pensamento moderno – prevalecentemente burguês – e do estabelecimento das bases da *sociedade da informação*, que sucedeu à sociedade industrial).

As modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação contratual e pelo avanço tecnológico (cujo marco histórico de relevância é, sem dúvida, a revolução industrial) acarretaram a necessidade de uma maior intervenção do Poder Público sobre as relações privadas (fenômeno esse conhecido como *publicização do privado*) e uma participação popular mais efetiva na adoção de soluções políticas, e na realização de atividades que ordinariamente estariam afetas ao governo (*privatização do público*), para que se pudesse reencontrar o equilíbrio das relações jurídicas.

Deixou-se de lado o metafísico e irreal princípio da igualdade formal, que, na prática, outorgava maiores vantagens para o detentor do poder, em detrimento dos interesses das massas. Em seu lugar, busca-se a igualdade real e concreta, através do tratamento desigual aos desiguais, até o ponto em que se atinja entre

eles a paridade. Substituiu-se a concepção liberal clássica da autonomia plena da vontade (que, na prática, submeteu a vontade do mais vulnerável a uma considerável *redução* diante da vontade do predisponente, pelo surgimento do contrato de adesão na era industrial) por uma autonomia da vontade delimitada por normas jurídicas de ordem pública e de interesse social, a serem observadas pelo predisponente em caráter substitutivo da própria vontade das partes de fixação total do conteúdo da avença. Deu-se ao consensualismo um sentido de liberdade responsável para a celebração dos negócios jurídicos e uma segurança jurídica mais estável. Relativizou-se ainda mais a eficácia dos contratos, a fim de que o negócio jurídico padronizado pudesse sofrer a oponibilidade externa de terceiros determinados e indeterminados (estes, por meio das entidades legitimadas para propor a ação civil pública, nos termos do art. 5.º da Lei n. 7.347/85, e do art. 82 da Lei n. 8.078/90), mesmo daqueles que ainda não chegaram a contratar com o predisponente, porém estão expostos às suas práticas.

Tais acontecimentos exigiram uma nova elaboração dos contornos dos principais institutos jurídicos, dentre eles a responsabilidade civil[4]. O individualismo foi sucedido pela proteção social, marca de um modernismo jurídico que também não se mostrou plenamente satisfatório para a resolução dos litígios advindos da globalização e da célere expansão dos transportes e das comunicações[5].

Embora a desigualdade contratual tenha sido um dos fatores mais relevantes para que mudanças fossem efetuadas na teoria moderna da responsabilidade civil, há um fator preponderante que não pode ser jamais olvidado.

O principal motivo que levou à construção da teoria da responsabilidade objetiva foi a necessidade de se responsabilizar o agente econômico que causa danos patrimoniais e extrapatrimoniais às pessoas pelo simples exercício da sua atividade profissional (teoria do risco), pois a demonstração da culpa do empregador e do transportador pelo dano sofrido pela vítima era praticamente impossível, impedindo-se-lhe qualquer compensação. Com a objetivação, as vítimas passaram a ter o direito à reparação pelos prejuízos sofridos, decorrentes tanto dos atos ilícitos por natureza como da atividade lícita que lhes fosse prejudicial quanto ao resultado, sob a premissa de que a análise e a prova da culpa do responsável da atividade são completamente dispensáveis, salvo quando a lei expressamente as exigir, sob pena de se obstaculizar a percepção do direito em prol da vítima.

A objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção

individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos transindividuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante do avanço tecnológico, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização.

Ao consolidar a regra da responsabilidade civil sem culpa do fornecedor, exceção feita aos pouquíssimos casos que consigna, a Lei n. 8.078, de 11-9-1990 (Código de Defesa do Consumidor), nada mais fez senão ampliar a concepção de reparação do dano pelo simples fato de o prejuízo existir. Tal diretriz, de origem remota, foi obviamente adaptada à realidade sociojurídica contemporânea, que em muito difere daquela existente no direito primitivo. O direito primitivo se assentava nos princípios da justiça retributiva e da vingança. O direito atual deve fundar-se na justiça distributiva e na dignidade humana, procurando-se outorgar a efetiva igualdade de condições às partes, em uma relação jurídica.

1.2 Responsabilidade objetiva: uma velha teoria

Muito embora o vocábulo responsabilidade (do latim *respondere*) tenha sentido equívoco[6], motivo pelo qual não é pacífico o seu significado[7], pode-se afirmar que responsabilidade é, na acepção jurídica do termo, o dever jurídico de recomposição do dano[8].

A responsabilidade constitui, assim, uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento. Não se confunde com a obrigação originária, já que ela é invariavelmente um dever jurídico sucessivo ou suplementar decorrente da violação de outra obrigação. A responsabilidade é uma obrigação *ex lege* ou *ex voluntas* constituída por um fato, que é a violação de um dever jurídico preexistente. E essa transgressão se dá pela conduta comissiva ou omissiva de um sujeito cuja atividade desenvolvida pode ser: ilícita por natureza; lícita por natureza, porém ilícita pelo resultado danoso; ou, ainda, a consequência dos danos acarretados por uma coisa ou um animal sob a guarda dele.

Logo, ato ilícito e responsabilidade não se confundem. A conduta desconforme ao ordenamento jurídico é diferente do dever de reparação do dano causado.

Assim, verifica-se que a evolução da teoria da responsabilidade leva a uma interpretação diferente daquela que corriqueiramente se dá à definição de ato ilícito constante do art. 186 do CC, que é, na realidade, de ato ilícito na teoria da responsabilidade subjetiva, e não de ato ilícito em sentido amplo.

O ato ilícito, em sentido amplo, compreende duas ideias: a do ilícito pela conduta e a do ilícito pelo resultado. O art. 186 do CC preocupa-se com a

ilicitude pela conduta, enquanto a teoria da responsabilidade objetiva debruça-se sobre a ilicitude pelo resultado danoso, que se acha em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Os elementos culpa e risco são, portanto, completamente estranhos à definição de responsabilidade, mas podem estar presentes em determinada situação, conforme o sistema jurídico adotado[9].

O direito primitivo dos povos demonstra que o causador do dano sempre foi considerado o responsável pelo prejuízo, independentemente de qualquer cogitação sobre a existência ou não de sua culpa. Admitia-se de forma generalizada a responsabilidade objetiva e corporal tanto do homem como das coisas animadas e inanimadas que tivessem proporcionado o dano. Prevalecia o entendimento segundo o qual o que gerou o prejuízo ficava sujeito à vingança (*vindetta*), mediante a aplicação de uma pena corporal[10].

A justiça retributiva prevalecia mediante o uso da força, e não da efetiva reparação do dano, observando-se a equivalência de perdas e a proporcionalidade *in concreto* entre a vingança e o prejuízo sofrido pela vítima[11].

A força era a origem do direito primitivo, o que dificulta para o homem da atualidade, muitas vezes, a compreensão do exato conteúdo das relações jurídicas daquele tempo, a menos que se analise a questão sob a perspectiva do homem médio daquela época.

Somente através da constituição de um poder central, regulador das relações sociais, é que se propiciou de forma satisfatória a mediação e a supressão da vingança privada, que passou a ser vedada tanto por motivos religiosos como legais[12]. A retaliação foi sendo, pouco a pouco, substituída pela fixação empírica e instintiva de tarifas[13], conferindo-se depois maiores poderes ao julgador para que ele viesse a deliberar o montante da indenização.

Portanto, a responsabilidade objetiva é uma velha teoria cuja existência antecede o surgimento da teoria da responsabilidade subjetiva. No direito primitivo, a força e a vingança, à luz da justiça retributiva, eram o seu fundamento. Em nada se assemelha essa velha teoria à responsabilidade objetiva atualmente prevista nas legislações específicas e no Código de Defesa do Consumidor, exceção feita ao fato de não se discutir a existência ou inexistência de culpa ou dolo do responsável. A atual teoria da responsabilidade objetiva substitui a orientação primitiva da retaliação e do individualismo formal pela justiça distributiva e pela solidariedade social.

Pode-se afirmar que a velha teoria da responsabilidade objetiva encontra-se devidamente adaptada à realidade social, viabilizando a efetiva percepção da reparação do dano em favor da vítima e a tutela dos interesses individuais, coletivos e difusos.

1.3 A adoção da responsabilidade subjetiva e a aplicação da responsabilidade sem culpa

Em tempo algum da história do direito ocidental a responsabilidade objetiva deixou de ser aplicada, ainda que em situações excepcionais. Inicialmente era, ademais, a regra do sistema jurídico dentre os povos da Antiguidade, como ocorreu no direito romano. O advento da Lei das XII Tábuas, de 452 a.C.[14], manteve o princípio da responsabilização pela simples existência do dano e teve como maior mérito abandonar o castigo corporal como forma de retribuição do dano, dando-se realce às penas pecuniárias de restituição, mediante a fixação de tarifa.

O sistema de responsabilidade civil vigente em Roma demonstrava-se insatisfatório porque a tarifa fixa ou invariável era muitas vezes de valor módico, e isso privilegiava o infrator, permitindo-se à clientela romana inúmeras práticas abusivas contra a plebe, inclusive a de sujeitar aquele que tivesse causado o prejuízo involuntariamente à mesma situação de quem intencionalmente houvesse gerado o dano.

Numa tentativa de corrigir as imperfeições existentes, um plebiscito popular originou a *lex Aquilia de damno*, de 286 a.C.[15], *que finalmente introduziu a culpa como elemento da responsabilidade civil* e concedeu maiores poderes ao pretor para a fixação da pena, deixando-se de lado as multas fixas.

Coube ao imperador Justiniano estabelecer um sistema de responsabilidade subjetiva, ao prever a culpa por omissão e ao graduar a culpa em leve e lata. Além disso, regulou os institutos do furto, do roubo e dos demais delitos, e os seus efeitos sobre a pena[16].

A adoção prevalecente da teoria da responsabilidade subjetiva, àquela época, não impediu a manutenção da responsabilidade objetiva em duas das figuras conhecidas como quase delitos[17]:

a) a responsabilidade do morador (*habitator*) pelo derramamento de líquido ou pela queda de um objeto do edifício no qual reside sobre a via pública (*effusum et deiectum*), caso em que o responsável deveria arcar com o pagamento de indenização equivalente ao valor em dobro do prejuízo (tratando-se de ofensa

física, aplicava-se o princípio *in bonum et aequum*; e no caso de morte de homem livre, a pena era de 50 moedas de ouro); e

b) a responsabilidade do morador (*habitator*) pelo simples fato de o objeto se encontrar pendurado sobre a via pública (*positum et suspensum*), colocando em risco a segurança alheia, caso em que o responsável devia efetuar o pagamento de indenização equivalente a 10.000 sestércios ou 10 moedas de ouro[18].

Mesmo após a queda do Império Romano, a culpa continuou sendo um dos pressupostos da responsabilidade civil por toda a Idade Média, consagrando-se por costume no continente europeu, dada a sua tradição histórica e as motivações de ordem política e religiosa que procuraram aproximar a noção de culpa jurídica do conceito de pecado[19].

O antigo direito francês sofreu uma profunda influência do Cristianismo (notadamente, de Tomás de Aquino e dos canonistas) e do direito grego, mediante a remodelação das soluções romanas de responsabilidade civil, à luz da moral cristã[20] e também dos costumes. E, por todas essas razões históricas apontadas, a culpa tornou-se o pressuposto da responsabilidade civil mesmo no direito moderno, estabelecendo o Código Civil francês, de 1804, norma expressa sobre o assunto (art. 1.382)[21]. Porém, as hipóteses de responsabilidade pelo fato da coisa (*positum et suspensum* e *effusum et deiectum*) foram previstas pela legislação napoleônica em questão, mantendo-se a excepcional aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa[22].

1.3.1 Da decadência da culpa à objetivação

Como as codificações europeias do século XIX ainda se orientavam pela teoria do individualismo jurídico romano e dos povos germânicos (nesse caso, com reflexos sobre o grupo familiar), houve um descompasso entre a legislação[23] e a nova realidade proporcionada pela invenção das máquinas. A multiplicação dos acidentes nas fábricas e nos meios de transportes acompanhou a evolução científica, em que pesem os benefícios que a ciência proporcionou à humanidade naquela época. O interessado não lograva êxito em perceber a indenização decorrente da morte ou da lesão sofrida pelo empregado no exercício da sua atividade fabril, pois a prova da culpa do empregador era necessária e sua obtenção era impossível. O maquinista que sofria um acidente ao alimentar a caldeira do trem não tinha como demonstrar a culpa do proprietário desse meio de transporte. A quantidade de usuários do transporte coletivo que sofriam danos físicos e letais durante o percurso era cada vez maior. Os acidentes

automobilísticos causaram, à época, um número de mortos e feridos sem precedentes, salvo no período das guerras. Em todos esses casos, a impossibilidade de produção da prova da culpa obstou o pagamento de indenização em prol da vítima ou de seus sucessores.

A aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva, na prática, dificultava e, em muitos casos, impossibilitava a obtenção da indenização em prol da vítima, que não tinha como demonstrar a culpa do explorador da atividade lícita em função da qual o lesado havia sido prejudicado[24].

O passado mostra que toda a revolução jurídica tem sido precedida de uma evolução lenta[25]. E no campo da responsabilidade civil não foi diferente, porque se considerou erroneamente que a objetivação, por si só, era uma barbárie. A doutrina procurou, então, estabelecer métodos alternativos que permitissem a reparação do dano em favor da vítima, sem se reconhecer a teoria da responsabilidade sem culpa. Surgiram, assim, as seguintes teorias: o abuso de direito, a obrigação de meio e de resultado, a obrigação de garantia, a obrigação de segurança, a presunção legal da culpa e a culpa objetiva.

a) *Abuso de direito*

A teoria do abuso de direito estendeu a noção de ilicitude, e inicialmente pressupôs o excesso culposo daquele que o exerce imoderadamente (teoria subjetivista) para, numa fase posterior, exigir tão somente a prova do excesso danoso (teoria objetivista)[26].

Apesar dos seus méritos, a teoria do abuso de direito não explica de maneira satisfatória a responsabilidade do empregador e do transportador pelo dano causado. Nem mesmo se afigura razoável, se o excesso foi mensurado sem se proceder à análise da culpa. O acidente não se trata propriamente de um exercício imoderado ou desmedido, mas de um evento que pode suceder sem qualquer previsibilidade. É o caso da caldeira que explode por vício de construção que não podia ser previsto pelo empregador. Responsabilizá-lo pelo exercício imoderado de um direito não faz sentido. Por outro fundamento, como o risco da atividade profissional, é mais que convincente.

b) *Obrigação de meio e obrigação de resultado*

A diferenciação entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado foi uma das formas encontradas para afastar o ônus da prova da culpa do empregador ou do transportador, que incumbia ordinariamente à vítima.

Pela obrigação de meio, também denominada obrigação de diligência e prudência, o devedor não se compromete a obter o resultado esperado pelo

credor, mas possui o dever de manter uma conduta compatível para que esse resultado possa vir a suceder. Certamente, quanto mais diligente se mostrar o devedor, maior será a probabilidade de obter o resultado satisfatório em prol do credor.

A obrigação de meio caracteriza-se pelo risco (*alea*) que assume o credor de obter o resultado almejado ou não. Há, assim, uma cláusula implícita de irresponsabilidade na obtenção do resultado[27].

Na obrigação de resultado, também denominada obrigação determinada, o devedor compromete-se a obter o interesse visado pelo credor, sujeitando-se à reparação do dano, no caso do simples descumprimento.

Como a obrigação de resultado impõe ao devedor a necessidade de obter o interesse material visado pelo credor, há uma inversão do ônus da prova no caso de litígio, sujeitando-se aquele que não atingiu o fim esperado a demonstrar a inexistência ou a exclusão de sua responsabilidade, o que somente ocorre na hipótese de força maior[28].

Originariamente, a obrigação de resultado possibilitou ao devedor a prova de que ele não tinha agido com culpa, o que serviu de óbice ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Posteriormente, a adoção, em determinados casos, da obrigação de resultado com a presunção legal absoluta de culpa do devedor solucionou o problema, praticamente equiparando o instituto em questão à responsabilidade objetiva[29].

c) *Obrigação de garantia*

De acordo com a teoria da obrigação de garantia, o responsável pelo dano se submete a uma obrigação de garantia da reparação do prejuízo causado. A obrigação de garantia viabiliza a percepção da indenização devida em favor da vítima do dano, mesmo com a ocorrência de caso fortuito. O garantidor da obrigação, dessarte, assume um risco, que é reparar o prejuízo causado[30].

Possibilita-se, nesses termos, ao adquirente de um produto valer-se do instituto da evicção e dos vícios ocultos[31]. A garantia não advém apenas de lei, como se pode supor pelas hipóteses da evicção e dos vícios redibitórios. Ela pode ser pactuada em qualquer contrato principal ou acessório, como garantia pessoal ou real, para que o credor não deixe de obter o seu direito[32].

Nas relações jurídicas constituídas em razão da existência de atividades industriais, há uma cláusula tácita de garantia de proteção contra todo acidente profissional.

d) *Obrigação de segurança*

Com a finalidade de se proporcionar um serviço de transporte adequado ao usuário, estabeleceu-se que o transportador tinha a obrigação de conduzir o passageiro com segurança ao seu destino, garantindo-lhe a vida e a incolumidade física, sob pena de responsabilidade contratual e do pagamento da indenização respectiva[33].

O reconhecimento da obrigação de segurança proporcionou um resultado semelhante ao da teoria do risco da atividade profissional (inexistente à época da criação dessa teoria), tornando-se desnecessária a demonstração da culpa do transportador.

A obrigação de segurança não estabelece a presunção da culpa do transportador. Atua a teoria da obrigação de segurança como elemento externo à ideia de culpa e de presunção. Sua objetividade jurídica original é a incolumidade física do transportado, pois a ofensa física proporcionada pelo acidente de percurso em desfavor do usuário torna-se suficiente para impor-se a responsabilidade sobre o explorador da atividade. O mesmo sucede nos acidentes de trabalho, tendo a doutrina procurado fixar o dever de segurança do empregador, para que nenhuma pessoa que se torne vítima de danos personalíssimos não possa obter a indenização a qual tem direito[34].

Não há qualquer incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a obrigação de segurança, que acabou por ser um poderoso elemento de conexão da subjetivação para a objetivação. A obrigação de segurança é uma obrigação legal (*ex lege*), que pode encontrar-se expressa no contrato ou não. Se não estiver expressa, a segurança será obrigação implícita ao vínculo jurídico constituído, não se tornando necessária a discussão sobre a culpa da parte que não sofreu o prejuízo patrimonial ou moral, já que a prova da falta resulta do próprio fato (*ex re ipsa*).

A responsabilidade oriunda da obrigação de segurança é *ope legis*, pouco importando a existência anterior ou não de um liame jurídico entre as partes. E a sua previsão legal decorre de aspectos relacionados à ordem pública[35]. Desse modo, a norma cogente consubstanciaria uma cláusula tácita que nas atividades perigosas protegeria a vítima de eventuais danos, como os decorrentes de acidente de trabalho ou do transporte de passageiros[36].

e) *Presunção legal de culpa*

Por meio do sistema de presunção, a culpa do responsável pelo dano não precisa ser demonstrada pela vítima nas hipóteses previstas em lei. Assim, a teoria de presunção da culpa do agente pode subsistir tanto na responsabilidade

contratual como na delitual, porém, nas relações civis e empresariais, não se exclui a apreciação do elemento subjetivo em questão[37].

A presunção da culpa pode admitir ou não a produção de prova em sentido contrário. Na primeira hipótese, a presunção legal da culpa é relativa (*iuris tantum*), possibilitando-se àquele que se encontra responsável, por força da norma jurídica, a produção de prova que exclua o seu dever de reparar o dano causado. No outro caso, a presunção legal de culpa é absoluta (*iure et de iure*), não se admitindo a produção de qualquer elemento demonstrativo de liberação da responsabilidade do agente[38].

A rigor, a ideia de presunção absoluta de culpa é mero artificialismo, numa vã tentativa de se negar a responsabilidade objetiva, que se concretiza pela simples existência do evento danoso[39]. Indiscutivelmente, a presunção absoluta da culpa representou um grande avanço para o reconhecimento da objetivação da responsabilidade, inclusive em outros casos diversos da responsabilidade pelo fato da coisa inanimada. Contudo, a negação da teoria da responsabilidade objetiva e a defesa da teoria da presunção absoluta da culpa não se coadunam com a realidade, pois a responsabilidade subjetiva advém, via de regra, de um ato ilícito por natureza, enquanto a responsabilidade objetiva decorre de ato ilícito pelo resultado.

Por isso, não se confunde a presunção de culpa com a responsabilidade objetiva, quer por motivos históricos, quer mesmo porque a responsabilidade objetiva, em sua origem e conformidade com a teoria do risco, torna desnecessária qualquer indagação sobre o elemento subjetivo do injusto para que o agente seja compelido a reparar o dano. Além de deixar a análise da culpa de lado, a teoria da objetivação considera indiferente que o demandado produza a prova de que não agiu com culpa. A sua responsabilidade subsiste pela simples realização da atividade perigosa que acarreta o dano[40].

f) *Teoria da culpa objetiva*

A chamada culpa objetiva não cogita da imputabilidade subjetiva e da culpabilidade do agente, tal como sucede com a responsabilidade subjetiva civil e penal. Compreende não apenas o ato ilícito nos moldes tradicionalmente preconizados pela doutrina novecentista (fundado na culpa), porém estende o seu conceito às técnicas modernas da vida, para a adequação do direito ao fato social.

Deve-se reconhecer a responsabilidade sem a análise conservadora da imputabilidade subjetiva e da culpabilidade e sem a adoção das técnicas

utilizadas pelo direito primitivo, a fim de se evitarem as injustiças cometidas no passado[41].

A teoria da culpa objetiva confunde o significado de "culpa" e de "responsabilidade" certamente pelo fato de que, durante séculos, essas expressões foram utilizadas como equivalentes. No entanto, essa teoria representou um avanço substancial para a objetivação, pois, mesmo diante da resistência inicial da doutrina francesa e germânica à responsabilidade sem culpa[42], ela acabou demonstrando-se como a mais adequada para os fins de reparação de danos às vítimas dos acidentes de trabalho e de transportes.

Boa parte das teorias intermediárias entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva foi lembrada pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, apesar de a regra instituída pela Lei n. 8.078/90 ser a de se responsabilizar o fornecedor de produtos e serviços independentemente de culpa (arts. 12, 14, 18 e 20), estabelece-se excepcionalmente a responsabilidade subjetiva do profissional liberal pelo fato do serviço (art. 14, § 4.º), possibilitando-se ao consumidor os benefícios da obrigação de resultado. Além disso, reconhece-se o dever de garantia do fornecedor, tanto sobre os aspectos econômicos do produto ou serviço e sua funcionalidade (arts. 24 e 50) como pelos riscos decorrentes da sua nocividade (arts. 9.º e 10). O dever de segurança é consagrado pela legislação protetiva do consumidor como direito básico (art. 6.º, I) e fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e serviço (arts. 8.º a 10, 12, § 1.º, e 14, § 1.º).

Identificadas as teorias intermediárias à objetivação e sua previsão na legislação protetiva do consumidor, cumpre estabelecer os motivos históricos que levaram à fixação da responsabilidade sem culpa como a regra, inclusive, nas relações de consumo.

1.3.2 Risco: novo fundamento para uma velha teoria em uma lei pós-moderna

Como a norma jurídica demora, às vezes, a retratar uma situação advinda de um novo fato social, o fator político também foi preponderante para a manutenção da responsabilidade subjetiva, em meio ao crescente número de acidentes de trabalho e de transporte. E, sem dúvida, também foram outros motivos de ordem política que contribuíram para a promulgação, ainda que tardia, das primeiras leis específicas sobre a objetivação da responsabilidade[43].

A noção de risco da atividade do agente vagarosamente dissociou as ideias da responsabilidade e da culpa, tal como sucedeu anteriormente à promulgação da

lex Aquilia de damno, de 286 a.C.[44].

Na Alemanha, em 1885, o Tribunal do Império decidiu que a responsabilidade pelo fato do animal é decorrente de uma obrigação *ex lege*, devendo o seu proprietário responder pelo prejuízo causado a outrem, mesmo quando não houve da sua parte qualquer interferência para que o evento danoso viesse a suceder. A sua responsabilidade era consequência da propriedade da coisa e do fato de que era o seu titular quem deveria representá-la perante terceiros[45].

Todavia, a doutrina e a jurisprudência francesas conferiram uma interpretação mais conservadora e intermediária ao art. 1.385 do Código Civil napoleônico, ao considerar que o preceito legal teria adotado a presunção da culpa do proprietário do animal[46].

Solução semelhante foi adotada para se fixar em França, até a segunda metade do século XIX, a responsabilidade pelo fato da coisa (art. 1.384[47]), fundada na culpa presumida do seu proprietário[48].

Em 16 de junho de 1896, a Corte de Cassação francesa adotou entendimento similar àquele proferido pelo tribunal alemão onze anos antes. Na famosa explosão do rebocador *Marie*, reconheceu-se a responsabilidade do proprietário pelo vício de construção, sob o fundamento de que o dever de reparar o dano decorre do simples fato da propriedade da coisa[49].

Sobredita visão objetivista da responsabilidade pelo fato foi desenvolvida na doutrina francesa a partir das obras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, que afirmaram que o art. 1.384 do Código napoleônico não fazia qualquer referência à culpa do proprietário ou responsável legal, sendo certo que esse dispositivo independeria do art. 1.382, fundamentado expressamente na culpa aquiliana.

Raymond Saleilles considerava que a teoria da responsabilidade subjetiva obstava o pagamento da indenização não somente por causa da dificuldade da prova do fato e dos danos causados pela culpa do agente, como também da sua imputabilidade pessoal[50]. Sustentou, assim, a aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa nos acidentes industriais, conferindo-se à expressão *faute* do art. 1.384 do Código Civil francês o significado equivalente a “fait” (causa determinante de um dano), o que obrigaria o empregador à reparação do prejuízo, pois apenas a culpa exclusiva do empregado pode liberar o proprietário da máquina da responsabilização.

Para Saleilles, todo dano causado por um fato ilícito importa em reparação, não se tornando sempre necessária a existência da culpa do autor, graças ao dever de segurança que se lhe impõe. A responsabilidade do autor é *ope legis*,

restringindo-se à livre iniciativa do empregador e do transportador, sob o fundamento da solidariedade social. Dessarte, há um dever geral de não expor a vida alheia a perigo, motivo pelo qual a responsabilidade legal em questão extrapola os limites do contrato, beneficiando-se, pois, qualquer vítima do evento danoso oriundo da atividade da qual o profissional tira o proveito (teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco do proveito ou benefício)[51].

A teoria objetiva fundada na ideia do risco profissional é, de acordo com o autor em questão, uma teoria eminentemente social que considera o homem como parte integrante de uma coletividade, e não um indivíduo desprovido de outros vínculos intersubjetivos[52].

Por sua vez, Louis Josserand defendeu a tese de que não haveria qualquer motivo para a existência do art. 1.384, se ele não se destinasse a excepcionar a regra do art. 1.382 do Código Civil francês. Realmente, a incompatibilidade entre a previsão legal da responsabilidade pelo fato da coisa animada e inanimada e a teoria da culpa é evidente. A obrigação de reparação do dano causado pelo fato da coisa animada e inanimada é obrigação *ex lege*, que se contrapõe à obrigação delitual adotada pelo art. 1.382, seja por motivos de ordem histórica, seja por razão dogmática[53].

A responsabilidade objetiva do transportador e do fabricante proprietário das máquinas é explicada por Josserand a partir de três fundamentos[54]:

a) a obrigação de reparar o dano por coisa inanimada é legal, encontrando-se o passageiro e o empregado protegidos por uma forma mais eficaz que a da responsabilidade contratual;

b) a obrigação de reparar o dano somente existe se o prejuízo causado for verdadeiramente propiciado pela coisa; e

c) a obrigação de reparar o dano fundamenta-se racionalmente na noção do risco criado.

Josserand afirma que, na obrigação *ex lege*, pouco importa se há ou não uma relação jurídica prévia entre as partes, ou mesmo se a responsabilidade é contratual ou extracontratual: aplica-se a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco e tutela-se, desse modo, tanto o contratante como o terceiro[55]. Nesses termos, a lei impõe a responsabilidade por um evento danoso em desfavor do proprietário, pela simples razão de que ele é o proprietário da coisa animada ou inanimada que causou o prejuízo[56].

A responsabilidade por acidente de trabalho e pelo transporte de pessoas e bagagens não decorre de um ato ilícito por natureza, mas de um ato lícito que se

torna ilícito pelo resultado. Por isso, pode-se concluir que *a teoria do risco fundamenta-se em elementos externos à vontade individual, referentes tão somente à causalidade*[57].

Adotada a teoria objetiva do risco profissional, tornou-se possível, independentemente de culpa, a reparação do dano infligido ao empregado e ao usuário do transporte vitimado pelo sinistro[58].

A inserção legislativa da teoria do risco da atividade como fundamento para a responsabilidade civil verificou-se de forma gradativa e por meio de leis específicas[59]. No Brasil, o legislador seguiu tardiamente o exemplo europeu: primeiramente, reconheceu a culpa presumida por perda de bagagem e danos ao passageiro, no transporte ferroviário[60], mas estipulou a responsabilidade objetiva da exploradora por prejuízos causados aos proprietários marginais da via férrea (Decreto n. 2.681, de 1912). Posteriormente, adotou-se a responsabilidade sem culpa, dentre outras, nas seguintes leis: Decreto n. 3.724, de 15-1-1919, posteriormente derrogado pelo Decreto n. 24.637, de 10-7-1934, revogado pelo Decreto de 13-5-1991, sobre acidentes de trabalho; Decreto-Lei n. 483, de 8-6-1938, revogado pelo Decreto-Lei n. 32, de 18-11-1966, que estabelece a responsabilidade civil do transportador aéreo; Decreto-Lei n. 227, de 28-2-1967, derrogado pelo Decreto-Lei n. 318, de 14-3-1967, conhecido como o Código de Minas; Decreto-Lei n. 116, de 25-1-1967, sobre o transporte marítimo; Decreto-Lei n. 73, de 21-11-1966, sobre o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores; Lei n. 6.453, de 17-10-1977, sobre responsabilidade civil nas atividades nucleares; Decreto n. 911, de 3-9-1993, que promulgou a Convenção de Viena sobre danos nucleares; Decreto n. 83.540, de 4-6-1979, que regulamentou a aplicação da convenção internacional sobre os danos causados pela poluição por leo; Lei n. 7.565, de 19-12-1986, sobre a responsabilidade no transporte aéreo; e Lei n. 8.078, de 11-9-1990, sobre as relações de consumo.

Por razões diversas daquelas que levaram o homem primitivo a implantar a responsabilidade objetiva fundada na justiça retributiva, é mais que recomendável a adoção do sistema da responsabilidade objetiva fundado na justiça distributiva e na solidariedade social, em diversos setores da atividade profissional, especialmente naqueles em que o desenvolvimento tecnológico se demonstrou mais acentuado, visto que fundados em princípios científicos pós-modernos, o que exige soluções jurídicas compatíveis com a nova realidade social[61].

Afinal, a problemática da responsabilidade civil objetiva não se limita, como no final do século XIX, aos acidentes de trabalho e de transporte. Há uma série de atividades profissionais cujo exercício pode proporcionar danos a outrem, pelo risco que oferecem à vida, à saúde e à segurança[62].

Além dos diplomas legais anteriormente arrolados, não se pode olvidar que o novo Código Civil evoluiu ao estabelecer as normas que tratam da responsabilidade civil.

De fato, o legislador civil reconheceu expressamente os dois sistemas de responsabilidade – tanto o fundado na culpa como o embasado no risco da atividade profissional. Com isso, manteve a tradicional responsabilidade subjetiva como regra da responsabilidade extracontratual sem, no entanto, ficar completamente preso ao passado.

A Lei n. 10.406, de 10-1-2002, expressamente consagra a responsabilidade independentemente de culpa nos casos fixados em lei e naqueles que, por força da natureza da atividade do agente, forem considerados como de risco à vida, à saúde ou à segurança de outrem (art. 927, parágrafo único, do CC[63]). Além disso, convém lembrar as seguintes passagens:

a) a responsabilidade objetiva do empresário individual e da empresa por danos causados pelos produtos colocados em circulação (art. 931 do CC);

b) a responsabilidade objetiva pelo fato de terceiro (art. 932 do CC);

c) a responsabilidade sem culpa pelo fato da coisa animada e inanimada (arts. 936 a 938 do CC).

Trata-se de evolução digna de aplausos, porque viabilizou o reconhecimento da responsabilidade sem culpa em outras situações, além daquelas previstas em leis especiais e na própria lei civil. Destarte, incumbirá à doutrina apontar e à jurisprudência reconhecer as hipóteses nas quais a responsabilidade será objetivada, sempre fundamentando as razões que levaram o operador da norma jurídica a chegar a tal conclusão. Essa abertura do macrossistema permitirá a adoção de mecanismos judiciais contrários à anomia da norma civil de responsabilidade, viabilizando-se na decisão judicial uma revisão de temas envolvendo atividades que se sujeitam a uma rápida evolução tecnológica.

Sem deixar de lado a clássica dicotomia responsabilidade extracontratual (ora ampliada para responsabilidade extranegocial, conforme o art. 186, c/c o art. 104 do CC) e responsabilidade contratual (ampliada para negocial, *ex vi* do art. 389, c/c. o art. 104 do CC), o novo Código Civil estabeleceu a regra da responsabilidade subjetiva, a ela acrescentando a possibilidade de

responsabilidade objetiva por força de lei ou por orientação jurisprudencial (parágrafo único do art. 927, *in fine*).

A aplicação da teoria da responsabilidade embasada no risco da atividade profissional deflui da função social do direito, buscando-se a efetiva reparação do prejuízo da vítima e a eficiente defesa dos interesses socialmente relevantes[64].

O absolutismo dos direitos individuais deu lugar, portanto, ao princípio da relatividade dos direitos e de sua vocação social. A massificação nas relações jurídicas viabilizou a objetivação cada vez maior da responsabilidade. O direito pós-moderno procura restabelecer o equilíbrio da relação jurídica, partindo do pressuposto segundo o qual há, em determinadas situações, a inferioridade ou a vulnerabilidade de uma das partes. Essa é a razão pela qual se procura conferir maior proteção aos interesses da vítima. Esse foi o motivo que levou uma lei pós-modernista a adotar a velha teoria da responsabilidade objetiva ou sem culpa, porém sob a ótica da justiça distributiva e da solidariedade social, fundada na teoria do risco da atividade profissional[65].

Não é apenas nas relações privadas comuns que se encontram elementos caracterizadores da vulnerabilidade de uma das partes.

Tal fenômeno igualmente exsurge nas denominadas relações de consumo. A vulnerabilidade da parte presumivelmente mais fraca torna-se cada vez mais patente, em decorrência do avanço tecnológico e da complexidade de informações referentes aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo[66].

Há um forte elemento moral na responsabilidade civil, muito embora isso seja indiferente à vítima e ao próprio Estado. Este procura punir. Aquela, no entanto, pretende a reparação, pouco importando-lhe se a responsabilidade do autor foi de maior ou menor gravidade[67].

Eis a explicação que levou a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) a adotar a cláusula geral de responsabilidade civil, fundada no risco da atividade profissional do fornecedor. A obrigação de reparação do dano não deve ser limitada pelo simples fato da adoção da responsabilidade objetiva, salvo em situações excepcionais, em atendimento aos interesses socialmente relevantes[68].

Indiscutivelmente, a objetivação da responsabilidade e a reparação integral dos danos causados demonstram a imprescindibilidade da aplicação da *teoria da socialização dos riscos*, que deve ser construída a partir de uma reestruturação

do sistema de seguros privados e públicos[69]. Como a adoção desta acarreta a necessária reavaliação da responsabilidade civil e se baseia na seguridade social, o contrato de seguro deve ser adaptado às transformações socioeconômicas, contendo preceitos normativos compatíveis à realidade. O seguro tende a se firmar, nesse contexto, como um dos mais importantes institutos jurídicos da atualidade[70]. O seguro obrigatório, ao lado de um seguro facultativo e ilimitado, bem como do resseguro mantido pelo Estado, pode demonstrar-se extremamente útil como forma mais rápida de reparação do dano.

A teoria da socialização dos riscos decorre dos critérios de justiça e de utilidade social que devem proporcionar a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, pois uma das funções principais da lei é anular o desequilíbrio existente entre as partes[71]. Quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade. Criticar a aplicação da teoria da socialização dos riscos sob o pretexto de que o profissional relaxaria no exercício da sua atividade, transferindo a sua responsabilidade ao segurador, é incorrer em evidente equívoco. O acionamento do seguro provocaria a perda dos bônus conferidos ao profissional e importaria na elevação dos custos do seguro, quanto mais fosse ele solicitado.

A teoria da *socialização dos riscos* não deve ser afastada, ainda, sob o fundamento de que não se deve proceder a um teto indenizatório, pois a reparação deve ser integral e, portanto, o mais ampla possível. O acionamento do seguro social não deve impedir o ofendido de requerer judicialmente as complementações reparatórias que ele entender necessárias. Pelo menos, o risco foi socialmente suportado e o lesado obteve, de forma mais célere, a reparação parcial do prejuízo[72].

A constituição de uma nova sistemática legal ressarcitória por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, sofridos pelo segurado e os respectivos beneficiários da apólice, mais compatível diante da complexa realidade negocial de nossos dias e das tecnologias inovadoras com as quais a sociedade do século XXI se depara, deve ser urgentemente elaborada pelo legislador. A adoção de tal conduta, aliada ao fortalecimento da estrutura das operadoras de seguro e de uma fiscalização mais eficiente do Poder Público sobre esse setor, proporcionaria melhores resultados para o ressarcimento das vítimas, sem uma oscilação indesejada do patrimônio das empresas, o que poderia comprometer a sua atividade e a satisfação da função social que delas se espera, por meio das contratações de trabalho e do fornecimento de produtos e serviços no mercado

de consumo.

A melhor sistematização do direito securitário permitiria indiscutivelmente a utilização desejável de cláusulas de liquidação *à forfait* ou antecipada das perdas e danos e de eventuais indenizações por danos extrapatrimoniais, antecipadamente arbitradas de comum acordo entre as partes, sempre em observância às cláusulas negociais gerais aplicáveis, reduzindo-se a quantidade de demandas reparatórias ou, ainda, simplificando-se a atividade jurisdicional para se compelir o agente ao pagamento da indenização, quando necessário.

A teoria da responsabilidade subjetiva, contudo, não deve ser abandonada.

Em um mesmo sistema jurídico, é perfeitamente compatível e necessária a existência das duas modalidades de responsabilidade em referência, até mesmo porque ainda subsiste uma série de relações jurídicas que não se refere à atividade de risco profissional.

Simplesmente negar a necessidade da instituição da responsabilidade sem culpa, em nossos dias, é totalmente descabido. Por uma questão de justiça social, a vítima merece a reparação do dano, nos casos em que se torna impossível a ela comprovar a culpa. Basta que ela obtenha êxito em demonstrar o nexo de causalidade[73].

1 “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (...).”

2 “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

3 Além dos fornecedores e dos consumidores, o direito positivo protege todo aquele que vem a sofrer danos (o *bystander*) em virtude da atuação do fornecedor no mercado, assim como a coletividade de pessoas, determináveis ou não, que podem ou não sofrer danos (arts. 17, § 2.º, *caput* e parágrafo único, e 29, da Lei n. 8.078/90). A propósito, *vide* o Capítulo 3.º, que trata dos princípios da política nacional das relações de consumo, aplicáveis ao consumidor por natureza (art. 2.º, *caput*, do CDC), assim como ao chamado

“consumidor por equiparação” (conforme as demais referências legislativas ora apontadas).

4 Sobre as transformações da responsabilidade civil, *vide*, entre outros: René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d’aujourd’hui*, p. 23-25, e *Du droit civil au droit public*, p. 99-172; Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 92-115 e 291-306, *O regimen democrático e o direito civil moderno*, p. 170-178 e 327-368, e *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 210-237; Joseph Charmont, *Les transformations du droit civil*, p. 233-288; Gabriel Tarde, *Les transformations du droit*, p. 102-105; Enrico Cimbali, *A nova phase do direito civil*, p. 45-46, 57-59 e 68-73; Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 1-9; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 53, p. 57-95; Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 241-259; José Borrell y Maciá, *El intervencionismo del Estado en las actividades económicas. Su extensión y limites*, p. 15-41; Anton Menger, *El derecho civil y los pobres*, p. 50-52; Edmond Picard, *O direito puro*, p. 233-283; e Alvino Lima, *Da culpa ao risco*, p. 217-228.

5 Pontes de Miranda, a esse respeito, defendeu a ideia de que o individualismo, querendo engendrar *a ilimitação dos direitos subjetivos, a existência deles como autônomos e sós, criou o que não estava nos seus planos: a relatividade de todos esses direitos, concebidos pelo atomismo social, que está na doutrina individualista* (*Tratado*, cit., v. 53, p. 63).

6 O uso jurídico desse vocábulo é moderno e atribuído a Alexander Hamilton, em 1787 (Jacques Henriot, *Note sur la date et le sens de l’apparition du mot la responsabilité*, p. 58-62). A noção moderna de responsabilidade civil, por conseguinte, somente surgiu no século XVIII (John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 752).

7 No direito francês, talvez o primeiro autor a se referir ao vocábulo “responsabilidade civil”, como atualmente concebido, foi Jean Grandmoulin, em sua tese *L’unité de la responsabilité* ou *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, de 1892 (referência em René Démogue, *Traité des obligations en general*, v. 5, p. 523; e Nicolas Puricesco, Étude critique sur la théorie de la faute, p. 66-69).

8 Para Sourdat, responsabilidade é a obrigação de reparar o prejuízo resultante de um fato de autoria direta ou indireta (*Traité général de la responsabilité*, p. 1), no que é secundado por: René Savatier (*Traité de la responsabilité civile en droit français*, v. 1, p. 1), Henri de Page (*Traité élementaire de droit civil belge*, *tomo* III, n. 892) e Geneviève Viney (*Traité de droit civil*, p. 1). Segundo Henri Lalou, responsabilidade é a obrigação de indenizar e de garantir a satisfação do direito (*La responsabilité civile*, p. 1 e 5). Jorge Giorgi afirma que é a obrigação de reparar o dano por fato ilícito (*Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*, v. 5, p. 224). Atílio Alterini e outros afirmam que responsabilidade é a prestação que se impõe ao responsável por um dano injusto (*Curso de obligaciones*, p. 23). Entre nós, Silvio Rodrigues afirma que responsabilidade é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado à outra (*Curso de direito civil*, v. 4, p. 6), no que concorda, portanto, com Miguel Maria de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, v. 5, p. 188). Orlando Gomes define responsabilidade como a obrigação de indenizar o dano causado (*Obrigações*, p. 338). José de Aguiar Dias sustenta que responsável é aquele que suporta em definitivo o dano (*Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 13). Maria Helena Diniz ensina que a responsabilidade é uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 6). Carlos Alberto Bittar diz que responsabilidade é a violação de um dever preexistente, dever esse geral (decorrente da lei) ou particular (oriundo de um contrato) (*Curso de direito civil*, v. 1, p. 45).

9 Para Caio Mário da Silva Pereira, a responsabilidade é o puro e simples dever de reparar. Contrariamente ao que sustento, o autor afirma que não se pode excluir do conceito de responsabilidade a culpa ou o risco, que se completam no sentimento social e humano (*Responsabilidade civil*, p. 11). Os Mazeaud observam, com propriedade, que a doutrina tem-se orientado pela noção técnica da obrigação de reparar, sem se justificar a causalidade, que seria a razão para as noções díspares sobre a responsabilidade (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, v. 1, p. 1). A posição desse trabalho em muito

se assemelha à doutrina unitária de Gaston Marton (*Fondaments de la responsabilité civile:* revision de la doctrine, essai d'un système unitaire, p. 251-304), cuja teoria é elogiada por José de Aguiar Dias (op. cit., v. 1, p. 95-106), tornando-se os conceitos de culpa e risco estranhos à noção de responsabilidade civil, porém aplicáveis em conformidade com o respectivo sistema adotado.

Sobre as teorias da culpa e do risco e a noção de ato ilícito e sua diferença de culpa, *vide* também o que escrevi a respeito no *Manual de direito civil*, v. 2, cap. 28, 30 e 31.

10 Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 53, p. 7. Posteriormente, deixou-se de lado a responsabilidade dos animais, com as diferentes soluções legislativas encontradas (Alberto Ermanno Post, *Giurisprudenza etnologica*, v. 2, p. 510-511; e René Dekkers, *El derecho privado de los pueblos*, p. 444-446).

11 Para Rudolph Von Jhering, é ininteligível para o homem moderno que o direito tivesse sua origem na força (*O espírito do direito romano*, v. 1, p. 86). Nesse contexto, o princípio do talião proporcionava a justiça retributiva, prevista para vários casos enumerados pela doutrina (Alberto Ermanno Post, op. cit., v. 2, p. 175-178). Sobre o assunto, Carlos-Octavio Bunge, após delinear as diversas teorias da ética e do direito no decorrer da história, define o direito do seguinte modo: "(...) o direito é a força. O costume e a lei são a sistematização objetiva da força". E conclui: "o direito é uma exteriorização da vida; essa exteriorização se denomina vulgarmente e de maneira geral, a força; a essência do direito é a força" (*Le droit, c'est la force*, p. 251).

12 Rodolphe Dareste ensina que todos os povos antigos da Europa se fundaram nas mesmas ideias de direito e de justiça. Menciona, como exemplo, a vingança de sangue e o sistema de penas pecuniárias, ainda que calculado mediante tarifa, que se fez presente no direito romano primitivo. As antigas legislações objetivaram, sobretudo, a supressão da vingança privada como forma de solução dos conflitos. A constituição do Estado serviu, segundo o autor, para a estabilização das relações humanas e buscou-se, desse modo, pôr um fim às guerras entre famílias. Passou-se a admitir a vingança privada tão somente se houvesse a autorização estatal, tornando-se a pena imposta ao infrator uma medida tomada em nome da sociedade (*Études d'histoire du droit*, prefácio). Já Charles Letorneau concluiu que o talião foi a forma primitiva de satisfação da vítima, que poderia vingar-se do prejuízo sofrido. Segundo ele, mesmo nas organizações sociais mais rudimentares há um senso comum de justiça, interessando à comunidade a aplicação do talião, por vezes como um dever de vingança. A solidariedade foi o fator determinante de atenuação da vingança privada e da submissão dos litígios aos chefes dos clãs. Instituiu-se, assim, o talião coletivo (*L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, p. 45-47).

13 O ofendido tinha que contentar-se com a tarifa fixada e o ofensor tinha de se submeter ao que se preestabeleceu genericamente (Rodolphe Dareste, op. cit., p. 389-401; Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 53, p. 16-17; Charles Letorneau, op. cit., p. 429; e R. C. Van Caenegem, *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 20).

14 Pelo sistema da Lei das XII Tábuas, o pagamento imediato da tarifa era difícil, porque as penas invariavelmente eram fixadas em dobro (*duplum*) e, por vezes, em triplo (*triplum*) ou em quádruplo (*quadruplum*). Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a Lei das XII Tábuas não estabeleceu um princípio geral de responsabilidade, mas delineou casos concretos de obrigação de reparar o dano (*Responsabilidade civil*, cit., p. 1-7).

15 Segundo Georges Bonjean, a *lex Aquilia de damno* data de período equivalente ao ano 468 de Roma (*Explication méthodique des institutes de Justinien*, t. 2, p. 566). Somente por meio dela é que se reconheceu a culpa como elemento subjetivo do delito privado *damnum in iuria datum*. Os delitos privados até então existentes (*furtum*, *rapina* e *damnum*) continuaram sendo reconhecidos, porém a eles não se aplicava originariamente a ideia de culpa.

16 Robert Von Mayr, *Historia del derecho romano*, v. 2, p. 412-426. Sobre as Institutas de Justiniano, *vide* as obras de: Georges Bonjean, Ortolan e Spencer Vampré.

17 Para Henoch de Aguiar, o direito antigo distinguiu o dano causado pelos homens (*actio noxalis*, que impunha uma responsabilidade ilimitada em desfavor do agente) e o prejuízo provocado por animais (*actio de pauperie*, que impunha uma responsabilidade limitada, pois o animal não comete delito, mas apenas gera um empobrecimento à vítima) (*Actos ilícitos*: responsabilidad civil, v. 2, p. 11-12).

18 Previa-se entre os quase delitos, ainda, a responsabilidade subjetiva com culpa presumida em desfavor do dono do navio, da hospedaria ou do estábulo pelos danos praticados por seus prepostos sobre as coisas dos clientes (*receptum nautarum, cauponum* e *stabulariorum*, respectivamente), obtendo-se por meio da *actio in factum* o reconhecimento da *culpa in eligendo* e a condenação do responsável ao pagamento de indenização equivalente ao dobro do prejuízo.

19 Mesmo consagrada a responsabilidade subjetiva, por muito tempo continuou vigorando a ideia da responsabilidade expiatória das coisas animadas e inanimadas, já que vários processos penais foram instaurados em face de animais por todo o continente europeu, entre os séculos XIII e XVIII (Pontes de Miranda, *Manual de direito civil*, p. 18-19).

20 Geneviève Viney afirma que foi a simbiose das soluções romanas com os princípios da moral cristã que resultou na fórmula adotada pelo legislador do Código Civil francês de 1804 (op. cit., p. 12).

21 Preceitua o art. 1.382 do Código Civil francês: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*. Confira-se, a propósito, Robert Pothier, *Ouvres de Pothier*, t. 2, p. 57-59.

22 A teoria da responsabilidade objetiva resistiu historicamente à forte influência subjetivista na hipótese de responsabilidade pelo fato da coisa, conforme os ensinamentos da escola natural do século XVIII, destacando-se as obras de Thomasius e Heineccius (Gaston Marton, op. cit., p. 156).

23 René Savatier ensina que o individualismo jurídico do Código Civil francês de 1804 foi insuficiente para defender a coletividade, e essa foi a razão da edição de normas de ordem pública com o fim de conceder segurança às vítimas (*Les métamorphoses*, cit., p. 21-22).

24 Anton Menger lembra a difícil situação na qual estão os pobres para a defesa dos seus direitos em juízo, pois, muitas vezes eles se encontram em abandono e em antagonismo com forças econômicas poderosas (op. cit., p. 50-52).

25 Edmond Picard demonstra que a revolução jurídica é precedida não apenas de guerras e insurreições, como também, por vezes, de mutações sociais sem o emprego das armas, como na alteração das normas do processo judicial e na elaboração de novas criações intelectuais (op. cit., p. 212-219).

26 Nicolas Puricesco, op. cit., p. 152-160; Carlos Alberto Ghersi, *Teoría general de la reparación de daños*, p. 222-230; Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., v. 7, p. 475-482; e Jorge Americano, *O abuso de direito no exercício da demanda*, p. 21-47. Antunes Varela ensina que deve haver excesso manifesto dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins econômico e social, para que o agente seja compelido a reparar o prejuízo causado pela imoderação ou pelo excesso. O abuso de direito somente se configura, segundo o autor, mediante a contradição entre o modo ou o fim do titular e o interesse com ele relacionado (*Das obrigações em geral*, v. 1, p. 535-539).

27 Ensinam os irmãos Mazeaud e Tunc que a *alea* do resultado é o elemento distintivo entre a obrigação de prudência e diligência e a obrigação determinada (op. cit., t. 1, v. 1, p. 130-131). Sobre o tema: René Savatier, *Traité*, cit., v. 1, p. 305; e René Démogue, *Traité*, cit., v. 5, p. 536-545.

28 Para os irmãos Mazeaud e Tunc, a obrigação de resultado deve ser apoiada, apesar de se demonstrar artificial, pois se embasa no aspecto psicológico das partes. Por isso é que ao devedor incumbe o ônus da prova, enquanto, nas demais obrigações, o ônus deve ser suportado pelo credor (op. cit., p. 129-130).

29 É o que sustentam Nelson Nery Junior e Rosa Nery (*Código de Processo Civil comentado*, 1999), ao comentarem o art. 14, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, o que será abordado no Capítulo 7.º deste livro.

30 Foi a tese adotada por Sauzet (*Responsabilité des patrons*), em 1883, e, no ano seguinte, por Sainctelette (*De la responsabilité et de la garantie*). Sobre o tema, Joseph Charmont, *Les transformations*, cit., p. 243-247.

31 Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 138. Os autores sustentam que a obrigação de garantia impõe ao responsável o dever de reparar os efeitos da culpa (p. 87 e 137-141). É evidente a confusão terminológica entre a responsabilidade e a culpa, o que se explica pela ideia incontroversa da época de que a culpa era o fundamento da responsabilidade civil.

32 Sainctelette defendeu a tese de que a garantia e a responsabilidade não se confundem, o que é correto. Todavia, não se pode compactuar com a ideia apregoada pelo autor de que a responsabilidade seria exclusiva nos casos de delitos e quase delitos, enquanto a garantia seria aplicável tão somente para os contratos (*De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelas, 1884).

33 A partir da decisão judicial de 21-11-1911, da Câmara Civil da Corte de Cassação, a jurisprudência francesa fixou o entendimento de que a responsabilidade do transportador pela segurança na condução do usuário é contratual, embora não prevista expressamente no contrato (Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 104-105).

34 Sainctelette cita como dever de segurança aquele que o empregador possui de impedir a ocorrência de acidentes de trabalho, o que é uma forma de se criar a objetivação da responsabilidade (Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 544-545).

35 Georges Ripert afirma que a jurisprudência do início do século XX reconheceu a responsabilidade do empregador e do transportador aéreo, terrestre e marítimo, pois o empresário pode compensar a indenização paga com o total de pagamentos recebidos (*O regimen democrático,* cit., p. 335-341).

36 Raymond Saleilles afirma que a tese da garantia, defendida por Sainctelette, não é a mais adequada. *Primus*, porque uma simples cláusula exoneratória afastaria a responsabilidade. Em segundo lugar, alega que a responsabilidade civil, em matéria industrial, derivaria da obrigação de segurança, e não da culpa daquele que possui a autorização administrativa para o exercício da atividade. Haveria, nesse caso, uma cláusula de segurança, por força dos riscos profissionais (Études *sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*, p. 118-119).

Observe-se que Saleilles abandonou a ideia de obrigação de segurança, vindo depois a adotar a teoria do risco da atividade profissional, segundo a qual o explorador da atividade responde independentemente de culpa, bastando, assim, apenas a demonstração do nexo de causalidade (Les accidents du travail et la responsabilité civile – Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, le risque profissionnel dans les code civiles, in *Réformes sociales*, 1/634-667, 1898).

37 Arystóbulo de Oliveira Freitas, Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, 11/105.

38 Lino de Moraes Leme afirma que a lei prevê a responsabilidade subjetiva com culpa presumida, de forma relativa e absoluta. A presunção *iuris tantum* da culpa acarreta a inversão do ônus da prova e, segundo o autor, encontra-se prevista nos arts. 516, 517, 1.208, 1.331, 1.339 e 1.521, I a IV, do Código Civil brasileiro de 1916. Já a presunção *iure et de iure* está contemplada pelos arts. 226, 1.267, 1.521, V, e 1.546 do antigo diploma civil (*Da responsabilidade civil fora dos contratos:* direito civil comparado, p. 24).

Georges Ripert adverte que as presunções de culpa estabelecidas pela jurisprudência francesa eram uma forma de se mascarar a teoria do risco, já que a responsabilidade pela queda de objetos decorria do próprio fato (*ex re ipsa*) (*O regimen democrático*, cit., p. 342-347).

39 Alvino Lima, *Da culpa ao risco*, p. 217-218.

40 Não é o pensamento de Pontes de Miranda, que vislumbrou a presunção da culpa e a objetivação da responsabilidade como expressões equivalentes, pois afirmou que, na responsabilidade pelo exercício da atividade perigosa, a causação do dano estabelece desde logo a presunção *hominis* ou sua transformação em

iuris tantum, hipótese na qual cumpre ao demandado provar que não teve culpa (*Tratado*, cit., v. 53, p. 95).

41 Segundo Orozimbo Nonato, a pura e simples generalização do princípio da causalidade objetiva, ou mesmo a consagração da teoria do risco criado, para todos os casos, representaria uma regressão ao primitivismo. Para ele, a noção de ato ilícito é suficientemente elástica para comportar os casos a que se referem os partidários do sistema objetivista. O ato ilícito não é, sob essa concepção, só o que a lei proíbe, mas também o descumprimento de técnica da vida social, o que justifica a responsabilidade objetiva em acidentes de trabalho, que outorga à vítima o direito à indenização mesmo quando não houver culpa do empregador (Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva, *Revista Forense*, LVI, p. 5-26).

42 Planiol, por exemplo, apesar de ser contrário ao sistema da responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa, censura as novas teorias objetivas porque elas, no seu entender, não se baseiam em qualquer critério de equidade, o que melhor serviria à justiça. Por esse motivo, conclui que a responsabilidade sem culpa é injustiça semelhante à condenação penal de um inocente. Rejeita categoricamente o risco, salientando que a sua adoção se opõe à lei da consequência, é contra a fé e a justiça, o bom senso e o interesse social (*Tratado elemental de derecho civil*, v. 4, p. 525-615).

43 Georges Ripert, *O regimen democrático*, cit., p. 328.

44 Orozimbo Nonato, op. cit., p. 18-19. Com a reintrodução da teoria da responsabilidade objetiva, sob contornos diversos do direito primitivo, a teoria da responsabilidade subjetiva passou a ser denominada doutrina clássica ou da responsabilidade moral (equivocadamente chamada de teoria da imputabilidade), segundo a qual não há pena sem culpa.

A teoria do risco, por sua vez, possibilita a responsabilidade do agente com a simples demonstração do nexo de causalidade, substituindo-se a culpa pela responsabilidade social, da qual somente se exonera o agente (que responde pela simples custódia do bem causador do dano) mediante a força maior (Lino de Moraes Leme, op. cit., p. 18-22).

45 Julgado citado por Louis Josserand, *De la responsabilité civile du fait des choses inanimées*, p. 89-90.

46 Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, p. 956; Zachariae, que afirma ser o caso de culpa *in custodiendo* (*Corso di diritto civile français*, v. 2, p. 117-118); e Toullier, *Le droit civil français*, t. 6, p. 124. René Savatier afirma que os últimos vestígios de responsabilidade subjetiva desse artigo perduraram até o final da década de 1920 (*Du droit civil*, cit., p. 147-148). Preceitua o art. 1.385 do Código Civil francês: “Le propriétaire d’un animal, ou celui qui s’ent sert, pendant qu’il est à son usage, est responsable du dommage que l’animal a causé, soit que l’animal fût sous sa garde, soit qu’il fût égaré ou échappé”.

47 Preceitua o art. 1.384 do Código Civil francês: “On est responsable non-seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde”.

48 No século XIX, destacaram-se as seguintes leis europeias, que adotaram a teoria da culpa presumida pelo fato da coisa: a lei prussiana de 3-11-1838, que estabeleceu a responsabilidade civil das companhias de ferro, e admitiu tão somente as excludentes de culpa exclusiva da vítima e de acidente exterior inevitável (art. 25); a lei alemã de 7-6-1871; a lei austríaca de 5-3-1867; a lei suíça de 1.º-7-1875; e a lei belga de 25-8-1891.

49 Dentre os comentários existentes sobre o julgado em questão, publicados em 1897, registre-se: Louis Josserand, *De la responsabilité civile du fait*, cit., p. 66-68; Joseph Charmont, op. cit., p. 286-287; e René Savatier, *Du droit civil*, cit., p. 146.

50 Charles Massigli, Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle, p. 435-475. O autor comenta o artigo de Saleilles *Les accidentes du travail et la responsabilité civile*, de 1897.

51 Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie*, cit., p. 430-441 e 449. Comentando a obra de Saleilles, Charles

Massigli, op. cit., p. 435-475. Sobre o tema: René Savatier, *Du droit civil*, cit., p. 106-107; e Graciela Messina de Estrella Gutierrez, que se refere à teoria do risco em questão, como risco-proveito.

52 Léon Husson, ao comentar as divergências doutrinárias entre Planiol e Saleilles sobre a adoção da teoria da culpa ou do risco, inclina-se para a objetivação por causa das vantagens que ela proporciona à vítima (*Les transformations de la responsabilité*: étude sur la pensée juridique, p. 131-152).

53 Louis Josserand, *De la responsabilité civile du fait*, cit., p. 89. Segundo ele, o art. 262, § 1.º, do Código Comercial francês, já propugnava a responsabilidade pelo risco da atividade profissional (*Le matelot est payé de ses loyers, traité et pensé aux dépens du navire, s'il tombe malade pendant la voyage, ou, s'il est blessé au service du navire*). Georges Ripert afirma que a adoção inicial da responsabilidade pelo fato da coisa como culpa presumida facilitou, ainda mais, o avanço para a objetivação (*O regimen democrático*, cit., p. 343). *Vide*, ainda, Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 86-104.

54 Louis Josserand, *De la responsabilité civile du fait*, cit., p. 117-118. Por tal motivo, discordo de Graciela Messina de Estrella Gutierrez, que sustenta que Josserand defendeu a teoria do risco-proveito, pois ele se refere numa única passagem da sua obra ao benefício do proprietário da coisa.

55 Idem, ibidem, p. 119.

56 A ação exercida pela vítima seria, nesse sentido, similar à *actio de pauperie*, imposta em desfavor do proprietário do animal que causasse dano a outrem (idem, ibidem, p. 96-97). Ou, ainda, às ações decorrentes da queda de objeto (*effusum et deiectum*) em via pública ou pelo fato de ele estar pendurado em situação tal que cause perigo à coletividade que por ali transita (*positum et suspensum*).

57 Georges Ripert lamenta a ocorrência de tantos acidentes decorrentes da exploração das atividades de transporte e da indústria e salientou que "a democracia não pode admitir uma organização econômica que separa na exploração os benefícios e os riscos" (*O regimen democrático*, cit., p. 327-330). E concluiu que a teoria do risco se resume à causalidade (*La règle morale*, cit., p. 219-221).

58 Segundo Josserand, no decorrer dos tempos, o sistema da responsabilidade objetiva exsurge como concepção grosseira e a responsabilidade subjetiva como um progresso imenso, uma vitória definitiva do pensamento e da justiça sobre o materialismo e a brutalidade dos primeiros anos. Mas o tempo fez de novo a sua obra e outra transformação ocorreu (*De la responsabilité civile du fait*, cit., p. 128). E qual foi ela?

René Savatier afirma que a era industrial multiplicou os riscos de acidentes – a máquina a vapor, a eletricidade, o automóvel, o uso de explosivos e a radioatividade são lembrados pelo autor. Infere-se que ele defende a responsabilidade daquele que oferece riscos à coletividade, sem que seja necessária a prova da sua culpa no evento danoso, bastando a causa (*Les métamorphoses*, cit., p. 23-24).

59 O advento de tais leis específicas protetoras dos empregados e dos usuários conferiram um significado social à responsabilidade pelo fato da coisa (Jean Jacques Honorat, *Idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, p. 229, e Georges Ripert, *O regimen democrático*, cit., p. 356-357). São exemplos: a Lei francesa de 9-4-1898, sobre acidentes de trabalho; e a Lei francesa de 31-5-1924, sobre transporte aéreo.

60 Segundo Alvino Lima, a presunção de culpa seria, nesse caso, *iure et de iure*, pois somente seria afastada no caso de culpa da vítima ou por caso fortuito ou força maior (op. cit., p. 210-211).

61 Alvino Lima diz que *os velhos conceitos dogmáticos se transformam, se adaptam, se objetivam e novas concepções surgem para a solução dos problemas que a vida nos impõe* (op. cit., p. 228). René Savatier afirma que a responsabilidade pelo risco é incontestavelmente uma necessidade dos nossos tempos (*Du droit civil*, cit., p. 142).

62 Graciela Messina de Estrella Gutiérrez afirma que a era tecnológica apresenta vários problemas sobre o direito de indenização: a responsabilidade civil por produtos elaborados, as últimas formas de danos no exercício das profissões de risco, a transmissão de enfermidades contemporâneas como a Aids, o dano coletivo, o dano nuclear, o dano ambiental, a responsabilidade civil na informática e na biotecnologia. Esses

avanços provocam, inevitavelmente, uma tendência nova da teoria geral da responsabilidade civil: a ampliação dos danos reparáveis, a objetivação da responsabilidade civil, a prevenção de danos, o aumento dos fatores de atribuição, a ampliação da possibilidade de reclamar, as presunções de causalidade que facilitam a demonstração dos fatos pela vítima, o processo gradual de socialização dos riscos mediante um seguro obrigatório e a seguridade social (*La responsabilidad civil en la era tecnológica*: tendencias y prospectiva, p. 18).

63 "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

64 De acordo com Orozimbo Nonato, uma das características mais lembradas do direito moderno é a sua socialização (Aspectos do modernismo jurídico, cit.). Arnaldo Medeiros ensina que socialização é a prevalência do interesse social, e humanização a correção das desigualdades, protegendo-se o fraco contra a prepotência e o arbítrio *(Socialização e humanização jurídica*). Ainda: Georges Ripert, *O regimen democrático*, cit., p. 333; Lino de Moraes Leme, *Direito civil comparado*, p. 392-396; René Savatier, *Les métamorphoses*, cit., p. 50-74; e Jaime Santos Briz, *La responsabilidade civil*, v. 1, p. 12-14.

65 Léon Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*, p. 138. Ensina Georges Ripert que o direito contemporâneo *inclina-se para o lado da vítima e não do autor,* e que se prefere a reparação à responsabilização, pouco importando a gravidade da participação do autor no evento danoso (*O regimen democrático*, cit., p. 332-333).

66 Pontes de Miranda, após comentar as preocupações de Emmanuel Lévy e León Duguit sobre o desequilíbrio das relações intersubjetivas, observa: "Certamente, a teoria da responsabilidade tem de variar. Muda, às vezes, com o conteúdo do próprio conceito de dano ou com as necessidades gnoseológicas, econômicas e políticas da sociedade. A teoria teria de ser a do momento histórico, porque, explicada a noção de responsabilidade, a teoria não seria matéria da ciência, mas sim da técnica econômica e jurídica. Assim, em nossos dias, já assistimos a mudanças radicais em matéria de responsabilidade". Para ele, o individualismo se caracteriza pelo princípio da independência dos indivíduos e o atomismo social.

Nesses termos, basta que o sujeito proceda com prudência, para não ser responsável. A autonomia da vontade e a concepção de culpa extracontratual, teorias clássicas da responsabilidade civil, tiveram de se submeter a modificações, diante da utilização das máquinas, o grande número de acidentes, as calamidades nas classes operárias, os movimentos de revolta de classe, a insuficiência do Estado para amparar os menores, as viúvas e os velhos. O autor reconhece a necessidade de se conferir uma maior atenção às vítimas, prevalecendo no direito social as ideias de mutualismo e a responsabilidade objetiva por acidentes (*Ubi emolumentum, ibi onus*) (*Tratado*, cit., v. 53, p. 57).

67 Georges Ripert, em sua crítica à teoria do risco, afirma: "Os juristas perguntam a si próprios donde pode provir juridicamente a obrigação de reparação, que pesa sobre uma pessoa inocente de toda a culpa. Discutem apaixonadamente sobre as noções de presunção, de contrato, de guarda. Não querem ver a verdade, isto é, o poder duma ação política que desloca o risco para proteger a fraqueza e abater a riqueza. Não quero dizer com isto que a extensão dos casos de responsabilidade civil não tenha tido felizes resultados" (*O regimen democrático*, cit., p. 332-333 e 369).

Em sentido contrário, salienta Alvino Lima, com propriedade, que: "A teoria objetiva da responsabilidade civil, partindo de uma verdade real e incontestável que a vida forneceu ao jurista – a criação da insegurança material da vítima, da desigualdade manifesta entre os criadores de riscos e aqueles que suportam os efeitos nocivos destes perigos criados –, procurou na segurança jurídica, responsabilizando o homem pelo fato decorrente da sua atividade, aquela igualdade (...)". E arremata: "Não se materializou o princípio da responsabilidade por se julgar que os princípios morais devem ser expurgados do direito; materializou-se a função da responsabilidade em face do dano, rebuscando somente o nexo de causalidade e o risco criado, para não se deixar a vítima inocente sem a reparação do mal sofrido pelo criador da atividade disseminadora

de perigos" (op. cit., p. 220-221). Ainda: René Savatier, *Du droit civil,* cit., p. 100-106.

68 Jean Jacques Honorat, contudo, defende a limitação (op. cit., p. 230).

69 Geneviève Viney ensina que, até o final do século XIX, a reparação do dano ocorria tão somente em virtude da indenização individual. Atualmente, a coletivização da indenização tornou-se frequente e serve de mecanismo mais ágil de satisfação, ao menos parcial e transitória, dos interesses do ofendido (*Traité,* cit., p. 21-40). Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil,* cit., p. 380-385.

70 Henri Decugis afirma que o seguro, nas várias relações jurídicas existentes, tende a se tornar obrigatório. E cita, como exemplo, a necessidade de proteção da vítima de um acidente de trabalho contra a insolvência ou falência do empregador (*Les étapes de droit des origenes a nos jours*, v. 2, 331-335). Georges Ripert defende a manutenção do asseguramento, na responsabilidade civil objetiva (*O regimen democrático,* cit., p. 374-389). René Savatier observa que o seguro apresenta vantagens, e que sobre ele se encontra assentada a teoria do risco, mas esse contrato traz o inconveniente de importar, em última análise, em uma divisão coletiva do ônus decorrente do prejuízo (*Du droit civil,* cit., p. 108-110 e 112 e 160-174).

71 Alvino Lima defende que "é preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e repressivos sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis" (op. cit., p. 227-228).

72 A socialização dos riscos possibilita a distribuição dos riscos entre os segurados, tornando-se a responsabilidade do explorador um complemento da seguridade social quando a vítima não obtiver a reparação devida, sem prejuízo das ações cabíveis (Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil,* cit., p. 261-278).

73 Caio Mário da Silva Pereira defende a permanência da responsabilidade subjetiva como a regra, e a objetivação como uma solução subsidiária (*Responsabilidade civil*, cit., p. 15-25). Já Graciela Messina Gutiérrez diz que a responsabilidade pelo risco se completa com a responsabilidade por culpa, cabendo a ação regressiva pelo segurador ou pelo Estado, fundada na culpa (op. cit., p. 23).

Parte II

MICROSSISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2

MICROSSISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR, FATO E VÍCIO

"Duas orientações maiores tornam perceptíveis as vantagens concedidas ao consumidor vítima de um produto ou de um serviço defeituoso ou perigoso, para os juízes aplicarem as regras do direito comum dos contratos e da responsabilidade: de uma parte, uma extensão do campo de aplicação da garantia legal contra os vícios redibitórios; de outra parte, uma objetivação da responsabilidade extracontratual do profissional, pelo reconhecimento cada vez maior das suas faltas e das cometidas pelo seu superior, e para flexibilizar as exigências de prova impostas à vítima" – Thierry Bourgoignie *(Éléments pour une théorie du droit de la consommation,* 1988*)*

2.1 A descodificação e o surgimento dos microssistemas

O processo de codificação encontra-se em franca decadência. O Código Civil francês, de 1804, o primeiro grande código da modernidade, não logrou êxito em afirmar o formalismo e o positivismo jurídico[1]. Teve a virtude de estabilizar e assegurar os valores de um liberalismo que se mostrou carcomido pelos anos, já que se fundamentou em uma expressão política e cultural peculiar para uma época superada por inúmeros acontecimentos. Tanto esse diploma legal como o BGB, de 1900, foram elaborados como modelos exclusivistas, desprovidos de qualquer interligação heteronômica com outras normas, ainda que constitucionais[2]. Não contavam com as profundas modificações socioeconômicas que tornaram mais céleres e massificadas as relações jurídicas. No entanto, tais vínculos foram submetidos a um intervencionismo acentuado do Poder Público, representado pela incidência de normas de ordem pública e de interesse social.

Com o avanço tecnológico dos meios de transportes e das comunicações, o sistema positivo existente tornou-se ultrapassado e anacrônico. Caiu por terra a ideia de completude do sistema[3], por sua incapacidade de regular todas as situações jurídicas. As metodologias do positivismo e do formalismo, em especial a exegética, não concederam respostas convincentes aos casos de integração das lacunas da lei. E, por isso, as tentativas de recodificação foram substituídas por reformas gerais, porém localizadas e paulatinas.

Entre nós, o mesmo fenômeno sucedeu, pois o Código Civil de 1916 (ou melhor, o que sobrou dele) sofreu inúmeras modificações, com a entrada em vigor de leis específicas sobre matérias por ele até então determinadas. A pseudoigualdade e a liberdade formal existentes entre as partes, e tão decantadas pelo liberalismo clássico, embora inspiradoras do sistema, acabaram por soçobrar diante das alterações socioeconômicas que obstaculizaram o conservadorismo e o estaticismo impregnado nas codificações. O divórcio entre a realidade e a legislação codificada era patente. Seus textos foram continuamente esvaziados. Vários de seus dispositivos atingiram constantemente um autêntico estágio de anomia. Por isso é que inúmeras leis especiais foram editadas, descodificando-se o direito e substituindo-se a falsa completude do sistema por subsistemas jurídicos, cujas normas devem ser devidamente valoradas pelo julgador conforme o caso concreto, a fim de se atingir a igualdade real e com o desiderato de se obter a satisfação dos interesses sociais.

A constitucionalização do direito civil, aliás, levou a uma necessária revisão do Código e mesmo das leis especiais anteriores à Constituição de 1988, dada a maior relevância outorgada à proteção da pessoa e de sua dignidade[4].

O Código Civil de 2002 não se inspirou nos ideais constitucionais de 1988. Seu texto, oriundo do início da década de 1970, teve de passar por uma brusca adaptação, em que pese a morosidade do processo legislativo que culminou na aprovação do texto e sua promulgação em 10 de janeiro de 2002. Embora estabeleça normas jurídicas protetivas dos direitos da personalidade e viabilize a abertura do sistema com o poder revisional do juiz, conferindo-lhe um sentido de operabilidade, falta-lhe a base jusfilosófica adotada pelo constituinte, de maior índole principiológica e de valorização da pessoa, assentada no princípio da dignidade e nos objetivos da busca da erradicação da pobreza, da solidariedade e da redução das desigualdades socioeconômicas.

Na busca do reequilíbrio da relação jurídica destaca-se o intervencionismo estatal, que objetiva trazer soluções compatíveis para que se possa realmente atingir a igualdade efetiva entre as pessoas.

Os contratos de adesão levaram a uma despersonalização das relações obrigacionais, intensificando-se a igualdade meramente formal entre as partes, porque, na prática, a grande massa de empregados e consumidores se submetia ao conteúdo unilateralmente elaborado da avença. Tais negócios jurídicos, portanto, surgiram como uma solução adotada por empresários e fornecedores para ampliar as suas atividades perante uma quantidade ainda maior de destinatários, mantendo-se uma uniformidade negocial. Entretanto, a melhor

posição contratual do predisponente obstava, na prática, uma real negociação. Por isso, sobreveio uma opressão sobre os aderentes, com ênfase para uma maior marginalização negocial dos pobres.

O descontentamento da massa popular e seus movimentos de reivindicação levaram ao intervencionismo estatal. Os contratos de adesão não foram criados pelo Poder Público, porém ele reagiu às pressões populares que a ele se opunham, vindo a promulgar normas jurídicas de ordem pública e de interesse social.

Mesmo assim, estrategicamente os predisponentes criaram novas regulações de adesão e, desse modo, passaram a inserir outras cláusulas negociais padronizadas, que lhes eram de maior benefício. E, formalmente, agiam em conformidade com a lei.

A igualdade metafísica trazida pelas codificações novecentistas é, na verdade, fruto da maior importância que foi conferida pelo legislador ao patrimônio, em detrimento da pessoa[5].

Na busca de uma igualdade mais efetiva e na proteção dos chamados interesses sociais, o modernismo propugnou meios de defesa da coletividade equivalentes àqueles utilizados para a contratação com as massas. Reconheceu a existência de outros interesses, além dos meramente individuais, e estabeleceu mecanismos de defesa dos chamados interesses transindividuais de massa, sem prejuízo da defesa individual. Tal solução, alvitrada pelo Estado Social de Direito, foi oportuna, porém não suficiente para solucionar todas as questões. As codificações em vigor, inspiradas em um modelo liberal, patrimonialista, estático e conservador, foram úteis para a unificação nacional. Entretanto, a sua eficácia inviabiliza na prática a concreta satisfação dos interesses das massas, o alcance da igualdade na relação jurídica e uma valorização maior da pessoa.

Por isso, uma outra fase de intervencionismo estatal evidenciou-se a partir da segunda metade do século XX, mediante a promulgação de normas jurídicas de maior delimitação da autonomia da vontade do predisponente em estipular unilateralmente as cláusulas contratuais de adesão, que passaram a ser conhecidas como leis fixadoras de cláusulas negociais gerais.

Dotadas de maior flexibilidade e coerentes com um sistema jurídico aberto, as cláusulas negociais gerais autorizam uma intervenção estatal prévia, por meio do Poder Legislativo e dos órgãos públicos de controle das cláusulas contratuais de adesão (destacando-se, no direito do consumidor brasileiro: o Ministério Público, o PROCON, a Secretaria de Direito Econômico etc.), bem como um maior poder revisional do juiz de direito sobre as relações negociais.

O monossistema codificado não se demonstrou ágil o suficiente para acompanhar as mudanças socioeconômicas implementadas pela rápida evolução tecnológica e pela globalização. A codificação burguesa possui uma visão míope do direito atual e centraliza a regulação de deveres em torno da noção de patrimônio. Fixa normas de conteúdo abstrato sobre as obrigações, mas pouco revela sobre a pessoa e a disposição de valores ou princípios a serem observados. Importa-se com a regra escrita, em vez de dedicar uma maior atenção ao princípio inspirador dessa norma ou, ainda, ao princípio diretivo do sistema que, à luz do art. 1.º, III, da Constituição Federal, consagra a proteção da pessoa como premissa fundamental.

Assim, a codificação não possui mais a utilidade de outrora, pois a realidade atual exige o repensar do direito e a busca dos valores principiológicos para a regulação das relações jurídicas, centralizando-se a preocupação na proteção da pessoa, e não no patrimônio.

Além da despatrimonialização, o sistema jurídico codificado tem outras dificuldades a superar. A aprovação de novos códigos contendo textos excessivamente volumosos acerca das mais variadas relações jurídicas é sobremaneira complexa e de árdua tarefa, ainda que histórica e tradicionalmente sejam reguladas por um mesmo sistema jurídico. E, uma vez efetuada, a promulgação de um código extenso inibe reformas ulteriores mais ágeis e consentâneas com a realidade. O sistema codificado ordinariamente traz consigo a falsa sensação de completude, o que não é possível a um sistema jurídico oferecer.

Historicamente, sucessivas leis específicas, com um número consideravelmente menor de artigos se contrastadas com os códigos, vêm sendo editadas desde a aprovação deles. Tais leis posteriores podem revogar parcialmente a codificação (como foi o caso da Lei do Divórcio, que revogou vários dispositivos do Código Civil anterior) ou ainda estabelecer normas sobre institutos que não se encontravam regulados pelo sistema jurídico.

O advento de leis específicas, dispostas em autênticos microssistemas jurídicos, a receber a incidência subsidiária da norma genérica nos seus artigos que não tinham sido revogados, acarretou o fenômeno da descodificação, que foi acentuado pela constitucionalização das normas privadas[6].

Por meio da edição de microssistemas jurídicos em leis específicas, o trabalho legislativo é sobremaneira reduzido. A predileção por microssistemas e subsistemas flexíveis permite uma maior dinamicidade à atuação do legislador, tornando-se possível ao direito acompanhar de forma mais eficaz as mudanças

sociais. Viabiliza-se uma aplicação real da norma jurídica aos fins sociais para os quais ela foi editada (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

As fórmulas conservadoras do estaticismo codificado são relegadas na visão civil constitucional. O intervencionismo estatal nas relações jurídicas deve conter objetivos de política legislativa bem definidos, substituindo-se as estruturas formais e abstratas por normas jurídicas que possibilitem que cada instituto jurídico atinja a sua função social[7].

Não há atualmente mais motivos para a chamada codificação de todos os temas em uma única lei, o que confere uma menor dinamicidade das modificações da norma jurídica e uma maior dificuldade para a aprovação do código. Os códigos, tradicionalmente silentes quanto à previsão de direitos políticos, vêm sendo paulatinamente derrogados por princípios gerais esculpidos no texto constitucional, que caracterizam o fenômeno da constitucionalização do direito[8]. Passam, ainda, a coexistir com diversos microssistemas constituídos a partir da eficácia de inúmeras leis especiais, a maioria das vezes autônomas entre si e dotadas de critérios absolutamente distintos, inspiradas em princípios estabelecidos constitucionalmente[9].

O pluralismo torna-se evidente com o surgimento dos microssistemas. O enfraquecimento das codificações é formalmente reconhecido com a edição de leis específicas. Dotados de normas jurídicas que não estabelecem propriamente deveres, mas reconhecem valores a serem observados pelas pessoas em suas relações jurídicas, os microssistemas possuem como fundamento constitucional a proteção da pessoa e de sua dignidade e têm como objetivo, dentre outros, a erradicação da pobreza e a solidariedade social.

Harmonizam-se perfeitamente com a atualidade o esfacelamento dos sistemas[10] e o surgimento de microssistemas[11], sujeitos a uma alteração legislativa mais célere, ante a óbvia existência de textos menores e menos abrangentes a serem discutidos pelos representantes do povo que integram o Poder Legislativo. Com isso, os interesses sociais podem ser efetivados e protegidos de forma mais eficaz. Repersonaliza-se a relação jurídica. O fenômeno da despatrimonialização é uma realidade com a qual não se coaduna um regime codificado sob premissas patrimonialistas, formalistas e conservadoras. Não se configura mais razoável qualquer tentativa de consolidação ou recodificação das leis específicas em um único texto legal.

Não seria estranha, por isso, uma breve alteração de normas do Código Civil de 2002[12], que adotou um caminho intermediário, característico do modernismo

tardio, rumo à sistemática mais aberta e favorável à revisão judicial dos negócios jurídicos, adotando-a em várias passagens (como na teoria geral dos contratos, estatuída nos arts. 421 a 480), porém, mantendo-se inflexível e, por vezes, um tanto desatualizada em outras disposições (como as de direito de família, por exemplo[13]).

Vários princípios gerais do direito civil foram transportados para o plano constitucional, a ponto de se aplicar o Código Civil apenas residualmente: quando não houver norma de direito civil constitucional incompatível ou, ainda, na hipótese de não existir no ordenamento jurídico microssistema (lei específica) que afaste a incidência do Código (lei geral).

Dentre os microssistemas, destaca-se a Lei n. 8.078/90, que introduziu uma legislação protetiva do consumidor e instaurou um regime jurídico que afasta o princípio da igualdade formal e abstrata entre as pessoas, e tem por objetivo a transparência das relações jurídicas, mediante o efetivo equilíbrio da equação jurídico-econômica do vínculo de consumo.

De um microssistema pode-se obter, por derivação, leis específicas que sofrem, primeiramente, a aplicação subsidiária do microssistema para, somente após a constatação da inexistência de regra a ser aplicada, tornar-se possível ao intérprete valer-se da norma do sistema. A esse conjunto de normas jurídicas, disposto em uma mesma lei específica, cujos valores principiológicos advêm de um microssistema, dá-se o nome de subsistema[14].

2.2 Vícios redibitórios e vícios na relação de consumo: um contraste entre o sistema e o microssistema

As grandes diferenças entre o sistema codificado e o microssistema deixam ao sistema uma vigência meramente residual, ou seja, apenas aquilo que não é regulado pela lei específica continua a sofrer a incidência do Código Civil, salvo nas hipóteses em que as normas codificadas podem ser aplicadas às relações regidas pelas leis especiais, ante a inexistência de qualquer incompatibilidade ou antinomia entre elas[15].

Não é o que sucede com o instituto dos vícios da coisa adquirida. O Código Civil preceitua as normas sobre os vícios redibitórios (arts. 441 a 446) e a sua respectiva aplicabilidade, que se encontram afastadas das relações de consumo por força das regras estabelecidas pelo microssistema de defesa do consumidor, cuja maior aplicação e complexidade torna-se evidente pela simples leitura dos arts. 12 a 27 do Código de Defesa do Consumidor.

A ideia de reparação do dano por vícios redibitórios é imemorial. Indiscutivelmente, o direito antigo fixou critérios de responsabilidade civil por danos causados aos adquirentes de coisa com um vício intrínseco e oculto, que foi objeto de um contrato comutativo[16].

As normas de defesa do consumidor, porém, eram esparsas e sempre limitadas à obrigação de garantia que o alienante da coisa vendida tinha por força do instituto contratual dos vícios redibitórios[17].

Na Idade Média, estabeleceu-se a obrigação do artesão de garantir a qualidade dos seus produtos em benefício do consumidor, de forma semelhante àquela preconizada pela teoria dos vícios redibitórios no direito romano[18].

A ausência de um corpo de normas jurídicas dirigidas especificamente ao consumidor era perfeitamente compreensível, porque o ordenamento jurídico contemplava o instituto dos vícios redibitórios, que poderia ser utilizado para esse propósito de forma satisfatória.

O instituto dos vícios redibitórios é dos mais antigos da história do direito. Podemos verificar a sua previsão desde os sumérios e hititas, assim como no Código de Hamurabi, entre os gregos[19], os romanos[20] e durante a Idade Média[21], até os nossos dias[22].

Em primeiro lugar, será brevemente analisada a regulação que o sistema codificado civil confere ao instituto dos vícios redibitórios. Em seguida, proceder-se-á a uma rápida exposição sobre a teoria dos vícios na relação de consumo.

2.2.1 Vícios redibitórios no sistema codificado

De acordo com a doutrina dos vícios redibitórios no sistema jurídico brasileiro[23], que continua em vigor para as relações sobre as quais não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, o adquirente de uma coisa defeituosa, cujo vício é por ele desconhecido e remonta à época da celebração de um contrato comutativo ou de doação com encargo, pode redibir o bem ou estimá-lo pelo seu real valor.

O vício redibitório, pela legislação civil vigente, é uma garantia legal que somente pode ser aplicada a uma relação contratual, sendo certo que o contrato deve prever obrigações proporcionais para ambas as partes ou, ao menos, ser uma doação com encargo (doação onerosa).

O defeito existente na coisa adquirida deve ser intrínseco e oculto, o que significa que o adquirente necessariamente não pode saber da sua existência, sob

pena de se tornar inviável uma posterior reclamação a esse respeito.

Além disso, o defeito deve existir à época da celebração do negócio jurídico, tornando a coisa adquirida imprestável ao fim para o qual ela se destina na relação civil, o que pode gerar, sem dúvida, uma depreciação econômica do bem[24].

Desconhecido o defeito intrínseco da coisa à época da contratação, o adquirente pode invocar a teoria dos vícios redibitórios civis, impondo-se a responsabilidade objetiva do alienante ou do doador com encargo. Desse modo, por se tratar de uma garantia legal, não é necessário que o alienante ou o doador com encargo saiba da existência do vício à época da contratação, para que sofra as consequências decorrentes da redibição ou da estimação (*actio quanti minoris*). Na primeira hipótese, caberá a devolução da coisa adquirida e a restituição daquilo que se pagou por ela; no outro caso, o adquirente permanecerá com o bem, porém obterá o abatimento do preço pago proporcional ao defeito existente[25].

Entretanto, se o alienante ou o doador com encargo tiver agido de má-fé, poderá o adquirente, ao optar pela redibição, requerer a condenação da outra parte à indenização por perdas e danos.

2.2.2 Vício: o contraste entre o Código e o microssistema

Considerou-se de bom alvitre, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, proceder a uma sistemática legal de responsabilização própria aos casos de dano meramente econômico, como resultado do incremento e da evolução presente nas relações existentes no mercado de consumo. Agindo dessa forma, o legislador consumerista adaptou a teoria civil dos vícios redibitórios, orientando-se pela evolução socioeconômica existente[26].

Regulamentou-se, pois, a doutrina do vício do produto e do serviço nas relações de consumo.

Além do denominado *vício intrínseco*, o legislador consumerista não olvidou a necessidade de proteção dos direitos biopsíquicos do consumidor, preceituando normas inspiradas nas diretivas europeias acerca dos chamados *vícios exógenos* ou *extrínsecos*. A regulamentação distinta dos *vícios intrínsecos* e *extrínsecos* revela, desde logo, a importância da sistematização adotada, com uma ampliação sem precedentes, no direito brasileiro, da teoria dos vícios.

Para uma melhor compreensão sobre as diferenças entre o sistema civil e o microssistema consumerista, no presente tópico se deterá a atenção sobre a apreciação dos chamados vícios intrínsecos.

A dificuldade de demonstração da existência do defeito do produto foi equacionada pelo legislador consumerista de acordo com a realidade atual, conferindo-se ao consumidor a possibilidade de obter o reconhecimento judicial do seu direito básico à inversão do ônus da prova, até mesmo porque é o fornecedor quem possui o acesso pleno às informações técnicas do produto[27].

A responsabilidade pelo vício do produto e serviço é regulada de forma diversa nas relações de consumo.

Primus, porque a teoria dos vícios na relação de consumo aplica-se tanto para os produtos como para os serviços, enquanto a doutrina civil se estende tão somente para as coisas, não podendo ser invocada para os casos de atividade humana (como a locação de serviços, por exemplo).

Em segundo lugar, a responsabilidade pelo vício do produto e serviço pode ser aplicada em qualquer relação de consumo, pouco importando o tipo contratual celebrado ou mesmo a existência de um contrato entre o consumidor e o fornecedor; ao passo que os vícios redibitórios, no Código Civil, somente podem ser invocados se o contrato for comutativo ou de doação com encargo.

Tertius, pois o vício redibitório, no sistema civil, deve ser oculto e advir desde a época da celebração do contrato comutativo ou da doação com encargo.

Nas relações de consumo, admite-se a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço não apenas nos casos de *vício oculto* existente à época da contratação (cujo prazo para reclamação se inicia a partir do momento em que o defeito deixar de ser oculto), como também do *vício aparente* (aquele que se torna perceptível a olho nu e de imediato) e do *vício de fácil constatação* (aquele que se torna conhecido a partir de um simples ato do consumidor), correndo os prazos decadenciais nestas duas últimas hipóteses a partir da entrega do produto ou do término da execução do serviço[28].

Responsabiliza-se o fornecedor, na forma do parágrafo antecedente, pelo simples fato da colocação do produto defeituoso no mercado de consumo. A responsabilidade é, portanto, objetiva, já que independe da existência de culpa do fornecedor[29].

Pouco importa se o fornecedor de produtos e serviços tornou-se responsável pelo dano econômico por ato de terceiro a ele subordinado ou de quem se encontrava representando os seus interesses, já que a responsabilidade é *ex lege* e não *ex voluntas* (art. 34 da Lei n. 8.078/90)[30].

Isso significa que deve ser desconsiderada a eventual cláusula excludente da responsabilidade em favor do fornecedor, por se tratar de dispositivo

incompatível com o microssistema instituído a partir do advento do Estatuto de Defesa do Consumidor (art. 51, I)[31].

Em quarto lugar, o fornecedor responde pelo vício de qualidade, de quantidade e de informação, vício este que não se encontra previsto no Código Civil brasileiro. A informação é direito básico do consumidor, cabendo ao fornecedor outorgá-la da forma mais ampla possível, nos termos da legislação em vigor (art. 31 da Lei n. 8.078/90).

Outra diferença a ser lembrada é a de que o legislador civil estabelece expressamente tão somente duas alternativas ao adquirente: a redibição e a estimação. Por sua vez, a legislação de defesa do consumidor contempla as seguintes alternativas ao destinatário final:

a) no vício do produto, por qualidade ou pela informação: a troca, a redibição e a estimação (art. 18, § 1.º, I a III, da Lei n. 8.078/90), caso não seja viável a simples substituição da peça viciada[32];

b) no vício do produto, por quantidade: a substituição, a redibição, a estimação, a troca e a complementação do peso ou medida; e

c) no vício do serviço, por qualidade ou pela informação: a reexecução do serviço, a redibição e a estimação.

Verificando-se tão somente danos patrimoniais, prevalece a regra segundo a qual todos os fornecedores da cadeia econômica de consumo respondem solidariamente perante o consumidor[33]. Desse modo, tanto o fornecedor direto como os fornecedores indiretos poderão sujeitar-se a reparar o prejuízo proporcionado ao consumidor.

A instituição da responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo, como a regra que vigora no caso de vício do produto, é, sem dúvida, a maior prova de que o microssistema da Lei n. 8.078/90 estabeleceu alterações substanciais ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, atingindo fornecedores que não contrataram diretamente com o consumidor[34].

Cabe ao consumidor escolher o fornecedor a ser demandado, observadas as características que envolvem o caso concreto e que possam ser mais favoráveis ao destinatário final do produto ou serviço, pois restará ao demandado eventualmente condenado propor a ação regressiva em face do fornecedor que teria sido efetivamente o causador do dano patrimonial.

A *ação regressiva* constitui, assim, um mecanismo de justiça distributiva extremamente eficiente, pois a vedação da denunciação da lide nas demandas

fundamentadas nas relações de consumo agiliza a percepção do direito do consumidor, mas não inibe ao fornecedor responsável *ex lege* o direito de ser ressarcido perante aquele que, de fato, ocasionou o prejuízo. O direito de regresso a ser exercido por um dos fornecedores em face do real causador do dano é, entretanto, regulado pelo direito comum, pois, entre os fornecedores, como posteriormente será analisado, não há relação de consumo.

De igual modo, o consumidor poderá responsabilizar qualquer dos fornecedores da cadeia econômica pela ameaça à sua vida ou saúde, proporcionada pela nocividade ou periculosidade de um produto lançado no mercado de consumo (art. 18, § 6.º, II, da Lei n. 8.078/90). E, nesse caso, a regra será igualmente a de se impor a responsabilidade solidária de todos os fornecedores da cadeia de consumo.

Contudo, verificando-se concretamente um dano moral ao consumidor ou a algum ente a ele equiparado (arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29 da Lei n. 8.078/90), o dano será, conforme oportunamente salientado, de natureza extrapatrimonial (prejuízo moral em sentido lato), ocasião na qual deverá ser reconhecida a existência de um acidente de consumo, cuja sistematização de responsabilidade se encontra nos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade pelo fato do produto e serviço).

2.3 Fato e vício: a valoração da pessoa no microssistema de defesa do consumidor

Com o surgimento das máquinas, houve uma série de transformações socioeconômicas, destacando-se a constituição da atividade fabril e sua expansão, assim como a decadência do artesanato e do trabalho familiar.

Nesse período, o princípio da autonomia da vontade era a base do sistema jurídico, pois preponderava a concepção do liberalismo clássico, tendo o adquirente o direito de propor a ação cabível por vício redibitório[35].

Nas relações jurídicas de consumo, essa intensificação do tratamento despersonalizado entre o fornecedor e os consumidores contribuiu para a proliferação das contratações em massa. Com isso, o empresário utilizou-se dos contratos de adesão, que não permitiam aos consumidores a discussão do conteúdo da avença.

Motivado pelas pressões populares organizadas, o Poder Público procurou reequilibrar as relações jurídicas mediante a edição de normas de ordem pública, cuja finalidade é a proteção dos interesses do hipossuficiente.

A revolução industrial e a massificação contratual decorrente do crescimento e

da evolução tecnológica do sistema produtivo conduziram o aplicador da lei a reconhecer a necessidade de uma reavaliação das normas jurídicas existentes, contemplando-se atualmente, mediante o estabelecimento de um conjunto de normas distinto, a defesa individual e coletiva dos consumidores.

Buscou-se corrigir, desse modo, as distorções proporcionadas pela massificação, proporcionando-se à coletividade de consumidores ofendida em seus direitos a defesa coletiva, através de alguma das entidades legitimadas por lei para tanto (entes da Administração Pública direta e indireta; associações constituídas há mais de ano cujo objeto é a defesa do consumidor; e o Ministério Público).

Tais distorções trouxeram uma série de prejuízos econômicos e morais ao consumidor. Produtos defeituosos, acidentes no transporte coletivo, extravio e danificação de bagagens, assim como ofensa à vida, à saúde ou à segurança do usuário do serviço se proliferaram. O sistema jurídico tinha de trazer respostas desejáveis pela sociedade, porém demonstrava-se impotente para tanto.

Na Europa, principalmente desde a última metade do século XIX, os consumidores passaram a ser tratados como meros aderentes de negócios jurídicos predispostos, sendo considerados como uma massa de contratantes desprovida do benefício anteriormente existente de um relacionamento estritamente pessoal com o seu respectivo fornecedor.

A aquisição massificada dos produtos elaborados pelos fornecedores sem um controle de qualidade desejável propiciou inúmeros casos de vícios redibitórios a serem solucionados, muitas vezes, sem um resultado satisfatório ao consumidor, em virtude da necessidade de prova da existência do defeito à época da contratação do bem.

E o que dizer quando o defeito do produto tinha a sua origem na fabricação em série, que importava em vícios que se estendiam sobre todos os bens produzidos? Como se defender os interesses do usuário, vítima de um dano moral ou patrimonial decorrente do serviço prestado pelo transportador?

O estabelecimento de um sistema protetivo diferenciado para o consumidor somente veio a ocorrer a partir do século XX. Percebeu-se que havia a necessidade de proteção do consumidor individual, assim como da coletividade dos consumidores adquirentes dos produtos da série defeituosa ou não.

A adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva foi a solução mais adequada diante da crise da responsabilidade civil no final do século XIX, porque a vítima não tinha como provar a culpa do fornecedor de produtos industriais e do transportador. A responsabilidade pela simples existência do

nexo de causalidade, fundamentada na teoria do risco criado pelo exercício da atividade, viabilizou a efetiva reparação do dano em favor do consumidor, tanto por prejuízo patrimonial como extrapatrimonial (art. 6.º, VI, da Lei n. 8.078/90). A proteção patrimonial deixou de ser a única preocupação na defesa do consumidor. Sob o princípio constitucional da dignidade humana, estabeleceu-se a garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor nos casos de acidente de consumo[36].

Se a doutrina clássica dos vícios redibitórios se mostrou por demais insuficiente para resolver os casos de dano patrimonial, pela dificuldade da prova da existência do defeito à época da contratação, o que falar então do prejuízo extrapatrimonial advindo do vício do bem, cuja previsão de reparação do dano nem sequer existia sob tal fundamento?

O microssistema de defesa do consumidor, inspirado na despatrimonialização e na valoração da pessoa, contém vários dispositivos sobre a responsabilidade por vícios econômicos. Consolidou uma nova sistemática do instituto do vício, reconhecendo em seções distintas o vício extrínseco (denominado pelo legislador de fato, nos arts. 12 a 17 da Lei n. 8.078/90) e o vício intrínseco (arts. 18 a 25 da Lei n. 8.078/90). Tal evolução, no entanto, não foi fruto do acaso, mas das conclusões a que os autores do anteprojeto chegaram após avaliarem outros sistemas jurídicos.

O direito do consumidor, como ciência jurídica, foi sistematizado a partir da segunda metade do século XX[37], destacando-se o ato da Comissão da Comunidade Europeia de estabelecer um programa que fixava a política de proteção e de informação dos consumidores.

A Convenção Europeia de Strasbourg, de 27-1-1977, estabeleceu o princípio do justo equilíbrio na relação entre o consumidor e o fornecedor (a quem denominou produtor), fixando que o produto defeituoso é aquele que não oferece a segurança que dele se poderia legitimamente esperar[38]. Essa convenção internacional foi fundamental para o reconhecimento da existência de danos extrapatrimoniais do consumidor pela violação da sua segurança pessoal, ao lado da tradicional proteção por segurança econômica.

Em 1985, a Organização das Nações Unidas – ONU fixou os princípios diretivos para a proteção dos consumidores, reconhecendo como necessidade legítima a proteção dos direitos extrapatrimoniais do consumidor (destacando-se os direitos da personalidade), garantindo-se a sua segurança física e a sua saúde[39].

A Diretiva Comunitária de 25-7-1985 igualmente regulamentou o tema, ao tratar da responsabilidade pelo fato dos produtos em caso de lesão corporal ou morte. Nela, a noção de defeito é importante, partindo-se da ideia inicial do instituto clássico dos vícios redibitórios, que admite o defeito do produto como sendo aquele que diminui a utilidade da coisa. Estende-se a proteção ao terceiro e amplia-se o conceito de defeito, mediante a adoção do dever de segurança, com a finalidade de se proteger a incolumidade física das pessoas (o consumidor e o *bystander*)[40].

A proteção do consumidor deixou de se limitar ao seu patrimônio, passando a alcançar, assim, os seus direitos extrapatrimoniais (destacando-se a vida, a saúde e a segurança). O dever de garantia do fornecedor dos produtos e serviços não se limitou mais aos casos de danos patrimoniais advindos da imprestabilidade da coisa ao uso para o qual o consumidor a adquiriu. Além dos vícios redibitórios, em sua concepção tradicional, reconheceu-se a existência de uma garantia tácita de proteção do consumidor contra os danos intrínsecos e extrínsecos que o produto ou o serviço pode acarretar em seu desfavor[41]. Duas garantias legais acabaram por ser consagradas: a garantia da utilidade econômica e a garantia da segurança do produto e do serviço[42].

Além disso, estendeu-se a tutela do consumidor às atividades de risco, sendo mais que natural que a responsabilidade objetiva viesse a ser adotada em desfavor do fornecedor. Afinal, a responsabilidade sem culpa já se encontrava historicamente consagrada, reconhecendo-se que o alienante tem a obrigação de reparar o dano mesmo quando o vício oculto não é de seu conhecimento.

Inovou o legislador brasileiro ao preceituar regras de responsabilidade civil do fornecedor pelo vício do serviço com o desiderato de obter a melhoria da qualidade dos serviços públicos e privados, pois anteriormente à edição do Código de Defesa do Consumidor não se contemplava tal categoria. Restringia-se o instituto dos vícios redibitórios ao defeito oculto da coisa nos contratos comutativos e na doação com encargo, exceção feita ao art. 1.245 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 618 do Código de 2002, que admite a responsabilidade pelos riscos que a construção proporciona à segurança.

Destaca-se, a propósito, o problema do vício do serviço público e a aplicabilidade das normas jurídicas de ordem pública e interesse social no microssistema protetivo do consumidor. No serviço de transportes públicos, o problema surgido com a inserção das máquinas sempre foi a demonstração da culpa do transportador para os fins de reparação do dano causado à vítima,

pouco importando que ela tivesse sido passageira (consumidor usuário do serviço) ou simples transeunte.

As teorias que levaram à objetivação da responsabilidade procuraram a facilitação dos direitos do consumidor sem deixar de lado a subjetivação, pois se considerava que a aplicação da objetivação plena constituiria o retrocesso à fase antecedente à lei aquiliana. Contudo, as ideias intermediárias adotadas demonstraram-se artificiais, e a necessidade da defesa coletiva dos direitos subjetivos fez com que o legislador passasse a prever a responsabilidade sem culpa.

A proteção dos direitos do consumidor não se limitou, contudo, às atividades de transportes coletivos e de fabricação de produtos. Expandiu-se a tutela do destinatário final de produtos e serviços para todas as atividades de fornecimento de bens – a produção, a montagem, a criação, a construção, a transformação, a importação, a exportação, a distribuição e a comercialização.

Ante o reconhecimento de que o consumidor tem dificuldade em demonstrar a existência do defeito dos produtos adquiridos ou da culpa do transportador pelos danos materiais e morais sofridos, adotou-se a tese segundo a qual o contrato deveria atender à sua função social. A prevalência dos interesses socialmente relevantes (difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis) justifica plenamente a proteção individual e coletiva dos consumidores, inclusive mediante a concessão de benefícios ao mais vulnerável.

A tutela dos interesses transindividuais dos consumidores passou a ser exercida extrajudicialmente e em juízo. Extrajudicialmente, mediante a celebração de termos de compromisso de ajustamento de conduta dos fornecedores do mercado de consumo. E, judicialmente, pelos remédios processuais existentes, destacando-se: a ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos e coletivos; e a ação coletiva, para a defesa dos interesses individuais homogêneos, isto é, aqueles decorrentes de uma origem comum, que também são, na realidade, espécies de interesses socialmente relevantes[43].

Desse modo, o consumidor recebeu um tratamento privilegiado da Lei n. 8.078/90, que conferiu ao destinatário final de produtos e serviços os meios de facilitação dos seus direitos, extrajudicial e judicialmente, dentre os quais se pode, exemplificativamente, enumerar: a criação e o fortalecimento de órgãos de defesa do consumidor (art. 5.º); a responsabilidade objetiva do fornecedor como regra, nas relações de consumo (arts. 12, *caput*, 14, *caput*, 18 e 20); a responsabilidade solidária dos fornecedores (arts. 7.º, parágrafo único, 13, parágrafo único, 18 e 25, § 2.º); a possibilidade de inversão do ônus da prova em

favor do consumidor, no processo civil (art. 6.º, VIII); a proteção dos direitos morais do consumidor, além dos direitos patrimoniais (art. 6.º, VI); a vedação da utilização do instituto da denunciação da lide (art. 88); a faculdade de utilização do foro do domicílio do consumidor, para a propositura da ação civil (art. 101, I); e a liquidação individual de sentença coletiva (art. 97).

Objetivou-se, ainda, o estabelecimento de uma tutela transindividual civil sistematizada, com a adoção das normas processuais referentes à ação civil pública (art. 90 da Lei n. 8.078/90) e a regulação da ação coletiva de interesses individuais homogêneos (arts. 91 a 100 da mesma lei). Para a propositura das ações, em ambas as modalidades, outorgou-se legitimação às entidades constantes do art. 82 (os órgãos da Administração Pública direta – a União, os Estados e os Municípios; as entidades da Administração Pública indireta – autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; as associações constituídas há pelo menos um ano cuja finalidade institucional é a defesa do consumidor; e o Ministério Público[44]).

Não foi somente o Código de Defesa do Consumidor que incorporou ao seu microssistema as normas da Lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, foi acrescido à Lei da Ação Civil Pública um dispositivo que permite a aplicação dos dispositivos processuais previstos na Lei n. 8.078/90, para as demais ações civis públicas, pouco importando a natureza jurídica do objeto tutelado. Basta a existência de compatibilidade entre os comandos legais em alusão (art. 21 da Lei n. 7.347/85 e art. 90 da Lei n. 8.078/90)[45].

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro sistematizou a responsabilidade civil do fornecedor, para a tutela de interesses sem relevância social (interesses individuais e individuais plúrimos) e com relevância social (interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos)[46].

Para tanto, o legislador tratou de separar a responsabilidade civil em duas grandes categorias, cuja regulamentação é distinta:

a) a responsabilidade pelo vício do produto e serviço, cujo fundamento é a ofensa a um direito patrimonial, que pode ser eventualmente cumulada com a ameaça a algum direito extrapatrimonial do consumidor (arts. 18 a 25 da Lei n. 8.078/90); e

b) a responsabilidade pelo fato do produto e serviço, cujo fundamento é a ofensa a um direito extrapatrimonial, que pode ser eventualmente cumulada com algum dano patrimonial, ou, ainda, ter como fundamento único a ameaça a algum direito extrapatrimonial do consumidor (arts. 12 a 17 da Lei n. 8.078/90).

No caso da responsabilidade pelo vício do produto e serviço, fala-se em vício intrínseco, pois o produto ou o serviço não se prestou para as utilidades razoavelmente esperadas pelo consumidor. O objeto da relação de consumo torna-se economicamente inadequado para os fins colimados pelo seu destinatário final, por impropriedade material ou formal (arts. 18, § 6.º, e 20, § 2.º, da Lei n. 8.078/90).

A impropriedade pelo vício intrínseco torna o produto ou o serviço inadequado para o fim que o consumidor pretendia destiná-lo ou dele razoavelmente esperava, considerando-se ainda impróprio o serviço que não atende às normas regulamentares de prestabilidade. Assim, o consumidor sofre um prejuízo patrimonial, ensejando a responsabilização do fornecedor independentemente de culpa.

A impropriedade consiste em o produto demonstrar-se nocivo à vida ou à saúde ou, ainda, ser perigoso; gera o prejuízo patrimonial consistente na inadequação do seu uso pelo consumidor, se não forem observados os arts. 8.º a 10 da Lei n. 8.078/90. Assim, a colocação de produtos e serviços que podem acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores no mercado de consumo somente se justifica mediante a outorga de informações necessárias, ostensivas e adequadas, tanto às autoridades públicas como aos consumidores em geral.

A inserção de produtos e serviços nocivos à vida ou à saúde do consumidor consubstancia ameaça aos seus direitos extrapatrimoniais, que pode coexistir com algum dano patrimonial, por outra impropriedade material ou formal descrita no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Verificada a coexistência do dano patrimonial e da ameaça de dano extrapatrimonial, aplica-se a sistemática estabelecida pelo legislador para a responsabilidade por vício do produto.

De igual modo, aplica-se a responsabilidade pelo vício no caso de simples ameaça de dano extrapatrimonial, decorrente de impropriedade do produto ou serviço (art. 18, § 6.º, do CDC).

Maior ainda foi a proteção conferida pelo legislador ao consumidor pela ocorrência do acidente de consumo. Tratando-se de responsabilidade pelo fato do produto e serviço, há um vício exógeno ou extrínseco, ou seja, um defeito que ultrapassa a própria matéria física do objeto mediato da relação de consumo (o bem da vida), provocando danos extrapatrimoniais ao consumidor.

Nesse caso, o problema não é de falta de idoneidade para o uso, mas de segurança biopsíquica do consumidor, exposto a um produto ou serviço que lhe pode proporcionar danos personalíssimos[47].

No caso de simples ameaça aos direitos extrapatrimoniais do consumidor, sem qualquer repercussão de cunho patrimonial em seu possível prejuízo, deve-se frisar que se aplicam as regras dos arts. 12 a 17 da Lei n. 8.078/90.

Como a segurança do consumidor é indispensável para o fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, de nada vale que o objeto da relação possa cumprir perfeitamente a finalidade para a qual ele se destinaria. A utilidade do produto ou do serviço não pode estar dissociada da segurança, por se tratar o direito da personalidade do consumidor de um bem jurídico tutelado de maior importância[48].

Isso não significa, convém repetir, que o produto ou o serviço não possa ser perigoso por natureza. O que se exige do fornecedor é que o consumidor seja previamente informado sobre o uso correto do objeto e a nocividade que ele encerra[49].

Verificando-se algum dano extrapatrimonial em prejuízo do consumidor, aplica-se a sistemática enunciada pelos arts. 12 a 17 da Lei n. 8.078/90, mesmo que tenha ocorrido, cumulativamente, algum dano patrimonial.

Como se pode perceber, a legislação protetiva do consumidor conferiu à expressão “vício” um significado bem mais amplo que aquele existente no direito comum. Estende-se a noção de vício ou defeito ao serviço que se demonstra inadequado por insegurança (art. 14 do CDC) ou por impropriedade (arts. 20 e 22 do CDC); reconhece-se o vício de informação, pela violação do princípio da boa-fé objetiva[50].

Estipula-se uma dicotomia de sistematização da responsabilidade civil por vício exógeno e por vício intrínseco. Enfim, procede-se à interpenetração das responsabilidades pelo fato e pelo vício, possibilitando-se: a aplicação dos arts. 12 a 17 nos casos de dano extrapatrimonial puro, de dano extrapatrimonial cumulado com o dano patrimonial e na hipótese de pura ameaça de dano extrapatrimonial. Admite-se a responsabilidade pelo vício, e a consequente aplicação dos arts. 18 a 25 da lei protetiva do consumidor, para as hipóteses de dano patrimonial puro e de dano patrimonial cumulado com a ameaça de dano extrapatrimonial.

Reduzindo-se o estudo efetuado a um quadro esquemático, pode-se afirmar que a teoria da responsabilidade civil na Lei n. 8.078/90 é de natureza complexa e sinteticamente assim disposta:

Dano patrimonial	VÍCIO
Dano patrimonial + dano extrapatrimonial	FATO
Dano extrapatrimonial	FATO
Dano extrapatrimonial + ameaça de dano patrimonial	FATO
Dano patrimonial + ameaça de dano extrapatrimonial	VÍCIO
Ameaça de dano extrapatrimonial (impropriedade)	VÍCIO

O microssistema de defesa do consumidor é, portanto, bem mais evoluído que o sistema codificado, ao estabelecer normas sobre o vício. A noção de vício passa a abranger, inclusive, as hipóteses em que houve a entrega do produto ou a realização do serviço; porém, algum prejuízo lateral resultou ao consumidor, pelo exercício da atividade do fornecedor.

Pode-se afirmar que o instituto do vício sofreu profundas inovações decorrentes da decadência do liberalismo jurídico. No microssistema, ele possui um caráter funcional que não se restringe à sua utilidade, mas se estende à fruição do consumidor, que pretende obter os benefícios advindos da aquisição ou utilização do produto ou do serviço sem que venha a sofrer qualquer dano, seja ele patrimonial ou não[51].

O dano patrimonial ou extrapatrimonial imposto ao consumidor é resultado, muitas vezes, da vulneração do princípio da boa-fé objetiva, como norma de conduta que se espera das partes. Constata-se a violação a esse princípio pelo simples prejuízo causado, como ofensa ao dever lateral ou acessório de abstenção ou omissão (obrigação de não fazer em sentido lato), consistente na não realização de conduta que razoavelmente se podia esperar durante o fornecimento do produto ou do serviço. E qual é essa conduta? O fornecimento de um produto ou serviço sem vício, isto é, adequado e seguro para os fins que ordinariamente o consumidor poderia dele esperar (arts. 12, § 1.º, 14, § 1.º, 18, § 6.º, III, e 20, § 2.º, da Lei n. 8.078/90)[52].

A *boa-fé objetiva*, como boa-fé norma, exsurge no direito brasileiro, primeiramente no direito do consumidor (art. 4.º, III, do CDC) e, ao depois, no Código Civil (arts. 113 e 422 do CC) como sucessora da boa-fé subjetiva.

Dessarte, deixa-se de lado a análise psicológica da intenção do agente ou do sofrimento da vítima, realçando-se, na realidade, o *dever de lealdade* decorrente da aplicação da teoria germânica da *confiança* nos negócios jurídicos. Com isso, incumbe ao intérprete verificar se houve ou não a violação da boa-fé objetiva pela frustração das expectativas que ordinariamente se causaria a qualquer pessoa, que poderia eventualmente se encontrar na posição jurídica da vítima.

Maiores digressões sobre o tema poderão ser encontradas no capítulo sobre os "Princípios gerais das relações de consumo" (Capítulo 3).

2.4 A valoração da pessoa, a teoria do risco e as obrigações de garantia, resultado e segurança

Diante dos objetivos e dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no preâmbulo e nos arts. 1.º e 3.º da Constituição Federal, percebe-se que, em todos os quadrantes do direito privado, ganha relevo a valoração da pessoa. Há uma repersonalização das relações jurídicas e uma despatrimonialização consistente em se preferir a proteção ao sujeito, em vez do objeto de direito.

Na responsabilidade civil, destaca-se a teoria da responsabilidade sem culpa fundada no risco da atividade desenvolvida pelo agente, cabendo a ele reparar o dano patrimonial e o prejuízo extrapatrimonial sofrido pela vítima. O destaque dado pelo legislador ao instituto do vício, nas relações de consumo, tem por finalidade a proteção da pessoa do consumidor, tanto sobre o seu patrimônio como sobre os seus direitos extrapatrimoniais (vida, saúde, segurança...).

A responsabilidade do fornecedor pelo vício encontra fundamento, como se afirmou, na obrigação *ex lege* de garantia do fornecedor, que responde independentemente de culpa pelo dano causado em desfavor do consumidor ou do seu patrimônio. A obrigação de garantia é, portanto, inerente a todo o sistema de responsabilidade civil nas relações de consumo. Todavia, não se confunde a obrigação de garantia com as demais obrigações, nas suas variadas classificações, dentre as quais se destacam a obrigação de resultado e a obrigação de segurança.

Concebidas em um período intermediário entre a responsabilidade subjetiva e a adoção novecentista da responsabilidade objetiva, a obrigação de resultado (e sua diferenciação com a obrigação de meio) e a obrigação de segurança buscaram viabilizar a reparação do dano em prol da vítima, numa época marcada pela dificuldade da demonstração da culpa do agente. Poder-se-ia, então, cogitar: que valor possuem as obrigações de resultado e de segurança em um

microssistema que adota, em regra, a responsabilidade objetiva, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor? Tais modalidades obrigacionais possuem a mesma importância que têm na codificação civil vigente; porém, estão sendo aplicadas de acordo com as peculiaridades do microssistema consumerista.

A distinção entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado presta-se para os fins de responsabilidade subjetiva do fornecedor. Como o Código de Defesa do Consumidor estipula a responsabilidade subjetiva como exceção, pode-se afirmar que ela se encontra presente nas seguintes passagens: de forma explícita, na responsabilidade do profissional liberal (art. 14, § 4.º), na responsabilidade da sociedade coligada (art. 28) e, ainda, no caso de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (arts. 12, § 3.º, III, e 14, § 3.º, II)[53].

As obrigações de resultado, e a sua distinção em relação à obrigação de meio, são de suma importância nas hipóteses de responsabilidade subjetiva do profissional liberal.

Pela obrigação de meio, o devedor tem de realizar todos os atos possíveis para se atingir o resultado esperado pelo credor, porém não se encontra submetido a obter sucesso em sua atividade. Basta que venha a agir com a cautela devida, conforme um juízo de razoabilidade concretamente aferido.

Caso o fornecedor venha a causar dano econômico ao consumidor por inadequação do serviço prestado, a sua responsabilidade será objetiva. Porém, tratando-se de obrigação de meio, ao consumidor incumbirá o ônus da prova do nexo de causalidade. O mesmo sucede com a responsabilidade subjetiva, subsistindo ao consumidor o ônus de demonstração tanto do vínculo causal como da culpa.

Por outro lado, o devedor da obrigação de resultado compromete-se a atingir o fim colimado pelo consumidor, ao fornecer o serviço. Nesse caso, presume-se a sua responsabilidade civil pelo dano, a menos que demonstre a inexistência do nexo de causalidade ou, ainda, comprove a existência de alguma excludente (tratando-se de responsabilidade objetiva, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a teor dos artigos já mencionados da Lei n. 8.078/90; na responsabilidade subjetiva, a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento legal, por inteligência do art. 188 do Código Civil, que é subsidiariamente aplicável à espécie, já que a lei de proteção ao consumidor não sistematiza a responsabilidade subjetiva, restringindo-se a enunciá-la nos casos acima mencionados).

A *obrigação de segurança*, utilizada no final do século XIX como um meio de equiparação à teoria da responsabilidade objetiva, rechaçada pela tradição

secular da culpa como pressuposto necessário da responsabilidade, é de fundamental importância no microssistema de defesa do consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto e serviço é embasada no dever de segurança que o fornecedor tem de exercer a sua atividade sem acarretar danos à vida, à saúde ou a outros direitos extrapatrimoniais do consumidor, sob pena de responder pela reparação do prejuízo oriundo de um acidente de consumo. Por essa razão, aliás, é que, no fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e serviço, sempre se encontra presente a violação de um direito extrapatrimonial do consumidor.

Analisando o caso concreto, o julgador poderá apreender noção do dever de segurança, observando-se o princípio da razoabilidade. Não se pode exigir uma segurança absoluta, mas sim a minimização mais ampla possível dos riscos à vida ou à saúde do consumidor, conforme as circunstâncias do caso.

Aliadas à aplicação do princípio da razoabilidade para os fins de identificação da extensão do conceito de dever de segurança, encontram-se as normas previstas nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil . Afinal, a expressão "segurança que dele legitimamente se espera" (arts. 12, § 1.º, e 14, § 1.º, do CDC) é um conceito jurídico indeterminado (*standard* jurídico)[54]. Ao julgador competirá, dessarte, analisar todas as circunstâncias, para integrar à hipótese a ele submetida o que o consumidor poderia legitimamente esperar em matéria de segurança[55].

Obviamente, o parâmetro a ser adotado pelo aplicador da norma será diferente, conforme a defesa judicial do consumidor se der a título individual ou coletivo. Naquela, identifica-se a expectativa de segurança do consumidor médio. No caso da defesa coletiva, o julgador deverá considerar o perigo ou o risco social, inclusive diante da circulação do produto no mercado.

A expressão legal "segurança que caberia legitimamente esperar" tem sua origem histórica no art. 4.º da Proposta de Diretiva de 1976, inspirada no anteprojeto de diretiva de 1975[56].

Entre nós, os arts. 12, § 1.º, e 14, § 1.º, da Lei n. 8.078/90, consideram defeituoso o produto e o serviço que não oferecem a segurança que deles legitimamente se espera, levando-se em consideração, especialmente, a época em que houve o fornecimento e os riscos que razoavelmente se podem esperar do objeto da relação de consumo.

O elemento segurança é, portanto, dever implícito a toda relação de consumo, e o seu descumprimento acarreta a responsabilidade de indenizar, pois não se

pode tolerar, em observância ao princípio da *boa-fé objetiva*, a existência de um produto defeituoso em circulação que proporcione riscos irrazoáveis ao consumidor[57].

É certo que a lei consumerista determina que a responsabilidade pelo fato do serviço do profissional liberal deve ser apurada mediante culpa (art. 14, § 4.º, do CDC). No entanto, não se pode esquecer que várias teorias que facilitam a demonstração do dano sofrido pela vítima e de seu nexo de causalidade foram criadas pela doutrina novecentista, dentre elas: a obrigação de resultado e a obrigação de segurança. Enquanto a primeira acarreta, na prática, a inversão do ônus da prova da culpa do devedor, a outra se contenta com a desnecessidade de prova da culpa, pela simples demonstração do risco à vida ou à integridade física do credor.

Pode-se afirmar que no microssistema de defesa do consumidor a *obrigação de segurança*, compreendida como segurança biopsíquica, gera a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços em geral (art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90), e mesmo do profissional liberal, quando a *obrigação de segurança for também obrigação de resultado* (art. 14, § 4.º), se houver a violação do princípio da boa-fé objetiva (*vide* o Capítulo 7 deste livro). Nesse caso, incumbirá ao fornecedor a prova de inexistência do nexo de causalidade, ou a demonstração da existência da excludente de culpa exclusiva da vítima ou de culpa exclusiva de terceiro.

Conclui-se que a obrigação de resultado do profissional liberal, aliada ao descumprimento do dever implícito de segurança na responsabilidade pelo fato do serviço, conduz à responsabilidade objetiva, quando há violação da boa-fé, norma de conduta[58].

A supressão do elemento culpa como pressuposto da responsabilidade, nesse caso, decorre do dever de segurança inerente à relação de consumo. Esse dever de segurança se torna objetivado mesmo na responsabilidade subjetiva, quando a obrigação é, ainda, uma obrigação de resultado. Por isso é que o profissional liberal tem de comprovar a inexistência do nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima, além do prejuízo patrimonial porventura existente.

1 Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, em seu prefácio à obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, ensina que o formalismo possui dois óbices de aplicação: a incapacidade do formalismo perante a variedade dos casos concretos e a natureza histórico-cultural do Direito.

O positivismo demonstrou-se insuficiente por quatro razões. Primeiramente, não admite a existência de lacunas. Além disso, não tem meios para lidar com os conceitos jurídicos indeterminados existentes na lei. Um terceiro problema é a sua falta de operatividade no caso de aparente contradição principiológica. Por fim, demonstra-se incapaz em apontar soluções alternativas, já que lhe falta uma valoração clara de justiça (p. XVI-XXIII).

2 Orlando Gomes, *Novos temas de direito civil*, p. 41-43; Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição:* premissas para uma reforma legislativa, problemas de direito civil constitucional, p. 1-2; e Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, p. 211-212 e 222-224.

3 Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas,* cit., p. 3-4.

4 Nelson Nery Junior observa que esse foi o caminho adotado pelo legislador brasileiro do período pós-constitucional de 1988, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 283-287). O mesmo critério foi adotado pelo legislador em outros diplomas legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

5 Luiz Edson Fachin denomina o regime codificado de estatuto do "indivíduo patrimonial", em uma clara demonstração da insatisfação trazida pela abstração excessiva do modelo clássico, extremamente conservador e formal, onde o objeto da relação jurídica era destituído de função (op. cit., p. 77-100).

Para Joaquín Arce y Flórez-Valdés, o hiperpatrimonialismo é fruto do regime codificado, que vem cedendo lugar à proteção da pessoa e da família. Segundo o autor, a despatrimonialização é um dos pilares do movimento contemporâneo, realçando-se os direitos fundamentais, pois os valores inerentes à pessoa humana são hierarquicamente superiores aos valores econômicos (*El derecho civil constitucional*, p. 54-56).

6 Joaquim Arce y Flórez-Valdés elucida que a descodificação não se constitui em um atentado contra a unidade do direito civil, já que não há motivos para que se confunda o direito com a codificação (op. cit., p. 59-61).

Com acerto, Fábio Siebeneichler de Andrade aponta que as leis especiais abalaram a unidade, a generalidade e a estabilidade dos códigos (*Da codificação:* crônica de um conceito, p. 133-135), e não do direito privado.

Além disso, Luiz Edson Fachin afirma que a constitucionalização impõe repercussões sobre os institutos jurídicos, que ganharam uma maior funcionalidade, atendendo aos interesses sociais (op. cit., p. 72-75).

7 Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas,* cit., p. 4-6; e Luiz Edson Fachin, op. cit., p. 289-291. Sobre a socialização do direito civil, *vide* Joaquín Arce y Flórez-Valdés, op. cit., p. 56-59.

8 Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas,* cit., p. 1-2.

9 Orlando Gomes observa que as leis especiais não são mero desdobramento dos institutos codificados nem regulam matéria estranha ao Código Civil, porém são genuínos microssistemas, refratários à unidade sistemática do Código Civil, com filosofia e critérios próprios (*Novos temas,* cit., p. 47-48).

Gustavo Tepedino (*O Código Civil, os chamados microssistemas,* cit., p. 4-6) observa que o Código Civil era o centro de gravidade do direito privado, um monossistema, até que veio a perder sua capacidade

normativa sobre diversos temas, que passaram a ser regulados por leis especiais, configurando-se, dessarte, um polissistema dotado de leis autônomas e com feições jusfilosóficas diversas (os microssistemas).

10 É cediço que o sistema é um conjunto de regras e princípios sobre uma mesma matéria. O sistema legal é aquele que se demonstra fundamental no Direito, por se tratar da forma máxima de sua expressão em sociedade. Assim, embora o sistema legal possa não contemplar todos os casos, incumbe ao ordenamento jurídico reconhecer a existência de outras realidades que devem ser reguladas pelo Direito.

Toda ordenação lógica de normas jurídicas possui vários centros de referência das relações jurídicas sobre as quais tais comandos são aplicáveis. Desse modo, as normas de idêntica natureza são predispostas em modelos chamados institutos, que são estruturas normativas complexas e homogêneas que se ordenam em sistemas, e se aplicam sobre as relações jurídicas.

11 Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, p. 47-49 e 77-79.

12 Como, aliás, as modificações implementadas aos arts. 54 a 59, assim como a revogação do art. 194 do CC.

13 Sobre o tema, remeto o leitor ao meu posicionamento adotado no *Manual de direito civil*, v. 1, 3 e 5, nos capítulos alusivos ao sistema jurídico e à constitucionalização do direito civil.

14 Assim, pode-se afirmar que a Lei n. 9.656/98, que trata a respeito dos planos de saúde, estabelece um subsistema que sofre a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor.

15 Sobre o conteúdo residual do direito civil, observe-se a lição de Joaquín Arce y Flórez-Valdés, op. cit., p. 61-64.

16 Para J. M. Othon Sidou, “é um erro vincular o imperativo da proteção ao consumidor à sociedade de consumo, fenômeno hodierno traduzido na aplicação das riquezas, como resultante não só das necessidades econômicas do homem, mas também do imperativo de produzi-las, cada vez mais, para consumi-las cada vez mais. Mercê da expansão e da diversificação do mundo negocial, o consumidor passou a exigir, em verdade, regras protetoras mais enérgicas, algumas impondo mesmo a proscrição ou a reformulação de antigos conceitos jurídicos. Mas tanto não significa seja sua proteção uma decorrência da sociedade de consumo” (*Proteção ao consumidor*, p. 3).

17 No direito romano, o princípio geral de responsabilidade por vícios do objeto somente se constituía em uma obrigação do vendedor se ele tivesse assegurado a inexistência de vícios, pela *stipulatio*. Tal situação perdurou até o direito *justinianeu*, quando se tornou desnecessária a estipulação para se responsabilizar o vendedor (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 38, p. 277).

18 J. M. Othon Sidou, op. cit., p. 4.

19 No direito grego, o comprador tinha o direito de ação contra os vícios do objeto, desde que não tivesse ciência prévia da existência do defeito. Se o vendedor conhecesse o vício, mas não informasse o comprador a este respeito, poderia ser condenado a arcar com o pagamento em dobro. Não havia a ação estimatória, que somente surgiu posteriormente (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 38, p. 278).

20 No século I, Cícero afirmava que assegurava-se a garantia sobre os vícios ocultos na compra e venda realizada após anúncio ou pregão. Pontes de Miranda observa que Paulo concedeu a *actio de modo agri* pelo vício oculto do objeto, no caso de *mancipatio* de prédio cuja superfície não correspondesse à realidade. O adquirente tinha o direito de receber o dobro do valor da superfície que faltava. Assim, podia obter: o ressarcimento do dano ou, se a contraprestação fosse excessiva, a diminuição do preço ou a redibição. No final da República romana fixou-se a responsabilidade do vendedor pelos vícios da coisa, desde que tivesse ciência da sua existência, na compra e venda efetuada através da *mancipatio*. Com o direito *justinianeu* consagrou-se o princípio do interesse positivo, prevendo-se a obrigação do vendedor de gado enfermo de arcar com a restituição da diferença entre o preço pago e o valor que o adquirente pagaria se soubesse do vício do animal. Se o vendedor soubesse da doença e tivesse agido de má-fé, arcaria com o pagamento de perdas e danos. A *actio quanti minoris* remonta à época clássica, enquanto a *actio redhibitoria* surgiu no

período republicano romano (*Tratado*, cit., v. 38, p. 274-277).

21 Jean Calais-Auloy lembra que, nessa fase, o direito inglês já coibia o preço abusivo, e que os mercadores e artesãos, organizados em corporações, garantiam a qualidade dos produtos e dos serviços oferecidos (*Droit de la consommation*, p. 21-24).

22 No regime jurídico anterior ao Código Civil brasileiro de 1916, as Ordenações Filipinas previam a rescisão do contrato com base nos vícios redibitórios de escravos e bestas (IV, t. 17).

23 O instituto dos vícios redibitórios não recebe a aplicação uniforme das legislações em geral (Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 15, p. 334; e Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 2, p. 216). Os vícios redibitórios não devem ser confundidos com o instituto do erro, pois o que prepondera, na realidade, é a existência de um defeito oculto, o que é suscetível de simples demonstração objetiva. Por esse motivo, inclusive, é que se aplica a responsabilidade sem culpa em desfavor do garantidor, isto é, o alienante ou o doador com encargo (Carvalho Santos, op. cit., v. 15, p. 336-337; Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 94-95).

24 A depreciação econômica do objeto pode se verificar, mesmo que a coisa não se torne imprestável para a finalidade esperada pelo adquirente (Carvalho Santos, op. cit., v. 15, p. 336; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 3, p. 74-75; Maria Helena Diniz, op. cit., v. 3, p. 91; Carlos Alberto Bittar, *Curso*, cit., v. 1, p. 507).

25 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 94; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 3, p. 75; Maria Helena Diniz, op. cit., p. 93; Carlos Alberto Bittar, *Curso*, cit., v. 1, p. 507.

26 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 3, p. 77-78.

27 Não se confunde, portanto, a inversão do ônus da prova com a responsabilidade objetiva do fornecedor, já que aquela é um direito processual básico que pode ser reconhecido, inclusive, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva (a título de exemplo, nada impede a inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade do profissional liberal, nos termos do art. 14, § 4.º, da Lei n. 8.078/90). A responsabilidade e o sistema adotado, fundado na prova da culpa ou não, são institutos de direito material. Além disso, a inversão do ônus da prova não retira do consumidor o dever de demonstrar o dano, pois se restringe a prova do nexo de causalidade.

28 Conforme dispõe o art. 26, *caput*, e § 3.º, da Lei n. 8.078/90: "O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: (...)"; e "tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito".

29 Discordo, pois, daqueles que insistem na tese de que a responsabilidade pelo vício é subjetiva, com presunção absoluta de culpa (*iure et de iure*), como é o caso de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 58). No mesmo sentido da corrente objetivista, ora adotada: Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 135-139.

30 Segundo Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a noção de vício ganhou maior alcance, podendo-se atualmente conceber a dupla proteção do Código de Defesa do Consumidor, na linha da legislação europeia, nos seguintes termos: proteção da incolumidade econômica (vício intrínseco) e proteção da incolumidade físico-psíquica (vício extrínseco). Tal solução permite a defesa tanto do consumidor como do *bystander*, pois os direitos da personalidade ganham destaque na defesa do vulnerável (op. cit., p. 27-31). Abandona-se a ideia de garantia restrita ao vínculo contratual e confere-se um novo alcance ao próprio princípio da relatividade dos efeitos, admitindo-se a possibilidade de o prejuízo se estender em desfavor de terceiros determinados e indeterminados (*vide* o que eu afirmei em *Contratos difusos e coletivos*, p. 107-113).

31 Gustavo Tepedino afirma que, mesmo no contrato de turismo, torna-se inegável a responsabilidade do operador ou da agência de viagem, independentemente das cláusulas estipuladas em cada um dos contratos

que integram os pacotes turísticos, pois a responsabilidade de todos os fornecedores é solidária e qualquer um deles pode ser demandado pelo consumidor interessado, pela inadequação do serviço por insegurança, ou pelo não atendimento do programa previamente ajustado com o consumidor (A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional, p. 17).

A questão da segurança, no entanto, deve ser analisada como um elo entre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, considerando-se que a solidariedade somente será a regra nos casos de acidente de consumo quando todos os agentes concorrerem para o evento danoso (art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

32 Gustavo Tepedino afirma que, mesmo no contrato de turismo, torna-se inegável a responsabilidade do operador ou da agência de viagem, independentemente das cláusulas estipuladas em cada um dos contratos que integram os pacotes turísticos, pois a responsabilidade de todos os fornecedores é solidária e qualquer um deles pode ser demandado pelo consumidor interessado, pela inadequação do serviço por insegurança, ou pelo não atendimento do programa previamente ajustado com o consumidor (A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional, p. 17).

A questão da segurança, no entanto, deve ser analisada como um elo entre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, considerando-se que a solidariedade somente será a regra nos casos de acidente de consumo quando todos os agentes concorrerem para o evento danoso (art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

33 João Batista de Almeida observa que a responsabilidade pelo vício do produto e serviço deve ser imputada em desfavor do fornecedor por anormalidades que afetam a funcionalidade do objeto da relação de consumo, sem causar riscos à saúde e segurança do consumidor (*A proteção jurídica do consumidor*, p. 72). Além disso, a simples existência de riscos à saúde do consumidor pode caracterizar impropriedade material do produto, se houver dano patrimonial configurado (art. 18, § 6.º, II, da Lei n. 8.078/90).

34 Há uma tendência de se aplicar de forma cada vez mais intensa a responsabilidade objetiva, inclusive quando fundamentada na obrigação de garantia, justamente para que se proporcione efetivamente o ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Para tanto, ampliou-se o rol de legitimados ativos e passivos, incluindo-se nesta última categoria não mais apenas o comerciante, como todos aqueles que intervêm no processo de fornecimento (Graciela Messina Gutiérrez, op. cit., p. 85). Sobre a evolução conferida ao princípio da relatividade dos efeitos: Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor, p. 83 e 107-113; e Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, p. 104-106.

35 Jean Calais-Auloy ensina que começaram a ser aplicadas sanções em desfavor daquele que abusasse da liberdade de comércio no final do século XIX, daí se originando a Lei francesa de 1.º-8-1905, que reprimiu penalmente as fraudes e as falsificações (op. cit., p. 21).

36 Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, op. cit., p. 27-29; Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, p. 49; Gabriel Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, p. 23; Marc Fallon, *Les accidents de la consommation et le droit*, p. 218-220 e 222-228; Gérard Cas e Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, p. 206-210; Gabriel Stiglitz e Rúben Stiglitz, *Contratos*, p. 50-52 e 55-56.

37 Jean Calais-Auloy observa que o movimento de defesa do consumidor cresceu especialmente a partir do início da década de 1960, tanto nos Estados Unidos como em alguns países europeus (op. cit., p. 21-22).

38 Essa regra foi expressamente adotada pelo legislador consumerista, ao dispor que um produto ou um serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (art. 12, § 1.º, e art. 14, § 1.º, da Lei n. 8.078/90).

39 Gabriel Stiglitz e Rúben Stiglitz, *Contratos*, p. 50-52.

40 Jacques Ghestin, *La directive communautaire et son introduction en droit français:* sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, p. 118-119. No mesmo sentido, ao dispor

acerca do alargamento da noção de vício, Thierry Bourgoignie, *La sécurité des consommateurs et l´introduction de la directive du 25 juillet 1985 en Belgique:* sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, p. 164 e 169-174.

41 Gabriel Stiglitz, *Protección jurídica*, cit., p. 90-92.

42 Domingo Jiménez Liébana, *Responsabilidad civil:* daños causados por productos defectuosos, p. 230-237.

43 e) são tutelados por alguma entidade legitimada pelo art. 82 da Lei n. 8.078/90, motivo pelo qual falece legitimidade à pessoa física para propor a ação coletiva (quando muito, poderia a pessoa física tão somente ingressar na relação processual, como litisconsorte ativo, a teor do art. 94 da Lei n. 8.078/90);

f) pode ocorrer a dispersão ou o elevado número de titulares dos interesses mencionados; e

g) são interesses tutelados tão somente por meio da ação coletiva ou da ação civil pública, se existente, neste último caso, algum interesse difuso ou coletivo a ser tutelado (Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos,* cit., p. 282-287).

44 O Ministério Público, na dicção legal, possui atribuição plena para a defesa dos interesses individuais homogêneos, pois eles são defendidos coletivamente (art. 81 da Lei n. 8.078/90). Tanto é assim que, em toda ação coletiva que o Ministério Público não for o autor, ele deverá intervir como fiscal da lei (art. 92 da Lei n. 8.078/90). Claro está que a Lei adotou a expressão "interesses individuais homogêneos" de forma distinta, se comparada com interesses individuais plúrimos, que não podem ser defendidos coletivamente pelo Ministério Público.

Aliás, a jurisprudência vem admitindo a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, desde que socialmente relevantes. Confere-se, dessa forma, uma interpretação um tanto diversa do contexto, já que no microssistema consumerista todo interesse individual homogêneo é socialmente relevante, justamente porque ele se diferencia do interesse individual plúrimo. A este respeito, considerou-se que o Ministério Público possui legitimidade para a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos: a) em planos de saúde (STJ, 4.ª T., RE 177965/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18-5-1999, *DJ* 23-8-1999); e b) em contratos de prestação de serviços educacionais – mensalidades escolares (STF, RE 163.231/SP, rel. Min. Maurício Correa, *Informativo do STF* 80, <http://www.stf.gov.br>; STF, RE 185.360-3/SP, rel. Min. Carlos Velloso, <http://www.stf.gov.br>; STJ, 4.ª T., RE 39757-0, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 14-2-1995, *DJU* 24-4-1995; *JTJ*, 137/312, TJSP, 4.ª Câm., AI 153193-1, rel. Des. Lobo Júnior, j. 10-10-1991; *RT*, 707/125, TJGO, AC 32488-0, rel. Des. Soares de Castro, j. 26-5-1994; *Jurisprudência Catarinense*, TJSC, 1.ª Câm., AI 6369, rel. Des. Francisco Oliveira, j. 3-11-1992).

45 Mesmo antes do advento da ação civil pública já havia diploma legal, ainda em vigor, disciplinando a defesa dos interesses públicos referentes aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico: a Lei n. 4.717/65 regulou a ação popular para a tutela de tais interesses, conferindo legitimidade ao cidadão (art. 1.º, § 1.º), historicamente inspirada na legitimação outorgada a qualquer cidadão romano para defender os interesses da coletividade (*rei sacrae* e *rei publicae*).

46 Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos,* cit., p. 51-60 e 271-287.

47 Josep Solé I Feliu, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante,* p. 97-99.

48 Maria Angeles Parra Lucan, *Daños por productos y protección del consumidor,* p. 499-501.

49 Idem, ibidem, p. 501-504.

50 Desse modo, pode-se constatar que o conceito de vício não se refere, no microssistema instituído a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, tão somente à noção estreita de imprestabilidade para o uso ao qual o produto ou o serviço se destina.

A respeito do tema, é oportuna a colocação de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, segundo o qual o instituto dos vícios redibitórios concebido pelo direito comum não soluciona todas as modalidades de

vício de qualidade (op. cit., p. 38-43). Segundo o autor referido, faz-se necessário o reconhecimento de duas grandes categorias de vícios: os vícios exógenos e os vícios intrínsecos, adotando-se aquela expressão para os casos de acidente de consumo e a outra para o dano meramente econômico (p. 23-43).

Thierry Bourgoignie afirma que a defesa do consumidor deve se fundamentar em uma teoria do vício funcional, o que representa um significativo avanço, se contrastada com a doutrina civil dos vícios redibitórios (*Éléments pour une théorie du droit de la consommation*).

51 João Calvão da Silva dispõe que deve se privilegiar a idoneidade do bem para a função a qual ele se destina, ou seja, a utilidade que o consumidor dele espera (*Responsabilidade civil do produtor*, p. 188-191).

Gustavo Tepedino afirma que há um outro vício reconhecido, o vício de insegurança, e que houve uma ampliação do conceito de dano (A responsabilidade civil, cit.). *Vide* também Paulo Luiz Netto Lôbo, *Responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço*, p. 37-38.

52 O princípio da boa-fé objetiva é inerente a toda a relação de consumo (art. 4.º, III, da Lei n. 8.078/90). Assim, a partir da análise da norma de conduta que razoavelmente se espera das partes, verifica-se se algum dever lateral (lealdade, informação, cooperação mútua, assistência técnica...) deixou de ser observado, causando prejuízo da outra parte. Nesse sentido, ganha realce no microssistema consumerista a teoria da violação positiva do contrato, segundo a qual o contratante que der causa a algum prejuízo diverso do elemento nuclear da obrigação deve arcar com o pagamento de indenização, pela quebra do dever secundário da avença.

Ao comentar o sistema contratual codificado, Orlando Gomes afirma que a violação positiva do crédito (expressão que ele prefere) somente se configura quando da transgressão do dever de omissão secundário, não se enquadrando no conceito a recusa antecipada do cumprimento da obrigação, nem mesmo a simples omissão principal. Segundo ele, essa teoria constitui uma causa de inexecução cuja aplicação não se torna necessária em nosso ordenamento jurídico civil, porque em todo contrato sinalagmático entende-se presente a chamada cláusula resolutiva tácita, a teor do que dispõe expressamente o à época vigente art. 1.092 do Código Civil brasileiro de 1916 (*Transformações gerais*, cit., p. 141-147), correspondente ao art. 477 da lei civil vigente.

Como se pode observar, a introdução do princípio da boa-fé objetiva modificou tanto as relações jurídico-privadas como as relações de consumo, ao admitir a violação de deveres secundários ou laterais e propiciar a consagração da chamada quebra positiva do contrato.

53 O veículo de comunicação não é considerado, nos termos da lei, como fornecedor do produto ou do serviço objeto da publicidade enganosa ou abusiva, pois é simples instrumento do patrocinador da mensagem, salvo se ele mesmo for o responsável por sua veiculação (*vide*, a propósito, o item referente ao veículo de comunicação, no capítulo sobre a responsabilidade subjetiva, e a discussão sobre a aplicação da responsabilidade objetiva, com base no art. 37, § 6.º, da CF).

54 Josep Solé I Feliu, op. cit., p. 97-117.

55 Seguindo a mesma orientação, Josep Solé I Feliu admite que a lei espanhola de defesa do consumidor estabelece um conceito jurídico indeterminado na expressão “legítima expectativa de segurança” (op. cit., p. 99-100).

56 Domingo Jiménez Liébana, op. cit., p. 224.

57 A noção de risco irrazoável do direito norte-americano (*unreasonable dangerousness*), que permite o reconhecimento da responsabilidade objetiva por produtos defeituosos naquele sistema jurídico (*strict products liability*), inspirou a noção de defeito estabelecida pela diretiva comunitária de 1976.

O critério utilizado no direito norte-americano sobre esse conceito jurídico indeterminado é o de determinar a existência do defeito irrazoavelmente perigoso do produto. Para tanto, destacam-se as seguintes teorias:

a) o *consumer expectation test*, considerando-se que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que espera o consumidor médio; e

b) o *risk-utility* ou o *cost-benefit test*, ao se considerar um produto como perigoso a partir da análise do binômio risco e utilidade.

Nenhuma das teorias demonstra-se satisfatória. A primeira, porque nem sempre as expectativas do consumidor correspondem à realidade, podendo-se qualificar como defeituosos produtos que são bons, ou vice-versa. Tratando-se a questão de ofensa aos direitos da personalidade, torna-se indispensável a adoção de medidas que obstem qualquer dano dessa natureza. A teoria do risco e utilidade ou do custo e benefício também não é ideal, pois limita-se a fixar um valor quantificável sobre o custo marginal derivado da fabricação de um produto mais seguro, diante do benefício econômico que a maior segurança oferece (Josep Sole I Feliu, op. cit., p. 123-148).

58 Maiores digressões sobre a responsabilidade civil do profissional liberal poderão ser achadas na presente obra, mais adiante, no capítulo “A responsabilidade civil subjetiva na relação de consumo” (Capítulo 7).

3

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO MICROSSISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

"(...) a proteção, a informação e a representação dos consumidores constituem-se, para os legisladores e governantes dos países ocidentais, em uma preocupação constante. Ainda mais depois do advento da 'sociedade de consumo'. Essa expressão designa, de forma suave, o desejo insaciável de bens e serviços que tomou conta do Ocidente após as privações causadas pela Segunda Guerra Mundial. Ora, esse tipo de sociedade foi acusada de sujeitar o indivíduo, provocando-o a adquirir novidades tão somente com a finalidade de facilmente se vender uma produção que se expandiu e que deveria ser obrigatoriamente absorvida. Nessa sociedade, 'o poder pertence aos produtores e aos comerciantes; seu império é mantido pela publicidade; a psicologia lhes fornece uma estratégia com técnicas apelativas de vendas promocionais, vendas publicitárias, vendas a crédito, serviços autônomos, embalagens, marketing (...)'. Os profissionais lançam produtos novos à venda cuja nocividade pode se revelar mais tarde, cuja distribuição supõe técnicas de comercialização cada vez mais agressivas, cujos preços não param de aumentar. Os consumidores, nesse tipo de sociedade, tornam-se as vítimas de um abuso constante, de danos, e as regras do direito comum constituem uma proteção ilusória contra eles próprios. Faz-se necessário adaptar as regras do Direito a essas novas situações, a fim de se assegurar aos consumidores a proteção e a condição de parceiros que reclamam" – Gérard Cas e Didier Ferrier *(Traité de droit de la consommation*, 1986*)*

3.1 Função social, princípios contratuais e relação de consumo

Às relações de consumo aplicam-se os princípios gerais do contrato, porém sob a perspectiva da sua função social[1], já que os interesses socialmente relevantes prevalecem sobre os interesses nitidamente privados, que são, por sua vez, disponíveis, salvo os direitos irrenunciáveis por natureza ou por força de lei (os direitos da personalidade, por exemplo).

O Código Civil de 2002 expressamente estabelece a função social dos contratos (art. 421) e trata, em várias passagens, da função social da posse e da propriedade (como, por exemplo, no art. 1.228, §§ 4.º e 5.º). Como o legislador brasileiro não define o que se entende por função social (apenas a consagra no art. 421 do CC)[2], considera-se que ela se trata de um *conceito jurídico indeterminado*, cujo conteúdo deve ser avaliado pelo operador do direito conforme as circunstâncias do caso, sempre tendo em conta o resguardo dos

direitos subjetivos mais importantes. Assim, conforme expus em *Contratos difusos e coletivos*, os interesses sociais prevalecem sobre os individuais, observando-se que: os interesses difusos prevalecem sobre os demais; os interesses coletivos somente não prevalecem diante dos interesses difusos; e assim por diante.

Considera-se alcançada a função social de um instituto jurídico toda vez que os interesses das partes puderem ser legitimamente obtidos através dele, sem prejuízo dos interesses socialmente mais relevantes.

Com o negócio jurídico não poderia ser diferente.

Todo acordo de vontades que tem por finalidade a aquisição, a modificação ou a extinção de direitos subjetivos individuais, metaindividuais ou transindividuais possui por desiderato não apenas a promoção da circulação das riquezas, como também a satisfação dos interesses da coletividade, ainda que indiretamente com ele relacionados.

Por isso, a tutela dos interesses transindividuais possui grande relevância nos tempos da pós-modernidade, proporcionando-se às partes os mecanismos de oponibilidade interna contra terceiros determinados ou indeterminados que se contrapõem à formação ou execução do contrato (*oponibilidade interna* ou *intrínseca*), porém também se outorgando aos terceiros determinados e indeterminados (titulares de interesses difusos e coletivos) a chamada oponibilidade externa, mediante a adoção de medidas extrajudiciais e judiciais contrárias à formação ou execução do contrato nos moldes originariamente pactuados entre os contraentes (*oponibilidade externa* ou *extrínseca*).

Esse equilíbrio de forças proporcionado pelas figuras da oponibilidade interna e da oponibilidade externa insere o instituto do contrato como uma realidade social, e não como um acordo de vontade estranho à coletividade dentro do qual ele foi concebido e concluído, o que contribui decisivamente para a construção de uma teoria de proteção das massas, que historicamente despontou no direito moderno através das *normas de ordem pública* e, numa etapa posterior, com as *cláusulas gerais de contratação*.

Além disso, a principiologia contratual depara-se diante de novas perspectivas, fruto do ideário pós-moderno que paulatinamente vem substituindo a teoria liberal clássica do contrato.

A revalorização da pessoa e a construção legislativa de um sistema protetivo inspirado nos direitos fundamentais individuais e coletivos constantes das Constituição Federal de 1988 passou a ser comumente abordada pelo legislador e pelos operadores do direito em geral. Por conta disso, os princípios gerais

aplicáveis às relações jurídicas patrimoniais sofreram uma relativização mais acentuada, graças à evolução tecnológica e, especialmente, à tutela dos direitos personalíssimos.

Sobredita "despatrimonialização" dos direitos positivados não acarretou o enfraquecimento da tutela dos interesses econômicos, porém importou num aprimoramento da defesa dos direitos extrapatrimoniais, que tende a um direcionamento ainda maior do conteúdo da norma jurídica para os fins de defesa da personalidade e dos direitos biopsíquicos.

O acentuado nível de proteção legal dos direitos patrimoniais é mantido. Há uma contínua busca de seu aperfeiçoamento, daí por que a "despatrimonialização" não pode ser encarada como o enfraquecimento da tutela individual ou transindividual sob o aspecto econômico. Entretanto, a melhoria da tutela dos interesses extrapatrimoniais passou a se caracterizar por seu maior conteúdo principiológico, afigurando-se menos abstrata, o que é característica dos sistemas tendentes à abertura, viabilizando a conciliação entre a tópica e a periférica (ainda que não de forma satisfatória, o Código Civil de 2002 caminhou nesse sentido).

O aperfeiçoamento da proteção dos direitos extrapatrimoniais, a partir de princípios constitucionais aplicáveis a todo o direito pátrio (arts. 1.º a 4.º da CF), e a adoção de normas jurídicas flexíveis e de maior abertura, eivadas de uma maior carga principiológica, viabilizam a busca do equilíbrio entre a tutela patrimonial e extrapatrimonial dos direitos, possibilitando que o interesse econômico encontre os necessários limites no interesse social subjacente.

Além disso, as metamorfoses sociais e econômicas verificadas após a introdução das máquinas no continente europeu geraram a necessidade de reformulação do direito posto, para a defesa dos interesses difusos e coletivos, assim como para a preservação e defesa dos direitos personalíssimos (como direitos individuais indisponíveis).

Vigoram os seguintes princípios gerais dos contratos nas relações de consumo, com as modificações decorrentes da necessidade de atendimento a sua função social: a igualdade real, a autonomia delimitada da vontade, o consensualismo responsável, a eficácia relativa sujeita à oponibilidade externa, a obrigatoriedade equilibrada, a intangibilidade e a inalterabilidade relativas e a boa-fé objetiva.

As modificações principiológicas possuem seu fundamento histórico, como também o jusfilosófico, ante o fato de que o microssistema de defesa do consumidor procedeu à adoção do princípio constitucional da dignidade humana e da proteção da vida, saúde e segurança do consumidor como direito básico.

a) *Igualdade real*

O liberalismo jurídico defendeu a ideia de um individualismo abstrato, pressupondo-se a igualdade formal entre as partes, em uma relação jurídica estruturada em um modelo burguês e conservador. No entanto, dentre as transformações socioeconômicas ocorridas após a Revolução Industrial, podem-se mencionar: o sistema produtivo fabril em série, o fenômeno da massificação negocial que acarretou a decadência do trabalho artesanal familiar, a despersonalização da relação obrigacional e a submissão do aderente aos termos contratuais predispostos unilateralmente pela outra parte.

Desse modo, favorecido pela procura cada vez maior de empregos na fábrica e de produtos, o empregador obteve êxito em impor cláusulas negociais contrárias aos interesses dos empregados, assim como em conseguir alienar de forma maciça os seus produtos, prefixando obrigações iníquas ao adquirente.

A igualdade contratual tornou-se, com a massificação negocial e o advento dos contratos de adesão, uma igualdade metafísica ou formal, abstrata, desprovida da realidade.

O pensamento do modernismo jurídico apregoou a substituição do Estado Liberal Clássico pelo Estado Social de Direito, concebendo-se a necessidade de os direitos subjetivos atenderem à função social dos institutos jurídicos cuja finalidade última é, na verdade, o estabelecimento do bem comum e a justa satisfação dos interesses.

A intervenção estatal nas relações jurídicas privadas é perfeitamente plausível diante desse quadro, a fim de se obter o reequilíbrio do vínculo de direito. A padronização de contratos com cláusulas abusivas enseja a defesa difusa e coletiva dos aderentes, possibilitando-se, dessa forma, que eles sejam beneficiados de igual maneira. O dirigismo econômico, porém, deve ser limitado, sob pena de cerceamento absoluto da liberdade e da responsabilidade. Confere-se, assim, um tratamento desigual aos desiguais, na proporção de suas desigualdades, até se atingir o equilíbrio da equação econômica e jurídica da relação (princípio da isonomia).

O Estado Social de Direito foi insuficiente para corrigir todas as excrescências do liberalismo e, por isso, também se encontra em crise. Vários são os fatores que contribuíram para que o modernismo não atingisse os resultados esperados pelos seus defensores: a globalização, o aperfeiçoamento do sistema de transporte e a superação da barreira tempo-espaço, aliados ao surgimento de negócios jurídicos cada vez mais complexos, tornam mais árdua a tarefa de se aperfeiçoar os mecanismos de tutela dos interesses individuais e coletivos.

A igualdade jurídica, diante desse quadro, deve ser continuamente buscada pelo aplicador da norma e pelo operador do direito, ao verificarem as circunstâncias do caso apresentadas pelos interessados ou legitimados processuais.

b) *Autonomia delimitada da vontade*

A autonomia da vontade propugnada pelo liberalismo jurídico era plena para que a parte decidisse com quem contratar, o que contratar e em que termos contratar. Todavia, o surgimento dos contratos de massa e as consequências já mencionadas impõem atualmente a adoção da autonomia da vontade delimitada.

A fixação de limites torna-se mais favorável ao hipossuficiente, ordinariamente aderente de mais um dos inúmeros contratos padronizados lançados no mercado de consumo, viabilizando-se: que o predisponente passe a observar as cláusulas negociais gerais fixadas pela norma jurídica de ordem pública e de interesse social (no caso das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor); e que o aderente possa ter real autonomia para, ao menos, emitir a sua declaração de vontade de forma livre, séria e no sentido da contratação do objeto ajustado[3].

c) *Consensualismo responsável*

A convergência de vontades tornou-se limitada à liberdade responsável do fornecedor e do consumidor, obstando-se a validade e eficácia de uma cláusula contrária ao microssistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, por motivos de interesse social e de ordem pública econômica[4].

d) *Relatividade dos efeitos sujeita à oponibilidade externa*

O princípio geral da eficácia relativa do contrato (*res inter alios*) propiciava tão somente a oponibilidade interna, a fim de que as partes pudessem insurgir-se em face de terceiro que obstruísse a satisfação dos interesses delas, que resultaram da execução normal da avença.

Por exceção é que se admitia a oponibilidade do terceiro individualmente considerado, se o negócio viesse a lhe causar prejuízos (*contrato em prejuízo de terceiro*).

Reconhece-se a oponibilidade de terceiro em face do liame contratual, tratando-se de terceiro determinado, por si ou mediante a representação. Já ao terceiro indeterminado caberá a oposição indireta, através de entidade legitimada para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com isso, pode-se afirmar que o princípio da relativização dos efeitos negociais modela o vínculo contratual, fixando a sua repercussão ou não sobre

terceiros, podendo-se obter, a partir dele, uma perfeita delimitação da *função social do contrato*, tendo em vista os interesses jurídicos prevalecentes, em conformidade com a maior ou menor importância a eles conferida pelo ordenamento jurídico. Por exemplo: os interesses sociais são mais relevantes que os individuais. Assim, o negócio celebrado cuja execução acarreta danos ao meio ambiente pode ser coibido mediante a oposição exercida, por exemplo, por uma associação de defesa ambiental, observados os pressupostos legais.

e) *Obrigatoriedade equilibrada*

A vinculatividade das partes subsiste na relação de consumo, preservando-se o negócio jurídico, desde que não ocorra qualquer fator que promova o desequilíbrio da avença.

Objetiva-se a conservação do negócio jurídico por meio da garantia de segurança e da estabilidade jurídica possível. Assim, busca-se interpretar o contrato de forma tal que os seus dispositivos sejam considerados plenamente harmônicos entre si.

Havendo incompatibilidade absoluta ou antinomia completa entre duas ou mais cláusulas contratuais, incumbe ao aplicador da norma jurídica desvendar qual delas será afastada. Se a *antinomia* existir entre um dispositivo contratual e alguma disposição de ordem pública e interesse social, a cláusula negocial será considerada abusiva, submetendo-se ao regime das nulidades e à revisão judicial porventura solicitada.

Se a hipótese levar à invalidade da cláusula, a revisão judicial do contrato sempre deverá ser a solução adotada, pois o seu escopo é manter a constituição e o equilíbrio da relação de consumo. Contudo, tornando-se inviável a conservação da relação de consumo em virtude da nulidade do dispositivo, a única alternativa será a extinção do vínculo.

f) *Intangibilidade e inalterabilidade*

Na relação de consumo, possibilita-se a alteração eventual de algum dispositivo negocial, unilateralmente elaborado, tão somente mediante o consenso de ambas as partes, através do aditamento contratual, ou em razão de nulidade ou da revisão judicial da cláusula, a partir da teoria da onerosidade excessiva (art. 6.º, V, da Lei n. 8.078/90)[5].

A última hipótese mencionada constitui direito básico do consumidor ao reequilíbrio jurídico e econômico do contrato. Para que se verifique a onerosidade excessiva, basta que o julgador constate a modificação superveniente do negócio jurídico que altera o equilíbrio originariamente estabelecido pelas partes, o que pode acontecer tanto nos contratos paritários

como nos de adesão.

Orientação um pouco diferente é adotada para as demais relações privadas, por força dos arts. 478 a 480 do CC, cuja redação merece ser criticada. É que, regulando a extinção do contrato mediante a resolução por onerosidade excessiva, a lei civil estabelece norma que expressamente exige, para se obter a revisão judicial dos contratos onerosos de trato sucessivo, o fato extraordinário e imprevisível. Qualifica a resolução por onerosidade excessiva, desse modo, com os pressupostos da *teoria da imprevisão* (do primeiro pós-guerra), que não se confunde com a *teoria da onerosidade excessiva*, que é posterior e dispensa a imprevisibilidade do fato.

Por outro lado, nos *contratos unilaterais*, limita-se o legislador civil a tratar da onerosidade excessiva, o que, nesse caso, possibilita uma interpretação mais liberal para o fim de se proceder à revisão judicial[6].

g) *Boa-fé objetiva*

Considerou-se insuficiente a aplicação do princípio da boa-fé subjetiva para os vínculos firmados entre o fornecedor e o consumidor, especialmente por causa do advento dos contratos padronizados de adesão, característica da massificação negocial e da coletivização do tratamento dispensado pelo predisponente ao aderente.

Como será esclarecido mais adiante, o princípio da boa-fé subjetiva é ainda aproveitado para as relações decorrentes da posse e da propriedade, porém vigora, nas relações negociais privadas comuns, a boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 do CC), e nas relações de consumo também a boa-fé objetiva, devendo as partes observar a norma implícita de conduta que delas razoavelmente se espera (art. 4.º, III, da Lei n. 8.078/90).

Trata-se da boa-fé norma, que desconsidera, como anteriormente foi dito, o aspecto psicológico do agente ou mesmo a expectativa psicológica da vítima. Prefere-se, na *boa-fé objetiva*, a verificação da conduta do agente para, a partir do fato constatado, concluir-se se houve ou não a frustração da expectativa legítima que qualquer outra pessoa teria se estivesse na posição da vítima.

A boa-fé objetiva serve de fundamento para os chamados *deveres secundários* ou laterais de contratação, que não precisam estar expressamente previstos no negócio jurídico, porque decorrem do simples fato de que houve a conclusão do acordo de vontades e, por isso, espera-se que cada uma das partes atue no sentido de viabilizar a satisfação do interesse do outro. É o que ocorre, por exemplo, com o *dever de cooperação mútua*, segundo o qual ambos os negociantes devem adotar condutas que contribuam para auxiliar o outro na

consecução do seu respectivo interesse.

Referidos princípios gerais dos contratos encontram-se historicamente ligados ao direito liberal clássico, sendo o caso de se proceder a uma nova análise do problema. Para tanto, deve-se adaptar o instituto e seus princípios informativos ao pensamento modernista e ao chamado pós-modernismo jurídico, diante das transformações socioeconômicas que se verificaram desde a Revolução Industrial até os nossos dias.

O Código Civil em vigor cumpre razoavelmente esse papel, embora não se possa olvidar que a sua sistemática ainda não é perfeitamente ajustada a um pensamento pós-moderno. Evolui, ao tratar da socialidade nas relações jurídicas e, sob o ponto de vista da operabilidade, ao conceder poderes revisionais ao julgador e estabelecer uma série de dispositivos aos quais até se pode denominar cláusulas gerais de contratação (arts. 421 a 480 do CC). Entretanto, não adota uma sistemática aberta e tão principiológica como a Lei de Defesa do Consumidor, por dispor de normas contratuais facultativas que devem ser adotadas pelo julgador ao examinar o caso concreto, caso as partes não disponham de estipulação noutro sentido.

A Lei n. 10.406, de 10-1-2002, representa um grande avanço do direito positivo brasileiro, que, contudo, não possui um pensamento jusfilosófico exatamente compatível com o ideário pós-moderno de microssistemas dotados de uma valorização extrema dos princípios e da maior conciliação entre a tópica e a periférica[7].

Além dos princípios gerais dos contratos acima apontados, o microssistema jurídico instituído pela Lei brasileira de Defesa do Consumidor consagrou outros princípios, que informam toda relação de consumo. Esses princípios informativos podem ser identificados expressa ou implicitamente no microssistema de defesa do consumidor, ainda que não se encontrem no direito comum.

Destacam-se os seguintes princípios informativos da relação de consumo: a vulnerabilidade, a hipossuficiência, a transparência, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e jurídico da relação, a proteção dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais, o acesso à justiça, a facilitação da defesa dos direitos, a defesa individual e coletiva dos direitos, a reparabilidade integral do dano e a aplicação subsidiária das normas de direito comum.

3.2 Vulnerabilidade

A intervenção do Poder Público sobre as relações jurídicas constituídas sob o

império de uma norma de ordem pública teve historicamente objetivos sociais, econômicos e políticos que não podem ser esquecidos. Justificou-se a intervenção do Poder Público na defesa do mais fraco, especialmente nas relações de trabalho e de consumo, diante da massificação contratual e da multiplicação dos acidentes, consequências da implantação das máquinas no ambiente de trabalho e para os fins de transportar pessoas e bagagens[8].

Considera-se que o consumidor é a parte vulnerável na relação jurídica com o fornecedor, pois se sujeita às práticas do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo (art. 4.º, I, da Lei n. 8.078/90).

Ora, a *sociedade industrial* e aquela que a sucedeu, denominada *sociedade da informação*, caracterizam-se, respectivamente, pela produção massificada de produtos e pelo avanço tecnológico dos sistemas de produção. Tal fato inviabiliza, muitas vezes, a demonstração da prova da culpa, porque o consumidor não tem como estabelecer a falha do fornecedor por imprudência, negligência ou imperícia. E, por essa razão, estabelece-se a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor, que deve arcar com a reparação do dano patrimonial ou moral, pelo simples fato de explorar uma atividade de risco no mercado de consumo. Nas atividades consideradas como perigosas, a teoria do risco da atividade profissional foi a solução adotada para que efetivamente ocorresse a reparação do prejuízo, e o agente viesse a ser responsabilizado pelo simples nexo de causalidade entre a conduta dele e o dano sofrido pela vítima.

A vulnerabilidade do consumidor advém de inúmeros fatores, dentre os quais as práticas abusivas do fornecedor, o oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios gerais das relações de consumo e a inserção de cláusulas abusivas nos contratos unilateralmente predispostos. Portanto, a vulnerabilidade pode ser: econômica, técnica, jurídica, política...[9].

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor decorre do princípio constitucional da isonomia, partindo-se da ideia segundo a qual os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas desigualdades, a fim de que se obtenha a igualdade desejada[10].

O amparo legal da situação jurídica de inferioridade do consumidor (no art. 4.º, I, do CDC, denominada *vulnerabilidade*) perante o fornecedor no mercado de consumo é presunção *iure et de iure*[11], graças à maciça quantidade de casos em que o consumidor é, de fato, a parte vulnerável na relação jurídica com o fornecedor. Tal constatação justifica plenamente todos os benefícios que o Código confere ao destinatário final de produtos e serviços.

Nas sociedades de massa, o consumidor não se encontra individualmente preparado para a aquisição de um produto ou de um serviço, por não conhecer o mercado como o fornecedor, com quem, via de regra, somente se relaciona indiretamente, através de empregados, representantes ou prepostos. Ademais, o consumidor se submete a uma série de acontecimentos que demonstram claramente a falência da teoria do individualismo jurídico, dos quais cabe acentuar: a massificação contratual, a concentração industrial, a concorrência desleal, a impossibilidade de escolha plena de produtos e serviços, os produtos defeituosos e a economia concentrada[12].

Como a concentração industrial é fenômeno pelo qual um pequeno grupo de empresas realiza o controle do mercado em posição dominante, torna-se flagrante a vulnerabilidade do consumidor ao adquirir ou se utilizar de produtos ou serviços fornecidos por essas entidades[13]. A concentração em oligopólio é muito comum nos mais diversos setores da atividade econômica, o que confere às empresas o controle do mercado, por meio da publicidade e da intensa distribuição dos seus produtos.

Diante desse quadro, o consumidor integra a cadeia econômica como a parte mais vulnerável, sujeitando-se ao poder sedutor da publicidade enganosa ou abusiva, às cláusulas contratuais abusivas e aos preços abusivos[14].

Ordinariamente, “vulnerabilidade” é expressão utilizada como sinônima de hipossuficiência, uma vez que não encontra precedentes de importância na história do direito brasileiro[15]. Entretanto, o legislador consumerista conferiu um tratamento nitidamente diferenciado para os dois vocábulos, motivo pelo qual eles não devem ser compreendidos como sinônimos[16].

A vulnerabilidade, conforme consta do Código de Defesa do Consumidor, não se submete ao critério da razoabilidade para ser identificada no caso concreto, uma vez que o legislador presumiu *iure et de iure* a sua existência em uma relação de consumo, fixando-se que o destinatário final de produtos e serviços é a parte que necessita ser amparada de forma mais favorável pela legislação (art. 4.º, I, da Lei n. 8.078/90).

A presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor deve ser entendida nos limites propostos pelo próprio microssistema positivado. Assim, entende-se que o consumidor é vulnerável “no mercado de consumo”, isto é, quando se sujeita às práticas de oferta, publicidade e de fornecimento dos produtos e serviços, bem como aos contratos referentes à aquisição deles.

A questão da vulnerabilidade se relaciona, de fato, com o grave problema do

abastecimento de produtos e serviços no mercado de consumo e a forma pela qual isso é realizado. Afinal, o consumidor submete-se, no mercado de consumo, a inúmeras modalidades de fornecimento dos produtos e serviços, inclusive através da comunicação virtual. E a aquisição de produtos e serviços via *internet* é atualmente uma das questões mais complexas de responsabilidade civil. A aceitação do consumidor à oferta divulgada via *internet* é, a bem da verdade, um dos exemplos mais claros de sua submissão ao fornecedor e aos termos por ele predispostos.

Para se caracterizar a vulnerabilidade, pouco importa a situação econômica ou a classe social do consumidor, bem como o seu grau de instrução, ou mesmo se a aquisição do produto ou do serviço se deu para o exercício da atividade profissional do consumidor, ou não[17].

A vulnerabilidade é qualidade indissociável do destinatário final do produto e serviço pelas considerações anteriormente expendidas. É adjetivo que se encontra sempre ligado ao consumidor no sistema jurídico brasileiro, sem que qualquer ressalva tenha sido expressamente feita pelo legislador.

Logo, não se deve confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência econômica ou com a hipossuficiência técnica, pois o Código de Defesa do Consumidor não visa tão somente a proteção dos interesses dos economicamente mais débeis, porém lhes confere mecanismos mais eficazes que os concedidos ao consumidor que se encontra em melhor situação financeira, ao prever a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, última parte, da Lei n. 8.078/90)[18].

Sem dúvida, deve-se privilegiar, por motivos de interesse social, o consumidor que possui maiores dificuldades de defender os seus direitos por fato ou vício de responsabilidade do fornecedor. Para isso é que o legislador procede genericamente a um tratamento equivalente de todos os consumidores, pois a realidade brasileira atesta que a maioria absoluta da população encontra-se em uma situação de inferioridade perante os fornecedores: inferioridade social, inferioridade econômica, inferioridade para a contratação de um advogado... E, como essa grande massa de consumidores é tratada pelos fornecedores de modo despersonalizado, nada melhor que o Código de Defesa do Consumidor conferir os meios de proteção transindividual dessa coletividade de consumidores[19].

Da vulnerabilidade advém a ideia de se reconhecer o direito do consumidor no caso de dúvida relativa a dispositivo contratual cuja redação não é suficientemente clara. Por isso é que a lei estabelece a interpretação mais

favorável ao consumidor, em caso de dúvida ou obscuridade da cláusula expressa no contrato[20].

3.3 Hipossuficiência

Enquanto o legislador consumerista considera todo consumidor a parte vulnerável na relação de consumo, independentemente das diferenças sociais ou econômicas existentes entre os inúmeros consumidores do mercado, um tratamento diverso foi legalmente conferido ao consumidor hipossuficiente.

O art. 6.º, VIII, da Lei n. 8.078/90 estabelece, dentre os direitos básicos ali exemplificativamente estipulados, o direito de inversão do ônus da prova "quando, a critério do juiz, [...] for ele [o consumidor] hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"[21].

Em outras palavras: não é sempre que o consumidor pode ser considerado hipossuficiente, mas ele sempre é vulnerável. O consumidor vulnerável pode ser hipossuficiente, ou não. A lei não entende que a hipossuficiência equivale à vulnerabilidade. Pelo contrário. Do microssistema jurídico em questão pode-se concluir que todo consumidor é vulnerável, porém nem todo consumidor é hipossuficiente[22].

A expressão "hipossuficiência" é historicamente utilizada pela doutrina para indicar a parte economicamente mais fraca na relação jurídica e que merece, por causa da situação de inferioridade perante a outra parte, a proteção especial do legislador.

No direito do trabalho, considera-se o empregado a parte economicamente mais fraca, ou seja, o hipossuficiente, motivo pelo qual foram editadas normas jurídicas de interesse social para se atingir o reequilíbrio econômico e jurídico da sua relação com o empregador.

Contudo, o legislador do Código protetivo do consumidor preferiu considerá-lo sempre a parte vulnerável, mas nem sempre o hipossuficiente, o que é mais um indicativo da possibilidade de se considerar a pessoa jurídica como consumidora em determinado caso concreto, a partir da adoção da teoria da causa final da relação de consumo (até mesmo porque a lei consumerista expressamente define, em seu art. 2.º, *caput*, que a pessoa jurídica pode ser consumidora)[23].

Preferiu-se deixar ao arbítrio do julgador o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, "segundo as regras ordinárias de experiências". Por isso, cumpre analisar o sentido e a extensão dessa expressão.

“Regra ordinária de experiências” é um conceito jurídico indeterminado. É a norma que se extrai do empirismo jurídico, tornando-se imprescindível para a conceituação de consumidor hipossuficiente, portanto, uma análise geral da sua situação jurídica perante o fornecedor no mercado de consumo. O conceito de consumidor hipossuficiente deve ser considerado um *standard* jurídico, para os fins de integração da norma ao caso concreto[24].

Como o *standard* jurídico é toda a expressão cujo conteúdo axiológico sofre mutações espaciais e temporais (assim como, por exemplo, o “bom pai de família” e a “mulher honesta”, conceito este finalmente afastado pela Lei n. 11.106/2005), incumbirá ao aplicador da lei integrar o conceito de hipossuficiente, orientando-se da seguinte forma:

a) ante a omissão do legislador em definir quem é hipossuficiente, o juiz deverá reconhecer o consumidor como tal ou não, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (arts. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do CPC); e

b) o juiz deverá aplicar a norma contida no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para o fim social ao qual ela se destina, isto é, observar a sua finalidade social (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A hipossuficiência não se limita, portanto, aos critérios meramente fáticos ou técnicos, para fins de seu reconhecimento[25].

O reconhecimento judicial da hipossuficiência pode ser feito, é verdade, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (*hipossuficiência fática*). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que, por exemplo, impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (*hipossuficiência técnica*[26]). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço fornecido.

Melhor que a adoção do puro e simples critério da verificação fática ou técnica, a hipossuficiência deve ser analisada a partir dos institutos de *integração das lacunas da lei*. Trata-se de critério que merece elogios, porque concede a abertura devida do microssistema para que o operador do direito possa utilizar-e da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de direito.

Grande importância deve ainda ser lembrada, na verificação casuística da situação de hipossuficiência do consumidor porventura existente, na equidade, isto é, na aplicação da norma jurídica segundo um parâmetro de justiça que dela se pode extrair, sem que isso importe em transgressão da lei.

A *equidade* possui um papel consideravelmente mais relevante nos microssistemas abertos, em que se torna possível a busca da conciliação entre a tópica e a periférica, dando-se ênfase aos poderes outorgados ao julgador para a busca da justiça não meramente formal, porém concreta, mediante a valoração de cada situação.

Assim, a inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor de facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, tentando-se, por meio dela, reconhecer o nexo de causalidade indispensável para a responsabilidade do fornecedor[27].

3.4 Acesso à justiça

O consumidor vem encontrando várias dificuldades em buscar o provimento jurisdicional: não sabe como efetuar a reclamação; reluta em entregar a causa a um advogado, enquanto não adquire plena confiança ou se encontra em situação tal que ele se torne imprescindível; teme pelos elevados custos processuais; não confia na justiça, por causa da sua morosidade, e mesmo por discordar de decisões amplamente criticadas pela imprensa; e assim por diante.

Deve-se estabelecer um sistema judiciário que seja acessível a todos, independentemente de sua condição social ou econômica, e que produza resultados individual e socialmente justos[28].

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça de lesão a algum direito encontra-se constitucionalmente previsto (art. 5.º, XXXV), devendo-se permitir o acesso à justiça de todas as pessoas. Veda-se qualquer prática discriminatória (diferenças sociais, culturais, econômicas, religiosas, políticas, raciais, sexuais...) ou mesmo a inserção de dispositivo negocial que impeça ou dificulte a propositura de demandas judiciais.

Compreende-se no princípio do acesso à justiça a educação para a cidadania, proporcionando-se meios para que os consumidores em geral possam saber como utilizar a máquina jurisdicional, na defesa dos seus direitos[29].

A educação do consumidor constitui necessidade básica da aprendizagem do sujeito de direito, pois todos podem encontrar-se, em dada relação jurídica, como destinatários finais de produtos e serviços. Para que o consumidor tenha uma

melhor noção do alcance da medida a ser adotada em determinado caso concreto e obtenha o acesso adequado à justiça, faz-se imprescindível estimulá-lo a conhecer a natureza e os diversos mecanismos de consumo, bem como os direitos que ele possui, diante da legislação vigente. E não é só. Deve ser mais bem educado sobre os elementos que lhe poderão proporcionar a satisfação dos seus interesses[30].

Numa tentativa de tornar efetivo e real o acesso do consumidor à justiça, há vários mecanismos que o Código de Defesa do Consumidor coloca à disposição do destinatário final, para a defesa dos seus direitos:

a) a assistência judiciária integral e gratuita àqueles que não possuem condições econômicas para contratar um advogado;

b) a Promotoria de Justiça do Consumidor, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores (arts. 81, parágrafo único, e 82, I, da Lei n. 8.078/90, c/c o art. 5.º, *caput*, da Lei n. 7.347/85);

c) as delegacias de polícia especializadas nas investigações dos crimes contra as relações de consumo[31];

d) o Juizado Especial Cível e Criminal[32]; e

e) a concessão de estímulos à constituição e ao desenvolvimento das associações de defesa dos consumidores (art. 5.º, *caput*, do CDC).

Dessa forma, procuram-se afastar os obstáculos fáticos e jurídicos existentes para que o consumidor obtenha a defesa judicial dos seus direitos.

São obstáculos fáticos que o consumidor tem de superar para a percepção de seus direitos, dentre outros: o pagamento de honorários advocatícios elevados, as custas judiciais, os salários periciais, a lentidão da justiça, o ritualismo e o vocabulário técnico utilizado e a insuficiência da formação dos consumidores e dos operadores do direito.

Destacam-se, como os grandes obstáculos jurídicos que dificultam a defesa dos direitos do consumidor: a pluralidade de juízos; a quantidade de recursos judiciais; a ausência de deliberações governamentais mais firmes no direito concorrencial e na fixação dos preços ao consumidor; a complexidade dos negócios jurídicos; e a quantidade de cláusulas contratuais a serem discutidas[33].

Não basta a existência de órgãos de defesa do consumidor. Torna-se imperiosa a melhor estruturação de cada um deles para que o atendimento às massas seja o mais amplo possível e dotado da qualidade desejada, outorgando-se, desse modo, a efetiva defesa do vulnerável. A melhor estruturação dos órgãos de defesa do

consumidor é atualmente fundamental para que a tutela dos interesses do destinatário final dos produtos e serviços não seja meramente formal, equivale dizer, distanciada da realidade social. Assim, tornar-se-á mais efetivo o controle jurisdicional das relações jurídicas quando da ocorrência de um litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário, à medida que se torne viável uma maior dedicação de tempo e de recursos, de forma otimizada[34].

3.5 Facilitação da defesa dos direitos. Inversão do ônus da prova

É princípio informativo das relações de consumo a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, destacando-se expressamente, no próprio microssistema jurídico de proteção do destinatário final de produtos e serviços, entre outros casos: a inversão do ônus da prova, já analisada; a vedação da denunciação da lide; e a possibilidade de o consumidor propor a demanda em face do fornecedor, em seu próprio domicílio.

a) *Competência de foro do domicílio do consumidor*

A faculdade outorgada ao consumidor pelo art. 101, I, da Lei n. 8.078/90 de escolher o foro do seu domicílio para ajuizar a ação de responsabilidade civil por danos causados pelo fornecedor constitui norma processual que procura inibir os obstáculos que o destinatário final de um produto ou serviço pode vir a encontrar, caso tenha a pretensão de perceber indenização por danos morais ou patrimoniais, ou, neste último caso, queira optar: pela estimação ou a troca de um produto; ou pela reexecução do serviço, pessoalmente pelo fornecedor ou por terceiro.

A jurisprudência vem reconhecendo a importância da norma de competência em apreço, admitindo até mesmo como juízo competente o do cumprimento da obrigação, ainda que diverso do foro do domicílio do próprio consumidor ou do fornecedor, desde que não se dificulte a defesa dos direitos de qualquer um dos interessados[35].

A regra que instituiu a competência concorrente do foro do domicílio do consumidor aplica-se tanto aos casos de responsabilidade contratual como extracontratual, pois a Lei n. 8.078/90 instituiu um microssistema de responsabilização *ope legis*[36].

b) *Vedação da denunciação da lide*

Proíbe-se a denunciação da lide nas ações que versam sobre a responsabilidade pelo fato do produto e serviço (arts. 13, parágrafo único, e 88 da Lei n. 8.078/90). Referida vedação tem por objetivo tornar mais rápido o trâmite do

processo, adequando o binômio celeridade e justiça para que se viabilize de forma mais eficiente a reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

Ao fornecedor que for condenado a reparar o dano caberá o exercício do direito de regresso. A ação regressiva, se ele entender cabível, poderá ser proposta por meio do ajuizamento de medida judicial, que poderá ter andamento nos próprios autos referentes ao processo instaurado a partir da demanda ajuizada pelo consumidor. Com isso, o fornecedor que se utiliza do direito de regresso pode mais rapidamente se insurgir em face do real causador do prejuízo, tornando-se desnecessária a propositura de demanda em autos distintos, o que em muito colabora para a efetivação do princípio da economia processual.

A ação regressiva não autoriza o fornecedor que reparou o dano a se valer dos mesmos benefícios conferidos pela legislação consumerista ao destinatário final dos produtos e serviços. Se o fornecedor eventualmente ajuizar uma ação regressiva em face de outro fornecedor, não poderá utilizar-se das normas protecionistas do Código de Defesa do Consumidor, porque não há, entre eles, relação de consumo.

c) *Inversão do ônus da prova*

Por fim, a inversão do ônus da prova é um grande meio de facilitação dos direitos do consumidor, já que por meio dela incumbirá ao fornecedor a demonstração da ausência do nexo de causalidade, ou, ainda, de excludente da responsabilidade civil[37].

A hipossuficiência, já analisada, não é a única que viabiliza a inversão do ônus da prova. A verossimilhança (aparência da verdade) também possibilita tal medida judicial, que tanto em um como noutro caso deve ser fundamentada. Nesse sentido, deve-se observar que prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder à inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos.

O tema do direito básico de facilitação da defesa do consumidor, por meio da inversão do ônus da prova, vem suscitando polêmicas, destacando-se as controvérsias existentes sobre a possibilidade de concessão judicial de ofício da inversão, sua oportunidade e alcance[38].

A concessão judicial da inversão do ônus da prova efetuada a partir do art. 6.º, VIII, do CDC não é automática porque depende da aferição judicial dos pressupostos para que se opere tal direito. Trata-se de inversão *ope iudice*,

aplicada pelo magistrado conforme as circunstâncias do caso, e que não se confunde com a inversão prevista pelo art. 38 do CDC, que é aplicável *ope legis* e independe, pois, de deliberação judicial.

Como direito básico conferido por lei ao consumidor, a inversão do ônus da prova poderia ser concedida *ex officio*, a pretexto de que o Código de Defesa do Consumidor é norma jurídica de ordem pública e de interesse social, o que obsta, por consequência, que as suas normas sejam afastadas por vontade expressa de ambas as partes (o fornecedor e o consumidor)? Em outras palavras: pode o julgador inverter o ônus da prova nas ações referentes à relação de consumo, sem o requerimento formulado pelo interessado?

Há posicionamento doutrinário respeitado que é favorável à inversão do ônus da prova *ex officio*, ou seja, independentemente de requerimento do consumidor[39]. De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito do tema, entendendo que a referida solução seria factível[40].

Respeitosamente, mantenho entendimento diverso.

Deve-se observar, primeiramente, que os sistemas e microssistemas jurídicos em geral, inclusive o da lei consumerista, somente autorizam o juiz a agir de ofício nas hipóteses que expressamente prevê (é o caso, por exemplo, do art. 84 do CDC ou do art. 11 da Lei n. 7.347/85)[41].

Além disso, a simples alegação de que o juiz possui o poder para conceder a inversão do ônus da prova, por se tratar de um direito básico do consumidor, não convence porque prevalecem os princípios processuais expressamente fixados pela Constituição Federal, a saber: o *due process of law* , a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz[42].

É mais razoável admitir a inversão do ônus da prova tão somente mediante o requerimento da parte, sob pena de se vulnerar os princípios processuais da imparcialidade e da inércia do juiz. A inversão do ônus da prova por decisão *ex officio* fere o princípio constitucional do *due process of law*, pois a lei consigna expressamente a regra segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem alega, e a legislação consumerista não concede expressamente ao juiz o poder para proceder a essa inversão.

A questão da *oportunidade* da inversão do ônus da prova cinge-se à aferição do momento processual em que ela pode ser concedida.

A orientação prevalecente entende que a inversão pode ser realizada no julgamento da causa[43].

Não parece ser o melhor caminho[44].

A inversão do ônus da prova deve ser conferida até o final da fase postulatória, para não se surpreender indevidamente a outra parte, até mesmo porque ao juiz é facultada, ao final do processo, a conversão do julgamento em diligência. A aceitação do pedido de inversão do ônus da prova após o início da fase instrutória importa em tumulto processual e atenta contra os princípios constitucionais do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa[45].

É bom lembrar, ainda, que o julgador já possuía anteriormente a possibilidade de determinar a *conversão do julgamento em diligência* quando, encerrada a fase instrutória e com os autos conclusos para proferir a sentença, viesse a se convencer da necessidade de obtenção de novo elemento capaz de desfazer a dúvida que obsta uma serena conclusão do magistrado sobre o pedido deduzido pelo demandante.

Ao inverter o ônus da prova, o julgador deverá explicitar que provas entende pertinentes e quais delas serão o objeto da inversão[46]. Não se fazendo presente qualquer um dos fundamentos para a inversão judicial do ônus da prova, ela deverá ser negada[47].

A questão do *alcance* da inversão do ônus da prova é de importância por causa do pagamento de *honorários periciais* e de despesas outras durante o trâmite processual.

A inversão do ônus da prova abrange o pagamento de honorários periciais, sob pena de se estabelecer uma contradição, permitindo-se a inversão e inviabilizando-a na prática por diversas vezes, caso o consumidor tivesse que ser compelido ao adiantamento de tal verba[48].

Por fim, o pedido deferido de *assistência judiciária* gratuita não importa na automática inversão do ônus da prova, que, ao ser concedida, deve ser devidamente fundamentada[49].

3.6 Defesa individual e coletiva

O consumidor pode defender os seus direitos decorrentes da relação de consumo, extrajudicial e judicialmente (art. 81, *caput*, da Lei n. 8.078/90). E a defesa dos interesses do consumidor pode ser: individual ou coletiva[50].

A defesa individual pode ser extrajudicial (notificações, interpelações, protestos...) ou judicial. Neste último caso, segue as mesmas disposições do Código de Processo Civil, além de algumas normas processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor, como os arts. 13, parágrafo único, 88 e 101, I.

Para tanto, o interessado deverá valer-se de advogado, quando não puder

submeter a questão mediante reclamação formulada aos Juizados Especiais Cíveis, por razões de competência.

Fixou-se como direito básico do consumidor, ainda, a tutela preventiva e repressiva dos direitos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6.º, VI, da Lei n. 8.078/90). Os interesses socialmente relevantes, denominados pelo legislador consumerista: difusos[51], coletivos[52] e individuais homogêneos[53], poderão, dessarte, ser defendidos extrajudicial e judicialmente pelas entidades legitimadas elencadas no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (Ministério Público, entes da Administração Pública direta e indireta, e associações constituídas há no mínimo um ano que tenham por objeto a defesa dos direitos transindividuais dos consumidores).

Como anteriormente mencionado, merece destaque a atuação extrajudicial do Ministério Público, que preside os inquéritos civis destinados à investigação de danos aos interesses difusos e coletivos dos consumidores. Por meio desses inquisitórios, o Promotor de Justiça pode requisitar documentos, perícias e informações de qualquer entidade pública ou privada. Pode, ainda, celebrar termos de compromisso de ajustamento de conduta, que possuem a natureza de um negócio jurídico com a eficácia de um título executivo extrajudicial, impondo condutas a serem seguidas pelo fornecedor em prol da coletividade dos consumidores. Além disso, a instituição em apreço e os demais colegitimados podem propor ação civil pública e ação coletiva de interesses individuais homogêneos, socorrendo-se, se necessário, de outras medidas judiciais compatíveis com o sistema de proteção do consumidor, previstas no Código de Processo Civil.

3.7 Aplicação subsidiária das normas de direito comum

O Código de Defesa do Consumidor estabelece um microssistema jurídico especificamente dirigido à regulação das relações de consumo, com a fixação de normas jurídicas de ordem pública e de interesse social que não podem ser afastadas sequer pela vontade expressa de ambas as partes (art. 1.º da Lei n. 8.078/90).

A Lei n. 8.078/90 é legislação tão somente aplicável ao vínculo constituído entre fornecedor e consumidor, denominado relação de consumo. Entretanto, sobredito comando legal não regula tipos contratuais específicos ou atos jurídicos nominados, pois a incidência da norma é genérica às relações jurídicas, donde se conclui que ela necessariamente deve socorrer-se de legislação diversa, conforme a espécie da relação jurídica aplicável. Portanto, se a relação jurídica

de consumo for de natureza civil, incidirá em caráter supletivo o Código Civil e a sua legislação especial. Se de natureza mercantil ou empresarial, o Código Comercial e a sua legislação especial. Se de natureza administrativa, a legislação aplicável às relações entre a Administração Pública e o administrado; e assim por diante.

A matéria regulada em lei especial pode também sofrer a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Tanto faz se a lei especial é anterior ou posterior a esse Código, salvo se a matéria prevista na lei nova expressamente afasta a aplicação de algum artigo previsto no microssistema de defesa do consumidor, pela antinomia que vier a ser detectada[54].

O intérprete deverá valer-se, na aplicação de normas jurídicas de defesa do consumidor em determinada relação de consumo, dessas outras legislações ordinárias, aplicando-se os artigos de lei do microssistema consumerista e dos demais subsistemas, no que não houver incompatibilidade.

Por tal motivo, o art. 7.º da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) expressamente estabelece a possibilidade de aplicação subsidiária:

a) de normas decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário e que tenham sido incorporados ao direito interno, como lei;

b) da legislação interna ordinária, naquilo que não houver incompatibilidade com as disposições do Código de Defesa do Consumidor;

c) de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, que se destinam a complementar normas jurídicas legais;

d) dos princípios gerais do direito, isto é, de diretrizes informativas de todo o sistema jurídico e inspiradoras de normas jurídicas, positivadas ou não;

e) da analogia, ou seja, a aplicação de norma incidente sobre caso semelhante, quando não houver lei a ser aplicável à hipótese[55];

f) do costume, que é a prática reiterada de atos com a convicção de se estar seguindo a uma norma que, na realidade, não existe no direito positivado; e

g) da equidade, que é a aplicação do direito de forma humanizadora e discricionária, com sentimento de justiça, porém sem arbitrariedade.

Diante da existência do princípio da aplicação subsidiária do direito comum às relações de consumo, excetuada a parte incompatível com o microssistema consumerista, consagra-se a regra de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica subsidiariamente aos demais ramos do direito , pois deles se auxilia. Ressalva-se aqui a aplicabilidade dos princípios informativos da relação

de consumo porque eles são, na realidade, princípios gerais do direito privado que foram positivados.

Apenas se torna possível a aplicação dos princípios gerais de direito consagrados na Lei n. 8.078/90 aos demais sistemas, microssistemas e subsistemas do direito privado, já que eles são decorrência da evolução científica resultante das reformas socioeconômicas verificadas a partir da Revolução Industrial. Assim, os princípios informativos da relação de consumo podem ser excepcionalmente utilizados no Direito Civil e no Direito Comercial, porque a evolução pela qual os ramos do Direito Privado passaram o admite, sem qualquer dúvida:

a) a adoção dos princípios gerais do contrato, nos termos sinteticamente propugnados; e

b) os princípios informativos da relação de consumo, em virtude da substituição do liberalismo jurídico pelo modernismo e pós-modernismo.

A aplicação subsidiária dos princípios gerais da relação de consumo deve, no entanto, ser feita com prudência pelo aplicador da norma jurídica. Primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico e, como tal, é ele que se serve subsidiariamente das normas de outros ramos do Direito. Não se pode admitir a recíproca como regra geral, sob pena de se transformar o Direito do Consumidor em um ramo prevalecente sobre os demais. Em segundo lugar, a instituição do microssistema jurídico não proporciona a revogação de normas dos outros ramos do Direito, senão em situações expressamente mencionadas, no caso, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor[56]. Além disso, a aplicação dos princípios informativos da relação de consumo é viável nas relações privadas porque tanto o Direito Civil como o Direito Comercial devem ser atualmente concebidos sob a doutrina do modernismo e do pós-modernismo jurídico.

Não parece ser adequada, todavia, a aplicação de outras normas jurídicas consumeristas a ramos diversos do Direito que não tenham o conteúdo principiológico em debate, sob pena de transformar-se o microssistema em um macrossistema jurídico, o que não é, à evidência, o desiderato do legislador.

3.8 Transparência

A política nacional das relações de consumo expressamente prevê a transparência de conduta como princípio do vínculo entre o fornecedor e o consumidor (art. 4.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90).

Transparência é clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe

às partes conceder, reciprocamente, na relação jurídica.

A verdadeira transparência nas relações de consumo somente pode ser alcançada pela adoção de medidas que importem no fornecimento de informações verdadeiras, objetivas e precisas ao consumidor, bem como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço[57].

A transparência decorre, na realidade, do princípio da boa-fé objetiva, devendo as partes orientar-se não apenas em fornecer informações verdadeiras e relevantes sobre os produtos e serviços, assim como acerca da sua situação pessoal, nos contratos a prazo e de longa duração.

O dever que advém do princípio da transparência é secundário ou correlato ao vínculo jurídico, porque ele nem sequer precisa encontrar-se expresso na cláusula contratual. Consubstancia uma obrigação de fazer, pois se trata de dever vinculado à conduta que se exige das partes na relação de consumo.

Há uma forte relação entre o princípio da transparência e a cooperação mútua, outro dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. A transparência, porém, limita-se ao auxílio mútuo para que ambas as partes tomem conhecimento de todos os detalhes do contrato e da situação econômica dos contratantes, enquanto a cooperação mútua é mais abrangente, porque envolve outros aspectos relacionados com a execução das obrigações pactuadas.

O princípio da transparência é inerente a todo o sistema protecionista estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, ante a sua consagração como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90) e a sua compatibilidade com os direitos básicos do consumidor previstos em rol meramente exemplificativo (art. 6.º da Lei n. 8.078/90)[58].

Aplica-se o princípio da transparência tanto nas relações contratuais como nas extracontratuais, como é o caso da publicidade, que deve fundamentar-se em dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem a informação veiculada[59].

3.9 Boa-fé

Um dos princípios gerais do direito de construção mais coeva é o princípio da boa-fé. Seu conceito, no entanto, sofreu modificações profundas no decorrer dos séculos, acompanhando a evolução da ciência jurídica.

Boa-fé é, historicamente, princípio que se sujeita à análise da convicção que a pessoa tem de que há justiça naquilo que ela considera seu direito[60]. Nesses termos, a boa-fé é subjetiva, concebida como a intenção de não causar qualquer prejuízo a outrem, senão quando indispensável para garantir o seu próprio

direito, que prevaleceria sobre o interesse alheio.

Originariamente, a boa-fé era considerada: poder, nas relações externas; e promessa, como respeito à palavra dada, na figura da *bona fides* romana[61]. Encontrava-se intimamente ligado à boa-fé o elemento psíquico, a análise subjetiva da conduta do agente sobre quem a má-fé somente seria imputada se fosse devidamente demonstrada.

No direito brasileiro, o princípio da boa-fé encontra-se tradicionalmente consagrado sob o aspecto subjetivo, como influência da doutrina de base romanística. O codificador brasileiro inspirou-se no modelo napoleônico, prevendo a boa-fé subjetiva como regra, sem deixar de contemplar, conforme o seu entendimento, a objetivação.

O Código Civil brasileiro contempla várias hipóteses de boa-fé subjetiva, especialmente na Parte Especial referente ao "Direito das coisas" (arts. 1.214 a 1.220, 1.254 a 1.257, 1.242 e 1.261, que versam sobre a posse, seus efeitos e os direitos do possuidor de boa-fé e de má-fé)[62]. O princípio da boa-fé objetivada, além de expresso nos arts. 113 e 422 do CC, encontra-se subjacente a vários outros dispositivos da legislação civil vigente, cumprindo anotar, na parte especial das obrigações, os arts. 307, parágrafo único, 309, 637, 686, 689, 778, 765, 766, 768 e 773 do CC[63].

Não se pode olvidar que coube à doutrina germânica imprimir a evolução desejada à matéria, estabelecendo o princípio da boa-fé objetiva como regra de conduta a ser seguida pelas partes, que razoavelmente delas se esperaria, de acordo com a natureza da relação jurídica constituída.

O BGB preferiu a adoção da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), aliada à teoria da confiança (*Vertrauenstheorie*), considerando-se inválido o negócio jurídico sempre que houver uma dissonância entre a vontade real e a exteriorizada[64]. O § 157 fixou o princípio da boa-fé na interpretação do negócio jurídico, o que veio a ser reforçado pelo § 242, porém sem se atribuir ao juiz o poder de legislar. Ao julgador incumbe, em harmonia com o sistema jurídico em vigor, lançar mão dos usos para a aplicação da norma ao caso concreto, incluindo-se a análise sobre a existência ou não de violação ao princípio da boa-fé, por algum dos interessados.

O Código Civil italiano de 1942 também contém dispositivos sobre a boa-fé objetiva (arts. 1.175, 1.337, 1.374 e 1.375).

O direito brasileiro contempla expressamente esse princípio nas relações de consumo (art. 4.º, III, da Lei n. 8.078/90), que é aplicável a qualquer vínculo

regido pelo Código de Defesa do Consumidor, fundamentando tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual e a pré-contratual do fornecedor[65]. Desse modo, a boa-fé objetiva deixa de ser um conceito meramente ético, transmudando-se em conceito jurídico e econômico, graças à função social do contrato, à livre iniciativa e aos direitos do consumidor, estes como direitos fundamentais e princípios gerais da ordem econômica (arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da CF)[66].

O princípio da boa-fé objetiva, como dever de conduta que razoavelmente se espera da pessoa em uma relação jurídica, impede a conduta abusiva e é contrário à não observância das normas jurídicas ou da equidade.

A boa-fé objetiva é, nesses termos, o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao princípio da razoabilidade, dele facilmente se deduzindo o comportamento em que as partes devem pautar-se[67].

O julgador, desse modo, passa a ter como tarefa principal aplicar a norma jurídica ao caso concreto, de acordo com as modificações sociais verificadas.

O princípio da boa-fé objetiva constitui o fundamento do direito de informação e dos demais deveres secundários ou laterais decorrentes da constituição de relações negociais, a saber: o dever de lealdade, o dever de cooperação mútua e a assistência técnica[68].

A violação de algum dos deveres secundários da relação jurídica caracteriza a *quebra positiva do contrato* e enseja a responsabilidade de quem assim se comportou.

a) *Dever de informação*

Como fundamento do direito de informação, a boa-fé objetiva torna-se a base de um dos direitos essenciais do consumidor, motivo pelo qual é imprescindível que a informação apresente essas características: a adequação, a clareza (nesse ponto, fala-se em transparência) e a precisão (art. 6.º, III, da Lei n. 8.078/90).

A informação deve ser prestada de forma adequada, outorgando-se ao consumidor os dados relevantes sobre o produto e o serviço (art. 31 da Lei n. 8.078/90), tanto sobre a qualidade como sobre as instruções a serem seguidas. A adequação da informação pressupõe, necessariamente, a comunicação prévia do fornecedor ao consumidor para que lhe sejam proporcionadas condições para julgar se o caso é de proceder à aquisição ou utilização do produto e serviço, sob pena de frustração dos seus interesses[69].

A informação deve ser prestada de forma clara, para garantia do princípio da transparência da relação de consumo, nos termos anteriormente propugnados.

A informação deve ainda ser precisa, concedendo-se os dados relevantes sobre o produto e serviço em sua integralidade, assim como dando-se o conhecimento necessário a respeito do negócio jurídico e da situação das partes, naquilo que for razoável e de real interesse para a boa execução do contrato (situação financeira do fornecedor e do consumidor, por exemplo).

Nos casos em que se procede à divulgação de oferta e publicidade, o fornecedor sujeita-se à responsabilidade pré-contratual consequente da informação enganosa por comissão ou omissão, assim como pela publicidade abusiva. A responsabilidade do fornecedor independe da celebração de qualquer contrato a partir da oferta ou da publicidade, pois decorre do descumprimento do dever imposto pelo princípio da boa-fé objetiva[70]. Contudo, havendo contratação, o consumidor prejudicado poderá exigir o cumprimento da oferta ou da publicidade em seus exatos termos, graças ao princípio da vinculatividade ou obrigatoriedade da execução daquilo que foi prometido pelo fornecedor (art. 30 da Lei n. 8.078/90)[71]. A oferta e a publicidade divulgadas às pessoas a elas expostas devem, assim, ser plenamente identificadas, e o seu conteúdo tem de observar a veracidade, sob pena de responsabilização do fornecedor do produto e do serviço (o anunciante) pelo cumprimento forçado daquilo que foi informado pelo anúncio realizado[72].

b) *Dever de lealdade*

O dever de lealdade fundamenta-se também no princípio da boa-fé objetiva, que impõe o dever de honrar com as expectativas da outra parte, no contrato.

A confiança que deve existir entre os contratantes baseia-se, desse modo, em um dever ético de não frustrar as expectativas recíprocas, que devem ser legítimas e fundamentadas[73]. Tal colocação bem comprova que, a rigor, o dever de confiança se origina de um dever de fazer a ser seguido pelas partes, levando-se em consideração o *princípio da razoabilidade*[74].

c) *Dever de cooperação mútua*

As partes devem realizar os esforços necessários para que os interesses de cada uma delas sejam satisfeitos mediante ações que objetivem o cumprimento dos direitos e o asseguramento da execução do contrato de consumo.

A cooperação mútua encontra-se intimamente ligada ao dever de informação, visto que não se concebe a prestação de informações pessoais ou sobre o produto e serviço que não sejam reconhecidas como forma de cooperação mútua. Entretanto, a cooperação mútua abrange outros deveres, além de se encontrar extremamente relacionada com o dever de informação. A cooperação envolve

todos os meios possíveis de se fazer prevalecer a satisfação dos interesses da outra parte, e a recíproca é verdadeira[75].

Para se proceder à análise do cumprimento do dever lateral ou secundário de cooperação mútua, o aplicador da norma jurídica deve utilizar-se do critério da razoabilidade, detectando-se a conduta que ordinariamente seria esperada por ambas as partes na relação de consumo.

d) *Dever de assistência técnica*

Incumbe ao fornecedor de produtos e serviços conferir assistência técnica, por si ou sujeito por ele autorizado, a fim de que o consumidor não venha a sofrer prejuízo em decorrência da existência de vício intrínseco ou extrínseco do produto ou do serviço.

A assistência técnica serve de garantia para o consumidor de que ele poderá adquirir o produto ou o serviço, ciente de que eventual defeito resultante do próprio sistema produtivo de bens, no qual predomina a massificação (art. 18, *caput*, e § 1.º, da Lei n. 8.078/90), ou o transporte inadequado da coisa, até o estabelecimento do fornecedor imediato, será sanado no prazo legal de trinta dias (art. 20 da mesma lei), se outro prazo não for expressamente convencionado pelas partes, mediante a assinatura de cláusula em separado[76].

3.10 Equilíbrio econômico e jurídico

A relação de consumo deve ser harmônica e justa, a fim de que o vínculo entre o fornecedor e o consumidor seja constituído de maneira tal que se estabeleça o equilíbrio econômico da equação financeira e das obrigações jurídicas pactuadas ou contraídas pelos interessados.

O consumidor tem maiores dificuldades que o fornecedor de cumprir as suas obrigações contratuais, em face do desequilíbrio econômico. Em algumas oportunidades, não lhe resta outra alternativa senão desistir do negócio jurídico. E, na prática, duas saídas são encontradas: ele se torna pura e simplesmente inadimplente ou comunica formalmente sua desistência.

O equilíbrio econômico e jurídico é princípio informativo da relação de consumo, que possui por fundamento a justiça distributiva, harmonizando-se os interesses legítimos das partes (art. 4.º, III, parte final)[77].

Que motivos acarretam o desequilíbrio da relação de consumo? O desequilíbrio econômico ou jurídico pode advir de fatores externos ou internos à relação de consumo.

Os fatores intrínsecos são invariavelmente referentes ao teor dos dispositivos

negociais, pois qualquer cláusula que enseja o desequilíbrio no ato de constituição da avença, ou mesmo futuramente, desde que previsível por uma das partes, desnaturaliza o vínculo e é abusiva[78].

Os fatores exógenos são, em regra, imprevisíveis no momento da constituição do liame jurídico. A interferência que se dá no equilíbrio da relação de consumo é sempre causada por questões relacionadas à conjuntura econômica ou política existente, incluindo-se a guerra ou o conflito armado. Os fatores externos acarretam, na maioria das vezes, o desequilíbrio da relação de consumo pelo desabastecimento ou outro motivo que promova a modificação da normalidade da lei da oferta e da procura.

Dentre outros, podem-se citar como causas que autorizam a revisão judicial dos contratos:

a) *causas concomitantes* ao momento de celebração do contrato: a *cláusula abusiva*, que é nula de pleno direito (eficácia *ex tunc*); e a *lesão enorme*, cujo reconhecimento judicial viabiliza a obtenção do justo preço complementado em juízo, a teor do disposto no art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor; e

b) *causas supervenientes* ao momento de constituição do contrato: a *teoria da imprevisão*, nos contratos de trato sucessivo, diante do acontecimento imprevisível para as partes; a *onerosidade excessiva*, que dispensa a prova da imprevisibilidade e da inevitabilidade, bastando o simples desequilíbrio da relação jurídica para o seu reconhecimento judicial; a *inimputabilidade posterior*; e a *teoria da quebra da base do negócio jurídico*, que prescinde da imprevisibilidade do evento futuro, deixando-se de se proteger o consumidor tão somente quando o fato se mostrar excessivamente oneroso[79].

Como se pode observar, a legislação oferece, explícita (art. 6.º, V, da Lei n. 8.078/90) e implicitamente os meios necessários para que o juiz proceda ao reequilíbrio da relação de consumo.

Veda-se a lesão, no momento da constituição do contrato, assim como a *lesão superveniente*, pois ambas, a rigor, acabam por estabelecer uma situação injusta e, por vezes, complexa e de difícil compreensão para o consumidor.

A instituição da revisão judicial do contrato como direito básico do consumidor encontra seu principal fundamento legal na teoria da onerosidade excessiva (art. 6.º, V, da Lei n. 8.078/90), que objetivamente impede o desequilíbrio da relação de consumo[80]. A modificação à qual se sujeitou o princípio contratual da obrigatoriedade e o cerceamento da autonomia da vontade do consumidor (submetido aos termos dos contratos de adesão, via de

regra predispostos unilateralmente pelo fornecedor) acarretaram a necessária reavaliação do princípio da revisão dos contratos.

Não é mais admissível aceitar a alteração do conteúdo da avença tão somente no caso em que o desequilíbrio decorreu de um fator exógeno, imprevisto e inevitável. Torna-se suficiente que a obrigação seja posteriormente considerada iníqua por sujeitar a parte a um prejuízo que não foi previsto. Pouco importa, para tanto, a obtenção de vantagem indevida em prol da outra parte. A simples ocorrência do desequilíbrio autoriza a revisão judicial.

Assim, a autonomia da vontade deixou de ser um poder puro e absoluto, conforme a doutrina do individualismo jurídico. O liberalismo quase ilimitou o princípio *pacta sunt servanda* em detrimento da boa-fé, que sofreu profundas restrições pelo voluntarismo jurídico do século XIX[81]. A doutrina social do Direito procurou modificar esse quadro, ajustando o ordenamento jurídico à realidade, em busca da satisfação dos genuínos interesses humanos. A necessidade de o contrato atender à sua função social proporcionou novas técnicas jurídicas para a satisfação dos interesses de ambas as partes, e não apenas do predisponente. Por isso, o princípio da autonomia da vontade é atualmente aplicado como um poder-função[82], sujeito às normas jurídicas de ordem social, que preveem as causas para a modificação do conteúdo das avenças[83].

3.11 Proteção dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor não se limitou a proteger o patrimônio do adquirente ou utente final de produtos e serviços. O microssistema em questão se constitui, a bem da verdade, na legislação brasileira que melhor sistematizou a responsabilidade civil por danos morais[84], cujo fundamento moderno é a ofensa a algum direito extrapatrimonial[85].

Dentre os direitos extrapatrimoniais, merecem destaque os direitos da personalidade do consumidor, que possuem as seguintes características:

a) a *extrapatrimonialidade*, pois os direitos da personalidade não se sujeitam à valoração econômica, e o objeto sobre o qual eles recaem é considerado coisa fora do comércio (*res extra commercio*);

b) a *originariedade*, considerando-se os direitos personalíssimos direitos inatos desde a concepção;

c) a *perpetuidade*, pois os direitos personalíssimos perduram durante toda a

vida do seu titular, podendo excepcionalmente ultrapassar a própria existência física dele (direitos *post mortem* e direitos *ad eternum*);

d) a *indisponibilidade*, pois são direitos dos quais não se pode renunciar;

e) a *oponibilidade erga omnes*, já que o titular dos direitos personalíssimos pode defendê-los contra qualquer pessoa;

f) a *intransmissibilidade*, não se tornando possível a transferência de direitos personalíssimos, a título oneroso ou gratuito;

g) a *impenhorabilidade*, pois são direitos que não se sujeitam a qualquer constrição judicial ou extrajudicial, como meio de pagamento de uma obrigação; e

h) a *imprescritibilidade*, porque os direitos da personalidade podem ser defendidos a qualquer tempo.

Atento ao fato de que a defesa do consumidor constitui direito fundamental individual e transindividual do homem (art. 5.º, XXXII, da CF), o legislador ordinário reconheceu a necessidade da defesa dos direitos extrapatrimoniais, destacando-se os direitos da personalidade do consumidor, pois:

a) inseriu, dentre os direitos básicos do consumidor, o direito à vida, à saúde e à segurança (art. 6.º, I), referindo-se a eles em várias passagens (arts. 8.º, *caput*, 9.º, 10, 12, § 1.º, e 18, § 6.º, II);

b) estatuiu como direito básico a prevenção e a reparação por danos morais individuais e transindividuais (art. 6.º, VI);

c) proporcionou os meios de defesa do direito à honra do consumidor, expressamente vedando a cobrança vexatória (art. 42);

d) possibilitou o acesso do consumidor às informações constantes sobre sua pessoa em cadastros, fichas, registros e dados pessoais, inclusive a sua origem (art. 43, *caput*); e

e) reconheceu o direito à indenização por dano à honra decorrente da remessa indevida do nome do consumidor para os serviços de proteção ao crédito (art. 42, parágrafo único, que trata dos danos patrimoniais, c/c o art. 6.º, VI, do CDC).

A proteção aos direitos extrapatrimoniais do consumidor constitui o fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e serviço (arts. 12 a 17), podendo o lesado obter a reparação por danos extrapatrimoniais puros ou, se for o caso, por danos morais cumulados com danos patrimoniais[86].

3.12 Reparação integral pelo dano causado

A teoria da responsabilidade civil possui uma dupla função: garantir o direito

da vítima e servir como sanção civil em desfavor do responsável[87].

É necessário que o ofendido tenha a garantia legal de que ocorrerá a reparação do dano, consequência da segurança jurídica que deve existir na relação de consumo. Além disso, a responsabilidade civil impõe uma sanção ao causador do prejuízo, que deve ser estabelecida de modo a se desestimular a reiteração da conduta danosa[88]. A responsabilidade civil acaba, assim, por constituir o meio de se compelir o agente causador do dano a proceder à sua reparação.

Vigora na teoria geral da responsabilidade civil o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*)[89]. Apenas em situações excepcionais é que se admite a limitação da reparação, por motivos de ordem pública e de interesse social[90].

Para os fins de aplicação do princípio da reparabilidade integral pelo dano causado, torna-se cabível, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, quando ela constituir óbice para o ressarcimento efetivo dos prejuízos (art. 28, § 5.º, da Lei n. 8.078/90)[91].

Sujeita-se o fornecedor, assim, ao pagamento do dano reparável, cujo ressarcimento deve ser feito em espécie ou equivalente, a favor da vítima. As perdas e danos abrangem, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação, os *danos emergentes* (danos positivos) e os *lucros cessantes* (danos negativos), que somente se aplicam contra quem deixou de pagar ou obstou o pagamento no tempo, local e modo fixados.

A obrigação de reparar o dano submete-se a dois princípios básicos: a *extensão do dano* e a *forma de cumprimento da indenização*.

O *princípio da indenização completa* é a regra, pois a reparação do dano deve ser total, compreendendo os danos emergentes e os lucros cessantes[92].

A obrigação de indenizar pode ser cumprida mediante a recomposição natural, denominada restituição *in integrum*, ou através do pagamento de prestação pecuniária. A *recomposição natural* ou *restituição in integrum* constitui a forma mais adequada de reparação, pois restaura a situação jurídica do lesado ao estado anterior ao dano. Entretanto, nada impede que se prefira pagar a indenização pelo prejuízo, em detrimento da recomposição natural.

A reparação patrimonial do dano é ordinariamente obtida pela via judicial, mas é possível e bastante comum a sua previsão contratual. Nesse caso, fala-se em cláusula penal de natureza compensatória do prejuízo econômico sofrido pela parte. A reparação dos danos meramente patrimoniais pode ser, dessa forma, predeterminada por uma cláusula *à forfait* de perdas e danos, inspirada nas

relações de consumo, na justiça distributiva e no princípio da boa-fé objetiva[93].

A cláusula penal de natureza compensatória encontra limites estabelecidos pelo microssistema protetivo do consumidor, vedando-se a perda total das importâncias pagas na compra e venda e na alienação fiduciária em garantia (art. 53, *caput*, da Lei n. 8.078/90). Além disso, foram determinados alguns parâmetros para fins de restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente ou excluído, devendo-se descontar a vantagem econômica auferida com a fruição do produto e os prejuízos que resultaram ao grupo[94]. Além disso, mesmo nos casos não previstos expressamente pelo Código vem-se admitindo a revisão judicial da cláusula penal compensatória para que não sejam violados os princípios do equilíbrio econômico e jurídico da relação de consumo e da boa-fé objetiva[95].

Tratando-se de reparação do dano moral, busca-se uma situação material compensatória e não apenas correspondente ou equivalente, conforme outrora se preconizava. É, ainda, possível a cumulação da recomposição *in natura* com o pagamento de indenização, desde que se preste para satisfazer integralmente os interesses do credor, sem se demonstrar excessiva a reparação dos danos. Trata-se do *princípio da causa adequada da fixação da reparação do dano.* Nesse caso, promove-se a liquidação do crédito, apurando-se o valor efetivo do débito (*quantum debeatur*), para os fins de ressarcimento pelos prejuízos causados à vítima ou ao seu patrimônio.

Para os fins de se promover a liquidação do dano, deve-se observar:

a) na liquidação de danos patrimoniais, apenas o interesse econômico deve ser apreciado e não o decorrente da afeição, sob pena de fixação concomitante de danos extrapatrimoniais; e

b) na liquidação de danos morais, apenas o interesse extrapatrimonial lesado deve ser levado em consideração para a fixação da indenização, para que não se confunda com tal indenização a reparação por danos patrimoniais[96].

Os critérios adotados para a determinação do *quantum debeatur* são:

a) no dano moral por *morte* – o pagamento das despesas médicas, do funeral e luto, de alimentos às pessoas que deveriam recebê-los do *de cujus*[97] e a indenização por danos morais[98];

b) no dano extrapatrimonial por *ofensa à integridade física ou psíquica* – o pagamento das despesas médicas, a reparação pelos prejuízos advindos do afastamento do trabalho[99] e a indenização por danos morais, inclusive os de natureza estética (mutilação, cicatriz, perda de partes destacáveis do corpo,

ferimentos nauseabundos ou repulsivos, aleijão[100]);

c) no dano extrapatrimonial por *ofensa à honra e ao respeito* – o pagamento de indenização por danos moral e patrimonial decorrentes, sem prejuízo da eventual repetição do indébito em dobro, conforme o caso (art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90)[101];

d) no dano extrapatrimonial por *ofensa ao dever de sigilo e à intimidade* – o pagamento de indenização por danos morais e a vedação de novas invasões à esfera privada da vítima, determinando-se o restabelecimento da sua situação anterior[102]; e

e) no dano extrapatrimonial por *ofensa à imagem* – o pagamento de indenização por danos morais, bem como a retirada dos meios utilizados para divulgação da imagem no mercado.

Não havendo qualquer previsão legal, ou sendo insuficiente a disposição constante do preceito como critério de reparação do dano, o julgador pode valer-se do tarifamento ou, ainda, do arbitramento. O tarifamento é meio extremamente prático, pois o valor indenizatório já se encontra previamente estabelecido em tabelas próprias, como as existentes para as hipóteses de acidentes de trabalho e de acidentes de transportes. Todavia, demonstra-se insuficiente em atender ao princípio da reparabilidade integral do dano, motivo pelo qual se admite que o valor máximo previsto na tabela seja rompido por decisão judicial, desde que o ofendido demonstre que sofreu um prejuízo maior que aquele fixado pelo teto tarifário.

A possibilidade de cumulação da indenização por danos patrimoniais e por danos morais resultantes do mesmo fato, consagrada pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, torna imprescindível a diferenciação entre essas duas formas de reparação do prejuízo nas relações de consumo[103].

Nada impede que a reparação do dano se verifique mediante o cumprimento de uma obrigação diversa de entregar dinheiro. Admite-se a entrega de coisa certa que não seja dinheiro, bem como a fixação de obrigação de fazer, estabelecida por sentença de natureza mandamental.

Tratando-se o caso de liquidação consistente na entrega de quantia certa, esta se tem por cumprida por ocasião do pagamento integral. Se a obrigação de reparação do dano consistir em uma conduta positiva do agente, somente se poderá considerar adimplida mediante a realização da prestação esperada. Sobre o valor fixado incidem juros[104] e correção monetária, a partir da data do evento danoso[105]. E, uma vez fixado o *quantum debeatur*, podem ser concedidas em

prol do credor garantias do pagamento da indenização. Tais cautelas podem ser fidejussórias ou reais, destacando-se: o *seguro obrigatório* (contrato necessário decorrente da socialização dos riscos), o *seguro facultativo* (sucedâneo pelo descumprimento do dever jurídico); e a *hipoteca*.

1 Cf. nosso *Contratos difusos e coletivos*, cit., p. 78-88; Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, p. 197-199 e 227-246.

2 Em que pese o fato de o constituinte afirmar expressamente quando a função social da propriedade não é atingida.

3 Mesmo nas relações de consumo o princípio da autonomia da vontade possui a sua importância, pois ao consumidor incumbe, tanto nos contratos paritários como nos de adesão (art. 54 da Lei n. 8.078/90), a escolha do produto ou do serviço e a aceitação ou não do preço, para fins de celebração do ajuste. Ora, subsistindo, ainda que timidamente, a liberdade de escolha do consumidor, não há como se negar a autonomia da sua vontade de forma absoluta. Deve-se reconhecê-la, admitindo-se a sua acentuada decadência nos contratos de adesão, sem olvidar que subsiste o princípio em questão praticamente íntegro nos chamados contratos paritários. A respeito do tema, em especial: Juan Carlos Rezzónico observa que a autonomia da vontade não se confunde com autonomia privada, pois aquela é essencial para a constituição do ato e não há contrato sem consentimento (*Principios*, cit., p. 196-199); e Ricardo Luis Lorenzetti, Analisis crítico de la autonomía privada contractual, p. 5-19. Sobre o assunto, cabe mencionar o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: "Arrendamento mercantil garantido por cambial. Iliquidez do título, inválido por ser emitido por grupo financeiro ao qual pertence a instituição financeira. O CDC coíbe cláusula ou pacto que importa no cerceamento da livre vontade do consumidor" (STJ, 3.ª T., REsp 82.262-RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 9-9-1996, *DJ* 14-10-1996, p. 39005).

4 Juan Carlos Rezzónico ensina que há uma necessária relação entre a liberdade e a responsabilidade, já que a base do conceito desta é a aceitação da existência daquela (*Principios*, cit., p. 173-174).

5 O princípio *pacta sunt servanda* sofreu profundas alterações graças à previsão do poder de revisão dos contratos, porém, mantém-se íntegra a ideia de conservação do negócio jurídico se isso se demonstrar viável, mesmo diante de eventual nulidade de algum dispositivo contratual.

A teoria da onerosidade excessiva não é a única que pode ser aplicada nas relações de consumo. Admite-se também a teoria da imprevisão e a *exceptio non adimpleti contractus* como ressalvas aos princípios contratuais da obrigatoriedade, da intangibilidade e da inalterabilidade. Porém, a onerosidade excessiva encontra-se expressa na lei protetiva do consumidor certamente pela facilitação de sua aplicação. Comparada com a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva é mais favorável ao consumidor, porque sua aplicação exige tão somente a existência do desequilíbrio objetivamente constatado da equação econômica ou jurídica da relação de consumo.

6 Ainda que se pretenda implementar uma interpretação teleológica e lógico-sistemática diferente da adotada neste trabalho aos dispositivos que versam sobre a revisão judicial do contrato (art. 478 a 480 do CC), a tarefa não se afigura tão fácil como parece, levando-se em conta que a teoria da onerosidade excessiva, como originariamente delineada, trata-se de evolução da teoria da imprevisão do período entre as guerras mundiais e não possui, ao contrário do que preceitua o art. 478 do CC, o pressuposto do fato imprevisível e extraordinário (*vide*, a propósito, Roberto Senise Lisboa, *Manual de direito civil*, v. 3, Capítulo 5).

7 Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático*, cit.

8 José Borrel y Maciá enumera meios encontrados para a proteção do mais débil que se ajustam na defesa dos consumidores: legislação social, regulação da atividade industrial, legislação antitruste, legislação sobre usura etc. (op. cit., p. 15-17).

9 Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Questões controvertidas*, cit., p. 42-47; e Alberto do Amaral Júnior, A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas, p. 27-33.

10 Olga Maria do Val, Política nacional das relações de consumo, p. 67-83; e Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 144-146.

11 René Dekkers ensina que a presunção estabelece aquilo que é o mais provável. No Direito, a presunção é um dos principais instrumentos para o desenvolvimento lógico, com a finalidade de garantir a aplicação adequada da regra jurídica ao caso concreto. Segundo o autor, não se confunde a presunção com a ficção, que é uma assimilação certamente inexata, necessária e limitada. A presunção consagra uma probabilidade, que pode ser inexata em determinados casos. A ficção estabelece uma inexatidão, que se sujeita invariavelmente a uma apreciação (*La fiction juridique*, p. 24-37).

A vulnerabilidade presumida de forma absoluta pelo legislador é, na prática, provável e quase certa do consumidor é, sem dúvida, o motivo mais relevante que levou o legislador a estabelecer o microssistema mais benéfico ao destinatário final de produtos e serviços.

12 Alcides Tomasetti Júnior, Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário, p. 16-26.

13 A concentração industrial pode ser máxima, no caso de monopólio; ou mínima, hipótese em que não se pode concluir pela anormalidade do mercado, mesmo que alguma empresa se encontre na posição dominante. Explica-se: a posição dominante, por si só, não caracteriza concorrência desleal com as demais empresas, e nem significa necessariamente o aproveitamento da situação de vulnerabilidade do consumidor.

14 Newton de Lucca, *Direito do consumidor:* aspectos práticos, p. 43.

15 João Batista de Almeida expressamente equipara a vulnerabilidade à hipossuficiência (op. cit., p. 15-17).

16 Claudia Lima Marques entende que a vulnerabilidade não se aplica ao consumidor profissional e nem se presume para a pessoa jurídica (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 147-149). Afirma, ainda, que a pessoa jurídica deve provar a vulnerabilidade para que se possa considerá-la consumidora (p. 155). Com todo o respeito, não parece que tenha sido essa a dicção do legislador, que presume a vulnerabilidade de todo o consumidor, sem qualquer distinção (art. 4.º, I, da Lei n. 8.078/90). É o que sustentam, ainda, Arruda Alvim e outros (*Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 45).

17 Para Antônio Herman Benjamin, a vulnerabilidade é traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos (*Comentários*, cit.).

18 No mesmo sentido: Paulo Luiz Netto Lôbo, op. cit., p. 42-43. Diferentemente, Alberto do Amaral Júnior ensina que a vulnerabilidade do consumidor encontra seu fundamento na falta de conhecimento técnico para a elaboração do produto ou para a prestação do serviço (A boa-fé, cit., p. 27-33).

19 Segundo Claudia Lima Marques, há três espécies de vulnerabilidade: a) a *vulnerabilidade técnica*, pela falta de conhecimento específico sobre o produto e o serviço adquirido; b) a *vulnerabilidade jurídica*, pela falta de conhecimentos específicos na área jurídica, na contabilidade ou na economia; e c) a *vulnerabilidade*

fática ou socioeconômica, ante a posição de monopólio, pelo poder econômico ou pela essencialidade do serviço oferecido pelo fornecedor (*Contratos*, cit., p. 147-149).

20 Em seguro de veículo, discutiu-se se o valor pago ao segurado seria o correto, já que inferior ao contratado. De acordo com a seguradora, deveria ser adotado o valor de mercado. Como, no caso, o seguro havia sido celebrado apenas dezessete dias antes do sinistro, decidiu-se pela prevalência do valor contratado, mais benéfico ao consumidor (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4667, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 28-1-1999). No mesmo sentido: 1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5290, rel. Juiz Aben-Athar, j. 8-6-1999.

21 A inversão do ônus da prova no microssistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor pode ocorrer em duas hipóteses: a) a da verossimilhança, que é a aparência da verdade, decorrente do princípio da verdade formal, que inspira o processo civil moderno; e b) a hipossuficiência, nos termos delineados no texto. Sobre o tema, *vide* Antonio Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, p. 33-41.

22 Nesse sentido, apreciou-se um caso sobre a responsabilidade do cirurgião dentista por danos sofridos pelo seu cliente. Na espécie, a inversão do ônus da prova não foi determinada, porque as instâncias inferiores entenderam não se encontrar presente nenhuma das duas hipóteses do art. 6.º, VIII, do CDC (STJ, 3.ª T., RE 122505/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 4-6-1998, *DJ* 24-8-1998, p. 71).

23 Como será adiante explicitado, no Capítulo 4, a pessoa jurídica pode ser considerada consumidora, sendo certo que todo o consumidor será tido pela lei como a parte vulnerável na relação jurídica perante o fornecedor, graças à atividade que este desempenha no mercado. Isso não significa, porém, que há a hipossuficiência, que deve ser analisada casuisticamente, para os fins de aplicação do art. 6.º, VIII, e do art. 38, da Lei n. 8.078/90.

24 Octacílio Alecrim afirma que o *standard* (regra, modelo) é o instrumento de adaptação do Direito aos fatos, pois é fundamentalmente concreto e empírico. Por meio do *standard* obtém-se a individualização dos direitos. Seu pressuposto é a norma jurídica, pois ele é destinado a regular as situações mais diversas possíveis, porém sem eliminar as regras e os princípios existentes (*Fundamentos do* standard *jurídico*, p. 60-81 e 166-168). Para Marcel Stati, o conceito de *standard* jurídico encontra-se vinculado às noções de moralidade que devem nortear a sua aplicação ao caso concreto, correspondendo às realidades econômicas e sociais compatíveis com o interesse público da época e do espaço no qual o *standard* deve ser aplicado, para os fins de adaptação do Direito às transformações sociais, porém sem olvidar a segurança jurídica que deve subsistir, sob pena de instauração do caos social, devido à instabilidade das relações jurídicas (*Le standard juridique*, p. 36-40 e 109-111).

25 Em sentido diverso, Rizzatto Nunes entende que a hipossuficiência é um conceito técnico (*Comentários*, cit., p. 123).

26 É o caso do defeito de um veículo adquirido pelo consumidor, que o levou a reclamar pelo vício perante o fornecedor, porém sem êxito. Diante disso, o consumidor dirigiu-se a uma outra reparadora para ter o seu carro em condições de uso. As despesas, segundo entendeu a jurisprudência, devem ser arcadas pelo fornecedor que não resolveu o defeito, admitindo-se a inversão do ônus da prova da má utilização do veículo (TJSC, CC, AC 47706, rel. Des. Eça Neves, j. 28-4-1999).

27 Operou-se a inversão do ônus da prova, em caso que versava sobre a aplicabilidade do art. 12, § 3.º, da Lei n. 8.078/90 (TJSP, AC 31785-4/SP, 5.ª Câm. Cív., rel. Des. Silveira Vieira Netto, j. 14-5-1998, v.u.).

28 Nicole L'Heureux, Acesso eficaz à justiça – Juizado de Pequenas Causas e ações coletivas, *Revista do Consumidor*, 5/5-26.

29 Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer afirma que os mecanismos de superação de obstáculos ao acesso à justiça foram estabelecidos como sendo: primeiramente, a assistência judiciária para a população pobre; depois, acresceu-se a representação dos interesses difusos; e, atualmente, juntamente com esses mecanismos, a superação do obstáculo das custas, a tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer e a

especialização das instituições envolvidas na resolução dos conflitos decorrentes de relações de consumo (Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública, p. 49-65).

30 José Rivero H., Necessidades básicas de aprendizagem e educação do consumidor, p. 34-39; e João Batista de Almeida, op. cit., p. 41-42.

31 Em São Paulo, não há mais as especializadas.

32 Merece destaque o Juizado Especial Cível e Criminal, pela sua agilidade e simplicidade na busca de uma solução para o litígio. A este respeito, pode-se afirmar que se trata do órgão do Poder Judiciário paulista que tem apreciado o maior número de questões diferentes sobre o Direito do Consumidor e a responsabilidade civil do fornecedor. Nicole L'Heureux afirma que as "vantagens da conciliação pelo tribunal de pequenas causas residem no fato de que visam a resolução dos litígios pela conciliação, preferencialmente, do que por uma adjudicação na qual cada uma das partes corre o risco de tudo perder. (...) Mas a conciliação nem sempre traz vantagens ao consumidor. Pode ocorrer que ela não ofereça aos consumidores uma proteção tão ampla quanto a da lei substantiva" (op. cit., p. 5-26).

33 Os obstáculos fáticos e jurídicos em questão são mais bem analisados por Gérard Cas e Didier Ferrier, op. cit., p. 31-44.

34 Gérard Cas e Didier Ferrier sustentam que o controle judicial tem se demonstrado insuficiente para coibir as vendas agressivas, os defeitos dos produtos e as publicidades enganosas (op. cit., p. 31-32).

35 Foi o que sucedeu em ação ajuizada na comarca de maior porte, vizinha à do domicílio do autor consumidor, sob o fundamento de que nesse local é que foi contraída a obrigação *sub judice*. O Superior Tribunal de Justiça concluiu que não houve prejuízo para o réu fornecedor, nem mesmo ofendeu-se o disposto no art. 101, I, da Lei n. 8.078/90 (STJ, 4.ª T., RE 156002/MG, rel. Min. Asfor Rocha, j. 21-5-1998, *DJ* 21-9-1998, p. 187).

36 Entre outros julgados, considerou-se que a ação que objetiva o cumprimento da obrigação de indenizar por sinistro, coberto pela apólice de seguro, decorre de um fato ilícito contratual e pode ser proposta no domicílio do consumidor (STJ, 4.ª T., RE 193327, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16-3-1999, *DJ* 10-5-1999, p. 188).

37 Na inversão do ônus da prova, a questão limita-se à demonstração do nexo de causalidade. Eventual excludente de responsabilidade pode ser demonstrada no processo sem a necessidade da prévia inversão. Pouco importa se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva. A excludente deve ser alegada pelo demandado por ocasião da contestação e demonstrada na fase instrutória.

38 Para Rizzatto Nunes, a divergência doutrinária sobre o assunto advém da falta de rigorismo lógico e teleológico do sistema processual (*Comentários*, cit., p. 124).

39 Nelson Nery Junior ensina que a inversão do ônus da prova é medida legal constitucional que decorre da aplicação do conteúdo jurídico do princípio da isonomia (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 40).

Em conformidade com a orientação adotada nesta obra: Carlos Roberto Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, 22/136.

40 Em posicionamento ora adotado neste livro: STJ, 4.ª T., REsp 591.110/BA, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 4-5-2004, *DJ* 1.º-7-2004, p. 212, *LEXSTJ*, 181/165: "Processual civil. Ação revisional. SFH. Julgado improcedente em 1.º grau, por falta de prova. Apelação do autor que se limita a afirmar que a matéria é de direito e que a documentação juntada é bastante. Acórdão que, de ofício, inverte o ônus da prova e aplica a regra do art. 6.º, VIII, do CDC. Ausência de fundamentação suficiente para tanto. Sentença restabelecida. I. Conquanto se aplique aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada, como aconteceu no acórdão regional, automaticamente, devendo atender, concretamente, às exigências do art. 6.º, VIII, da Lei n. 8.078/90. II. Caso, ademais, em que a apelação do autor interposta contra a decisão extintiva de 1.º grau

sequer alegou hipossuficiência ou necessidade de prova pericial, argumentando, apenas, que a matéria é exclusivamente de direito e que havia documentação suficiente nos autos para o embasamento do pedido. III. Recurso especial conhecido e provido, restabelecida a sentença monocrática".

Igualmente favorável à inversão de ofício: "Compromisso de compra e venda. Pedido de revisão de valor de parcelas. Necessidade de perícia. Determinação de ofício. Inversão do ônus da prova. Aplicação do art. 6.º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Admissibilidade. Inversão que não se estende ao encargo de custeio da perícia, regido, na espécie, pelo art. 19, § 2.º do Código de Processo Civil. Agravo provido em parte" (TJSP, AI 150.230-4, 10.ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 9-5-2000).

41 Preceitua o art. 84 do CDC: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (...)".

Já o art. 11 da Lei n. 7.347/85 estabelece: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

42 Art. 5.°, LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Art. 5.°, LV: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

43 Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 619.

44 É o que também pensa Rizzatto Nunes, para quem *estaríamos diante de um absurdo* caso a inversão do ônus da prova fosse postergada para a sentença (p. 126).

45 No mesmo sentido, Rizzatto Nunes, p. 127. Na jurisprudência: TJSP, AI 14305-5, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 5-9-1996.

46 TJSP, 6.ª Câm. Cív., AI 108.602.4/0, rel. Des. Antonio Carlos Marcato, j. 18-3-1999, *Ementário AASP*, 2123, p. 225.

47 Como já decidiu a jurisprudência em vários julgados, como, por exemplo: "Posto de lavagem. Trinca em para-brisa de veículo do consumidor. Ausência de prova e decadência verificadas" (1.º CRJEPEC – Colégio Recursal do Juizado Especial de Pequenas Causas, Rec. 4600, rel. Juiz Joel Geishofer).

48 No STJ, a matéria foi amplamente discutida: "SFH. Contrato de mútuo. Cláusula de cobertura pelo FCVS. Reajuste das prestações. Plano de equivalência salarial. Ilegitimidade da União. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova. Adiantamento de honorários periciais. 1. É cediço no E. STJ que, após a extinção do BNH, a Caixa Econômica Federal, e não a União, ostenta *legitimatio ad causam* para ocupar o polo passivo das demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto banco e responsável pela cláusula de comprometimento do FCVS – Fundo de Comprometimento de Variações Salariais. Precedentes: REsp 195.337/PE, rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* 24.06.2002; REsp 295.370/BA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18.03.2002; REsp 313.506/BA, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 11.03.2002. 2. As regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive a que autoriza a inversão dos ônus da prova, são aplicáveis aos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação. 3. Entretanto, para que seja determinada a inversão do ônus da prova, é mister que o magistrado o faça justificadamente, demonstrando presentes os pressupostos do art. 6.º, VIII, do CDC, o que inocorreu na hipótese dos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* limitou-se a afirmar que, tratando-se de relação de consumo, tem o fornecedor melhores condições de produzir a prova. 4. É assente na Corte que: 'Conquanto se aplique aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/90' (REsp 492.318/PR). Isto

porque ‘não prevalece a transferência do encargo ao réu, quando o Magistrado deixar de justificar devidamente ocorrerem os pressupostos estabelecidos no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para a inversão do ônus da prova’ (REsp 437.425/RJ). 5. Precedentes da Corte: REsp 492.318/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 08.03.2004; REsp 437.425/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 24.03.2003; REsp 591.110/BA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 01.07.2004. 6. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a inversão do ônus da prova, que poderá vir a ser determinada, motivadamente e no momento oportuno, pelo Magistrado de primeiro grau, e eximir a CEF da antecipação dos honorários periciais” (STJ, 1.ª T., REsp 61.553/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 7-12-2004, *DJ* 28-2-2005, p. 220).

No mesmo sentido: “Agravo de instrumento. Prestação de serviços. Laboratório de análise clínica. Relação de consumo. Indenizatória por danos materiais e morais. Perícia determinada de ofício, remetido o depósito dos salários à sociedade ré. Decisão correta. Inversão do ônus da prova. Dimensão de seu significado. Facilitação da defesa dos direitos do consumidor, como resultante do princípio da vulnerabilidade, a implicar na concretização de prova necessária. Recurso não provido” (TJSP, AI 225.510-4/3, 5.ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Marcus Andrade, j. 7-2-2002, m.v.).

49 STJ, 2.ª Seç., REsp 471.924/BA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24-3-2004, *DJ* 3-5-2004, p. 91.

50 Sobre o tema, João Batista de Almeida, op. cit., p. 21-23.

51 Interesses difusos são as necessidades de sujeitos indeterminados vinculados entre si por uma relação de fato, cujo objeto é indivisível. A proteção dos interesses difusos dos consumidores se dá invariavelmente de forma preventiva, pois o modernismo e o pós-modernismo jurídico preferem a prevenção à reparação do dano. É a ótica segundo a qual deve se evitar o prejuízo ao consumidor, dada a sua vulnerabilidade.

52 Interesse coletivo é a necessidade de uma classe, grupo ou categoria de pessoas determináveis, vinculadas entre si por uma relação jurídica base, cujo objeto é indivisível. A tutela de tais interesses dos consumidores ocorre tanto preventiva quanto repressivamente.

53 Interesses individuais homogêneos são interesses socialmente relevantes de sujeitos determinados, cuja identificação não se conhece num primeiro momento, mas pode ocorrer por ocasião da liquidação individual da sentença coletiva (arts. 97, 100 e 103, III, da Lei n. 8.078/90). Desse modo, são interesses tutelados coletivamente, daí por que se afirma que os interesses individuais homogêneos são uma modalidade de interesses coletivos. Apenas o órgão legitimado pode propor as ações coletivas, que devem se referir a casos em que há a potencial proliferação do dano, em desfavor da coletividade de consumidores. Em regra, o pedido processual que demonstra que os interesses tutelados são individuais homogêneos é de natureza condenatória, a título de pagamento de indenização ou de restituição em prol dos consumidores cujos interesses foram tutelados por algum órgão legitimado para a defesa metaindividual. Portanto, não se confundem tais interesses com os interesses individuais plúrimos, exteriorizados processualmente pela propositura de ação em litisconsórcio, diretamente pelos interessados, por meio de advogado. Nesse caso, o pedido processual não revela a existência de interesses socialmente relevantes a serem tutelados, já que os interesses individuais plúrimos são, em regra, disponíveis e os efeitos da coisa julgada se limitam às partes.

54 Claudia Lima Marques elucida a questão, ao preceituar que a Lei n. 9.656, de 3-6-1998, que passou a regular os planos de saúde, é perfeitamente compatível com o Código de Defesa do Consumidor, que continua regulando, em conjunto, a matéria (Conflitos de lei no tempo, p. 114-156).

55 A analogia, como forma de integração da lei ao caso concreto, pode ser aplicada na relação de consumo tal como no direito privado. Admite-se, assim: a analogia *a pari*, em que é utilizada toda a lei que regula o caso semelhante; a analogia *ad minus*, por meio da qual se utiliza de parte da lei aplicada ao caso semelhante; e a analogia *ad plus*, em que se utiliza todo o conteúdo da norma jurídica existente, estendendo-lhe a aplicação.

56 É o caso do art. 53 da Lei n. 8.078/90, que estipulou norma de ordem pública que preceitua a fixação da cláusula penal, para os contratos de compra e venda a prazo de móveis e imóveis, e de alienação fiduciária em garantia, de forma diversa daquilo que dispõe o art. 412 do Código Civil, e o Decreto-Lei n. 911/69. Veda-se expressamente a perda total das prestações pagas pelo consumidor inadimplente ou desistente, o que gera repercussões de relevo sobre o dispositivo constante da legislação civil referente à cláusula penal compensatória, bem como sobre a norma da lei de alienação fiduciária que torna possível a perda total das importâncias pagas pelo devedor fiduciário que não purgar a mora (art. 3.º, § 2.º, do Dec.-Lei n. 911/69, com a redação dada pela Lei n. 10.931, de 2-8-2004).

57 Rúben S. Stiglitz, Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil, p. 5-11.

58 Fábio Ulhoa Coelho entende de forma diversa. Para ele, o princípio da transparência somente poderia ser aplicado nas relações de consumo individuais, jamais na divulgação da publicidade (op. cit., p. 257-259).

59 João Batista de Almeida, op. cit., p. 89.

60 Francesco Carnelutti afirma que boa-fé é a vontade conforme ao direito, a vontade do direito; e a vontade contrária ao direito, em grau máximo de desobediência, é dolo, e, nos demais casos, culpa (*Teoria geral do direito*, p. 430-435).

61 Sobre o tema e sua evolução, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, v. 1, p. 53-59 e 71-105.

62 Essa foi também a orientação geral adotada pelo Código Civil francês de 1804, ao contemplar a boa-fé subjetiva no art. 550, referente à posse e aos seus efeitos. Contudo, cumpre lembrar que o estatuto civil francês consignou, acerca da execução das convenções, o princípio da boa-fé de forma objetivada (art. 1.134).

63 Assim: a) o credor de boa-fé não pode reclamar o pagamento de coisa fungível se recebeu coisa da espécie e quantidade devida (art. 307, par. ún.); b) o pagamento feito ao credor aparente é válido (art. 309); c) o herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido (art. 637); d) não cabe oposição aos negócios entabulados entre o terceiro de boa-fé e o mandatário cujos poderes foram extintos (arts. 686 e 689); e) a boa-fé dos contratantes do seguro sobre o objeto, as circunstâncias e as declarações formuladas (arts. 778, 765, 766 e 773).

64 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, p. 467-471; Maria Cristina Cereser Pezzella, O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro, p. 199-217.

65 Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 23-31.

66 Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que a aproximação da ordem econômica e da boa-fé deram ao contrato, externamente, a função socioeconômica que dele se pretende, como instituto. E, internamente, o reconhecimento de que o contrato é um vínculo funcional de planificação econômica das partes, que buscam a satisfação dos seus interesses (A boa-fé na relação de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, 14/20-27).

67 Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 37-42.

68 Como expus em *Contratos difusos e coletivos*, cit., p. 83-86 e 171-172. *Vide* também Claudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 83; Alcides Tomasetti Júnior, As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos, p. 12-17; Rúben S. Stiglitz, Aspectos modernos, cit., p. 5-11; e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, op. cit., p. 20-27.

69 Considerou-se frustrado o direito do consumidor por ofensa ao dever de informação prévia e essencial, pois, ao se promover um encontro gastronômico que contaria com a participação de um *chef* de renome da cozinha internacional, foram vendidos ingressos para um jantar do qual ele não participou, gerando nos adquirentes dos bilhetes a falsa sensação de que ele também nessa ocasião estaria presente (1.º CRJEPEC-

SP, Recurso 4522, rel. Juiz Sá Duarte, j. 27-1-1999).

70 “A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa pode acarretar a responsabilidade pelo ressarcimento” (STJ, 3.ª T., REsp 92.395/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 5-2-1998, *DJ* 6-4-1998, p. 98).

71 Sobre a responsabilidade pré-contratual e suas consequências nas relações de consumo: Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual, cit., p. 23-31; e Alcides Tomasetti Júnior, que denomina tais relações “contatos de consumo antecontratuais” (As relações de consumo, cit., p. 12-17).

72 Adalberto Pasqualotto afirma que o anunciante responde objetivamente, salvo se o caso for de equívoco de retificação do anúncio, que é hipótese de responsabilidade residual por culpa *in contrahendo*. Por tal motivo, é fundamental a observância dos deveres derivados da boa-fé objetiva (*Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, p. 151-168).

73 Em determinado caso, um estabelecimento de ensino violou o princípio da boa-fé objetiva por infringir o dever de lealdade, ao exigir que o aluno, reprovado em 3 das 9 disciplinas, impedido de cursar o ano letivo seguinte com dependência, fosse constrangido a pagar por 9 matérias (as três que repetiu e seis do ano seguinte, que não poderiam ser por ele frequentadas). Reconheceu-se a abusividade da exigência de pagamento integral da anuidade (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5352, rel. Juiz Botto Muscari, j. 22-6-1999).

74 Juan Carlos Rezzónico afirma que há profunda relação entre o princípio da confiança e a responsabilidade, de um lado; e, de outro, os deveres de informação e diligência (*Principios*, cit., p. 408-410).

75 Viola o princípio da boa-fé objetiva a construtora que insere um dispositivo contratual que lhe exonera do pagamento de despesas condominiais das unidades habitacionais que não forem vendidas, já que tal vantagem causa prejuízos futuros e mediatos aos compromissários compradores, que se sujeitarão ao pagamento de valores maiores, por área comum que não é apenas de sua titularidade: “É inválida a cláusula que estabelece, em favor da construtora e incorporadora, o privilégio da exoneração da obrigação de contribuir para as despesas do condomínio, imposta na escritura de convenção por ela outorgada. Possibilidade do exame da validade de cláusula contratual à luz dos critérios objetivos fixados pelo CODECON” (STJ, 4.ª T., REsp 151.758/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5-3-1998, *DJ* 29-6-1998, p. 199).

76 As partes podem convencionar, por estipulação em separado, que o fornecedor pode ter entre 7 e 180 dias para realizar o conserto do produto defeituoso (art. 18, § 2.º, da Lei n. 8.078/90).

77 João Batista de Almeida afirma que o restabelecimento do equilíbrio jurídico da relação de consumo somente pode verificar-se mediante a adoção de meios protetivos e educativos do consumidor, conferindo-se instrumentos que lhe permitam superar a situação de vulnerabilidade (op. cit., p. 24-25).

78 Rúben S. Stiglitz, Aspectos modernos, cit., p. 5-11.

79 Tanto a teoria da onerosidade excessiva como a teoria da base do negócio jurídico podem fundamentar-se no art. 6.º, V, da Lei n. 8.078/90.

80 “Apelação cível. Cartão de crédito. Revisional de cláusulas contratuais. Entendimento do STJ, já sumulado, que a Câmara adota a fim de uniformizar a jurisprudência. Possibilidade de revisão e incidência do CDC na espécie. Não há impossibilidade de revisão, haja vista que o contrato se encontra em aberto, não constituindo óbice, ademais, os pagamentos efetivados, mormente por que assim exigidos. Afirma-se a possibilidade de revisar o pacto celebrado pelas partes, mesmo que ausente vício de consentimento ou circunstância imprevista. Com efeito, a revisão do contrato não é possível apenas na ocorrência destas hipóteses acima citadas, sendo cabível a intervenção judicial para retirar da avença as disposições contrárias à lei, sem implicar violação ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido. Aplicável à espécie o CDC, por força do que dispõe o seu art. 3.º, § 2.º. Com o advento dos enunciados das Súmulas 283 e 297 do STJ, a questão restou pacificada. Cláusula-mandato. Legalidade da cláusula que permite à administradora captar

recursos no mercado, repassando os custos aos clientes. Juros remuneratórios. A limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano não se aplica aos contratos de cartão de crédito. Súmula 283 do STJ. No caso, não restou comprovada excessividade do lucro da intermediação financeira. Capitalização dos juros. Falta de interesse processual. Não conhecimento. No que tange à postulação relativa à capitalização mensal dos juros, impõe-se o não conhecimento do recurso por falta de interesse de agir porquanto não foi objeto da sentença. Sucumbência redistribuída. Apelação conhecida em parte e, nesta parte, provida" (TJRS, AC 70012095543, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 13-7-2005).

81 Clóvis do Couto e Silva, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, apud Vera Maria Jacob de Fradera, *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 34-38.

82 Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão judicial dos contratos:* do Código Civil ao Código do Consumidor, p. 31.

83 "Apelação cível. Ação revisional. Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de compra e venda, com garantia hipotecária, cessão e outras avenças. Rejeição da preliminar de nulidade por sentença condicional no que tange ao deferimento de repetição do indébito. A sentença não é condicional ao determinar repetição simples do indébito; porquanto reconhecida cobrança a maior, é corolário lógico, haja ou não provimento específico, que o valor cobrado a maior gera crédito que deve ser computado no abatimento do débito ainda existente, ou, eventualmente, devolvido, de forma simples, se excedê-lo. Trata-se de efeito prático da própria decisão judicial, até porque a ação revisional é eminentemente de cunho declaratório, ensejando, quase sempre, liquidação de sentença. Possibilidade de revisão e incidência do CDC na espécie. Não há impossibilidade de revisão, haja vista que o contrato se encontra em aberto, não constituindo óbice, ademais, os pagamentos efetivados, mormente por que assim exigidos. Afirma-se a possibilidade de revisar o pacto celebrado pelas partes, mesmo que ausente vício de consentimento ou circunstância imprevista. A revisão do contrato não é possível apenas na ocorrência destas hipóteses acima citadas, sendo cabível a intervenção judicial para retirar da avença as disposições contrárias à lei, sem implicar violação ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido. As negociações que envolvem o crédito bancário, por traduzirem relação de consumo, sujeitam-se à disciplina da Lei 8.078/90. Tabela Price. Capitalização dos juros. O sistema Price consubstancia acumulação mensal de juros e configura capitalização. Afasta-se a incidência da Tabela Price, adotando-se o método de cálculo de juros simples. Inadmissível capitalização em qualquer periodicidade, por ausência de previsão legal. Entretanto, como a sentença determinou capitalização anual dos juros, resta mantida, porquanto afastá-la por inteiro significaria reformatio *in pejus*. Coeficiente de Equiparação Salarial – CES. Exclusão. O contrato foi firmado no ano de 1988, antes, portanto, da vigência da Lei 8.692/93, que instituiu legalmente o Coeficiente de Equiparação Salarial – CES. Ademais, em que pese anteriormente à lei que instituiu o CES houvesse autorização do Banco Central para sua adoção em financiamentos regidos pelo SFH, no caso, inexistiu contratação nesse sentido, não sendo possível sua imposição. Correção monetária do saldo devedor vinculada ao índice de atualização monetária utilizado para a poupança. No presente caso, como o contrato estipula que o saldo devedor é reajustado mediante a aplicação dos mesmos índices de atualização utilizados para os depósitos em cadernetas de poupança, não há incidência de juros. Tal fato também foi constatado pela perícia. Dessa forma, merece provimento o recurso para declarar que no presente caso não houve o cômputo dos juros remuneratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês na correção do saldo devedor. Atualização do saldo devedor no mês de março de 1990. Utilização do índice do BTN, inobstante a alteração do entendimento do STJ. Posicionamento desta Câmara e do 5.° Grupo desta Corte. Objetivo do Sistema Financeiro da Habitação. Os contratos de financiamento habitacional para o mês de março/90 devem sofrer correção pelo índice do BTN – 41,28%, porquanto é o indexador que remunerou os saldos bloqueados das poupanças no período que se constituíam na quase integralidade dos ativos. Tendo o BTN sido utilizado para corrigir o grande montante dos recursos depositados em cadernetas de poupança – inclusive a parcela confiscada pelo Plano Collor –, inexiste justificativa à adoção do índice do IPC – 84,32%, que atualizou a mínima parte dos recursos. Os contratos

regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação estão vinculados a diversos princípios específicos, dentre os quais, o do reconhecimento da vulnerabilidade dos mutuários, não apenas oriunda da sua fragilidade financeira, mas, também, decorrente da precisão de aquisição da casa própria, a qual flagela grande parte da população brasileira, não se justificando impingir ao mutuário o índice do IPC. Saldo devedor. Amortização. Atualização monetária. Os valores de amortização pelo pagamento das prestações devem ser abatidos do saldo devedor após a incidência da atualização monetária, caso contrário ocasionariam desequilíbrio contratual e o enriquecimento indevido dos autores. Repetição do indébito. Viável, na forma simples, por aplicação do CDC. Admissível a compensação. Preliminar rejeitada. Apelação provida em parte" (TJRS, AC 70011998044, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 13-7-2005).

84 O fundamento do dano moral é a ofensa a algum direito extrapatrimonial. Nesse sentido, entre outros: Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 237-257; Roberto Brebbia, *El daño moral*, p. 224-228; Carlos Alberto Bittar, Responsabilidade civil dos bancos na prestação de serviços, p. 53-60.

85 Sobre os direitos da personalidade, entre outros: Santos Cifuentes, que reconhece os direitos da personalidade como fator de progresso, formando a base da igualdade, repercutindo sobre os interesses gerais e privados (*Derechos personalísimos*, p. 107-124); e Carlos Alberto Bittar, que define os direitos da personalidade como próprios da pessoa, em si e em sua projeção para o mundo exterior (*Curso*, cit., v. 1, p. 205-207).

86 A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça já consagrava esse entendimento ao permitir a cumulação de indenização por dano moral e por dano patrimonial, se oriundos do mesmo fato gerador.

87 A expressão "sanção" designa uma coisa santa, que não pode ser violada impunemente (sanção punitiva), ou que resulta de uma conduta que merece recompensa, por atender ao imperativo legal (sanção premial). Daí por que é corrente a expressão "lei sancionada", isto é, aquela que não pode ser violada impunemente (Dupin Aîné, *Manuel des étudiants en droit, et des jeunes avocats*, p. 300-302, 638 e 641).

88 A fixação do dano moral se faz por critério objetivo, sendo preferível levar em conta as circunstâncias do caso e as condições pessoais do agente, a fim de que a reparação do dano seja fixada de forma justa, para que o responsável não seja estimulado a novas práticas delituosas e nem ocorra o enriquecimento sem causa em favor da vítima. Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça decidiu que as circunstâncias e as condições pessoais do requerente é que devem ser analisadas, à luz do pedido não impugnado pelo réu (TJSP, AC 10608-4-Itapira, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Ruiter Oliva, j. 17-2-1998, v.u.).

89 A indenização deve ser a mais ampla possível, sem se constituir, no entanto, em forma de enriquecimento indevido. A este respeito, observou o Superior Tribunal de Justiça: "A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio" (STJ, REsp 171.084, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

90 Entre nós, é o caso da responsabilidade civil nas atividades nucleares, cuja indenização é limitada a um milhão e quinhentas mil OTNs (art. 9.º da Lei n. 6.453, de 17-10-1977). O valor deve ser atualizado, tendo em vista que a OTN foi extinta através da Lei n. 7.730/89.

91 Foi a orientação do Superior Tribunal de Justiça, num dos casos referentes à indenização por morte de passageiro, por ocasião do naufrágio do "Bateau Mouche IV". Acolheu-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, proporcionando-se aos pais da vítima morta aos seis anos de idade tão somente a indenização por danos morais, sob o fundamento de que sua família possuía razoáveis recursos financeiros, tornando-se descabido o estabelecimento de danos materiais (STJ, 4.ª T., REsp 158.051/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22-9-1998, *DJ* 12-4-1999, p. 159).

92 Em observância ao princípio da reparabilidade integral dos danos causados ao consumidor deve-se mencionar, a título de exemplo, a questão do transporte aéreo. Tratando-se de transporte nacional, vem se

consolidando a orientação jurisprudencial segundo a qual a indenização tarifada constante do Código Brasileiro do Ar foi derrogada pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pela inteligência dada ao art. 37, § 6.º, da Constituição Federal (TJDF, 3.ª T., AC 4487697, rel. Des. Campos Amaral, j. 16-6-1997, *DOJDF* 14-8-1997, p. 18061). No transporte aéreo internacional, a jurisprudência tem decidido que a indenização tarifada da Convenção de Varsóvia somente deve ser aplicada para o caso de danos patrimoniais, quando não for demonstrado prejuízo maior (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4485, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 27-1-1999). Caso contrário, a norma internacional deve ser compatibilizada com o Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se a reparação integral do dano, mesmo se patrimonial (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4574, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 27-1-1999). É de notar, contudo, que alguns julgados mantêm o entendimento segundo o qual a indenização pode ser tarifada. Assim, por exemplo, o desaparecimento de bagagens transportadas pela via aérea doméstica autoriza a indenização tarifada fixada pelo Código Brasileiro do Ar (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4631, rel. Juiz Aben-Athar, j. 28-1-1999).

93 Assim, por exemplo, a cláusula penal que prevê a perda de 90% dos valores pagos pelo consumidor em face de rescisão contratual de compromisso de compra e venda é nula, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e a equidade (TJDF, AC 113649, rel. Des. Waldir Leôncio, j. 5-11-1998, *DOJDF* de 19-5-1999, p. 84). Em questão referente à transferência de aluno durante o curso, deliberou-se que é cabível a restituição de matrícula e mensalidade, adotado o critério da proporcionalidade (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4650, rel. Juiz Joel Geishofer).

94 Considerou-se nula a cláusula que negava a atualização monetária ao crédito do consorciado, por se tratar de desvantagem exagerada, incompatível com a equidade (TJSC, 1.ª Câm. Cív., rel. Des. Francisco Oliveira, j. 17-8-1993, *DJSC* 30-8-1993, p. 10).

95 Em aquisição do direito de uso sobre linha telefônica, considerou-se abusiva a cláusula que não previa o direito de rescisão por vontade do autor (violação ao princípio do equilíbrio econômico e jurídico), bem como a não devolução das importâncias pagas (violação dos princípios do equilíbrio econômico e jurídico e da boa-fé objetiva). Determinou-se, então, que deveria ser descontada a multa pela rescisão de 10% do valor do contrato (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5371, rel. Juiz Álvaro Passos, j. 6-7-1999).

96 Afinal, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual "a perda decorrente do dano moral carece da necessidade de prova do reflexo patrimonial do prejuízo" (STF, RE 103.233-MA, rel. Min. Octavio Gallotti).

97 A pensão deve ser fixada em salários-mínimos, conforme a Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal, que preceitua: "A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores".

98 Se a vítima fatal era casada, o cônjuge supérstite e os filhos porventura existentes terão o direito à indenização. O mesmo princípio é aplicável para o convivente, no caso de morte decorrente de acidente de trabalho ou de transporte, salvo se havia algum impedimento legal para o casamento (a propósito, a Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal estabelece: "Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio"). Se a vítima fatal era solteira, os seus genitores supérstites devem ser os beneficiários da reparação do dano, pouco importando a idade do filho que faleceu. O argumento segundo o qual o ofendido não trabalhava à época do evento danoso não deve se constituir em óbice para a indenização, já que a sua morte ilide a perspectiva de auxílio pessoal e econômico que poderia ser concedido aos seus genitores, de acordo com o caso concreto. Por essa razão demonstra-se razoável o entendimento constante da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

99 Os prejuízos patrimoniais oriundos da ofensa à integridade física ou psíquica são reparáveis integralmente, mediante a fixação de indenização por danos emergentes e lucros cessantes. O impedimento definitivo ou mesmo o afastamento temporário da atividade profissional da vítima não pode, dessarte,

deixar o agente causador do dano sem qualquer responsabilidade. Deve-se levar em conta o valor dos vencimentos integrais do ofendido durante o período de internação hospitalar, reduzindo-se a pensão pela metade, a partir da alta médica.

100 No caso de deformidades ou aleijões, o art. 949 do CC determina que o pagamento do tratamento médico e de lucros cessantes deverá ser feito imputando-se os lucros cessantes até o fim da convalescença, sem prejuízo de outros danos que tenha a pessoa sofrido (na doutrina, *vide* Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*; e Teresa Ancona Lopes, *O dano estético*, p. 137-140).

101 A título de indenização por danos morais, procura-se observar o equivalente ao dobro da multa, no grau máximo da sanção descrita no tipo penal correspondente, na esfera cível. O parâmetro é adequado para as relações de consumo, porém nada impede o julgador de aplicar uma indenização mais ampla, se assim entender conveniente, desde que fundamentada.

102 Como é o caso do fornecedor que adquire de outro a mala postal, na qual constam informações confidenciais do consumidor que passam a ser indevidamente utilizadas no mercado de consumo. Não me refiro ao lançamento no cadastro próprio por inadimplência, mas a dados que não poderiam ser repassados pelo fornecedor no mercado de consumo, constituindo quebra do dever de sigilo.

103 "A indenização por dano moral independe de qualquer vinculação com prejuízo patrimonial ou dependência econômica daquele que o pleiteia, por estar diretamente relacionada com valores eminentemente espirituais e morais" (*Ementário JUBI* 30/99, TJSP, EI 277062-1, rel. Des. Hermes Pinotti, m.v.).

104 Os juros devem ser fixados, vinculando-os a uma dívida de capital (dinheiro ou coisa fungível), por ocasião da constituição da obrigação, sempre se observando uma proporcionalidade entre eles e o capital.

105 O Supremo Tribunal Federal entendeu que "na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária" (Súmula 562). Esse posicionamento também foi adotado pela Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

4

APLICABILIDADE DO MICROSSISTEMA DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

"Em sentido lato, consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. O que importa é que alguém seja o consumidor de um bem, isto é, que consuma, complete, termine o processo econômico, dando satisfação a necessidades pessoais, familiares e/ou profissionais. Consequentemente, consumidores são as pessoas que adquirem bens para os consumir – por isso não integram a categoria aquelas que os adquirem para revenda ou para qualquer outra forma de alienação –, sejam eles de consumo instantâneo (do latim consumere*, que quer dizer destruir – veja-se a definição de coisas consumíveis [...]), sejam de consumo duradouro (automóveis, eletrodomésticos etc.)"* – João Calvão da Silva *(Responsabilidade civil do produtor,* 1990*)*

4.1 Relação de consumo

Relação jurídica é o vínculo ou liame de direito estabelecido entre duas partes, por meio do qual se viabiliza a transmissão provisória ou permanente de algum bem[1]. A relação é uma realidade invisível decorrente de uma interação social, cujos efeitos são delimitados pelo ordenamento jurídico[2]. Sua característica fundamental é a bipolaridade, ou seja, a existência de duas partes que se vinculam voluntária ou forçosamente, conforme a norma jurídica.

"Parte" é expressão de sentido equívoco e, quando se refere ao *vinculum iuris,* designa o polo da relação, na acepção jurídica do termo[3]. Cada parte ou polo da relação jurídica pode ter um ou mais sujeitos de direito que objetivam a satisfação dos seus próprios interesses ou de terceiros. As partes possuem interesses correlatos entre si, todavia diversos daqueles que integram o outro polo da relação.

Interesse é a necessidade ou utilidade sentida pelo titular do direito subjetivo ou de quem o representa, cuja legitimidade é aferida pela harmonia com a vontade geral, espelhada no ordenamento jurídico[4]. O interesse não integra a estrutura da relação jurídica, mas o vínculo de direito encontra nele a sua real função. Pode-se afirmar que em toda relação jurídica há interesses a serem satisfeitos, em prol das partes ou de terceiros[5].

Todavia, não se deve limitar o conceito da relação jurídica, nem mesmo a sua extensão, olvidando-se a existência de casos em que ocorre autêntica sujeição[6]. A relação jurídica submete-se à regulamentação de normas que integram o sistema, microssistema ou subsistema de direito, cujo fundamento é, na maioria das vezes, um princípio moral, ético ou religioso.

Toda relação jurídica contém elementos subjetivos e objetivos. E a existência de direitos e obrigações decorrentes da constituição de um vínculo jurídico compele o devedor ao pagamento. Fala-se, então, em relação jurídica obrigacional, que, em sentido *lato*, compreende: a obrigação *stricto sensu*, o dever e o ônus.

A relação jurídica obrigacional advém, fundamentalmente, de lei (relação obrigacional legal ou normativa) ou de ato ou negócio jurídico (relação obrigacional voluntária).

São elementos subjetivos da *relação obrigacional voluntária*:

a) o *credor*, que tem, por si ou através de quem esteja legitimado para representá-lo, poder para exigir o pagamento ou a reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial causado[7];

b) o *devedor*, que, em sentido amplo, identifica aquele que tem o dever de sujeição no caso de um direito potestativo a ele contraposto; e

c) o *consensualismo*, ou seja, a convergência de vontades sobre a qual incide atualmente a ideia de liberdade responsável, a fim de que o exercício dos direitos de uma ou de ambas as partes não importe em sacrifício ilegal dos direitos da parte vulnerável ou de terceiros[8].

A *relação obrigacional legal* não supõe a existência de consenso, até mesmo porque o agente causador do prejuízo torna-se compelido ao pagamento, a título de reparação pelos danos ocasionados, independentemente de querer ou não proceder ao ressarcimento devido.

São elementos objetivos da relação jurídica:

a) o *objeto imediato*, a saber, a operação – ato ou negócio jurídico –, que é o instrumento por meio do qual o vínculo de direito subjetivo é constituído, para a satisfação dos interesses e a percepção do objeto mediato;

b) o *objeto mediato*, isto é, o bem da vida, seja ele corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, que o sujeito de direito almeja perceber através da elaboração da operação (objeto imediato), por força do sentimento próprio de necessidade ou utilidade da coisa; e

c) a *causa*, que é o efeito atribuído pela lei ao fato jurídico[9], cuja concepção é

de natureza jusfilosófica e foi incorporada pela doutrina no decorrer dos séculos[10].

A causa, isto é, o efeito do fato jurídico que a lei atribui, é compreendida no estudo da relação jurídica não como a origem, mas como o objetivo ou fim. É a finalidade, a razão para a qual os sujeitos de direito se vinculam em dada relação jurídica (*causa determinante ou final*)[11]. É, pois, o objetivo que a parte busca alcançar para a satisfação dos seus interesses, através dos instrumentos próprios que são conferidos pelo ordenamento jurídico ao interessado. E os *interesses* são, por sua vez, a finalidade do direito subjetivo, e não da relação jurídica.

O vínculo jurídico, dotado de características próprias, sobre o qual incide o microssistema jurídico estabelecido a partir da entrada em vigor da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), denomina-se relação de consumo[12].

A Lei n. 8.078/90 instituiu um microssistema jurídico dotado de princípios próprios, que somente possuem o condão de afastar os princípios do direito ordinário quando houver relação de consumo, e eles forem incompatíveis com a legislação protetiva do consumidor.

Referidos conceitos devem ser utilizados para a compreensão da relação de consumo e da aplicabilidade do microssistema, inclusive para os fins de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços.

É imprescindível observar que não há uma preocupação específica do legislador consumerista em esclarecer quais tipos contratuais ou negociais sofrem ou não a incidência das normas do microssistema de defesa do consumidor.

Minimizou-se a importância dada pela doutrina clássica à dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual, porém não se retirou a sua importância, como se pode notar, por exemplo, da divisão entre práticas abusivas (art. 39) e cláusulas abusivas (art. 51). Ressaltou-se a relação jurídica, que é o pressuposto lógico do negócio jurídico. Pouco importa qual é o tipo contratual adotado pelas partes. A legislação de defesa do consumidor se aplica por causa da existência da relação de consumo, e não graças à espécie de negócio jurídico celebrado[13].

Para a aplicação da responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor, torna-se indispensável uma análise anterior: a relação jurídica em questão sofre a incidência da Lei n. 8.078/90? Em outros termos: em primeiro lugar, o aplicador da norma deve

analisar se a relação jurídica em exame é de consumo ou não. Por isso, não é correto afirmar que a norma de interesse social em apreço se prevalece da noção de contrato para definir a aplicação ou não do Código do Consumidor, apenas porque prevê um capítulo destinado à proteção contratual do consumidor, que fixa um rol exemplificativo de cláusulas abusivas (art. 51). De fato, o legislador consumerista prevê a proteção contratual do consumidor (arts. 46 a 54), mas regula também as práticas comerciais (arts. 29 a 45, no Capítulo V do Título I), preceituando tipos abertos que importam no reconhecimento da responsabilidade extracontratual e pré-contratual do fornecedor.

A proteção contratual do consumidor não é feita por meio de normas que regulam especificamente cada tipo negocial. É de caráter principiológico, extensivo às relações de consumo em geral. Há apenas duas exceções a essa regra em toda a Lei de Defesa do Consumidor. A primeira se encontra no art. 53, *caput*, e seu § 2.º, que preceitua as regras alusivas à cláusula penal, para os seguintes contratos: compra e venda a prazo, alienação fiduciária em garantia e consórcio[14]. E, além do mencionado artigo, cabe mencionar a referência genérica aos contratos de financiamento, para se estabelecer quais as informações que o consumidor deve obter[15].

Nas disposições gerais e no Capítulo II do Título I, podem-se extrair as seguintes diretrizes sobre o Código de Defesa do Consumidor:

a) o Código é norma jurídica de interesse social e de ordem pública, ou seja, norma cogente que não pode ser afastada nem mesmo pela expressa manifestação de vontade das partes (art. 1.º);

b) o seu fundamento é o reconhecimento constitucional da defesa do consumidor como direito fundamental individual e coletivo e princípio geral da ordem econômica (arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da Carta Magna);

c) as definições legais de consumidor, fornecedor, produto e serviço são elementos imprescindíveis à relação jurídica para a incidência do Código de Defesa do Consumidor (arts. 2.º e 3.º da Lei n. 8.078/90); e

d) os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo e a sua execução no mercado (arts. 4.º e 5.º da mesma lei).

Referindo-se expressamente à relação de consumo no título inicial (o Capítulo II denomina-se “Da política nacional de relações de consumo” e o art. 4.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90 prevê a sua finalidade[16]), o Código estabeleceu a *teoria da relação jurídica* como parâmetro para a sua aplicação nas relações sociais ou intersubjetivas. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor regula a relação de

consumo e não apenas o “contrato de consumo”, o “ilícito no consumo” ou o “ato de consumo”.

É errôneo afirmar sobre qual tipo contratual o Código de Defesa do Consumidor se aplica ou não. A legislação básica de tutela dos interesses materiais e processuais dos consumidores adotou como critério de aplicação a relação jurídica, que é sem dúvida um conceito mais amplo, anterior e menos limitado que o do objeto imediato dessa mesma relação (o negócio jurídico, a operação realizada entre as partes)[17].

Não há definição expressa da relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor, pois o legislador preocupou-se tão somente em delimitar a aplicação desse microssistema jurídico ao vínculo no qual se encontram presentes os elementos subjetivos e o elemento objetivo que define, a saber:

a) o fornecedor e o consumidor, como partes de cada polo da relação jurídica (elementos subjetivos); e

b) o produto ou o serviço, como objeto dessa mesma relação (elemento objetivo).

Nas relações contratuais de consumo deve-se acrescentar ainda, como elemento subjetivo, o consensualismo responsável.

A *causa*, por sua vez, adquire o papel da mais alta relevância para os fins de se aferir se o microssistema de defesa do consumidor deve ser aplicado ao caso concreto, como será comentado adiante.

Somente constatando-se a presença dos elementos subjetivos (o fornecedor e o consumidor) e de um dos elementos objetivos mediatos em referência (o produto ou o serviço), ao lado da causa, é que se torna aplicável o Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica em análise. A ausência de apenas um dos elementos acima citados obsta a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica, exceção feita apenas ao consensualismo, que se encontra ausente em algumas relações, como aquela existente entre o fornecedor indireto e o consumidor adquirente ou entre o fornecedor direto e o consumidor utente. Ou, ainda, nos casos de responsabilidade extranegocial. Não sendo aplicado o microssistema de proteção do consumidor, a relação de direito não será de consumo, submetendo-se os interessados à legislação compatível, de acordo com a natureza jurídica do liame estabelecido (civil, comercial, penal, processual, administrativo...).

4.1.1 Elementos subjetivos: o fornecedor

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, no exercício da sua atividade

profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo[18]. A atividade profissional da pessoa física ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor proceda à aquisição do produto ou do serviço.

Nas relações de consumo, o vocábulo "fornecedor" é fixado como gênero, do qual são espécies: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços[19]. Para o legislador, portanto, as atividades consideradas como de "lançamento de produtos ou serviços no mercado consumidor" são:

a) a *produção*, que é a elaboração ou realização de produtos e serviços capazes de suprir as necessidades econômicas do homem;

b) a *montagem*, que é a operação de reunir as peças de um dispositivo, de um mecanismo ou de qualquer objeto complexo, de modo que ele possa funcionar satisfatoriamente ou preencher o fim para o qual se destina;

c) a *criação*, que é a obra, o invento, a instituição ou a formação de um produto ou serviço, para a satisfação dos interesses humanos;

d) a *construção*, que é a edificação ou a constituição de um bem;

e) a *transformação*, que é a metamorfose, a operação de modificação do estado de um sistema físico ou orgânico;

f) a *importação*, que é a introdução de mercadorias oriundas de território nacional diverso daquele em que o importador se encontra domiciliado;

g) a *exportação*, que é o transporte de mercadoria para fora do território nacional no qual o exportador se encontra domiciliado;

h) a *distribuição*, que é a repartição social da riqueza como fato econômico; e

i) a *comercialização*, que é a negociação de mercadorias.

Basta que o fornecedor de produtos ou serviços venha a praticar uma das atividades acima referidas para sofrer a incidência da lei protetiva do consumidor, vindo a ser responsabilizado pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais que vier a dar causa, com fundamento no microssistema consumerista[20].

Em princípio, o conceito legal de fornecedor abrange qualquer sujeito de direito, pouco importando a sua natureza e a sua nacionalidade[21]. Considera-se fornecedor tanto a pessoa física como a jurídica, não havendo qualquer diferença se uma ou outra é nacional ou estrangeira.

O critério da nacionalidade da entidade natural ou moral foi descartado pela lei, que desconsiderou a procedência, origem ou local de nascimento ou de

constituição do sujeito. Nascido ou constituído em território brasileiro ou não, poderá ser qualificado como fornecedor. Por decorrência, não há embasamento legal para se conceber como fornecedor tão somente a pessoa jurídica cujo capital majoritário é brasileiro, estrangeiro ou de origem estrangeira. Para os fins de aplicação da Lei n. 8.078/90, afastou-se a distinção entre a nacionalidade dos entes morais, ou seja, se a pessoa jurídica é de direito interno ou externo.

Ao se utilizar da expressão "toda pessoa física ou jurídica...", a lei não permitiu ao intérprete a delimitação de quais espécies de pessoas jurídicas estariam livres da sua incidência. Assim como procedeu ao eleger a relação de consumo como pressuposto para a aplicação do microssistema jurídico estabelecido pela Lei n. 8.078/90, o legislador não se preocupou em distinguir quais pessoas físicas ou jurídicas poderiam ser consideradas fornecedoras. Pelo contrário, deixou cristalina a ideia 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. Logo, qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.

Algumas considerações devem ser tecidas sobre as pessoas jurídicas de direito privado.

Todas as pessoas jurídicas de direito privado podem ser fornecedoras, pouco importando se o seu fim é econômico ou de lucro. Incluem-se na definição de fornecedor, portanto, as *sociedades civis* e as *sociedades comerciais* ou empresariais.

Mesmo as *entidades sem fins econômicos* podem, eventualmente, ser consideradas fornecedoras. Deve-se analisar cuidadosamente o caso concreto, a fim de se concluir corretamente sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou não.

Para que a entidade sem fins econômicos seja considerada fornecedora, é indispensável que ela forneça alguma atividade em prol de "filiados", que possuem a obrigação de pagar uma manutenção periódica, mas que *não* têm qualquer poder deliberativo para influir, fazendo prevalecer a sua vontade nas decisões do ente moral. Em tal caso, torna-se evidente que a entidade procura acobertar-se na forma de uma pessoa jurídica sem fins econômicos, porém atua no mercado de consumo como prestadora de serviços remunerados e, por isso, deve ser considerada fornecedora.

Além das *associações* e das *fundações*, tome-se, por exemplo, a *cooperativa*,

que é, nos termos da legislação em vigor, uma sociedade pessoal de natureza civil, cujo objetivo é a prestação de serviços aos seus filiados, como a produção, o crédito, entre outros (art. 4.º da Lei n. 5.764, de 16-12-1971, e arts. 1.093 a 1.095 do CC).

Há quem diga que a natureza civil da cooperativa constitui óbice para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor[22]. Na realidade, nada obsta a aplicação desse Código, considerando-se a cooperativa como fornecedora de produtos e serviços, nos mesmos moldes já delineados neste trabalho. Ou seja, deve-se verificar se o cooperado possui ou não o poder para influir nas deliberações da entidade, mediante o exercício do *direito ao voto*.

A lei protetiva do destinatário final de bens não se limita a considerar fornecedor tão somente as entidades comerciais ou empresariais. Pelo contrário. Inclui-se na noção qualquer pessoa física ou jurídica, mesmo a de natureza civil. Para que incida a lei protecionista do consumidor na relação cooperativa e filiado, deve-se demonstrar que o cooperativado não possui poder deliberativo suficiente, em conjunto com outros cooperativados, para afastar as decisões tomadas por uma "cúpula" de dirigentes. Esses diretores, por sua vez, acabam por se aproveitar indevidamente da forma jurídica dessa entidade para obter a remuneração dos consumidores cooperativados, cujos interesses devem ser tutelados pela legislação consumerista, já que não podem intervir nas atividades da entidade.

Dessarte, em tese podem ser fornecedoras todas as pessoas jurídicas de direito privado, a saber: as sociedades civis, as sociedades empresariais ou mercantis, as associações e as fundações.

É oportuno ainda lembrar que, muitas vezes, o consumidor realiza determinado negócio, julgando que está constituindo a relação jurídica com um sujeito de direito quando, na realidade, outra pessoa é quem fornece o produto ou o serviço. Nesses casos, considera-se fornecedor aquele que assim se apresenta aos olhos do consumidor, mediante a aplicação da *teoria da aparência*. Afinal, há inúmeras situações em que o consumidor não possui a informação necessária para saber se a pessoa que atuou como fornecedora estaria regularmente representando a entidade fornecedora do produto ou serviço, ou não[23].

As *pessoas jurídicas de direito público* também podem ser fornecedoras em uma relação de consumo. Integram o conceito de fornecedoras de serviços públicos tanto as entidades da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) como as da Administração Pública indireta

(empresas públicas, autarquias, concessionárias, permissionárias, sociedades de economia mista e associações e fundações públicas[24]).

Expressamente o art. 3.º, *caput*, incluiu na definição legal de fornecedor o ente desprovido de personalidade jurídica, desde que se apresente no mercado de consumo como um sujeito que desempenha profissionalmente uma das atividades anteriormente referidas.

A propósito, não é incomum o fato de que algumas pessoas, procurando acobertar a sua identidade ou dificultar a sua responsabilidade jurídica, utilizam-se de entes despersonalizados, como a *sociedade de fato*, para obter vantagem indevida e correr menos riscos de se tornar responsáveis pelo prejuízo causado em desfavor do consumidor.

Os métodos de percepção da vantagem ilícita, mediante a utilização de uma sociedade de fato, são os mais variados. Por exemplo, promete-se o fornecimento de produtos e serviços, porém eles não são entregues nem realizados, apesar de o consumidor ter efetuado o pagamento. Ou, ainda, o produto é entregue após o pagamento, mas está com defeito ou não corresponde àquilo que a oferta ou a publicidade tinha divulgado. Nessas circunstâncias e mesmo em outras, o consumidor procura geralmente a restituição dos valores pagos ou a troca. Contudo, é surpreendido com a descoberta de que a linha telefônica para contato foi transferida, que o endereço declinado como sendo da sociedade não existe ou não é o seu real domicílio... E, dessa forma, aquele que realmente deveria responder civil e penalmente pelo fato, cuja identidade não é obtida com facilidade, encontra-se em lugar incerto e não sabido[25].

Os efeitos da relação de consumo não são os mesmos que os da relação jurídica comum, pois estende-se o conceito tradicional de parte desde o último fornecedor até o originário. Para tanto, torna-se suficiente a constatação a partir de qual entidade se iniciou a "cadeia econômica de consumo", que somente é rompida com a aquisição do produto ou serviço por um destinatário final. Tanto o fornecedor direto como o intermédio e o originário podem, diante disso, ser responsabilizados por eventual vício extrínseco ou intrínseco do produto ou serviço. Para o Código, todos eles, inclusive o intermediário, são fornecedores.

O *consumo intermédio* é, portanto, fornecimento. E, como todos são fornecedores, entre eles *não* há relação de consumo, pois não são consumidores uns dos outros, motivo pelo qual às suas relações jurídicas aplica-se a legislação civil, comercial ou administrativa correspondente.

Por outro lado, nas relações contratuais celebradas entre o fornecedor direto e o destinatário final de produtos ou serviços incide a legislação de defesa do

consumidor.

Em reconhecida evolução da tutela do consumidor, atenua-se o princípio da *relatividade dos efeitos no negócio jurídico* e, em determinados casos, estende-se a responsabilidade civil a todos os fornecedores da cadeia de consumo, de acordo com o dano sofrido pelo consumidor.

Todavia, a responsabilidade civil dos fornecedores indiretos e do fornecedor direto observa regras próprias, conforme dispõe o sistema protetivo do consumidor, que será analisado a seguir.

4.1.1.1 O fornecedor imediato

Fornecedor imediato ou *direto* é aquele que constitui diretamente a relação de consumo com o destinatário final dos produtos e serviços. O fornecedor direto de produtos é denominado *comerciante* pelo Código de Defesa do Consumidor e sua responsabilidade é objetiva (arts. 12, *caput*, e 13, *caput*, da Lei n. 8.078/90).

A expressão "comerciante" não coincide necessariamente com os ensinos do Direito Comercial, uma vez que as entidades morais civis podem fornecer produtos e não apenas serviços. Ademais, a legislação de defesa do consumidor inclui todas as pessoas jurídicas na noção de fornecedor, mesmo aquelas que não exercem o ato de comércio ou empresarial, nos estritos limites do direito mercantil.

O fornecedor imediato de serviços, isto é, o prestador de atividade remunerada lançada no mercado de consumo, responde objetivamente pelos danos praticados ao consumidor, exceto quando se tratar do profissional liberal, hipótese na qual caberá, em regra, a responsabilidade subjetiva por danos morais (art. 14, *caput* e § 4.º, da Lei n. 8.078/90) e objetiva por danos patrimoniais (art. 20 do CDC).

De acordo com a sistemática da responsabilidade civil adotada pela Lei n. 8.078/90, torna-se necessária a distinção entre o fornecedor imediato e o mediato para a fixação da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que proporciona algum dano extrapatrimonial ao seu destinatário final.

Se o produto ou serviço não vier a oferecer a segurança que dele razoavelmente se espera, apesar de ele ser potencialmente nocivo ou perigoso à vida ou à saúde, incumbirá ao fornecedor mediato ou indireto a responsabilidade pelos prejuízos que advierem do bem ou da atividade introduzida no mercado de consumo.

Na *responsabilidade pelo fato* do produto e serviço, o legislador consumerista optou *preferencialmente* pela responsabilização daquele que teria efetivamente dado causa ao dano moral. Todavia, o art. 13 da Lei n. 8.078/90 (Código de

Defesa do Consumidor) atribui a responsabilidade ao “comerciante”, melhor dizendo, ao *fornecedor direto*, nas seguintes hipóteses:

a) a falta de identificação suficiente do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador, ou ausência de referência a eles; e

b) a não conservação adequada dos produtos perecíveis.

No primeiro caso – a ausência de identificação do fornecedor indireto ou a insuficiência da identificação –, a responsabilidade do fornecedor imediato é *sucessiva* e *subsidiária*, não no sentido clássico, mas condicionada às hipóteses acima mencionadas. A sucessão e a subsidiariedade em referência decorrem da violação do dever de informação que o fornecedor imediato possui de indicar ao consumidor o nome e a qualificação do fornecedor indireto, o que consubstancia infração ao princípio geral da boa-fé objetiva (arts. 4.º, III, última parte, e 6.º, III, da Lei n. 8.078/90). Nesses casos, o fornecedor imediato pode valer-se da *ação regressiva* em face do real causador do dano, se for o caso (art. 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

Na hipótese de conservação inadequada dos produtos perecíveis, há a responsabilização direta do fornecedor imediato, e não do fornecedor mediato, que, entretanto, poderá responder solidariamente se houver concorrido para a ocorrência do dano (art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

Pelo dano patrimonial sofrido, o fornecedor imediato dos produtos *in natura* será responsabilizado:

a) pela ausência de clareza na identificação do fornecedor mediato (art. 18, § 5.º, da Lei n. 8.078/90); e

b) pela utilização, para pesagem ou medição, de instrumento que não se encontre corretamente aferido, conforme os padrões oficiais.

4.1.1.2 O fornecedor mediato

Nas relações contratuais, o modelo clássico de responsabilidade civil restringe o dever de reparar o dano tão somente em desfavor do contratante que se responsabiliza pelo prejuízo. No entanto, a massificação contratual e a reavaliação dos princípios gerais dos contratos acarretam a necessidade de se proceder a uma readequação do princípio da relatividade dos efeitos, para o atendimento da função social do contrato[26].

Pouco importando a sua natureza contratual ou extracontratual, estende-se a responsabilidade civil nas relações de consumo sobre todos os fornecedores da cadeia econômica, tanto o direto como os indiretos. Esse fenômeno representa, nos contratos de consumo, a quebra do princípio da relatividade dos efeitos (*res*

inter alios). Justifica-se a responsabilidade daquele que não integrou a relação contratual na necessidade de se atender à função social do contrato e de se obter a reparação do dano em favor do consumidor lesado.

Desse modo, o terceiro que não celebrou o contrato, mas integrou a cadeia econômica como fornecedor do produto ou do serviço, pode ser responsabilizado, pois foi um agente econômico que, de algum modo, deu causa ao dano sofrido pelo consumidor.

A norma jurídica de consumo é de *ordem pública* e de *interesse social*, atingindo a todos os fornecedores que contribuíram para que o produto chegue ao fornecedor imediato e seja posteriormente adquirido pelo consumidor, pouco importando a existência de relação contratual entre uns e outros, ou não (art. 1.º da Lei n. 8.078/90)[27].

Os fornecedores que tornaram possível a constituição da relação de consumo, mediante o exercício das suas atividades anteriores – projeção, fabricação, produção, construção, montagem, formulação, manipulação, apresentação, acondicionamento e prestação de informação adequada –, poderão também ser responsabilizados pelo dano eventualmente sofrido pelo consumidor.

Há duas espécies de danos a serem considerados, de forma cumulada ou não, sob a responsabilidade do fornecedor indireto: o dano extrapatrimonial e o dano patrimonial.

De acordo com o art. 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responsável por *danos extrapatrimoniais* ou cumulados com os *danos patrimoniais* causados pelo produto é aquele que, na prática, na maioria das vezes não se relaciona diretamente com o consumidor: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador.

Muito embora o fabricante não se encontre inserido no rol de fornecedores do art. 3.º sob essa denominação, ele é mencionado como fornecedor. O legislador levou em conta o sentido do vocábulo “fabricante”, que, em nossa língua, significa a pessoa que manufatura, confecciona, arranja, organiza ou inventa, expressões essas equivalentes àquelas inseridas pelo legislador (transforma, monta, cria).

O exportador, mencionado como fornecedor, é aquele que, em regra, fabrica ou produz um produto, motivo pelo qual ele também deve ser considerado fornecedor indireto, à semelhança do importador, que, ordinariamente, não promove diretamente a comercialização do bem. Se, porém, vier a fazê-lo, será considerado fornecedor direto, tornando-se indireto apenas o fornecedor anterior.

A atividade de distribuição é ordinariamente indireta, tornando-se direta e

equiparando-se à do comerciante quando entre o distribuidor e o consumidor inexistir qualquer fornecedor intermédio.

Considerou-se, em síntese, que o fornecedor imediato será apenas aquele que comercializa o produto ou presta diretamente o serviço, ainda que em um ou noutro caso venha a se valer de mandatário, preposto ou empregado.

Assim, a *responsabilização pelo fato do produto e serviço é direta do fornecedor ordinariamente indireto ou mediato*, pois se trata de hipótese de dano a algum direito extrapatrimonial do consumidor ou da vítima do evento (vida, higidez física ou psíquica, segurança), cumulado ou não com algum dano patrimonial.

Pelo exposto, a responsabilidade acaba por recair sobre o agente que, por ação ou omissão, tiver efetivamente dado causa ao prejuízo em virtude de sua atividade profissional (*teoria do risco*).

O fornecedor imediato ou direto, cognominado pelo legislador de comerciante, apenas virá a ser considerado diretamente responsável, quando:

a) não tiver conservado adequadamente os produtos perecíveis (art. 13, III, da Lei n. 8.078/90);

b) tiver concorrido para a ocorrência do prejuízo (art. 13, parágrafo único, parte final, da mesma lei); ou

c) houver vício intrínseco no produto ou serviço fornecido ao consumidor, causando-lhe prejuízo econômico.

Ressalvadas as sobreditas hipóteses, a responsabilidade do fornecedor direto será *sucessiva* e *subsidiária*, quando desconhecida ou insuficiente a identificação do fornecedor indireto ou mediato – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador (art. 13, I e II, da Lei n. 8.078/90).

A responsabilidade sucessiva e subsidiária do fornecedor imediato pelo fato do produto e serviço é extremamente justa. É consequência da violação do princípio da *boa-fé objetiva*, que deve nortear as relações de consumo (art. 4.º, III, parte final, da Lei n. 8.078/90). Repudia-se aquele que deixa de fornecer uma informação sobre a origem do produto ao consumidor. Tal conduta omissiva constitui óbice para a satisfação dos direitos do consumidor em face de quem concretamente lhe acarretou o dano, em virtude do exercício da sua atividade profissional.

Quando houver *dano* puramente *patrimonial*, a responsabilidade de todos os fornecedores da cadeia econômica será solidária, salvo exceção em sentido contrário[28].

4.1.2 Elementos subjetivos: o consumidor

O vocábulo “consumidor” é definido sob critérios diferentes e, mesmo sob o ponto de vista legislativo, é *plurívoco analógico*[29].

De acordo com a sociologia, consumidor é aquele que frui os bens para si, em razão de sua classe social. Nesse caso, o consumidor é, muitas vezes, comparado impropriamente ao proletariado[30].

O critério psicológico estabelece que consumidor é o destinatário final dos bens, cuja reação deve ser mais bem analisada, a fim de que se torne concebível uma maior individualização dos critérios da produção.

Para a Filosofia, consumidor é o indivíduo que adquire bens sob a influência daquilo que a sociedade estabelece como necessidade, ainda que, na realidade, a coisa não seja imprescindível[31].

Na publicidade, consumir é ceder às sugestões do anúncio, ainda que subliminarmente formuladas[32].

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, várias eram as definições apontadas pela doutrina[33].

A palavra “consumidor” é definida pela economia como sendo aquele que realiza o ato de consumir (do latim *consommere*), ou seja, de destruir ou desgastar fisicamente a coisa[34].

O art. 2.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90 define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. *Consumidor* é, portanto, o sujeito de direito que encerra a cadeia econômica de consumo, retirando de circulação um produto ou um serviço obtido de um fornecedor.

Conforme o preceito legal, considera-se consumidor tanto quem adquire como aquele que tão somente se utiliza, como destinatário final, de um produto ou serviço lançado no mercado pelo fornecedor. Assim, aquele que adquire alguma coisa para uso próprio[35], como destinatário final, é consumidor. Mas isso não é tudo. Quem se utiliza de um produto ou serviço adquirido de um fornecedor também é considerado consumidor, ainda que não desembolse nenhum real para adquirir o produto ou serviço[36].

Sobredita colocação nas relações contratuais importa em substancial modificação do princípio geral da *relatividade dos efeitos*, já que possibilita a proteção daquele que não celebrou diretamente o vínculo com o fornecedor, porém se tornou o *terceiro prejudicado* pelo dano proveniente do fornecimento

de um produto ou serviço inadequado ao consumo.

Outro elemento indispensável para a melhor compreensão da noção e do alcance do vocábulo “consumidor” é a expressão “destinatário final”, que acaba constituindo-se no cerne da questão referente à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor[37].

Há uma série de questionamentos sobre a expressão “destinatário final”, utilizada pelo legislador brasileiro, que se inspirou no modelo espanhol[38].

Fundamentalmente, as discussões existentes sobre a expressão “destinatário final” e o alcance da relação de consumo ordinariamente podem ser resumidas, para fins didáticos, em duas grandes correntes: a dos minimalistas e a dos maximalistas. Os primeiros tecem conclusões que acarretam uma menor aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas; os outros, uma maior aplicação[39].

Procurando melhor desenvolver o problema, cabe apontar a doutrina minimalista e a maximalista em dois blocos para fins didáticos, já que há diferenças de pensamentos dentro de cada uma dessas correntes.

Entre os *minimalistas*, justifica-se a aplicação estrita do Código protetivo do consumidor, basicamente, sob um ou mais desses três fundamentos:

a) a legislação deve proteger tão somente o economicamente mais fraco, recusando-se a qualidade de consumidor mesmo em favor daquele que adquirir produto ou serviço fora da sua especialidade[40];

b) as pessoas jurídicas não podem ser consideradas economicamente mais fracas e nem mesmo consumidoras[41], salvo quando for o caso de aquisição de produto ou serviço por entidades sem fins econômicos, como as associações e as fundações[42]; e

c) apenas as pessoas jurídicas que não integram a cadeia produtiva poderiam ser consideradas consumidoras[43].

Para os *maximalistas*, a legislação protetiva do consumidor deve ser aplicada de forma mais ampla, compreendendo-se a pessoa física e a jurídica como consumidoras, em atenção ao fato de que o Código de Defesa do Consumidor é norma de *interesse social* e os direitos básicos do adquirente do produto e serviço devem ser resguardados, pois eles derivam da concepção de que a defesa do consumidor constitui *direito fundamental* e princípio geral da *ordem econômica* (*vide*, a respeito, os arts. 1.º e 6.º da Lei n. 8.078/90, assim como os arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da CF).

Dentre os maximalistas, há os que defendem a aplicação da Lei n. 8.078/90

sobre a grande maioria das relações jurídicas[44], enquanto outros procuram aplicar o comando legal em debate observando as disposições gerais do Código e seus reflexos sobre a cadeia econômica de consumo[45]. Porém, tanto entre os minimalistas como entre os maximalistas vigora o entendimento segundo o qual a aquisição do produto ou serviço não pode ter como finalidade a atividade profissional[46].

Não é pacífico, todavia, o entendimento sobre a extensão da expressão "atividade profissional", destacando-se cinco orientações sobre o tema, a saber:

a) o profissional ou a pessoa jurídica que adquire um produto ou um serviço para sua atividade própria não é consumidor;

b) a pessoa jurídica pode ser consumidora, pois a atividade profissional somente abrange os bens de produção;

c) a pessoa jurídica pode ser consumidora, aplicando-se o critério da indispensabilidade do bem para o seu sistema produtivo;

d) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que não recoloque o bem no mercado e seja, naquela relação jurídica, vulnerável;

e) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o bem adquirido não se integre à sua atividade profissional.

Alguns comentários devem ser feitos, a partir dessas orientações.

a) *O conceito de consumidor não alcança o profissional nem a pessoa jurídica que adquire produtos ou serviços na esfera de sua atividade própria*[47], *abrangendo a atividade profissional todos os bens de insumo e de custeio adquiridos*[48].

Entre os que sustentam tal colocação, surge a controvérsia sobre a pessoa jurídica poder ser consumidora ou não, quando adquire bens fora da sua atividade profissional.

De acordo com os negativistas, a pessoa jurídica jamais poderia ser consumidora, pois ela nunca se enquadraria na definição de "destinatária final"[49].

Para a outra corrente, a pessoa jurídica pode ser consumidora ao adquirir produtos e serviços fora de sua atividade própria, quando tal aquisição não opera dentro dos seus fins sociais. É o que sucede, a título de exemplo, quando a pessoa jurídica adquire produtos em favor dos idosos que moram em um asilo, ou de crianças que residem em uma creche[50].

A adoção da corrente negativista da aplicação do Código em favor da pessoa jurídica consumidora restringe a incidência da Lei n. 8.078/90 e configura-se

contrária à norma expressa a esse respeito (arts. 2.º, *caput*, e 51, I, segunda parte, do CDC).

Por outro lado, a limitação imposta pelos positivistas, que defendem a aplicação do Código em favor da pessoa jurídica, quando ela não atua dentro dos seus fins sociais, é extremamente restritiva, merecendo o repúdio dos maximalistas.

b) *A atividade profissional somente abrange os bens de produção, não se confundindo com os bens de custeio, motivo pelo qual, além da pessoa física, a jurídica pode também ser consumidora, adquirindo os bens que não serão recolocados no mercado de consumo, com a finalidade de lucro.*

Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor não procedeu a qualquer distinção puramente econômica entre bem de insumo e bem de consumo, nem sequer distinguiu o bem de produção do bem de custeio. Ao definir produto, pura e simplesmente o legislador estabelece: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (art. 3.º, § 1.º, do CDC).

Assim, a concepção segundo a qual o bem de custeio seria objeto de relação de consumo não é exata, pois a ideia de "destinação final" se refere à causa última, e não à propriedade econômica da coisa. E, de igual modo, a ideia econômica de bem de produção, porquanto ela não se acha prevista na lei que, por sua vez, repita-se, considera qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, como sendo produto.

c) *A pessoa jurídica pode ser consumidora, observando-se o critério da indispensabilidade do bem para o processo produtivo*[51].

De acordo com tal critério, o Código de Defesa do Consumidor ignorou a distinção entre bem de insumo e bem de consumo, motivo pelo qual a aquisição de bens estritamente indispensáveis à atividade profissional não possibilita o reconhecimento da pessoa jurídica como consumidora. Por outro lado, a aquisição de bens que não se demonstram indispensáveis para o exercício da atividade profissional é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, já que a atividade econômica da pessoa jurídica seria desenvolvida normalmente, mesmo que esses bens não viessem a ser adquiridos.

d) *A pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o bem não seja por ela recolocado no mercado de consumo e que ela seja reconhecida em situação de vulnerabilidade*[52].

O abrandamento da aplicação da teoria finalista econômica vem sendo reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vai

caminhando em direção à teoria finalista jurídica, a da causa final[53].

A vulnerabilidade do consumidor é presunção absoluta no mercado de consumo, em face do fornecimento dos produtos e serviços e do domínio da tecnologia e da informação que o fornecedor possui sobre eles.

É imperativo lembrar que a vulnerabilidade não constitui, necessariamente, o critério legal para a definição do consumidor e da relação de consumo, pois é ela um *posterius*, que surge como consequência do reconhecimento da existência da relação de consumo. E, por decorrência, de que a aquisição do produto ou do serviço foi realizada por um sujeito de direito que se enquadra na definição legal de consumidor.

Aquele que vier a ser considerado consumidor é quem se beneficiará da presunção de vulnerabilidade diante do fornecedor. E essa presunção é *iure et de iure*, ou seja, não admite prova em sentido contrário. Mas a vulnerabilidade não é pressuposto do reconhecimento de que um sujeito adquiriu determinado produto ou serviço como consumidor. Pelo contrário. Do reconhecimento da situação de consumidor do sujeito em dada relação jurídica é que se impõe o princípio geral da vulnerabilidade[54].

e) *A pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que se considere que a atividade profissional não compreende os produtos e serviços dela diversos, mesmo que utilizados para o seu exercício, que vierem a ser adquiridos pela entidade*[55].

É mais coerente com o microssistema jurídico implantado a partir do Código de Defesa do Consumidor o entendimento segundo o qual a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o produto ou o serviço por ela adquirido não venha a ser diretamente recolocado no mercado, ainda que mediante especificação ou transformação.

A pessoa jurídica que adquire um produto que se destina à instrumentação da sua atividade profissional, mas que não se confunde com a própria atividade, é consumidora, pois se utilizará do bem para fim próprio. Alguns exemplos podem ser citados, para melhor elucidação:

– a máquina adquirida pelo fornecedor de biscoitos para a produção desse gênero alimentício é bem de consumo, pois o que será recolocado no mercado não é esse instrumento, porém o material que é por meio dela transformado e vem a compor quimicamente o biscoito;

– o material adquirido para transformação da qual resultará o biscoito (farinha, vitaminas, aroma, açúcar, sal) é bem que será recolocado no mercado, não

podendo considerar-se aquele que produz os biscoitos como consumidor desses elementos;

– a tinta adquirida pela montadora de veículos automotores, que é especificada nesses produtos, é bem que acaba por ser recolocado no mercado de consumo, não havendo relação de consumo entre o fornecedor da tinta e a montadora;

– as mesas de escritório obtidas pela concessionária de veículos automotores não constituem objeto precípuo da atividade profissional, havendo relação de consumo entre a concessionária e o fabricante delas.

4.1.2.1 Teoria finalista da análise econômica

Adota-se a teoria finalista da análise econômica para aqueles que relacionam a ideia de destinatário final aos conceitos econômicos de bem de insumo ou produção (incluindo-se o bem de custeio) e bem de consumo[56].

Conforme essa orientação, se o bem vier a ser utilizado para o desempenho da atividade profissional, em sentido lato, ele não será considerado consumido, mas introduzido em uma linha de fornecimento de produtos e serviços, ainda que diferentes, por natureza, daquele que foi adquirido.

O bem inserido como fator da atividade econômica profissional pode ser encaminhado para a produção direta, caso em que será considerado bem de insumo ou produção; ou, ainda, ser incorporado ao patrimônio do que exerce determinada atividade profissional, como bem de custeio.

Bem de insumo é, portanto, a coisa utilizada no sistema de produção do agente econômico, que será destinada ao mercado de consumo sem alteração da sua substância. Também é *bem de produção* aquele que é submetido ao processo de especificação ou transformação. A expressão “bem de insumo” não se fundamenta no aspecto ontológico da coisa, mas na destinação que é dada ao bem[57].

Bem de custeio é a coisa adquirida para o desenvolvimento da própria atividade profissional do interessado, como instrumento hábil para a consecução dos fins objetivados, sem que ocorra a sua transferência direta para a clientela.

Caso o bem seja encaminhado para a produção direta, ele poderá submeter-se ao processo de *especificação*, sendo posteriormente colocado no mercado de consumo, para o fim propugnado pelo interessado. Seguindo tal orientação, apenas será considerado bem de consumo aquele que for adquirido ou utilizado para fins privados ou familiares, desprovidos de qualquer atividade profissional[58].

A utilização do bem no exercício da atividade profissional torna-se suficiente

para que o adquirente ou utente não seja considerado consumidor. Isso ocorre mesmo que o bem não seja reinserido no mercado de consumo, mas sim o resultado elaborado a partir do uso dessa coisa. Tanto a coisa reintroduzida no mercado como aquela utilizada como instrumento do exercício da atividade profissional é, para a teoria da análise econômica, adquirida sem os benefícios conferidos pela legislação consumerista.

Assim, a máquina adquirida para a produção pelo fabricante seria bem de insumo, não podendo ele se valer do Código de Defesa do Consumidor. E, seguindo a mesma linha de raciocínio, segundo uma ótica estritamente econômica, não se aplicaria a legislação protetiva do consumidor nos seguintes casos, entre outros: a aquisição de um ônibus, pela empresa de ônibus; a aquisição de chapas de ferro para carros ou de elementos do sistema de frenagem, pela montadora de veículos; a aquisição de uma máquina de costura, pela costureira; a aquisição de um computador para o escritório, pelo advogado; a aquisição de alimentos, por um restaurante; a aquisição de um serviço terceirizado, por uma pessoa jurídica[59]. Tais exemplos desproporcionais bem ilustram o problema em se adotarem conceitos econômicos que não se encontram expressos em um sistema jurídico.

Além de preceituar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em prol do consumidor profissional, a corrente do finalismo econômico limita, por consequência, a defesa da pessoa jurídica, como consumidora, e de forma mais estrita que as correntes maximalistas não extremadas.

4.1.2.2 Teoria da causa final

A tese ora denominada teoria da análise econômica, de extrema utilidade para o estudo e a reflexão, não é a que melhor analisa a expressão “destinatário final”, pois a legislação brasileira não fez qualquer distinção entre bem de insumo e bem de consumo nem restringiu a definição de consumidor àquele que adquire para fins não profissionais.

A expressão “destinatário final” deve ser analisada à luz da causa para a qual foi adquirido o produto ou o serviço.

O vocábulo “causa” é plurívoco, ordinariamente designando a razão, o motivo, a finalidade, a origem. A ciência jurídica, entretanto, distingue causa e motivo, considerando este subjetivo e móvel, enquanto aquela é tida como concreta e objetiva[60].

Tendo em vista a teoria que ora se descreve, denomina-se causa a finalidade ou o objetivo pelo qual um sujeito de direito acaba por constituir uma relação

jurídica (*causa final*).

Quase que invariavelmente, a teoria da causa é relacionada com o negócio jurídico ou a obrigação. Porém, como a existência de economicidade não é imprescindível ao conceito de causa, ela pode ser aplicada a qualquer relação jurídica, patrimonial ou extrapatrimonial[61].

A *causa final* perfeitamente se distingue da *causa eficiente*, que é desprovida de qualquer conteúdo psicológico e se assenta em leis puramente físicas, e não éticas. De igual modo, não se confunde a causa final com a causa material, já que aquela não tem qualquer referência com a substância da coisa em si mesma considerada. Diferencia-se ainda da *causa formal*, pois o bem não se reduz, na teleologia, à sua própria noção. Por fim, cabe ressaltar que a causa final nada tem que ver com a causa pretérita, que revela a origem, o "porquê" de um fato. A causa final explica "para que" o fato ocorreu.

A causa de uma obrigação não tem qualquer referência com a causa da obrigação da outra parte, pois o fim colimado de cada contratante é a percepção da prestação devida pelo outro.

No estudo da relação jurídica prepondera a causa como o elemento decisivo para se concluir qual é a finalidade da constituição do vínculo de direito. E sem finalidade não se pode conceber efeito jurídico a qualquer ato[62]. Assim, a causa que é considerada de maior importância ao estudo da relação jurídica é aquela que se refere a um interesse do agente em sua situação final, no vínculo de direito[63].

Numa relação contratual, a finalidade para o adquirente é obter a transferência definitiva da coisa. Já no vínculo estabelecido a partir do dano provocado pelo agente, a finalidade é a percepção de reparação do prejuízo moral ou patrimonial.

Como anteriormente se afirmou, a causa é elemento da relação jurídica, seja ela patrimonial ou não[64]. É de rigor a análise da causa da relação jurídica. Na maioria dos casos, ela não estará expressa em um instrumento negocial. Da análise fática e das circunstâncias nas quais se firmou o negócio é que o intérprete poderá examiná-la, em toda a sua extensão.

A causa é anterior ao meio utilizado pelo agente para a satisfação de suas necessidades, porém é causa final aquela que se produz após o meio empregado. Nas relações jurídicas, deve-se verificar não somente o meio empregado para a aquisição do produto ou serviço, como também a causa final, a saber: a recolocação do bem no mercado de consumo, ainda que transformado ou

especificado em outra coisa. Ou, pelo contrário, a retirada da coisa, para desgaste físico da matéria ou sua consumação.

Prefere-se, portanto, a *teoria objetiva da causa* em detrimento da doutrina subjetiva, pois a relação jurídica deve constituir-se para atender à sua função social[65].

A causa pode ser próxima e remota. Nenhuma delas se confunde com o motivo, o que significa que nem mesmo a causa remota pode ser considerada como subjetiva. A causa próxima é, na verdade, um pressuposto objetivo cuja função é possibilitar a ocorrência da causa remota, que é a necessidade humana[66].

Deixando-se de lado as preferências pessoais (particularmente, entendo que o ideal seria a lei consumerista prever que apenas a pessoa física poderia ser considerada consumidora, como estabelece a lei inglesa), a análise imparcial do microssistema conduz ao reconhecimento segundo o qual a teoria da causa final foi adotada de forma ampla pela Lei n. 8.078/90.

Há várias razões previstas no Código de Defesa do Consumidor para a adoção da *teoria da causa final*, em detrimento das teses minimalistas existentes. São elas:

a) não é correta a afirmação segundo a qual a expressão "destinatário final" equivale à distinção puramente econômica entre bem de insumo e de consumo;

b) o legislador consumerista adotou a teoria da causa final na aquisição do produto ou serviço;

c) a pessoa jurídica pode ser consumidora pela lei, ante a adoção da teoria da finalidade causal, desde que não proceda à recolocação do produto ou serviço no mercado de consumo, ainda que especificado ou transformado;

d) aquele que transforma o bem para uso posterior próprio é consumidor, pois não o recolocou no mercado de consumo;

e) o Código de Defesa do Consumidor não adotou, portanto, a definição de consumidor como sendo tão somente o não profissional, que se encontra presente em algumas legislações europeias, inclusive a espanhola de 1984.

Analisemos as hipóteses mencionadas.

1.º *Não é exato afirmar que a expressão "destinatário final" equivale à distinção puramente econômica entre bem de insumo e de consumo.*

Não é razoável o puro e simples entendimento segundo o qual o bem utilizado no processo produtivo, ainda que como mero instrumento da atividade profissional, não poderia ser objeto da relação de consumo.

O art. 3.º, § 1.º, da Lei n. 8.078/90 expressamente estabelece que produto é "qualquer" bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Ou seja, todas as coisas são produtos, desde que suscetíveis de valoração econômica[67].

O legislador não permitiu qualquer interpretação distintiva entre os bens, senão quando definiu expressamente o que seria produto e o que seria serviço, compreendendo-se neste a atividade remunerada e naquele tudo que fosse distinto de uma atividade subjetiva.

Finalidade *não* se confunde com objeto, sendo forçoso admitir que a expressão "destinatário final" encontra-se vinculada ao elemento subjetivo da relação jurídica – no caso, o consumidor –, e não ao produto ou serviço em si. Deixou-se de adotar, assim, a dicotomia bem de produção ou insumo e bem de consumo[68], pois é princípio basilar da hermenêutica jurídica: "Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir".

Se a lei não diferenciou bem de insumo, bem de custeio e bem de consumo, o aplicador da norma não deve submeter-se às noções puramente econômicas para a delimitação do conceito de consumidor e, por conseguinte, da relação de consumo.

Não há dúvida de que as demais ciências que influenciam o Direito – a economia, a sociologia, a medicina, entre outras – contêm expressões técnicas próprias, que podem ser extremamente valiosas para o aplicador da norma jurídica.

Contudo, não se pode proceder à interpretação extralegal ou paralegal, desvirtuando-se a *mens legis*, denominando-se extensiva ou restritiva, conforme o caso. Diferenciar bem de insumo e bem de consumo é lição da economia, porém não albergada pela Lei de Defesa do Consumidor, que expressamente considera produto todo o bem corpóreo e incorpóreo.

A análise econômica da relação jurídica negocial é sempre útil para o Direito, pois traz importantíssimas lições para o intérprete da lei. Todavia, *a análise econômica não pode infirmar o conteúdo expresso da lei*, que se demonstra, ainda hoje, como a forma máxima de expressão do Direito no sistema jurídico brasileiro.

2.º *Ao definir os elementos da relação jurídica de consumo, o legislador não albergou expressamente a distinção em referência (bem de insumo e bem de consumo), porém se limitou a fixar a noção de consumidor em torno da ideia de "destinação final".*

Consagrou-se como parâmetro para delimitação da relação de consumo a

finalidade ou o motivo que levou o sujeito de direito a adquirir o produto ou o serviço. Adotou-se a teoria da finalidade da aquisição do produto ou serviço[69], pelo princípio da causa última ou final.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é o destinatário final do produto e do serviço. A causa determinante ou final, denominada simplesmente causa, é a razão em virtude da qual as pessoas contraem obrigações. É ideia filosoficamente correlata à de efeito[70]. A causa final é aquela cuja existência deve pressupor logicamente a relação jurídica, pois se resume no desígnio que estaria sendo normalmente propugnado pelo sujeito do direito.

Em determinados casos, pode ocorrer que a causa declarada seja manifesta ou parcialmente falsa. Uma vez demonstrada a falsa causa, o responsável poderá até mesmo vir a arcar com as consequências civis, penais e administrativas porventura existentes, por agir em contrariedade ao princípio geral da boa-fé, tanto subjetiva como objetivamente considerada[71].

3.º *A pessoa jurídica é expressamente considerada consumidora, porém a tese minimalista praticamente a exclui de tal situação*.

Com a adoção da teoria da causa final, a pessoa jurídica pode ser considerada consumidora em uma série de situações, diversamente do que sucede com o critério minimalista, que é meramente econômico ou político, ou, em outras passagens, mais econômico ou mais político que propriamente jurídico.

Há a preocupação na doutrina de que algumas pessoas jurídicas procurem tentar distorcer o alcance da norma de defesa do consumidor, demonstrando que são destinatárias finais fáticas. Isso poderia representar um risco à proteção do consumidor genuíno. Tal zelo, porém, deve ser aceito mediante uma interpretação razoável daquilo que expressa ou até mesmo implicitamente dispõe o microssistema de defesa do consumidor, e não como simples resistência ao conteúdo da norma jurídica.

A definição legal de consumidor não se fundamentou na pura e simples distinção de proteção daquele que participa da relação de consumo de forma não profissional, e da não proteção de quem integra tal liame jurídico de forma profissional. É certo que o *critério profissional* é útil para a correta delimitação da figura do fornecedor, mas isso não pode ser considerado suficiente, por si só, para a definição de consumidor e de destinatário final[72].

Tratando-se de pessoa física ou de pessoa jurídica consumidora, somente se deparará o aplicador da norma jurídica com relação jurídica regulada pela Lei n.

8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) se a causa da formação do liame disser respeito à transmissão definitiva ou provisória de produto ou de atividade humana remunerada, sem que outra destinação seja objetivada pelo beneficiário, senão a própria ou a familiar. Aplica-se, pois, o Código de Defesa do Consumidor: em favor da costureira, que adquire uma máquina de costura; em prol do advogado, que adquire um computador; em benefício do fabricante, que adquire uma máquina para o fabrico de seus produtos; entre outros.

Corroboram esse entendimento vários exemplos oferecidos pela doutrina[73]. Assim, se o adquirente do leite entregue por um fornecedor for uma central de laticínios, não há que falar em relação de consumo, uma vez que o produto leite será novamente introduzido no mercado de consumo, ainda que transformado, sem o uso próprio de destruição. Todavia, se a adquirente for uma dona de casa, a relação de consumo estará configurada, pois o produto não será recolocado no mercado de consumo, rompendo-se, a partir de então, a cadeia econômica.

A oficina mecânica que adquire um pneu também não é considerada consumidora do produto, uma vez que o recolocará no mercado de consumo, alienando-o em favor do proprietário do automóvel que estiver precisando do referido bem. Entretanto, o proprietário do veículo automotor é considerado consumidor, pois agregará o pneu ao seu carro, para utilizá-lo de acordo com a sua conveniência e necessidade[74].

Além disso, a pessoa jurídica pode ser considerada consumidora, segundo pondera a jurisprudência brasileira[75].

Há casos em que pouco importa a teoria finalista adotada, pois o resultado será o mesmo. Apenas para exemplificar:

a) não há relação de consumo entre o fornecedor da farinha adquirida pelo fabricante de biscoitos, pois pela análise econômica o bem é de insumo; e, para a teoria da causa final, a farinha será recolocada no mercado de consumo, ainda que transformada como matéria-prima da bolacha;

b) não há relação de consumo entre o fornecedor de tintas para veículo automotor e a montadora, que se utiliza do produto para pintura dos veículos que fornecerá às concessionárias e vendedores, pois, de acordo com a teoria da análise econômica, a tinta utilizada é bem de insumo; e, consoante a causa final, a tinta será recolocada no mercado de consumo, ainda que fixada na carcaça dos veículos.

4.º *O bem transformado para uso posterior* próprio *não retira do adquirente ou utente a situação jurídica de consumidor, ao contrário do que sucede na*

hipótese de especificação ou transformação com fins de subsequente recolocação da coisa no mercado de consumo.

Especificação é a transformação de um bem, cuja matéria-prima é ofertada por um sujeito de direito, pela atividade humana de outro. O Código Civil contém dispositivo que trata desse instituto. De natureza historicamente controversa, considera-se a especificação modalidade de acessão, para aquisição da propriedade móvel. De acordo com o legislador civil, se o especificador obteve a transformação utilizando-se de matéria-prima própria, passará a ter a propriedade da coisa. De igual modo, o especificador passará a ser o proprietário da coisa mesmo que apenas parte da matéria seja sua e a transformação inviabilize a restituição da coisa ao seu estado anterior (art. 1.269 do CC).

Ressalvada a hipótese do especificador de boa-fé, que passa a ter a propriedade do bem transformado insuscetível de restituição ao estado anterior utilizando-se da matéria alheia, a coisa transformada pertencerá ao proprietário do bem especificado (art. 1.270, § 1.º, do CC).

O Código de Defesa do Consumidor não contém dispositivo aplicável ao tema da especificação, mas a questão é de interesse ante o problema da causa nas relações de consumo.

A aquisição da coisa para os fins de transformação e posterior colocação no mercado é perfeitamente possível e bastante corriqueira na sociedade moderna de massa. A coisa, resultado da transformação, conforme já apregoado, denomina-se bem de insumo, se vier a ser repassada a outrem.

Se o objetivo da aquisição do bem é a sua transformação para a posterior venda do seu resultado (“produto”, expressão esta utilizada diversamente do que consta na lei, que confere sentido ilimitado a esse vocábulo), a relação *não* poderá ser considerada regulada pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O especificador, ao transformar o bem para transferi-lo a outrem, não tem o interesse lógico de permanecer com a coisa, exercendo os direitos inerentes ao seu domínio. Não é irrazoável, desse modo, a conclusão segundo a qual não é a pura e simples especificação que fará com que o produto deixe de ter destinação final para com aquele que o adquiriu. Nesse sentido, uma vez transformado o produto para a incorporação em outro e uma nova transmissão ao mercado de consumo, ainda que sob a forma autônoma, não há o que cogitar de destinação final por quem o adquiriu para tal mister. É lógico. O especificador ou o transformador deixou de ser um consumidor em potencial e passou a exercer o papel de fornecedor, regendo-se a sua relação jurídica com o fornecedor

originário do produto pela legislação ordinária, e não pelo Código de Defesa do Consumidor.

A especificação que é elaborada para *uso próprio* e que não importa em nova transmissão através do mercado de consumo não retira do adquirente do bem ou do seu utente a qualidade de consumidor, nos termos da Lei n. 8.078/90. Persiste, nesse caso, a incidência da lei consumerista ante a existência de relação jurídica de consumo.

Por tais considerações, deve-se compreender que o legislador não se preocupou com a dicotomia bem de custeio e bem de insumo, porém fixou a diretriz da diferenciação da relação de consumo e da relação ordinária na *causa determinante*.

Incumbirá ao aplicador da norma a análise de cada caso, explorando a noção de relação de consumo sempre à luz da teoria da causa final na relação jurídica, já que o Código de Defesa do Consumidor não diferencia em qualquer passagem a prática dos atos de insumo e a dos atos de consumo.

5.º *O Código de Defesa do Consumidor não adotou a definição de consumidor não profissional, que se encontra presente em algumas legislações europeias.*

A distinção entre o consumidor profissional e o não profissional é uma realidade expressa em determinados diplomas legislativos estrangeiros, porém a legislação brasileira silencia sobre o assunto[76]. Não se pode, desse modo, estabelecer conclusão semelhante através da análise da Lei n. 8.078/90. Assim:

a) a Lei *78-23*, de 10-1-1978, na França (*Loi Scrivener*), regulamentada pelo Decreto 78.464, de 24 de março do mesmo ano, previa quais são as cláusulas contratuais abusivas inseridas em instrumentos negociais referentes a relações jurídicas celebradas entre profissionais e não profissionais, aos quais denomina consumidores (essa lei foi revogada, nesse trecho, pelo *Code de la Consommation*, Lei 93-949, que trata também desse mesmo tema)[77];

b) a Lei *281*, de 1998, na Itália, restringe a definição de consumidor à pessoa física[78];

c) a Lei *24/96*, de 31 de julho, em Portugal (Lei do Consumidor), estabelece que o consumidor é aquele que não adquire o bem ou o serviço para o uso profissional[79];

d) a *AGB-Gesetz* (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschaefts bedingungen*), Lei alemã de 9-12-1976, regula as condições gerais dos contratos, e o princípio geral da boa-fé objetiva tem a sua aplicação estendida pela jurisprudência germânica para as relações jurídicas entre dois profissionais ou

comerciantes, estabelecendo-se, desse modo, a cláusula geral proibitória de inserção de qualquer dispositivo que o violasse, a teor do § 9.º (§ 24 da mesma lei)[80];

e) a Lei *de 1973*, na Suécia, limita a definição de consumidor à pessoa privada que compra uma mercadoria destinada especialmente ao seu uso privado, de um comerciante, durante o exercício da atividade profissional dele;

f) a *Ley 26/84*, de 19 de julho, na Espanha (*Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*), excepciona aquele que integra o bem ou serviço ao processo de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços, da proteção dada ao consumidor.

É necessário observar que, apesar de o legislador brasileiro ter-se inspirado na definição legal de consumidor conferida pelo legislador espanhol, *não há qualquer alusão expressa à distinção econômica do bem ou serviço adquirido* na Lei n. 8.078/90. Nem sequer há na lei brasileira a distinção legal entre o consumidor profissional e o consumidor não profissional.

Logo, inexistindo distinção entre bens (art. 3.°, § 1.°, do CDC) e entre o consumidor profissional e não profissional, resume-se a expressão "destinatário final", no direito consumerista brasileiro, àquele que adquire ou se utiliza sem recolocar o produto ou serviço no mercado de consumo.

Na Espanha, a *Ley 26/84*, de 19 de julho, expressamente define que consumidores ou usuários são "as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizam ou desfrutam como destinatárias finais bens móveis ou imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções, qualquer que seja a natureza pública ou privada, individual ou coletiva de quem os produz, facilita, subministra ou expede".

A definição consagrada pelo microssistema de defesa do consumidor brasileiro é similar, porém não é idêntica. Consumidor é, nos termos do art. 2.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90, "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final".

O legislador espanhol acrescenta, no art. 2.º, 2: "No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Sobredita exceção, segundo a qual não é consumidor aquele que integra os bens ou serviços em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços, não se encontra expressa em qualquer linha do Código de

Defesa do Consumidor brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não adotou a natureza subjetiva do conceito de consumidor, porém se limitou a prever expressamente a natureza objetiva, enfatizando a sua posição como destinatário final da cadeia econômica.

Ao deixar de consignar expressamente o aspecto subjetivo de exclusão da figura do consumidor, que é a aquisição ou o uso não profissional do produto ou serviço, a Lei n. 8.078/90 distanciou-se do sistema positivo europeu e permitiu a regulação de várias relações jurídicas que não se enquadram como vínculos de consumo nos diplomas legais de outros povos[81].

Portanto, a integração do produto ou do serviço à produção (bem de insumo) não foi o critério esposado pelo legislador nacional.

Diante dos argumentos acima mencionados, a solução mais adequada para a expressão "destinatário final" encontra-se na aplicação da teoria da *causa final*, que proporciona uma incidência mais ampla da Lei n. 8.078/90 sobre as relações jurídicas; porém representa, na prática, um maximalismo *não* exacerbado. Com isso, conclui-se que não incide a legislação consumerista em prol daquele que adquire ou se utiliza do produto ou serviço, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica, *desde que* proceda à recolocação do bem ou da atividade no mercado de consumo, ainda que mediante a especificação ou a transformação.

Diante do exposto, qualquer sujeito de direito pode ser consumidor em determinada relação jurídica. Basta que todos os elementos subjetivos e objetivos estejam presentes, nos termos preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

4.1.2.3 O consumidor por equiparação

O Código de Defesa do Consumidor, ao definir quem é o consumidor em uma relação jurídica, não se limita a conceituar como tal o destinatário final de produtos e serviços, uma vez que prevê:

a) o consumidor *vulnerável*, ao estabelecer, como princípio da política nacional das relações de consumo, que todo consumidor é vulnerável no mercado (art. 4.º, I);

b) o consumidor *carente*, ao prever a assistência jurídica integral e gratuita em favor do destinatário final de produtos e serviços que tenha de se valer dos serviços advocatícios e do Poder Judiciário, para a apreciação de eventual lesão aos seus direitos (art. 5.º, I); e

c) o consumidor *hipossuficiente*, que pode beneficiar-se da inversão do ônus da prova, no processo civil, caso assim venha a ser reconhecido pelo julgador

(art. 6.º, VIII).

A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) equipara determinados entes à figura do consumidor, que poderão vir a se beneficiar dos direitos nela previstos, a saber: a coletividade de pessoas, todas as vítimas de um acidente de consumo e todas as pessoas expostas às práticas abusivas.

São consumidores por equiparação legal: a coletividade de pessoas, a vítima do evento o qual se denomina "acidente de consumo" e as pessoas expostas às práticas comerciais de oferta, publicidade e oferecimento de contratos contendo cláusulas abusivas.

a) A *coletividade de pessoas*

Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único). Reconhece-se, portanto, a existência dos interesses de uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenham atuado na relação de consumo.

Viabiliza-se, dessa forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos da massa de pessoas que participam das relações de consumo, de forma geral e ampla para todos os fins do Código de Defesa do Consumidor, cujas necessidades podem ser defendidas preventiva ou repressivamente pelos órgãos legitimados por lei para tal mister[82].

b) Todas *as vítimas do acidente de consumo* (art. 17)

Além do próprio consumidor, o terceiro prejudicado recebeu a atenção do legislador, ante o dano sofrido decorrente da relação de consumo da qual não participou. Nesse caso, a vítima pode pleitear a reparação da ofensa com base na responsabilidade objetiva do fornecedor. Para tanto, é mister que o terceiro (*bystander*) tenha sofrido algum dano moral como consequência do vício extrínseco do produto e serviço fornecido no mercado de consumo.

Com isso, estendeu-se a proteção concedida pela lei ao destinatário final dos produtos e serviços, em favor de qualquer sujeito de direito, inclusive daquele que, ordinariamente, não seria consumidor na relação de consumo a partir da qual ocorreu o prejuízo.

Somente poderá a vítima do acidente de consumo, e que não é consumidora por definição (art. 2.º, *caput*), beneficiar-se da Lei n. 8.078/90 quando houver a *responsabilidade pelo fato do produto e serviço* do fornecedor, que se caracteriza como decorrente de prejuízos extrapatrimoniais acarretados sobre o consumidor.

Não poderá a vítima equiparada ao consumidor do art. 17, dessarte, valer-se da

tutela legal conferida pela responsabilidade pelo vício do produto e serviço, nos arts. 18 a 25 do CDC.

c) Todas *as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas de fornecedores* (art. 29), bem como à oferta, à publicidade, à cobrança de dívidas, à inserção de seus nomes em banco de dados e cadastros (arts. 30 a 44) e cláusulas abusivas (art. 51)

A oferta e a publicidade podem influenciar sobremaneira as pessoas que tomam contato com elas, ainda que subliminarmente. Protegê-las das práticas prejudiciais aos seus interesses é um dos objetivos delineados pelo legislador consumerista. Consagra-se, desse modo, a ideia de tutela preventiva e repressiva aos danos patrimoniais e morais causados aos interesses privados do consumidor (art. 6.º, VI, da Lei n. 8.078/90).

Não é suficiente, contudo, a proteção dos direitos do consumidor individualmente considerado. É indispensável uma tutela mais ampla, para o benefício de todos os consumidores, conforme se infere do último dispositivo legal acima citado[83].

O *individualismo* jurídico propugnado pelos códigos e pela doutrina novecentista foi infirmado pela revolução social e industrial pela qual passou a sociedade de nosso século, fruto do avanço tecnológico que teve seu marco inicial com a Revolução Industrial, e das repercussões que exsurgiram, em especial, a partir do início do século XX.

A orientação atual busca a socialização do direito em resposta aos anseios das grandes massas que se relacionam juridicamente. O atendimento dos interesses sociais, por meio de medidas judiciais que proporcionam soluções mais céleres e de maior expressão sobre a considerável quantidade de indivíduos que se encontram integrados no mercado de consumo, é meta a ser diariamente conquistada por todos os profissionais do Direito. Preconiza-se a tutela dos *interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos*, inibindo-se uma série de comportamentos do fornecedor considerados pelo legislador como nocivos aos interesses da massa de consumidores e daqueles individualmente considerados.

Mesmo o agente econômico que não se enquadrar na definição legal de consumidor pode vir a se beneficiar do art. 29 da Lei n. 8.078/90, inibindo-se a prática atentatória do fornecedor aos direitos do consumidor.

Nessa modalidade de equiparação, percebe-se a nítida distinção entre os interesses tutelados nos arts. 2.º, parágrafo único, e 29 do Código de Defesa do Consumidor. Ao principiar o Capítulo V do Título I, denominado “Das práticas comerciais”, o legislador conferiu a defesa dos direitos de todos, consumidores

por definição ou não, e não apenas da coletividade de consumidores.

Assim, a expressão “todas as pessoas” do art. 29 do CDC abrange: a vítima do evento referida no art. 17, a coletividade de consumidores a qual alude o art. 2.º, parágrafo único, e mesmo as pessoas que normalmente não seriam consumidoras na relação de consumo a partir da qual se principiou o dano[84].

O conceito de consumidor por natureza é desconsiderado para os fins de aplicação do art. 29, tal como sucede com a figura do *bystander*, no art. 17 da lei protetiva. Todavia, conforme consta do dispositivo legal em apreço, “para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. As práticas previstas no Título I, Capítulo V, do Código de Defesa do Consumidor e no seguinte são: as de oferta (arts. 30 a 35), as de publicidade (arts. 36 a 38), as abusivas (arts. 39 a 41), a cobrança indevida de dívidas (art. 42), a inserção indevida do consumidor no banco de dados e no cadastro de inadimplentes (arts. 43 e 44) e as cláusulas abusivas (art. 51).

Referidas práticas devem, é lógico, advir de uma relação de consumo. A equiparação é que dispensa a definição legal de consumidor. Porém, para se equiparar, faz-se necessário que tal medida se dê em comparação a algo. No caso, o consumidor. E somente se pode falar da existência de equiparação, qualquer que seja ela (a da coletividade de pessoas do art. 2.º, parágrafo único; a da vítima do evento do art. 17; e a da totalidade das pessoas expostas às práticas do fornecedor do art. 29), se houver um consumidor na relação jurídica que seja o alvo da equiparação.

Se a interpretação e a aplicabilidade do CDC não se pautar por tal orientação, aí sim se estará praticando o maximalismo extremado e incoerente, que servirá para a desmoralização da lei consumerista.

Em outros termos: inexistindo relação de consumo, ainda que sob a forma de oferta ou publicidade, não há como proceder à equiparação de uma das entidades referidas ao consumidor definido em lei, pois não há que falar de consumidor a ser equiparado.

As três equiparações legais ao consumidor (arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29) resultam da implementação do Estado Social do Direito, consagrando-se a proteção dos interesses da massa de consumidores considerados socialmente relevantes pelo legislador. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores são protegidos em face da contratação em massa. Não há mais tão somente a tutela individual do adquirente direto ou usuário final, mediante o equilíbrio da relação jurídica. Defendem-se os interesses

sociais da massa de consumidores que intervém nas relações de consumo (interesse difuso e coletivo), das vítimas de acidentes de consumo ao menos atentatórios à vida, à saúde ou à segurança do consumidor e das pessoas expostas às práticas decorrentes de oferta ou de publicidade, mesmo que não venham a adquirir o produto ou o serviço veiculado pela mídia (interesses difusos).

Dentre os direitos básicos do consumidor, consolidou-se a relevância social da tutela preventiva e repressiva de danos patrimoniais e morais:

a) de grupos de pessoas perfeitamente identificadas ou determinadas, ainda que em um primeiro momento não identificadas (*interesses individuais homogêneos*);

b) de grupos de pessoas determináveis relacionadas por um vínculo jurídico comum (*interesses coletivos*); e

c) de grupos de pessoas indeterminadas ligadas entre si por uma relação de fato (*interesses difusos*)[85].

Tratando-se de *responsabilidade contratual*, é completamente viável a intervenção de terceiros estranhos à relação de consumo contra as práticas abusivas do fornecedor ou as cláusulas abusivas por ele unilateralmente inseridas nos instrumentos negociais. É a *oponibilidade externa* da relação jurídica, como exceção ao princípio da relatividade dos efeitos. Desse modo, rompe-se o princípio contratual clássico da eficácia relativa e permite-se a oposição em detrimento dos interesses das partes, toda a vez que houver prejuízo ou ameaça de prejuízo aos interesses de terceiros determinados, ainda que em grupo (interesses individuais homogêneos, se socialmente relevantes), determináveis (interesses coletivos) ou indeterminados (interesses difusos).

Para a defesa dos interesses socialmente relevantes (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o ordenamento jurídico confere poderes a determinadas entidades para a propositura de medidas judiciais, ressaltando as ações civis públicas e as ações coletivas de interesses individuais homogêneos dos consumidores. São elas:

a) a União, o Estado-membro, o Município, o Distrito Federal e os entes da Administração Pública direta ou indireta, com ou sem personalidade jurídica (autarquia, concessionária, permissionária, empresa pública, sociedade de economia mista e órgãos especializados na defesa dos consumidores, como o Procon);

b) as associações constituídas há, no mínimo, um ano, que tenham como objeto a defesa dos interesses dos consumidores, conforme estabelecido pelo estatuto respectivo; e

c) o Ministério Público.

Os órgãos legitimados para a defesa dos interesses transindividuais poderão exercer o controle extrajudicial das relações de consumo mediante a celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta do fornecedor nos autos do procedimento administrativo próprio. Tratando-se do Ministério Público, o termo de compromisso celebrado durante a fase extrajudicial, nos autos do inquérito civil, possui o valor de título executivo extrajudicial (art. 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/85).

4.1.3 Elemento objetivo: produto ou serviço

Contrariamente ao que preferiu o legislador ordinário, que adotou a clássica distinção entre sujeito e objeto, compreendendo-se neste todos os bens suscetíveis de valoração econômica, inclusive a atividade humana, o Código de Defesa do Consumidor procurou distinguir o objeto da relação de consumo, dividindo-o em duas grandes categorias: o produto e o serviço. Considerou-se que o exercício da atividade remunerada é um objeto da relação de consumo distinto do produto. A conduta desenvolvida pelo fornecedor, como objeto da relação de consumo, é o serviço, enquanto os demais bens são os produtos.

Em dada relação jurídica, para se concluir se o seu objeto é um produto ou um serviço, faz-se necessária a adoção de método equivalente ao utilizado para diferenciar a locação de serviços e a empreitada da locação de coisa. Em suma, deve-se averiguar qual é o elemento nuclear do vínculo obrigacional: uma *obrigação de dar* ou uma *obrigação de fazer*. Tratando-se daquela, a hipótese é de produto; no outro caso, o objeto é um serviço.

Como se poderá observar do estudo feito mais adiante acerca do serviço, esse critério não é exclusivo, pois o serviço pode ser definido não só por natureza, como também pelo critério legal.

4.1.3.1 Noção de produto

Produto é *qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial* (art. 3.º, § 1.º, da Lei n. 8.078/90). Por se tratar de definição extremamente abrangente, não se permite ao intérprete a restrição de seu conteúdo, salvo para diferenciar a atividade da pessoa e o produto. Essa é, a bem da verdade, a única distinção feita entre os vários objetos de direito na relação de consumo.

Pouco importa se a coisa adquirida é móvel, semovente ou imóvel, se ela é natural ou industrial, autônoma ou incorporada[86], transformada ou não. Qualquer bem adquirido em uma relação de consumo é produto. A ausência de outra

distinção autoriza a conclusão segundo a qual não há base legal para se adotar a diferenciação econômica entre bem de insumo, bem de custeio e bem de consumo.

Para se considerar um bem como produto, basta que a coisa tenha sido colocada em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor. Portanto, se o bem for colocado em circulação por um sujeito de direito que não se enquadra na definição legal de fornecedor, como é o caso daquele que não exerce profissionalmente tal atividade (a de inserção de bens no mercado), não há que falar em produto para os fins de caracterização da relação de consumo.

Não se pode olvidar que a responsabilidade civil do fornecedor por danos causados ao consumidor encontra-se calcada na objetivação, porque o fornecedor responde independentemente de culpa, salvo previsão legal expressa em sentido contrário.

O homem contemporâneo vive em uma sociedade na qual a atividade do lançamento de produtos e serviços no mercado de consumo não se destina a beneficiar cada consumidor individualmente considerado, mas a grande massa de destinatários finais de produtos e serviços. Esse motivo é suficiente para justificar o abandono da manutenção do sistema tradicional da culpa.

Ora, o cerne da questão da responsabilidade objetiva do fornecedor está na existência ou não de defeito no produto e no serviço, bem como a natureza do dano que se verifica em desfavor do consumidor por natureza ou por equiparação. Se o defeito do produto extrapolar a própria substância do objeto da relação de consumo causando prejuízo à vida, à saúde, à segurança ou a algum outro direito extrapatrimonial, cabe a reparação civil por danos morais. Caso contrário, o defeito ensejará apenas a responsabilidade patrimonial do fornecedor.

4.1.3.2 Classificações de produto

Várias classificações de produto podem ser extraídas do microssistema legal de proteção ao consumidor, destacando-se os seguintes critérios: segurança, nocividade, adequação, propriedade, durabilidade, natureza e substituição de peças.

a) *Produto seguro e inseguro*

Quanto à segurança, o produto pode ser seguro ou inseguro. *Produto inseguro* é aquele nocivo à vida, à saúde física ou psíquica ou à segurança do consumidor[87].

O produto pode ser inseguro por natureza ou em decorrência da atividade

humana. O produto inseguro por natureza é potencialmente nocivo à vida e aos demais direitos personalíssimos do consumidor.

A atividade humana pode, contudo, tornar nocivo aos direitos da personalidade do consumidor algum produto que naturalmente não era perigoso, cuja utilidade a ele dada o tornou potencialmente danoso.

Ao versar sobre a questão da segurança do consumidor, o legislador relacionou-a com a ideia de defeito extrínseco, pois o produto padece, nessa hipótese, de um vício exógeno que acaba por causar prejuízos que não se limitam aos direitos patrimoniais da vítima, porém ofende a sua vida ou a sua integridade física ou psíquica.

Qualquer coisa lançada pelo fornecedor no mercado de consumo, que não oferece a segurança que dela legitimamente se pode esperar (conceito jurídico indeterminado a ser deduzido por um juízo de razoabilidade), ante a sua apresentação, a época de sua colocação no mercado, a sua utilidade e os seus riscos, é um produto defeituoso ofensivo aos interesses extrapatrimoniais do consumidor (art. 12, § 1.º, da Lei n. 8.078/90).

Adota-se na lei de Proteção do Consumidor brasileiro, pois, a *teoria da confiança* nos negócios jurídicos, exemplo esse seguido pelo Código Civil de 2002, que estabelece a boa-fé objetiva como princípio norteador dos negócios jurídicos (art. 113 do CC), incluindo-se os contratos (art. 422 do CC)[88].

b) *Produto nocivo e inofensivo*

Quanto à nocividade, o produto pode ser: perigoso ou nocivo e inofensivo. A conclusão de que um produto é seguro não significa a inexistência de sua nocividade. O produto, embora seguro, pode demonstrar-se potencialmente nocivo se a segurança que dele legitimamente se espera não se alcançou, em dado caso concreto.

A mesma sensação de inexistência do perigo, porém, não se dá com o produto inseguro por natureza. O risco que o consumidor tem de manipulá-lo para qualquer fim é intrínseco às suas próprias características. Todavia, a periculosidade deve ser aquela previsível em toda a sua amplitude, por informação adequada anteriormente prestada pelo fornecedor.

Produto normalmente perigoso é aquele que apresenta nocividade inerente, motivo pelo qual a sua circulação no mercado de consumo é restrita diante da real previsibilidade do risco que ele representa à vida, à saúde ou à segurança.

Se o produto perigoso por natureza ou por atividade industrial tiver a sua circulação no mercado de consumo admitida por lei, o fornecedor deverá prestar de forma ostensiva todas as informações relevantes acerca da periculosidade do

produto colocado no mercado de consumo (art. 9.º da Lei n. 8.078/90). Ao assim agir, estará observando o princípio da *boa-fé objetiva*, que vigora independentemente da existência de contrato e decorre do simples exercício da atividade de risco desempenhada pelo agente econômico no mercado de consumo.

A violação do princípio da *boa-fé objetiva*, pela ausência de informação relevante sobre a periculosidade inerente do produto, acarreta a responsabilidade pré-contratual do fornecedor, por ofender os interesses difusos dos consumidores.

Se o fornecedor, porém, somente vier a tomar conhecimento acerca da nocividade do produto *após* a sua colocação no mercado, a *responsabilidade pré-contratual* será afastada, desde que sejam imediatamente prestadas as informações relevantes às autoridades administrativas competentes e aos consumidores, por meio de publicidade ampla, cujos ônus serão suportados apenas pelo fornecedor (art. 10, §§ 1.º e 2.º, da Lei n. 8.078/90).

c) *Produto adequado e inadequado*

Quanto à adequação, o produto pode ser: adequado e inadequado. *Produto adequado* é aquele que corresponde ordinariamente às expectativas do seu destinatário final.

A adequação dos produtos e serviços é uma das metas da Política Nacional das Relações de Consumo, porque se torna justo que o adquirente ou utente final do produto possa obter a satisfação dos seus interesses legítimos. Novamente, é de aplicar a *integração da lei*, buscando-se adequar esse *standard* jurídico, conforme o princípio da razoabilidade ou do homem médio. Para tanto, o juiz atenderá à função social da norma jurídica e se valerá dos costumes, da analogia e dos princípios gerais do direito (arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A adequação do produto e do serviço deve ser tal que ele não provoque danos patrimoniais nem morais ao consumidor por natureza ou por equiparação. Além disso, a adequação abrange a noção de finalidade da aquisição ou utilização do produto, podendo configurar-se ofensa ao princípio da boa-fé objetiva o fornecimento de um produto que não se destine ao fim colimado pelo consumidor, porque o fornecedor não lhe informou suficientemente a sua utilidade.

Produto inadequado é, assim, aquele que não corresponde ordinariamente às expectativas do seu destinatário final. Nesse caso, o consumidor poderá responsabilizar o fornecedor por danos morais ou patrimoniais, inserindo-se

nesta última categoria a violação da boa-fé objetiva pelo vício de informação, o que proporciona ao consumidor até mesmo o direito de redibição (art. 18 da Lei n. 8.078/90).

d) *Produto próprio e impróprio*

Na legislação protetiva do consumidor, a expressão "impropriedade" é empregada como espécie de inadequação. E, como anteriormente mencionado, todo produto deve ser adequado para a finalidade pretendida pelo consumidor, realçando-se a importância do fornecimento de informações relevantes sobre a utilidade do bem. A impropriedade é, assim, a inadequação econômica do produto decorrente do vício de qualidade, de quantidade ou de informação.

Quanto à propriedade, o produto pode ser: próprio e impróprio. *Produto impróprio* é aquele que se demonstra inadequado para os fins propugnados pelo seu destinatário final.

A impropriedade do produto pode ser: material ou formal. Impropriedade material, concreta ou substantiva é aquela que decorre da inadequação real do produto, ensejando o prejuízo patrimonial ao consumidor. São casos de impropriedade material, expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor:

1. o *produto deteriorado*, que é o bem cuja qualidade ou condição primitiva foi modificada por causas naturais, podendo ou não acarretar algum risco à saúde (art. 18, § 6.º, II);

2. o *produto alterado*, que é aquele que sofre modificações da sua qualidade ou condição primitiva, por ação humana (art. 18, § 6.º, II);

3. o *produto adulterado*, que é o bem que sofre uma modificação da sua qualidade original, por força da ação humana, deixando de se prestar para o fim ao qual se destinava e colocando em risco a saúde ou a segurança do consumidor (art. 18, § 6.º, II);

4. o *produto corrompido*, que é o bem que sofre uma piora da sua qualidade por força da ação humana (art. 18, § 6.º, II);

5. o *produto avariado*, que é o bem que não possui mais a utilidade desejada para cumprir a sua destinação mercadológica (art. 18, § 6.º, II); e

6. o *produto falsificado*, inclusive o *fraudado*, que decorre da ação humana para que possa fazer-se passar por outro produto, em qualidade e quantidade (art. 18, § 6.º, II)[89].

Também são considerados materialmente impróprios os produtos nocivos à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, salvo aqueles cuja circulação no

mercado de consumo se torna admitida, hipótese na qual subsiste o dever de o fornecedor informar acerca da existência dos riscos.

Os *produtos impróprios* por nocividade à vida, à saúde ou à segurança do consumidor somente acarretarão a responsabilidade do fornecedor por danos morais quando houver efetivamente o prejuízo a algum direito personalíssimo. Contudo, a simples ameaça a tais direitos por impropriedade pode advir de algum vício intrínseco (qualidade, quantidade e informação), e, nesse caso, a reparação por danos patrimoniais já se torna perfeitamente admissível.

Impropriedade formal, abstrata ou adjetiva é aquela que advém da não observância de normas técnicas, sem que seja necessário comprovar que a aquisição do produto ensejaria um prejuízo patrimonial para o consumidor. As hipóteses de impropriedade formal expressas na Lei de Defesa do Consumidor são:

1. o *produto com prazo de validade vencido* (art. 18, § 6.º, I); e

2. o *produto que se encontra em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação* (art. 18, § 6.º, II, parte final), considerando-se prática abusiva a sua inserção no mercado de consumo sem a observância das normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, dentre eles a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, e o Conmetro – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, por meio das entidades credenciadas (art. 39, VIII).

A impropriedade formal dispensa a prova da existência concreta de dano patrimonial. Parte-se da presunção segundo a qual a simples não observância da norma acarreta a responsabilidade do fornecedor, que tem a obrigação de se submeter à alternatividade eleita pelo consumidor (redibição, estimação ou troca), para fins de reparação do dano que, nesse caso, é meramente abstrato.

e) *Produto durável e não durável*

Quanto à durabilidade, o produto pode ser: durável e não durável. *Produto durável* é aquele cujo consumo não importa na sua imediata destruição física. Exemplo: eletrodomésticos, automóvel, computador, móveis. *Produto não durável* é aquele cujo consumo acarreta a sua imediata destruição física. Exemplo: gêneros alimentícios, produtos medicinais.

A distinção entre o produto durável e o produto não durável é feita pelo legislador para o especial fim de contagem do prazo decadencial para reclamação pelo vício do produto. Assim, se o produto estiver com algum defeito econômico, o consumidor terá o prazo de trinta e de noventa dias, respectivamente, se o bem for não durável ou durável, para reclamar da

existência do defeito intrínseco (art. 26 da Lei n. 8.078/90).

Justifica-se a diferenciação do prazo decadencial pela própria natureza do produto, conferindo-se um prazo menor para que o consumidor proceda à reclamação se o bem não tem durabilidade.

f) *Produto* in natura *e industrial*

Quanto à natureza, o produto pode ser: *in natura* ou industrial. Produto *in natura* é aquele resultante da atividade agrícola, pastoril ou extrativista, sem a realização de qualquer atividade industrial, exceção feita à purificação. Já produto *industrial* é aquele que se submete ao processo de fabricação em uma linha de produção.

A distinção entre o produto *in natura* e o produto industrial é importante para os fins de fixação da responsabilidade por danos patrimoniais e morais. Assim, o fornecedor direto é quem será responsável:

1. por danos extrapatrimoniais sofridos pelo consumidor, se não conservou adequadamente os produtos perecíveis (art. 13, III, da Lei n. 8.078/90); e

2. por danos patrimoniais sofridos pelo consumidor, se o produtor não for claramente identificado (art. 18, § 5.º, da Lei n. 8.078/90).

g) *Produto compósito e essencial*

Quanto à substituição de peças, o produto pode ser: compósito ou essencial (não compósito). *Produto compósito* é aquele resultante do justaposicionamento de peças e componentes, que podem ser substituídos sem que se proporcione a sua inadequação. *Produto essencial* ou *não compósito* é aquele que não pode ter qualquer de seus componentes retirados ou substituídos, sob pena de comprometer a sua substância.

Os elementos do produto essencial são, portanto, insuscetíveis de dissociação.

A distinção entre o produto compósito e o produto não compósito é útil porque o bem que não se sujeita à retirada de qualquer dos seus componentes não pode ser reparado no caso da existência de vício intrínseco, cabendo ao consumidor, nese caso, a adoção das outras soluções propugnadas pelo legislador (redibição, estimação ou troca)[90].

No entanto, tratando-se de produto que admite a substituição da peça defeituosa sem que isso provoque danos maiores à coisa, abre-se o prazo legal de trinta dias para que o fornecedor proceda à substituição necessária, sob pena de o consumidor poder exercer a opção de redibir, estimar ou trocar o bem.

4.1.3.3 Noção de serviço

O Código de Defesa do Consumidor procurou estabelecer a distinção entre

produto e serviço, contrariando a nomenclatura ordinariamente utilizada segundo a qual, no universo jurídico, tudo aquilo que não se pode enquadrar na concepção de sujeito é considerado objeto de direito, desde que economicamente apreciável.

O Código Civil não prevê a figura do produto com o alcance da definição contida no microssistema de proteção ao consumidor. O legislador consumerista procurou relacionar a ideia de "produto" à de "bem"; e a noção de "serviço" à de "atividade". O critério distintivo básico entre serviço e produto é, dessarte, a atividade profissional do fornecedor ser preponderante para a outorga de um bem material ou imaterial.

A diferença expressa entre produto e serviço teve como objetivo, indubitavelmente, inviabilizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica cujo objeto fosse a atividade humana, porém não remunerada.

Considera-se serviço "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 8.078/90).

O legislador consumerista instituiu duas categorias de serviço como objeto da relação de consumo:

a) o *serviço por natureza*, cuja definição é a mencionada no parágrafo anterior; e

b) o *serviço por força de lei*, ao estabelecer uma relação de atividades sobre as quais necessariamente deve incidir o Código de Defesa do Consumidor.

Por tal motivo, serão tecidas algumas considerações sobre essas duas modalidades de serviço previstas na lei, para, em seguida, serem mencionados alguns aspectos sobre o serviço público no Código de Defesa do Consumidor.

4.1.3.4 Serviço por natureza

Serviço é qualquer atividade remunerada lançada no mercado de consumo por uma pessoa física ou jurídica, exceção feita à relação trabalhista.

A atividade remunerada consiste fundamentalmente, como se sabe, em uma obrigação de fazer (ação comissiva ou positiva) ou de não fazer (ação omissiva ou negativa). Para o Código, somente se considera serviço a atividade remunerada, donde se estabelece que o serviço gratuitamente prestado não é objeto da relação de consumo.

Ao fixar como serviço *qualquer atividade remunerada*, o legislador pretendeu

fazer com que a norma jurídica consumerista incidisse sobre a mais variada gama de relações, pouco importando a área tradicional do direito na qual elas se formavam, exceção expressa feita às relações trabalhistas.

Ao dispor uma única exceção à regra do serviço como qualquer atividade remunerada, previu-se a única matéria clássica do direito objetivo que não poderia vir a ser objeto de relação de consumo: a relação trabalhista, que é o vínculo jurídico entre o empregador e o empregado, sob o regime de subordinação contínua e de obediência hierárquica. Como se pressupõe a hipossuficiência do empregado perante o seu patrão, realmente não seria razoável considerá-lo fornecedor, beneficiando-se o empregador da Lei n. 8.078/90.

O melhor raciocínio leva à inexorável conclusão segundo a qual todas as demais áreas jurídicas, afora a trabalhista, podem conter relações que sofrem a incidência do microssistema de defesa do consumidor. Pouco importa que o serviço, como atividade remunerada, seja de natureza civil, comercial ou administrativa. Para a análise da questão ora suscitada, tanto faz se o consumidor é pessoa física ou jurídica civil, uma sociedade empresarial ou a Administração Pública direta ou indireta. Tanto uns como outros podem ser fornecedores ou consumidores nos moldes já delineados acerca dos elementos subjetivos da relação de consumo. Diante de tais considerações, é possível concluir que:

a) apesar de o legislador didaticamente preferir conceituar serviço como atividade, é certo que ele é objeto e, portanto, "bem" em sentido lato, e não nos termos expressos pela Lei n. 8.078/90[91];

b) a atividade humana exercida sem contraprestação não é objeto de consumo, ainda que desempenhada por sujeito de direito que, teoricamente, é fornecedor, motivo pelo qual a relação jurídica não sofrerá os efeitos decorrentes da normatização dada pela Lei n. 8.078/90; e

c) os contratos unilaterais de prestação de serviços e os contratos gratuitos puros não sofrem a incidência do Código de Defesa do Consumidor, pois a relação jurídica que os constitui não se pode reputar como sendo de consumo.

A lei civil de 2002 introduziu dispositivo segundo o qual "a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo" (art. 593 do CC)[92].

Logo, poder-se-ia indagar se a lei de proteção ao consumidor ainda seria aplicável aos contratos de prestação de serviços em geral, tendo em vista que o macrossistema civil é posterior. No conflito aparente de normas no tempo em

questão, poder-se-ia adotar a regra *lex posterioris derogat lex anterioris*?

Na realidade, a lei civil vigente não acarretou qualquer revogação, total ou parcial, da lei consumerista, ao versar sobre o assunto. Pelo contrário, resguardou a vigência das leis existentes à época da sua entrada em vigor.

A argumentação segundo a qual a lei civil somente estaria excepcionando as leis especiais que tratam de contratos de prestação de serviços específicos não deve ser acolhida. O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema de caráter principiológico que não se destina especificamente a revogar leis ou ser por elas revogado. Na teoria dos macrossistemas e dos microssistemas, acrescentam-se outros elementos às regras modernas de eficácia da lei no tempo e no espaço, fruto do estabelecimento de sistemas abertos de leis, da descodificação decorrente da inadequação dos sistemas fechados, e da relativização da soberania.

4.1.3.5 Serviço por definição legal

O art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 8.078/90 expressamente determina que os fornecedores ali indicados sejam considerados prestadores de serviços, no exercício de sua atividade profissional. Há, portanto, os seguintes critérios para se estabelecer que determinada atividade profissional é de outorga de serviços, e não de produtos: o critério da natureza da atividade e o critério legal.

Segundo o *critério da natureza da atividade,* considera-se fornecedor de serviços aquele que desempenha a atividade profissional típica de prestação de serviços, tendo por objeto tão somente o exercício da atividade humana (como é o caso do profissional liberal) ou, ainda, a construção de uma obra (por exemplo, o empreiteiro).

De acordo com o *critério legal,* o fornecedor de serviços é aquele que desempenha, por força de lei, atividade profissional considerada como "serviço". Pouco importa que a natureza de determinada relação jurídica desempenhada pelos fornecedores que exercem esse tipo de atividade seja tipicamente de produtos ou não se enquadre, sob uma ótica estritamente econômica, como sendo uma relação de consumo. Diante da determinação legal expressa, não se admite interpretação diversa[93].

Conclui-se, pelo raciocínio exposto, que o fornecedor de produtos é aquele que desempenha atividade profissional que, por natureza ou por definição legal, não se enquadra na noção de serviço como objeto da relação jurídica (critério negativista do fornecimento de produtos).

As atividades profissionais que se encontram expressamente fixadas por lei

como “serviço” são: as bancárias, as financeiras, as creditícias e as securitárias.

Deve-se recordar, no entanto, que, ao fornecer seus serviços, as instituições bancárias, financeiras, creditícias e securitárias podem utilizar-se de formas gratuitas de captação de clientela para seus serviços remunerados. Nesse caso, mesmo as atividades gratuitas, desde que importem em obtenção de clientela e, por conseguinte, na percepção de remuneração posterior com a celebração dos mais variados contratos, devem ser analisadas à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, somente se torna razoável a incidência da legislação consumerista na amostra grátis para captação de clientela se ela se encontra relacionada a algum serviço que deveria ser obtido pelo consumidor, para que ele se beneficie dessa mesma amostra grátis, sob pena de vulneração do art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 8.078/90.

Dentre as atividades colocadas por força de lei como serviços, destaca-se a desenvolvida pelas instituições bancárias, pela maior polêmica que despertou na doutrina e na jurisprudência. O banco é uma pessoa jurídica de direito privado que adota a forma de sociedade anônima, por força de lei (o art. 25 da Lei n. 4.595, de 31-12-1964, o revogado art. 119 do Código Comercial brasileiro, e o art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 6.404, de 15-12-1976).

As atividades desenvolvidas pelas instituições bancárias são tradicionalmente classificadas como sendo de operações e de serviços[94]. Contudo, o art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 8.078/90 expressamente considera a atividade bancária um serviço.

Apesar de a expressa disposição legal preceituar que a atividade bancária é considerada serviço, para os fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, parte minoritária da doutrina sustentou a inaplicabilidade da Lei n. 8.078/90 às relações bancárias[95]. Seus adeptos alegam que:

a) as atividades bancárias submetem-se à legislação específica e complementar, a Lei n. 4.595/64, que não pode ser afastada pelo Código de Defesa do Consumidor, que é uma lei ordinária;

b) o art. 38 da Lei n. 4.595/64 diferencia o objeto da relação bancária em serviços e operações de forma distinta do que sucede com a lei protetiva do consumidor;

c) os bancos submetem-se às normas previstas no Manual de Normas e Instruções do Banco Central – MNI, que regulamenta as operações ativas e passivas;

d) a instituição bancária não fornece produtos ou serviço, pois se presta tão

somente para a realização da circulação dos valores de troca; e

e) o banco se limita a proceder à entrega de papel-moeda, que seria coisa inconsumível, pois ninguém ingere ou destrói fisicamente o dinheiro, já que é por meio dele que o interessado pode obter produtos e serviços no mercado de consumo (o dinheiro seria, assim, mero instrumento ou meio de pagamento).

Inicialmente, vários julgados concluíram pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias[96]. Outros julgados sustentaram a aplicabilidade restrita aos casos de prestação de serviços, que não importem na imediata entrega de um produto[97]. A cláusula penal dos contratos bancários, contudo, poderia ser alterada, segundo entende esse posicionamento[98].

No entanto, o critério legal é o suficiente para se chegar à conclusão segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado às relações bancárias. Assim, basta a remuneração da atividade bancária, diretamente efetuada pelo interessado, para que ele possa valer-se do código tutelar de seus direitos.

Diante da alegação de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor que se encontra acima sintetizada, maiores esclarecimentos devem ser deduzidos.

Primus, o simples fato de haver lei específica regulando a atividade bancária não é suficiente para se chegar à conclusão da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre o vínculo entre a instituição bancária e aqueles que se utilizam de sua atividade, como correntistas ou terceiros. A Lei n. 8.078/90 instituiu um microssistema jurídico dotado de normas de ordem pública e de interesse social que não podem ser afastadas pela vontade dos interessados e que podem ser perfeitamente aplicadas às relações reguladas por qualquer lei, ainda que específica.

Em segundo lugar, a Lei n. 8.078/90 é lei ordinária, porém não é hierarquicamente inferior à Lei n. 4.595/64. O argumento segundo o qual a Lei n. 4.595/64 é lei complementar não impede a incidência da Lei n. 8.078/90 sobre as relações jurídicas decorrentes do exercício da atividade bancária, pois não há diferenciação hierárquica alguma sob esse pretexto. A lei complementar apenas possui um procedimento legislativo e um quórum específico para ser aprovada pelo Poder Legislativo, porque complementa o texto constitucional. Uma vez sancionada, porém, passa a integrar o sistema jurídico, à semelhança da lei ordinária e diferentemente de uma emenda constitucional.

Em terceiro lugar, o fato de as normas constantes do Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil – MNI e do art. 38 da Lei n. 4.595/64

diferenciarem serviços de operações não implica a afirmação segundo a qual estas estariam excluídas da incidência da Lei n. 8.078/90, visto que o dinheiro é bem fungível, móvel e juridicamente consumível[99].

Por fim, a atividade bancária oferece serviços que se destinam a uma clientela múltipla e bastante diversificada, destacando-se, entre outros: a cobrança de títulos, a custódia de valores, a manutenção de cofres locados em benefício dos interessados; a implantação e manutenção de registros eletrônicos de ações escriturais e a documentação da sua movimentação; as emissões e movimentações de certificados de ações, de debêntures; a implantação de caixas externos, a colocação de cartões de crédito e a movimentação bancária. Por tal complexidade e atuação massificada, no desempenho da sua complexa atividade profissional a instituição bancária assume riscos e é empresa que responde por danos causados à vítima, independentemente da existência de culpa[100].

A responsabilidade da instituição bancária decorre, portanto, do simples fato da violação do direito (*damnum in re ipsa*).

Assim, é mais razoável o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações bancárias[101].

A jurisprudência contempla várias hipóteses nas quais reconheceu a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias[102]:

a) para os fins de restituição da quantia estornada em conta-
-corrente[103];

b) no caso do pagamento de indenização ao cliente lesado por saque efetuado mediante fraude, pois o banco responsabiliza-se objetivamente pela segurança do serviço[104];

c) pelo depósito realizado por falsário que se utilizou de cheque adulterado da mesma instituição, inclusive pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva do banco sacado, que responde pelo pagamento de cheque falso, falsificado ou adulterado, *salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário* (art. 39 da Lei n. 7.357/85)[105];

d) para os fins de indenização pelos prejuízos sofridos pelo compromissário comprador de uma obra diretamente financiada pela instituição bancária, ante a inequívoca interdependência entre os contratos de financiamento e de aquisição de unidades habitacionais pelos mutuários[106];

e) no caso do roubo seguido de morte, em caixa eletrônico, pelo descumprimento da obrigação de segurança, que advém da relação de consumo

(arts. 8.º e 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90);

f) no caso de furto ou roubo de cofre de aluguel[107];

g) para a alteração da cláusula penal dos contratos bancários[108];

h) por falsas informações concedidas ao usuário do sistema, pelo protesto indevido[109].

O Superior Tribunal de Justiça considerou, afinal, aplicável o microssistema de defesa do consumidor aos contratos bancários, inclusive à caderneta de poupança[110].

E o Supremo Tribunal Federal, enfim, analisando a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, concluiu que é constitucional o art. 3.º, § 2.º, do CDC e, por isso, aplica-se esse Código às relações bancárias com o usuário dos seus serviços.

Diante desse quadro, deve-se considerar que a instituição bancária é uma prestadora de serviço por força de disposição legal, sujeitando-se, pois, à responsabilização pelo fato e pelo vício do serviço, nos termos dos arts. 14 e 20 da Lei n. 8.078/90[111].

Discute-se o problema da intermediação bancária. Suponha-se que uma empresa preste o serviço de intermediação do crédito bancário, em favor do consumidor. Sustenta-se que não haveria relação de consumo entre a instituição bancária e a empresa, porém não se afigura possível deixar aquele que efetivamente se utilizará do crédito sem a tutela do Código de Defesa do Consumidor, perante ambas as entidades[112].

Adotada a teoria da causa final da relação jurídica, a pessoa jurídica também pode ser considerada consumidora dos serviços bancários. Basta que a atividade desenvolvida pela instituição bancária seja remunerada. Afastada a distinção entre bem de insumo e bem de consumo, evidencia-se que a pessoa jurídica não recolocará o serviço bancário no mercado de consumo, mas sim os produtos e serviços que ela oferece.

O mesmo raciocínio utilizado sobre as instituições bancárias deve inspirar o aplicador da norma jurídica, nos demais casos em que a lei define que a atividade é de fornecimento de serviços. Assim como as instituições bancárias, as entidades financeiras e creditícias podem responsabilizar-se como fornecedoras de um serviço remunerado, nos seguintes casos: cobrança abusiva, cobrança indevida, protesto abusivo, inscrição indevida em cadastros e bancos de dados, extravio do título de crédito e por atos dos seus prepostos[113].

a) Cobrança abusiva: a cobrança que expõe o consumidor de forma vexatória

perante a opinião pública importa em constrangimento e ofensa ao seu direito personalíssimo de manter a privacidade acerca dos seus negócios jurídicos (art. 42 da Lei n. 8.078/90), o que possibilita a indenização por danos morais, na esfera cível, bem como a pena do art. 71 do estatuto mencionado.

b) Cobrança indevida: a instituição que procede à cobrança indevida daquele que já pagou sujeita-se à repetição do indébito em dobro (art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

c) Protesto abusivo: a instituição que efetiva o protesto de título que não é devido, porque houve a manifestação formal do sacado, sujeita-se a responder por perdas e danos[114].

d) Inscrição indevida em cadastros e bancos de dados: a inserção irregular ou descabida do consumidor em cadastros ou bancos de dados e de proteção ao crédito sujeita aquele que foi o responsável pela medida injusta à reparação por danos morais (art. 43 da Lei n. 8.078/90)[115].

e) Extravio de título de crédito: o fornecedor que perde o título de crédito obriga-se a reparar os danos causados pelo serviço inadequado, a teor do que preceitua o art. 20 da Lei n. 8.078/90. E, caso um terceiro venha a se utilizar do documento extraviado, proporcionando-se, a partir de então, a remessa indevida do nome do consumidor ao serviço de proteção do crédito, a instituição também responderá por dano moral, a teor do art. 14, *caput*, da mesma lei.

f) Por atos dos seus prepostos, como: erro de lançamento de bens ou valores, furto, extravio ou apropriação indébita de bens e valores depositados[116].

Além das entidades bancárias, financeiras e creditícias, a legislação de defesa do consumidor incluiu na definição legal de serviço a atividade securitária.

As entidades de direito privado que se encontram autorizadas por lei para proceder à captação de recursos, com o desiderato de constituição dos fundos de pensões a serem utilizados posteriormente pelos interessados, a título de seguro social, são denominadas sociedades de previdência privada.

Sociedade de previdência privada é entidade de natureza civil, que pode adotar a forma mercantil e tem por finalidade a captação de recursos para pagamento de pensão àquele que contribuiu mensalmente com aludida captação ou ao beneficiário indicado, ao final do prazo constante do contrato (*vide* LC n. 109/2001, que revogou o art. 5.º da Lei n. 6.435, de 15-7-1977).

Em virtude da remuneração que as entidades de previdência privada obtêm do segurado durante o período correspondente ao pagamento destinado ao fundo de pensão, é correta a conclusão de que incide o Código de Defesa do Consumidor

nessas relações jurídicas[117].

Tal entendimento veio a ser consolidado através da Súmula 321 do STJ, que preconiza: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes*.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça entende que se aplica a Lei de Proteção do Consumidor em favor daqueles que nominalmente são chamados de sócios em contratos de participação financeira, porém não possuem qualquer poder de estabelecer as diretrizes de execução das obrigações contratuais, até mesmo porque se caracteriza a espécie, dessarte, em uma prestação de serviços consistente na administração de recursos de terceiros[118].

4.1.3.6 Os serviços públicos

A responsabilidade do Estado por prejuízos acarretados às pessoas encontra-se consagrada em texto constitucional, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (art. 37, § 6.º)[119].

Portanto, são inaplicáveis no direito brasileiro as antigas teorias da irresponsabilidade do Estado (*the king can do no wrong*) e da irreparabilidade da pessoa jurídica pelo dano causado[120]. Vigora, entre nós, a *teoria do risco administrativo*, segundo a qual o Estado, incluindo-se os entes da Administração Pública indireta, responde independentemente de culpa pelo evento danoso decorrente de conduta de seu agente ou servidor público.

Uma vez responsabilizado pelo prejuízo alheio, decorrente de conduta de um dos seus agentes, o Estado poderá promover a ação regressiva (*actio in rem verso*) em face daquele que, agindo culposa ou dolosamente, provocou o dano à vítima. Ou seja: a responsabilidade do Estado é objetiva, porém a responsabilidade do agente causador do dano, em ação regressiva, depende da demonstração da sua culpa[121].

Por se tratar de responsabilidade objetiva, a condenação do Estado para a reparação do dano pressupõe tão somente a demonstração do nexo de causalidade entre a ação comissiva ou omissiva[122] do órgão, agente ou servidor público, e o dano moral ou patrimonial.

Não é necessário que a vítima demonstre a culpa ou o dolo do órgão, agente ou servidor público. Basta a comprovação do prejuízo indevidamente causado por conduta atribuída a algum deles.

Obviamente, a adoção da teoria do risco administrativo não impede a excludente de responsabilidade, com o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, cabem algumas outras rápidas considerações. Diante da definição legal conferida à expressão "fornecedor", mesmo a Administração Pública e suas entidades indiretas podem ser responsabilizadas por danos praticados em desfavor do consumidor (art. 3.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90). Assim, a Administração Pública direta e a indireta (autarquias, empresas públicas, concessionárias, permissionárias, sociedades de economia mista, fundações públicas) submetem-se, no fornecimento de serviços, ao Código de Defesa do Consumidor (arts. 14 e 22).

Todavia, quais são os serviços públicos realizados pelos órgãos em apreço que devem ser regulados pelo microssistema de defesa do consumidor? É imprescindível considerar-se serviço, como objeto da relação de consumo, toda a atividade remunerada lançada no mercado de consumo pelo órgão público. E, por consequência lógica, a remuneração deve ser paga diretamente pelo adquirente do serviço, que é o consumidor.

Como a legislação não se preocupa em regular o "ato de consumo", tipos contratuais ou relações jurídicas nominadas ou específicas, como identificar quando o serviço público é objeto de uma relação de consumo? Dois critérios devem orientar o aplicador da lei, para que ele possa concluir pela incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor na relação entre a Administração Pública direta ou indireta e o administrado: a forma de pagamento da remuneração e a natureza do serviço público desempenhado.

a) *Forma de pagamento da remuneração*

Consoante o critério da forma do pagamento da remuneração, somente se pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre a Administração Pública (União, Estado, Município, Distrito Federal, autarquia, concessionária, permissionária, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública) e o administrado, quando ele adquirir ou se utilizar de um serviço mediante o *pagamento direto*, a fim de que o ente público ou privado com delegação pública possa realizar ou executar a atividade.

Desse modo, praticamente todas as relações jurídicas tributárias não são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o pagamento de impostos e taxas é dirigido para o cofre público, sendo as verbas obtidas pelo Poder Público repassadas para cada setor da atividade pública, de acordo com o orçamento previamente elaborado pela Administração.

Configura-se inaplicável o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre a Administração Pública e o administrado, entre outras hipóteses: pela deficiência da segurança pública; pela má qualidade da educação ou da saúde pública; pelo fornecimento de iluminação pública; e pela má conservação de parques ou do patrimônio cultural.

A jurisprudência vem consolidando o entendimento segundo o qual não se aplica o Código de Defesa do Consumidor no caso de pagamento de qualquer tributo.

Facilmente se percebe que o pagamento de impostos não caracteriza a remuneração do serviço público. Falta a esse tributo a característica de especificidade, já que o recolhimento dos valores, pelo Fisco, será destinado às pastas governamentais, consoante o orçamento anual que é aprovado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Poder Executivo.

Mesmo as taxas não constituem a remuneração preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor. As características de especificidade e divisibilidade desse tributo não são aquelas que o legislador consumerista determina, ao preceituar que o pagamento da remuneração deve ocorrer no mercado de consumo e, portanto, deve ser feito de forma direta, como a imediata contraprestação de um serviço que realmente beneficie aquele que contribuiu para o Fisco. A especificidade da destinação da taxa se refere ao destino que esse tributo terá. A especificidade do serviço nas relações de consumo denota a escolha do consumidor em obter determinada atividade remunerada e não outra. A remuneração paga pelo consumidor deve importar na contraprestação pelo serviço que ele está adquirindo e efetivamente vai utilizar. A destinação dos recursos da taxa não é necessariamente revertida para toda a coletividade, no sentido empregado pelo Direito do Consumidor, não se podendo afirmar que todas as pessoas, de fato, se valerão dos resultados da verba obtida pela arrecadação de taxas[123].

Uma breve ponderação merece ser conferida ao pagamento da contribuição de melhoria[124].

A contribuição de melhoria é tributo que possui por desiderato a realização de determinada obra pública, dotada de especificidade muito maior que aquela decorrente do pagamento de taxas. Afinal, os próprios contribuintes que pagaram pela obra irão realmente dela se utilizar, uma vez concluída pelo Poder Público ou por terceiro por ele indicado.

Por outro lado, é indiscutível que se aplica o Código de Defesa do Consumidor no caso de pagamento de tarifa ou preço público, que não é tributo nem se

sujeita, pois, ao critério da anualidade e ao princípio tributário da anterioridade. Além disso, o preço público constitui genuína remuneração pelo serviço prestado pelo órgão público ou pela entidade da Administração indireta, porque o destinatário final se utiliza da atividade estatal a ele fornecida em razão do pagamento da prestação diretamente vinculada a essa atividade (o fornecimento de luz e água para imóveis privados; o serviço de telefonia particular, convencional ou celular; o pagamento do transporte coletivo; e assim por diante). Equivale dizer: se não houver o pagamento, o consumidor não poderá utilizar-se do serviço público.

b) *Natureza do serviço público*

Conforme o critério da natureza do serviço público desempenhado, o Código de Defesa do Consumidor incidirá sobre determinada relação jurídica.

Entre as diversas classificações apresentadas sobre esse assunto, o Direito Administrativo divide o serviço público em duas espécies: o serviço público próprio e impróprio. O serviço público próprio decorre da relação de cidadania, e não de consumo, nos termos da Lei n. 8.078/90. Os serviços próprios são aqueles tipicamente estatais, como: a segurança, a justiça, a saúde pública. Tais atividades, inerentes ao Estado regulador, sobre o qual se abordará mais adiante, são serviços *uti universi*, por natureza[125].

Já o serviço público impróprio é aquele que pode ser realizado pela iniciativa privada, mediante concessões e permissões do Poder Público. Tais atividades remuneradas, em regra, propiciam ao seu tomador o reconhecimento da qualidade de consumidor e o direito de se valer dos benefícios conferidos pelo microssistema de proteção ao consumidor.

O serviço público pode ainda ser: *uti universi*, destinado à generalidade das pessoas, para que o Estado possa atender ao bem comum; ou *uti singuli*, fornecido aos que estiverem interessados, mediante o pagamento direto do administrado, para seu próprio benefício.

Os serviços *uti singuli* são invariavelmente submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, desde que o fornecimento da atividade se dê através do pagamento de remuneração direta, efetuado pelo consumidor.

Há outra classificação, que distingue os atos de império (*iure imperii*) dos atos de gestão (*iure gestionis*).

Quando a conduta estatal caracteriza-se como *ato de império* (*iure imperii*), não cabe a responsabilidade do Estado, com base no Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade do Estado sob esse fundamento legal pode, entretanto, decorrer da realização de um *ato de gestão* (*iure gestionis*), ou seja,

do exercício da atividade de gerência do seu patrimônio.

Incumbe, ainda, distinguir o Estado regulador do Estado fornecedor.

O Estado regulador é aquele que desempenha o papel de fiscalizador e procede à regulamentação da atividade privada e do mercado, por meio do "poder de polícia".

Não há qualquer responsabilidade do Estado pelo exercício regular do poder de polícia, aplicando-se as sanções administrativas cabíveis aos infratores da legislação vigente, pois a ação governamental para a proteção efetiva dos consumidores é princípio inerente à Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4.º, II, da Lei n. 8.078/90). Toda a vez em que o Estado atuar como regulador ou fiscalizador, não se poderá aplicar em seu desfavor o Código de Defesa do Consumidor.

Diferente é a hipótese do Estado fornecedor, pois, nesse caso, ele deixa de agir como autoridade ou como ente responsável em agir no sentido de proteger os consumidores. Presta um serviço *uti singuli* remunerado, atuando tal qual uma pessoa jurídica comum.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a Administração Pública, direta ou indireta, deve submeter-se às normas do Código de Defesa do Consumidor sempre que fornecer um serviço público *uti singuli*, mediante o pagamento diretamente efetuado pelo consumidor a título de prestação correspondente.

Eis os principais casos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor por responsabilidade do Estado: o fornecimento privado de energia elétrica[126], de água[127], gás ou telefonia; e os transportes coletivos aéreo, terrestre e marítimo.

Alguns últimos exemplos devem ser comentados, ainda que de forma sucinta.

O Estado, por si ou através da Administração Pública indireta e dos serviços delegados (como os notários e os registradores[128]), responde pela expedição de documentos oficiais com informações distorcidas ou que não correspondam à realidade dos fatos, com fundamento na legislação protetiva do consumidor, desde que o serviço por ele prestado seja remunerado (arts. 3.º, § 2.º, e 22 da Lei n. 8.078/90). Todavia, não há como se responsabilizar o Estado por não haver analisado a procedência da documentação falsa que lhe foi porventura apresentada, para, a partir dela, o órgão público proceder à elaboração de documentos oficiais. Exemplos: os documentos falsos apresentados para a expedição do certificado de propriedade de veículo automotor; e os documentos falsos apresentados para a lavratura de escritura pública.

Os serviços notariais e registradores respondem pelo vício do serviço prestado,

inclusive pelo reconhecimento de firma falsificado, que acaba por acarretar danos a terceiro[129]. A responsabilidade dos notários e registradores, bem como a do Estado delegante do serviço, é objetiva, a teor do que preconizam os arts. 14, *caput*, e 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Isso, sem prejuízo do que prevê o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Possibilita-se ao tabelionato a propositura de ação regressiva em face do seu respectivo preposto.

Contudo, não cabe responsabilizar o Estado ou o tabelião pelo reconhecimento de firma de assinatura falsa, produzida por elemento estranho à Administração e que contém verossimilhança (aparência de verdade) em comparação com a assinatura padrão colhida nos arquivos. Não se pode exigir do serventuário nem do tabelião o dever de apuração da autenticidade da firma, quando não houver diferença razoável entre as assinaturas, pois somente através de material técnico se poderia determinar a falsidade.

Por fim, não há qualquer responsabilidade do Estado fornecedor nos seguintes casos, ante a inexistência de relação de consumo:

a) por ato promovido pelo membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário, no exercício regular de suas funções, submetendo-se esses agentes políticos, contudo, à responsabilidade civil no caso de dolo ou fraude;

b) pelo erro judiciário no processo criminal; e

c) pelo descumprimento de decisão judicial.

Em todos os exemplos apontados, porém, subsiste a possibilidade de propositura de demanda com fundamento diverso do Código de Defesa do Consumidor.

1 Manuel Domingues de Andrade enumera os vários conceitos dados à relação jurídica (*Teoria geral da relação jurídica*, v. 1, p. 2-5). Para Francesco Carnelutti, são três as dicotomias que constituem a espécie do *genus* relação jurídica: obrigação-faculdade, direito subjetivo-sujeição e poder-sujeição (op. cit., p. 293-296). Edmond Picard afirma que a relação é um dos quatro elementos essenciais do Direito (os demais elementos são: o sujeito, o objeto e a coação), pois é o vínculo que estabelece a ligação do sujeito ao objeto (op. cit., p. 62-67). *Vide*, ainda, Orlando de Carvalho, *A teoria da relação jurídica:* seu sentido e limites, p.

90-98.

2 Edmond Picard, op. cit., p. 84-86.

3 A esse respeito, *vide*: Jiménez-Alfaro e Casso y Romero, *Diccionario de derecho privado*; De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*; e Pedro Nunes, *Dicionário de tecnologia jurídica*.

4 Como defendi em *Contratos difusos e coletivos,* cit., p. 27-58 (obra idealizada a partir da tese de doutoramento *O contrato como instrumento de regulação dos interesses difusos e coletivos*, USP, 1995).

5 Eis o motivo pelo qual pode-se afirmar que os interesses decorrentes da relação jurídica podem ser individuais, individuais plúrimos, individuais homogêneos, coletivos e difusos, esses três últimos dotados de relevância social e suscetíveis de tutela por meio dos órgãos legitimados para tanto. *Vide*, a propósito, o art. 5.º da Lei n. 7.347, de 24-7-1985 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11-9-1990 (Código de Defesa do Consumidor). Para mais digressões sobre o tema, *vide* nosso *Contratos difusos e coletivos,* cit., p. 271-287.

6 Francesco Carnelutti, op. cit., p. 294.

7 O nascituro também pode ser considerado titular de direitos personalíssimos e possui a expectativa de direitos patrimoniais, que se tornarão adquiridos ante o seu futuro nascimento com vida. *Vide*, a propósito: Santos Cifuentes, op. cit., p. 234-240; Carlos Alberto Bittar, *Curso,* cit., v. 1, p. 79-80; e Maria Helena Diniz, op. cit., v. 1, p. 100-101.

8 Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, p. 78-80.

9 Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, p. 172-182; Manuel Domingues de Andrade, op. cit., v. 1, p. 19-28; José Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil*, p. 5-7; e Orlando de Carvalho, op. cit., p. 90-98.

10 Aristóteles reconheceu quatro sentidos para a palavra causa: a) o *formal*, segundo o qual a razão de ser de uma coisa se reduz a sua noção; b) o *material*, que é o substrato do bem, e se confunde com a causa essencial; c) a *causa eficiente*, que é o princípio do movimento; e d) a *causa final*, que é o fim ou o objetivo em vista do qual a coisa tem lugar (*Obras completas*, t. 4, p. 228-232).

O conceito aristotélico de causa final foi preservado em Roma. Não se encontrava presente no direito antigo, mas foi adotado a partir do século III, por meio do instituto da *exceptio doli* na *stipulatio*. Tal exceção permitia ao devedor se opor ao cumprimento da obrigação, desde que provasse que ela carecia de causa, pois era ilícita ou imoral.

A teoria da causa final foi defendida durante toda a Idade Média, pela obra dos glosadores, dos canonistas e dos filósofos. Tomás de Aquino afirmou que toda a atividade responde a um fim que inspira o agente, já que sem tal propósito ela não existiria. Por isso, a causa final é universal e permanente. É o fim para o qual se propõe o agente, tendo em vista o efeito que é produzido.

A filosofia escolástica manteve a causa final, e mesmo a obra de Francis Bacon não a modificou, apesar da maior importância que deu à causa formal. René Descartes considerou necessária a teoria da causa final. Kant conferiu à causa uma importância fundamental, distinguindo a finalidade interna e a finalidade externa.

A filosofia moderna adotou especialmente os conceitos aristotélicos da causa eficiente e da causa final (Norberto Gorostiaga, *La causa en las obligaciones*, p. 242-258, 263, 270-273, 290-291, 297-304, 340-353; e Georges Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, p. 23-183).

11 Georges Chevrier, op. cit., p. 256-258; Norberto Gorostiaga, op. cit., p. 239-259.

12 Nelson Nery Junior, *Código brasileiro,* cit., p. 283 e s. Gustavo Tepedino observa que o reconhecimento de que o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico não impede a aplicação subsidiária das normas do direito comum, porque há uma unidade global de princípios estabelecida a partir do surgimento do chamado Estado Social de Direito e aplicável a todo o direito privado (A responsabilidade civil, cit.).

Contudo, a ideia de microssistema deve ser concebida a partir da aplicabilidade de normas jurídicas próprias às relações de consumo.

13 Assim, não é adequada a pura e simples indagação: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato *X*"? Da mesma forma que a relação jurídica é pressuposto de existência do contrato, pois não há contrato sem o liame de direito, a relação de consumo é pressuposto de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Pouco importa, assim, o *nomen iuris* do contrato celebrado.

14 Para os contratos de compra e venda a prazo e de alienação fiduciária em garantia, considera-se nula de pleno direito a cláusula que possibilita a perda total das importâncias pagas pelo consumidor inadimplente. No caso do consórcio, fixa-se regra segundo a qual o consorciado inadimplente ou desistente tem o direito de restituição das parcelas pagas, descontadas as vantagens econômicas que ele auferiu e os prejuízos que a sua retirada causou ao grupo.

15 Não há sequer uma alusão específica aos tipos contratuais de mútuo, demonstrando o legislador mais uma vez o propósito de genericamente regulamentar as relações de consumo, conceito esse mais amplo que o de contratos.

16 A finalidade da política nacional de relação de consumo é a proteção dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais do consumidor.

17 Por isso, é correto o ensinamento de Newton de Lucca (*Direito do consumidor,* cit.), segundo o qual não se pode dizer, *a priori*, se o contrato de locação é um contrato regido pela lei civil, comercial ou pelo Código de Defesa do Consumidor, já que se torna sempre imprescindível a análise prévia dos elementos subjetivos (e acrescento, também, do elemento objetivo) desse *vinculum iuris* (p. 163-164).

18 "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" (art. 3.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90).

19 Adotou-se concepção diversa daquela tradicionalmente apregoada pelo direito comercial, segundo a qual fornecedor e comerciante são expressões praticamente equivalentes (Pedro Nunes, op. cit.). A definição legislativa, aliás, foi integralmente adotada por De Plácido e Silva (op. cit.).

20 Justifica-se perfeitamente tal entendimento, pelo fato de a lei se utilizar da conjunção alternativa "ou", ao final do *caput* do art. 3.º.

21 João Batista de Almeida, op. cit., p. 30-33.

22 TJDF, 2.ª T., AC 47729/98, rel. Des. Nancy Andrighi, *DJU* 21-10-1998, p. 84.

23 O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela aplicabilidade da teoria da aparência, responsabilizando civilmente a empresa que permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento consorcial (STJ, 4.ª T., REsp 113.012/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18-3-1997, *DJ* 12-5-1997, p. 18819). No mesmo sentido, porém sem a aplicação retroativa do CDC ao contrato, salvo o voto do relator, que é o mesmo, REsp 187.934/SP, j. 11-5-1999, *DJ* 14-6-1999, p. 207 (nesse caso, a consorciada procurou se eximir da responsabilidade, porém não logrou êxito, já que permitiu o uso do logotipo e de sua sede e, em contrapartida, beneficiou-se com a venda dos veículos). E, mais recentemente, concluiu pela aplicabilidade da teoria da aparência no caso de aquisição de veículo avariado, porém oferecido como se novo fosse, dentro da concessionária do mesmo grupo da companhia de arrendamento mercantil, condenando-se a empresa ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e morais (3.ª T., rel. Min. Castro Filho, REsp 369.971/MG, j. 16-12-2003, *DJ* 10-2-2004, p. 247).

24 Algumas dessas entidades possuem a natureza jurídica de direito privado. É o caso da concessionária, da permissionária e da sociedade de economia mista.

25 Ente despersonalizado não é sujeito de direito, porém entidade que, embora existente no mundo fático,

pode inexistir juridicamente ou se encontrar eivada de algum vício (defeito) de constituição, realizando uma série de atos com consequências jurídicas (repercussão no patrimônio alheio). Dentre as entidades despersonalizadas existentes, merecem destaque, pela maior aplicação prática, as sociedades de fato (sem registro civil) e as irregulares (com vício de constituição).

26 A função social do contrato advém da substituição do *individualismo* jurídico pelo direito social. No lugar do Estado Liberal Clássico, surge o Estado Social de Direito, onde os interesses sociais prevalecem sobre os interesses individuais, justificando-se plenamente a intervenção do Estado na ordem econômica e nas relações jurídicas, mediante a promulgação de normas de ordem pública. Sobre o tema: Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, cit., p. 51-60, 66-68 e 119-121.

27 Waldirio Bulgarelli, *Questões contratuais do Código de Defesa do Consumidor,* p. 23-25.

28 Como é o caso do art. 18, § 5.º, da Lei n. 8.078/90, que responsabiliza o fornecedor imediato pelo produto *in natura*, ou do art. 19, § 2.º, que responsabiliza o fornecedor imediato que não tiver aferido o seu instrumento de pesagem ou medição conforme os padrões oficiais.

29 Newton de Lucca, op. cit., p. 38-40.

30 Guido Alpa, *Diritto privato dei consumi*, p. 18; José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor*, p. 29-33; e Waldirio Bulgarelli, op. cit., p. 26.

31 José Geraldo Brito Filomeno, op. cit., p. 29-33.

32 Guido Alpa, op. cit., p. 18-19.

33 Como, por exemplo, Pedro Nunes (op. cit.), que o define como "aquele que adquire comercialmente todas as coisas necessárias à sua manutenção, ou que deseja possuir, segundo o seu *status* financeiro ou social".

34 José Geraldo Brito Filomeno afirma que o Código de Defesa do Consumidor adotou o conceito de caráter econômico para necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial (op. cit., p. 29).

35 J. M. Othon Sidou dispõe, em seu esboço de lei de proteção ao consumidor, que "denomina-se consumidor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, *para sua utilização*, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade" (op. cit., p. 105-106).

Para João Batista de Almeida, consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou se utiliza de um produto ou serviço para o uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, ou até para terceiros, se não houver a revenda em favor deles (op. cit., p. 28-29). A legislação pátria acrescentou a noção de destinação final à ideia do pioneiro dos direitos do consumidor no Brasil, inspirada no modelo espanhol, de 1985.

36 Para Thierry Bourgoignie, consumidor é aquele que destrói um bem, ou mais precisamente, destrói a sua substância, utilizando-o para fins próprios. É uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão (O conceito jurídico de consumidor, p. 16).

Calais-Auloy define o consumidor como aquele que realiza um ato de consumo, este último definido como espécie do ato jurídico (um contrato, quase sempre) que permite deter um bem ou um serviço, com o objetivo de satisfazer uma necessidade pessoal (op. cit., p. 4). Para Jacques Ghestin, consumidor é a pessoa que, por necessidades pessoais, não profissionais, torna-se parte em um contrato de fornecimento de bens ou serviços, não os repassando a terceiros, nem os utilizando como instrumentos de sua produção (*Traité de droit civil:* les obligations, le contrat, p. 34).

A lei protetiva do consumidor do Québec, de 22-12-1992 (*Loi sur la protection du consommateur*) define consumidor como a pessoa física, salvo um comerciante que adquire um bem ou um serviço para os fins de

seu negócio (art. 1.º, *e*). E o art. 2.º preceitua que ela se aplica *a todo contrato concluído entre um consumidor e um comerciante no curso de seu comércio e tem por objeto um bem ou um serviço*.

37 Claudia Lima Marques afirma que "destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor" (*Contratos*, cit., p. 74). Para Maria Antonieta Zanardo Donato, "a concentração fundamental do conceito repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final" (*Proteção ao consumidor:* conceito e extensão, p. 66).

38 O art. 1.º da Lei Geral Espanhola de Defesa dos Consumidores e Usuários – LGDCU, de 1984, em seu anexo 2, preceitua: *"A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden"* (grifos nossos).

39 Há, na realidade, uma quantidade considerável de posicionamentos diferentes adotados pela doutrina pátria e estrangeira, razão pela qual entendo que a redução pura e simples da discussão a um pretenso minimalismo ou maximalismo conceitual é simplória e empobrece o debate.

40 Em artigo sobre o conceito de consumidor, afirma Thierry Bourgoignie que "a qualidade de consumidor ver-se-á recusada ao profissional, mesmo de dimensão modesta e sem força efetiva no mercado, que realiza, por necessidade de sua atividade comercial ou profissional, operações ligadas a sua especialidade. Ela (qualidade de consumidor) também será recusada ao profissional que atuar fora de sua especialidade, e portanto, sem particular capacidade, mas cuja dimensão ou sua posição no mercado lhe confere alguma força de negociação" (O conceito, cit.).

41 A legislação britânica exclui a pessoa jurídica da definição de consumidor. Considera consumidor apenas a pessoa física (art. 2.º, *Unfair Terms in Consumer Contracts*).

42 Thierry Bourgoignie afirma que, dentre as pessoas jurídicas, apenas aquelas que não tivessem fins lucrativos poderiam ser consumidoras. E arremata: a exclusão das pessoas morais do conceito jurídico de consumidor é a hipótese mais frequente encontrada na doutrina (*Éléments*, cit., p. 46-47 e 49).

43 Waldirio Bulgarelli, op. cit., p. 26-27.

44 Não é razoável o simples entendimento de aplicação do Código de Defesa do Consumidor por meio de uma interpretação extralegal, conferindo-se, por exemplo, a proteção dessa lei ao que reinsere a coisa adquirida no mercado de consumo, ainda que transformada ou especificada.

45 Gustavo Tepedino defende a incidência do Código de Defesa do Consumidor mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, bastando a constatação da existência da vulnerabilidade do consumidor (A responsabilidade civil, cit.).

46 Nesse sentido é que se manifestou a Diretiva 13/93, de 5-4-1993, do Conselho da Comunidade Econômica Europeia – CEE, que foi incorporado pelo *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, de 8 a 14-12-1994, em seu art. 2.º. De acordo com o mencionado artigo, consumidor é a pessoa física que adquire por contrato fora de suas atividades profissionais.

Os arts. 1.469-*bis* e 1.469-*sexies* do Código Civil italiano incorporaram a Diretiva aludida, na parte referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, realçando-se que consumidor é a pessoa física que age com escopo estranho à sua atividade profissional eventualmente desenvolvida.

Na doutrina, entre outros, ensina Carlos Ferreira de Almeida que o consumidor é um não profissional. Acrescenta, ainda, que o consumo intermédio de uma empresa ou de um profissional não é consumo no sentido jurídico (op. cit., p. 215).

47 Marco Antonio Zanellato afirma que o conceito jurídico de consumidor não abarca o profissional que

contrata a aquisição de produtos ou a utilização de serviços na esfera de sua atividade própria. Ou seja, com o escopo de integrar o produto ou o serviço na produção de bens de consumo (atividade produtiva) ou na prestação de serviços, para a obtenção de lucros, no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional (Cláusulas abusivas em contrato comercial).

48 Pontifica Jean Calais-Auloy que, na definição de consumidor em sentido estrito, compreende-se as pessoas que adquirem ou utilizam bens ou serviços com uma finalidade pessoal ou familiar, com a exclusão de todo o escopo profissional (op. cit., p. 4). De igual modo, Jean Pierre Pizzio, *Code de la consommation*, p. 61. Luiz Gastão Paes de Barros Leães afirma que o ato de consumo possui dois elementos: o positivo e o negativo. O elemento positivo do consumo é a função econômica; o negativo é a sua destruição. A seguir, afirma que o consumo por parte das empresas é consumo intermédio, não incidindo sobre ele o Código de Defesa do Consumidor (*As relações de consumo e o crédito ao consumidor*, p. 69-70).

49 Geraldo Vidigal sustenta que "a empresa nunca é consumidora, pois é organização na qual se reúnem diferentes fatores produtivos, sob a liderança do empresário, com o intuito de obter margem de lucros, entre os custos produtivos e os seus preços de venda. Nunca seria, pois, destinatária final" (*A lei de defesa do consumidor:* sua abrangência. Lei de defesa do consumidor, p. 16 e 18).

50 Ensina Arnoldo Wald que "a tese dominante na doutrina francesa é no sentido de vincular a condição de consumidor à situação de um não profissional, para satisfação de necessidade pessoal ou familiar" (O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, p. 7).

51 Conforme teoria defendida por Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 46-50.

52 Para Claudia Lima Marques, os finalistas (denominados aqui "finalistas econômicos") evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a tese do Poder Judiciário, que vem reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou do profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, de interpretar o art. 2.º do CDC de acordo com o "fim da norma", isto é, a proteção ao mais fraco na relação de consumo (*Contratos*, cit., p. 67-68).

53 "Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser 'de consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 476.428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-4-2005, *DJ* 9-5-2005, p. 390).

54 Com o que concorda Antônio Carlos Efing, Responsabilidade civil do agente bancário e financeiro, segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor.

55 Conforme defendi em *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor*, p. 29-32. Meu entendimento foi endossado por Antonio Carlos Morato, em Dissertação de Mestrado na USP (*A pessoa jurídica consumidora:* aspectos civis, p. 65-78). Embora defendam entendimento diverso, há autores que poderiam ser lembrados, por algumas passagens que se harmonizam com a teoria em questão.

Fábio Konder Comparato, em manifestação anterior ao advento do Código de Defesa do Consumidor e completamente harmônica com o microssistema jurídico implantado entre nós, ensina que a proteção do consumidor se refere ao indivíduo ou grupo de indivíduos, ainda que empresários, que se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com sua atividade própria (*Ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 476).

Marco Antonio Zanellato afirma que a pessoa jurídica só pode ser considerada consumidora quando atuar fora de sua esfera de competência (para além do âmbito de sua atividade empresarial ou profissional) e, ainda, sem particular capacidade para exercer alguma força de negociação com a parte que lhe oferece ou fornece produtos ou serviços (op. cit., p. 305-311).

56 A divisão bipartite entre os bens econômicos encontra-se consagrada entre os economistas e adveio da Revolução Industrial (Fábio Konder Comparato, *Ensaios e pareceres*, cit., p. 475).

57 Newton de Lucca, op. cit., p. 62.

58 *Vide* o alcance da expressão "atividade profissional" no tópico anterior.

59 David Epstein e Steve Nickles mencionam como exemplo de bem de consumo (*consumer goods*) a *pick-up* adquirida por um particular para viagens de lazer e, como exemplo de bem de insumo (*capital goods*), o mesmo veículo, porém utilizado por uma agência de locação de automóveis (*Consumer law*, p. 284).

60 Luigi Cariota Ferrara, *El negocio juridico*, p. 486-493. Há quem diferencie causa e motivo, assinalando que aquela se encontra presente em todas as obrigações e é invariável (Planiol e Ripert, op. cit., v. 5, p. 44-45).

61 No presente tópico, deixa-se de lado o embate doutrinário sobre a previsão da causa lícita e da causa ilícita. Entre outros, destacam-se vários estudos realizados sobre a teoria da causa e sua aplicação na relação jurídica:

a) Georges Chevrier ensina que a noção de causa final advém da filosofia grega e integra-se nos sistemas jurídicos ocidentais, uma vez que foi ordinariamente utilizada em Roma, e adotada posteriormente por Acúrsio, Bártolo, Tomás de Aquino e Spiegel (op. cit., p. 256-258);

b) Rudolph von Jhering diferencia a causa final (*causa finalis*) da causa eficiente (*causa eficiens*), denominando aquela "lei da finalidade", e esta de "lei da causalidade" (*A evolução do direito*, p. 29-30);

c) Bernard Windscheid afirma que causa da obrigação (causa determinante ou final) é aquilo que determina o promitente a emitir a promessa (*Diritto delle pandette*, t. 2, p. 237-241);

d) Massimo Bianca estabelece que causa é a razão prática do contrato, o interesse que a operação contratual se presta a satisfazer, como função econômico-social (causa objetiva) ou como motivo último de contratar (causa subjetiva) (*Diritto civile*, v. 3, p. 419-428);

e) Henri Capitant ensina que não há contrato sem alguma causa jurídica; e inclui, expressamente, no conceito de causa, o fim (*De la cause des obligations*, p. 17 e 47-50);

f) Luigi Ferri entende como necessária a valoração do fim perseguido pelas partes, que deve ser socialmente útil (La autonomia privada, p. 417-420);

g) Coelho da Rocha afirma que causa é a expressão do motivo que induziu uma pessoa a dar, ou prometer uma cousa a outro (*Instituições de direito civil portuguez*, t. 1, p. 71);

h) Louis Josserand a denomina causa impulsiva e determinante, ou causa intrínseca (*Cours de droit civil positif français*, v. 2, p. 65);

i) Juan Terraza Martorell afirma que o motivo é causa meramente psicológica, é a preparação mental da causa jurídica, e encerra sempre algo subjetivo e mutável (*Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, p. 5-28);

j) Norberto Gorostiaga afirma que o fim desempenha um papel fundamental nos atos jurídicos e aponta as vantagens da teoria da causa final, bem como a sua recepção nos direitos alemão – *grund* – e inglês – *consideration* (op. cit., p. 237-258, 417-441 e 639-646);

l) Robert Pothier adota a teoria da causa final, inspirado em Domat, ao afirmar que a causa da obrigação que contrai uma das partes é que a outra parte lhe dê ou se obrigue a lhe dar, ou se arrisque àquilo de que se encarrega (op. cit., t. 2, p. 24-27);
m) Paulo Barbosa de Campos Filho confunde causa e interesse, nega sua previsão no Código Civil, porém a defende como função e lei da finalidade (*O problema da causa no direito civil brasileiro*, p. 121-125 e 156); e
n) Antônio Junqueira de Azevedo, que ensina que a causa não age no plano da existência, mas da eficácia, acarretando a falta da causa pressuposta a nulidade, enquanto a ausência da causa final gera a ineficácia do negócio jurídico. Para o autor, os negócios bilaterais são negócios com causa final, consistente na dupla realização da prestação e da contraprestação (*Negócio jurídico*, cit., p. 172-182).
Diferentemente dos autores mencionados, Marcel Planiol e Georges Ripert entendem que a teoria da causa parte de uma falsidade lógica e se demonstra inútil (op. cit., v. 5, p. 46-47), no que é secundado por Jorge Giorgi, que define causa como o motivo jurídico pelo qual se contrata, mas que não teria qualquer importância (op. cit., v. 3, p. 460-471). Todavia, Marcel Planiol e Georges Ripert admitem que a ideia de causa existia no direito romano, aos fatos de aquisição e posse das coisas, e somente refutaram as demais hipóteses lembradas por Domat, o idealizador da teoria da causa, no Código Civil francês (op. cit., v. 5, p. 43). Asseveram, ainda, que a jurisprudência tem se utilizado da teoria para anular atos oriundos de um motivo ilícito ou imoral (p. 49). Sobre a teoria da causa nas leis civis de Domat, que era o mais ilustre representante da escola de direito natural e das gentes: Henri Capitant, op. cit., p. 163-169; e Norberto Gorostiaga, op. cit., p. 402-412.
62 Bernard Windscheid, op. cit., t. 2, p. 237-241.
63 Francesco Carnelutti afirma que a causa é o interesse cujo efeito futuro é projetado no presente (op. cit., p. 414-416). Nesse sentido, a causa não seria a finalidade, mas o meio para alcançar o objetivo desejado. Apenas considero que interesse e causa não são expressões sinônimas, pois o interesse é a necessidade ou utilidade sentida, enquanto a causa é o motivo. Assim, por exemplo, a necessidade é o gênero alimentício que se deseja adquirir, e a causa é o desejo de fazer cessar a fome.
64 Luigi Cariota Ferrara, op. cit., p. 492.
65 Luigi Cariota Ferrara defende a concepção objetiva da causa, pois não se limita aos efeitos jurídicos da relação, mas atende a uma função prático-social, levando em conta o conjunto da situação na qual vem a se constituir o *vinculum iuris*. O autor, com toda a razão, prefere a expressão "função prático-social", e não "função econômico-social", porque a análise da causa ultrapassa o próprio juízo sobre o negócio jurídico patrimonial (op. cit., p. 486-493). Emilio Betti afirma que a causa é a função de interesse social da autonomia privada, porém confere a ela uma conotação econômica (*Teoria generale del negozio giuridico*, p. 180 e 191).
66 Emilio Betti, op. cit., p. 169-181; e Luigi Cariota Ferrara, op. cit., p. 493-495.
67 Diversamente do legislador brasileiro, a Lei espanhola 22/84, de 19 de julho, ainda exclui da sua aplicação os serviços, os resíduos e as substâncias de origem humana. Sobre o tema, Domingo Jiménez Liébana, op. cit., p. 141-171.
68 Newton de Lucca acredita que a distinção econômica em referência seria fundamental para melhor se delimitar o conceito de consumo intermédio, tal qual o direito norte-americano faz expressamente, ao preceituar a diferença entre os *capital goods* e os *consumer goods*, excluindo aqueles com objetos de uma relação de consumo (op. cit., p. 167).
69 Para Georges Massol e Gilles Daoust, é preciso verificar a finalidade do bem adquirido (*Loi sur la protection du consommateur:* texte annoté, p. 16-17).
70 Norberto Gorostiaga, op. cit., p. 237-258.
71 A *boa-fé subjetiva ou psicológica* é a real intenção de agir em conformidade com a lei ou o negócio

jurídico celebrado, ainda que em ignorância ou erro sobre determinada situação que alteraria significativamente a conduta do agente, caso dela tivesse conhecimento. Foi por demais realçada pelos canonistas, a ponto de se confundir a má-fé com a concepção religiosa de pecado, sendo insuficiente para a defesa dos interesses socialmente relevantes, em face da prova da má-fé que deve ser produzida pelo interessado.

Por outro lado, coube à doutrina germânica o estabelecimento da *boa-fé objetiva*, que é a observância da norma geral de conduta traçada para os sujeitos de direito em face de lei ou da natureza do negócio jurídico celebrado, que muitas vezes encontra-se implícita na relação jurídica. Sobre o tema, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, op. cit., v. 1, p. 415-442, 555-563, 625-631 e 632-660.

72 Elucida Claudia Lima Marques que destinatário final, para a teoria finalista econômica, seria tão somente o consumidor que adquire ou se utiliza de um produto para uso próprio e de sua família. Seria o consumidor não profissional, adotando essa corrente a orientação de buscar o conceito de consumidor a partir da ideia de vulnerabilidade fática e econômica (*Contratos*, cit., p. 140-143). Lembra, com propriedade, que a definição negativa de consumidor é adotada por todas as diretivas europeias, como a pessoa que age fora de sua profissão, para fins privados, diante de um profissional (p. 263).

No entanto, cumpre lembrar que a própria Claudia Lima Marques atenua a teoria finalista econômica, ao admitir que a vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional (p. 270). E, ao comentar sobre a vulnerabilidade jurídica ou científica, salienta que ela é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física (p. 271). Sobre a terceira vulnerabilidade que a autora reconhece, a fática, aduz que ela é "vizinha" à hipossuficiência econômica (p. 273).

Ao relativizar a teoria finalista econômica, a autora acaba, na prática, por maximalizar, em casos excepcionais, a aplicação do CDC. Com isso, creio que a adoção pura e simples do finalismo econômico é por ela afastada, aproximando-se da teoria jurídica da causa, mais coerente com o microssistema brasileiro, que não trata expressamente do consumidor não profissional, ao contrário do que ocorre com as diretivas europeias que regulam o tema ou mesmo a lei espanhola de 1984, na qual o legislador brasileiro parcialmente se inspirou.

Por isso é que considero acertada a teoria da causa final e não a teoria finalista econômica, e a adoto no presente trabalho, segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor é uma lei voltada para toda a sociedade de consumo, e não apenas para o consumidor não profissional, devendo-se aplicar o art. 2.º, *caput*, da Lei n. 8.078/90, da forma mais ampla possível, ante a própria dicção legal ("[...] *toda pessoa física ou jurídica* que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final").

73 Exemplo extraído da obra de Manuel Garcia Arrigo, *Lecciones de derecho civil*, v. 2, p. 219-220.

74 Manuel Garcia Arrigo, op. cit., v. 2, p. 219-220.

75 A cooperativa agrícola é pessoa jurídica consumidora, ao adquirir máquinas agrícolas de nova geração, porque não promoverá a sua reintrodução no mercado de consumo (STJ, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-11-1997, v.u., *RDC*, 30/124).

76 Não foi apenas a lei brasileira que adotou o *critério objetivo* na definição de consumidor. O art. 3.º da *Ley de 1975*, no México (*Ley federal de protección al consumidor*) expressamente definia consumidor como a pessoa que contrata, para a sua utilização, a aquisição, uso ou gozo de bens ou a prestação de serviços.

77 Lembra Claudia Lima Marques que o conceito de consumidor foi posteriormente relativizado pela jurisprudência francesa, não se procedendo mais a uma exclusão absoluta do profissional, que pode, em determinados casos, ser considerado consumidor (*Contratos*, cit., p. 144).

78 O art. 2.º da Lei de 1998 estabelece que consumidor ou utente é a pessoa física que adquire ou se utiliza de bens ou serviços com o objetivo de não inseri-los na atividade empresarial e profissional eventualmente

desenvolvida (Roberto Camero e Sandra Della Valle, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, p. 23-34).

79 "Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a *uso não profissional*, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios" (art. 2.º, 1, grifo nosso).

80 Claudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 144-146.

81 Thierry Bourgoignie afirma que a adoção exclusiva do conceito objetivo de consumidor acarreta o inexorável reconhecimento de que toda a pessoa física e jurídica pode ser considerada destinatária final de produtos e serviços, pouco importando se a aquisição ou utilização se deu para fins profissionais ou não (*Éléments*, cit., p. 45-48).

Fábio Ulhoa Coelho expressamente observa que o direito brasileiro adotou o conceito objetivo de consumidor, *na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada* (op. cit., p. 45 e 47).

82 Arts. 82 da Lei n. 8.078/90 e 5.º da Lei n. 7.347/85.

83 "... em termos silogísticos, a proteção do consumidor só admite como premissas: maior, a união dos consumidores; e menor, a capacitação dos seus direitos, por aquela união proporcionada" (Othon Sidou, op. cit., p. 11-12).

84 Sobre o tema, *vide*, entre outros: Claudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 111; Newton de Lucca, op. cit., p. 47; e James Marins, Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários, p. 94-104.

85 "São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (art. 6.º da Lei n. 8.078/90).

86 Othon Sidou, op. cit., p. 46-47.

87 Para Maria Angeles Parra Lucan, o produto inseguro também pode causar dano ao patrimônio do consumidor, o que é inegável, desde que ofenda algum direito personalíssimo do consumidor (op. cit., p. 29). Senão, como falar em insegurança?

88 Art. 113 do CC: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Art. 422 do CC: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

89 Luis Daniel Pereira Cintra estabelece a distinção entre produtos deteriorados, adulterados, alterados, corrompidos e avariados (Anotações sobre os vícios, prescrição e decadência).

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin define o produto avariado como aquele que não cumpre, por completo, a sua destinação mercadológica. Em seguida, equipara o produto falsificado ao fraudado (op. cit., p. 96).

90 Luis Daniel Pereira Cintra, op. cit., p. 118-145; e Zelmo Denari, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 184.

91 Não se pode olvidar, porém, que a distinção legislativa entre produto e serviço justifica-se por motivos bem razoáveis. Como todo bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo é considerado produto, tornava-se necessária a distinção da atividade, já que não se reputa como objeto de relação de consumo o serviço prestado sem qualquer contraprestação por parte do consumidor. Assim, a atividade gratuita e a denominada amostra grátis, para os fins de captação de clientela, somente poderão ser consideradas, por exceção, como serviço, se os custos delas estiverem embutidos no preço da atividade que o fornecedor concede em prol do consumidor interessado.

92 Capítulo VII do Título VI do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002.

93 Sobre o critério legal, adotou-se posicionamento semelhante àquele que fixa a natureza da pessoa

jurídica, como sendo civil ou comercial. Toda vez que a lei estabelecer determinada entidade como sendo de natureza comercial (como, *verbi gratia*, é o caso da sociedade anônima) ou de natureza civil (tal qual sucede com a cooperativa), não cabe discussão em sentido contrário, pois a lei claramente assim dispôs.

94 Márcia Regina Frigeri, *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*, p. 17-25.

95 Geraldo Vidigal sustentou a inaplicabilidade de qualquer dispositivo da lei protetiva do consumidor, em parecer encomendado pela Febraban – Federação Brasileira dos Bancos. Além desse autor, Arnoldo Wald (op. cit., p. 7) entendeu que a Lei n. 8.078/90 não contemplou nem o dinheiro nem o crédito, como objetos de uma relação de consumo, razão por que não incidiria essa legislação nas operações de produção, poupança e investimento, isto é, na captação de recursos por instituições financeiras; e, ainda, não incidiria a lei em referência sobre as operações de empréstimo e outras análogas, pois o dinheiro é mero instrumento ou meio de pagamento. No mesmo sentido, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (op. cit., p. 65-79, em parecer datado de 28-11-1990).

96 Dentre eles, cabe referir: TJSC, 1.ª Câm. Cív., AC 98.007535-1, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20-10-1998, que concluiu que os financiamentos industriais se submetem à lei especial e não se enquadram no conceito de relação de consumo (o mesmo relator reiterou tal posicionamento, no julgamento da AC 98.009740-1, de 20-10-1998, e da AC 98.004676-9, de 13-10-1998).

97 O TJSC deliberou que a Lei de Defesa do Consumidor pode se aplicar restritivamente às relações em que o banco presta serviços remunerados, desde que o caso não seja de empréstimo, abertura de crédito e demais operações em que há a entrega imediata de um produto (TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 98.002422-6, rel. Des. Eder Graf, j. 18-2-1999; TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 98.009693-6, rel. Des. Macedo Machado, j. 20-10-1998; TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 97.008982-1, rel. Des. Eder Graf, j. 17-3-1998).

98 TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 98.008198-0, rel. Des. Eder Graf, j. 29-6-1999.

99 Clóvis Beviláqua afirma que “as coisas consumíveis ou o são de fato, naturalmente, como os gêneros alimentares, ou, juridicamente, como o *dinheiro* e as coisas destinadas à alienação” (op. cit., v. 1, p. 284 – grifo nosso).

100 Carlos Alberto Bittar, Responsabilidade civil dos bancos, cit., p. 33-37.

101 Como expressamente dispôs o Superior Tribunal de Justiça, que explicitou: “a circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco” (STJ, 4.ª T., REsp 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995). Na doutrina, *vide*: José Geraldo Brito Filomeno, op. cit., p. 36-37; Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 163-171; Adalberto Pasqualotto, Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, p. 53; e Paulo Heerdt, Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor, *RDC*, 6/90.

102 Reconhecendo a aplicação geral da Lei n. 8.078/90 às operações e serviços bancários, TJRS, 6.ª Câm. Cív., Ap. 594147803, rel. Des. Andrade Xavier, j. 6-6-1995, v.u. (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 1349).

103 *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, 7, p. 2, 1.º TACSP, 5.ª Câm. Cív., AC 566035-Barretos, rel. Juiz Silvio Venosa, j. 29-11-1995.

104 TJDF, AC 4493097, 5.ª T., rel. Des. Carmelita Brasil, j. 15-12-1997, *DOJDF* 1.º-7-1998, p. 53.

105 TJDF, 3.ª T., AC 3908696, rel. Des. Waldir Leôncio, j. 24-2-1997, *DOJDF* 23-5-1997, p. 10457; *RT*, 560/195; *RJTJSP*, 77/144.

106 STJ, 2.ª T., RE 85886/DF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 4- 8-1997, *DJ* 22-6-1998, p. 58 (no caso, a Caixa Econômica Federal acabou integrando a lide, no polo passivo da demanda, em função da conclusão referida).

107 *Lex JSTJ*, 49/373 e *RT*, 676/151.

108 STJ, 4.ª T., REsp 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995.

109 A Súmula 28 do Supremo Tribunal Federal, dispõe: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”.

110 STJ, 2.ª Seç., REsp 106.888, rel. Min. Asfor Rocha, m.v., 28-3-2001. Parece-me mais razoável, todavia, considerar não aplicável o microssistema de defesa do consumidor aos contratos de caderneta de poupança, que se encontra completamente desvinculada de outra atividade bancária diretamente remunerada pelo consumidor. Assim, o contrato de caderneta de poupança somente se submeteria às regras do Código de Defesa do Consumidor se vinculado a outro serviço bancário, e remunerado, como é o caso da conta-corrente. Precedentes do STJ sobre a aplicação do microssistema de defesa do consumidor aos contratos bancários: 4.ª T., REsp 57.974-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995; 4.ª T., REsp 163.616/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21-5-1998; 4.ª T., REsp 200.267/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3-10-2000; 6.ª T., REsp 207.310/RS, rel. Min. Vicente Leal, j. 17-10-2000.

111 Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery expressamente incluem as operações bancárias como relações de consumo (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1350).

Para Márcia Regina Frigeri, a responsabilidade do banco é objetiva, fundamentada no Código de Defesa do Consumidor, desde que o adquirente do serviço seja um destinatário final. Todavia, admite a autora que a responsabilidade da instituição bancária pode ser excluída nos seguintes casos: culpa exclusiva ou concorrente do cliente, caso fortuito e força maior. É mais razoável entender, porém, que as excludentes de responsabilidade do banco são duas: a culpa exclusiva da vítima (pois a culpa concorrente não obsta a responsabilidade, apenas a atenua) e a culpa exclusiva de terceiro, que devem ser devidamente demonstradas.

112 Para Fábio Ulhoa Coelho, o empresário que apenas procede à intermediação do crédito não pode se utilizar do Código de Defesa do Consumidor perante o banco que o liberou. Mas devo acrescer a necessidade de defesa do que terá o crédito, perante ambas as instituições – uma, pela intermediação; outra, pelo crédito outorgado em seu favor.

113 Antonio Carlos Efing, op. cit., p. 105-124.

114 *Lex JSTJ*, 41/174, STJ, 4.ª T. *Vide* Antonio Carlos Efing, op. cit., p. 105-124.

115 Obviamente, não se reprime a inscrição regular e devida. Não há dano moral com abalo de crédito de quem foi notificado para o pagamento de título já pago anteriormente, que nem sequer foi protestado, pelo simples fato da notificação (TJAL, AC 95.032074-0, rel. Des. Adalberto de Lima, j. 30-11-1998).

116 *RT*, 547/190, *RJTJSP*, 65/130.

117 O STJ considerou, por exemplo, que a Capemi – Caixa de Previdência dos Militares é fornecedora de serviços, sujeitando-se às normas de defesa do consumidor (STJ, 4.ª T., AgRgAg 80671/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16-4-1996, v.u. (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1350).

118 “Recurso especial. Ação coletiva consumerista. Contrato de participação financeira. Pretensão à retribuição acionária. Relação de consumo configurada. Demanda juridicamente possível. Aplicação do CDC. Acionistas minoritários da (...), adquirentes em condomínio de assinaturas telefônicas, buscam a devida retribuição em ações da Companhia, além da indenização do valor equivalente às ações sonegadas, acrescido de danos emergentes e lucros cessantes. Esta Corte entende que o Código de Defesa do Consumidor incide na relação jurídica posta a exame, porquanto, não basta que o consumidor esteja rotulado de sócio e formalmente anexado a uma Sociedade Anônima para que seja afastado o vínculo de consumo. Além da presença de interesse coletivo existe, na hipótese, a prestação de serviços consistente na administração de recursos de terceiros, a evidenciar a relação de consumo encoberta pela relação societária. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 600.774/RS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16-6-2005, *DJ* 1.º-7-2005, p. 518).

119 A responsabilidade civil do Estado foi objeto de grandes debates na doutrina, tendo os seus adeptos

inicialmente fundamentado o dever de reparar o dano no instituto da responsabilidade pelo fato do empregado, representante, serviçal ou preposto, nos casos em que o Estado torna-se devedor, em face dos delitos cometidos por aqueles (René Savatier, *Du droit civil*, cit., p. 143; Joseph Charmont, op. cit., p. 268-279).

120 Segundo a teoria da irresponsabilidade do Estado, o soberano não comete injustiças ou ofensas ilegítimas (*the king can do no wrong*), motivo pelo qual não há o que se cogitar de responsabilidade estatal. Referida tese foi adotada por muito tempo, atingindo seu clímax durante o período absolutista francês, no qual preponderou a ideia de que o governante seria um "iluminado divino". Posteriormente, apesar dos prejuízos sofridos pela vítima, negou-se o seu direito à reparação do dano, sob o pretexto de que a pessoa jurídica não poderia ser responsabilizada, pois ela seria apenas uma projeção abstrata, uma ficção. Paulatinamente, reconheceu-se que o Estado poderia responder, assim como todas as demais pessoas jurídicas, pelos danos patrimoniais e morais ocasionados sobre a vítima, inclusive as entidades de cunho religioso, filantrópico, literário, artístico e científico.

121 Conforme o Superior Tribunal de Justiça, a ação regressiva pode ser ajuizada independentemente da extinção da ação reparatória de danos proposta pelo ofendido em face do Estado: *Não é necessário o deslinde da ação indenizatória contra o Estado para que este venha a exercer seu direito de regresso contra o seu agente* (REsp 236.837/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j. 3-2-2000).

122 Se todas as demais pessoas físicas e jurídicas podem ser responsabilizadas por conduta omissiva, por que não o Estado ou seus órgãos? O Estado pode ser responsabilizado por omissão, desde que essa omissão configure abuso de poder ou de autoridade.

123 Regina Helena Costa entende que se aplica o Código de Defesa do Consumidor em favor do contribuinte que efetua o pagamento de taxas, pois, segundo a autora, as características desse tributo – a divisibilidade e a especificidade – possibilitariam a sua inclusão dentre os serviços aos quais se refere a Lei n. 8.078/90. Deve-se anotar, porém, que a autora considera o pagamento de determinados serviços como taxas, acenando em sentido contrário à maioria da doutrina tributária, que os elenca como preço público. É o caso do fornecimento de luz, água e telefone, bem como o pagamento do transporte coletivo (A tributação e o consumidor).

124 STJ, 1.ª T., REsp 124201/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 7-11-1997, *DJ* 15-12-1997, p. 66237. Na oportunidade, não se conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos contribuintes da contribuição de melhoria por duas razões: a primeira, segundo a qual a relação do contribuinte perante o Fisco não é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor; e a outra, por inexistir a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano.

125 José Reynaldo de Lima Lopes, Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas, p. 77-93.

126 Torna-se cabível a repetição do indébito quantas vezes for necessária, pelo aumento irregular praticado pela concessionária de energia elétrica. O consumidor tem o direito e o interesse de promover a repetição sobre quantias pagas, em face do aumento indevido (STJ, REsp 153.478/SP, 1.ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24-11-1998, *DJ* 15-3-1999, p. 100). Cabe a repetição do indébito em dobro por valores cobrados sem justa causa, ainda mais se incidentes sobre casa de veraneio que habitualmente encontra-se fechada (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4129, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 12-11-1998).

127 Admitiu-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em questão referente à troca de hidrômetro (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4521, rel. Juiz Aben-Athar, j. 27-1-1999).

128 Admite-se a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por cartório de registro de imóveis, sob o fundamento de que o disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, é também aplicável aos agentes públicos delegados (*Informativo STF*, 144, STF, RE 212724/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 30-3-1999).

129 A Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo e a Fundação Procon, que é um órgão de defesa do consumidor, celebraram termo de cooperação que estabelece meios para o acolhimento e o encaminhamento

de reclamações referentes aos serviços notoriais e de registros, em 22-12-1997. Esse termo foi também subscrito pelo então titular da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, Belisário dos Santos Júnior.

5

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS PATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

"O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui a parte mais visível da sua desproteção. Os prejuízos materiais efetivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contato entre fornecedor e adquirente ou utente de bens ou serviços" – Carlos Ferreira de Almeida *(Os direitos dos consumidores,* 1982*)*

5.1 Responsabilidade pelo vício do produto

O vício do produto acarreta prejuízo econômico ao consumidor, pois ele acaba adquirindo ou se utilizando de um bem que não lhe concede a adequação que ordinariamente se poderia esperar, causando-lhe um dano patrimonial. Trata-se, como se pode perceber, de mais uma orientação fundamentada no princípio da *boa-fé objetiva*, como norma geral de conduta, graças à adoção da *teoria da confiança* contratual, por parte do legislador consumerista.

A responsabilidade pelo vício é regulada sob o aspecto de proteção e prevenção contra danos patrimoniais, ou seja, o fornecedor estará incurso na imputação legal a ele atribuída nos arts. 18 a 25 do CDC, sempre que o consumidor (adquirente ou utente destinatário final) vier a sofrer prejuízo econômico puro[1], ou, ainda, cumulado com ameaça de dano extrapatrimonial (se houver efetivamente o dano extrapatrimonial, o caso será de responsabilidade pelo fato do produto e serviço, conforme o regime jurídico dos arts. 12 a 17 do CDC).

O dano econômico que enseja a responsabilidade pelo vício prevista nos arts. 18 a 25 do CDC pode ser:

a) *direto,* se o consumidor veio a adquirir um produto impróprio ao consumo; ou

b) *indireto*, por prejuízo econômico reflexo, incidente sobre alguma vantagem que o consumidor utente viria a obter com o produto, mas que não se verificou justamente por causa do seu defeito intrínseco[2].

A questão do vício intrínseco limita-se, destarte, à *função econômica* do

produto e serviço.

O vício do produto deve existir à época da constituição da relação de consumo para que o fornecedor possa ser responsabilizado. Pouco importa, contudo, se o vício é aparente (perceptível a olho nu), de fácil constatação (perceptível mediante um simples ato) ou oculto (imperceptível à época da constituição da relação de consumo).

O desiderato do legislador foi, inequivocamente, impedir a circulação de produtos e serviços viciados no mercado de consumo, ressalvados os casos de fornecimento de bens no estado em que se encontram (leilão, por exemplo), hipótese na qual o fornecedor deverá previamente informar o consumidor dos defeitos existentes na coisa por problemas decorrentes de sua fabricação, produção, montagem etc., ou por se tratar de produto de segunda mão que foi recolocado no mercado de consumo por aquele que exerce a atividade profissional de sebo, brechó ou assemelhado[3].

Em conformidade com o microssistema de defesa do consumidor brasileiro, a responsabilidade pelo vício encontra-se delineada em face da inadequação do produto ou da inadequação do serviço.

A responsabilidade pelo vício do produto é *solidária*[4], salvo quando o fornecedor imediato deixar de informar ou de identificar ao consumidor quem é o fornecedor do produto *in natura*, hipótese na qual o fornecedor direto responderá exclusivamente pelo dano causado (art. 18, § 5.º, da Lei n. 8.078/90)[5].

O vício do produto pode ser de três modalidades: vício de qualidade, vício de quantidade e vício de informação.

5.1.1 Vício de qualidade

Vício de qualidade do produto é aquele que existe à época da sua aquisição do fornecedor, que torna o bem inadequado para o fim ao qual ordinariamente se destina.

Trata-se, pois, de vício que afeta a funcionalidade econômica do produto, dele não se podendo extrair o proveito esperado.

O vício de qualidade do produto inviabiliza a satisfação dos interesses do consumidor, causando prejuízo econômico ao seu adquirente[6].

Sinteticamente, pode-se afirmar que o vício de qualidade do produto confere ao consumidor o direito de exigir a substituição da parte viciada. E, quando isso não for possível ou a sanação do vício não for realizada a contento, o

consumidor pode exercer o direito: à redibição, ao abatimento proporcional do preço ou à substituição de todo o produto.

Subsiste, para qualquer solução adotada dentre as mencionadas no parágrafo antecedente, a regra da solidariedade[7].

Não se considera vício de qualidade do produto o simples desgaste pelo uso ou por força do tempo[8].

Todavia, se o produto usado ou de "segunda mão" vier a ser oferecido no mercado de consumo por quem atua profissionalmente em alienação de bens de mesma espécie, a responsabilidade do fornecedor será apurada mediante a aplicação da boa-fé objetiva, levando-se em conta que não se deve confundir desgaste natural e falta de manutenção do bem[9].

a) *Substituição das partes viciadas do produto*

A responsabilidade do fornecedor pelo vício de qualidade do produto possibilita ao consumidor o direito de exigir a substituição das partes viciadas, no prazo máximo de trinta dias. Esse prazo pode ser alterado pelas partes, através da celebração de uma cláusula contratual em separado, jamais sendo inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias (art. 18, *caput*, parte final, e §§ 1.º e 2.º, da Lei n. 8.078/90).

O direito de substituição das partes viciadas é, a bem da verdade, uma oportunidade que se confere ao fornecedor para que proceda ao reparo da peça defeituosa de um *produto compósito*.

Somente cabe a substituição das partes viciadas se o produto for constituído de peças justaposicionadas que possam ser substituídas por outras equivalentes, sem que se proceda à destruição ou mesmo à danificação do bem.

O produto compósito deve ser submetido ao fornecedor nesses termos, para que ele possa efetuar o reparo necessário no prazo legal ou acordado pelas partes. Nesse período, o fornecedor se responsabiliza pela coisa que lhe foi entregue, tendo a obrigação de cuidar dela como se fosse sua. Responde, então, por sua perda ou deterioração[10].

Sempre se deverá observar, todavia, o *princípio da razoabilidade*, conferindo-se ao bem a finalidade que dele o consumidor legitimamente espera. *Verbi gratia*, é sem sentido a concessão de prazo para o reparo das peças defeituosas, se o produto é adquirido a título de locação de coisa e retirado no dia em que se realizará o evento ou festividade. Razoavelmente, o que se espera é a concessão de produto equivalente para que a finalidade da relação de consumo seja alcançada.

A aplicação do prazo legal ou contratual para o conserto do produto deve ser efetivada à luz do princípio da razoabilidade, podendo o consumidor insurgir-se contra prazos incompatíveis com o contrato de consumo celebrado.

A concessão legal de prazo para que o fornecedor proceda ao conserto da peça viciada impede o consumidor de escolher uma das alternativas conferidas pelo § 1.º do art. 18 da Lei n. 8.078/90 (redibição, estimação e troca)[11]. Ou seja: tratando-se de produto compósito, faz-se em princípio necessário que seja exigida a substituição da parte viciada do produto, cuja qualidade se demonstrou inadequada.

O direito do consumidor de exigir a substituição da parte defeituosa do produto compósito é, na verdade, um direito potestativo, pois ele tem o poder-dever de conceder o prazo em benefício do fornecedor[12].

Aludido obstáculo ao exercício das demais alternativas mencionadas, qual seja o reparo da peça defeituosa, pode ser de natureza temporal ou lógica. O óbice de natureza temporal ao uso das alternativas de redibição, estimação ou troca deixa de existir quando o fornecedor não procede ao reparo adequado do produto. Efetuado o reparo das peças defeituosas de forma satisfatória, impede-se, por via lógica, ao consumidor o direito de optar, a seu único critério, pelas demais alternativas conferidas por lei. Entretanto, tornando-se insatisfatório o resultado do conserto da parte viciada, o consumidor poderá exigir: a redibição, a estimação ou a troca.

Além do critério da razoabilidade, também se considera possível o exercício do direito da redibição, da estimação ou da troca, quando o vício for suficientemente extenso, tornando-se capaz de comprometer a qualidade e as características do produto, diminuindo-lhe o valor ou sendo a ele essencial (art. 18, § 3.º, da Lei n. 8.078/90)[13]. Nesse caso, pouco importa se o produto é compósito ou não. A dimensão do defeito retira do fornecedor qualquer possibilidade de obter êxito em entregar ao consumidor um produto adequado, mediante a simples substituição da parte viciada. Afinal, o poder-dever de o consumidor exigir a substituição da parte viciada não pode constituir mera procrastinação do asseguramento do direito econômico do consumidor.

Pelo exposto, o direito de o consumidor exigir a substituição da peça viciada é, ao mesmo tempo, um direito legalmente conferido ao fornecedor de proceder ao reparo que se fizer necessário. E a explicação é muito simples: o reparo eficiente do produto libera o fornecedor de se submeter a alguma das alternativas exclusivamente outorgadas por lei ao consumidor.

O fornecedor tem o prazo de trinta dias, a partir da data em que o consumidor procede à entrega do produto àquele, ou a terceiro por ele autorizado do seu recebimento (assistência técnica independente), para lograr êxito no conserto. Esse prazo pode ser diminuído para até sete dias ou, ainda, ampliado para até cento e oitenta dias, mediante a celebração de cláusula em separado, nos contratos unilateralmente elaborados pelo fornecedor (contratos predispostos) ou terceiro (contratos formulários)[14].

Em resumo: não há mera tolerância do consumidor em se encaminhar o produto defeituoso para o reparo. Haveria, em um segundo encaminhamento, pelo mesmo motivo. O direito de o consumidor exigir a substituição das peças viciadas é um direito potestativo, pois ele tem o dever de primeiramente se valer de tal medida se o produto for compósito e o vício for de qualidade, sempre se norteando a relação de consumo sob o *princípio da razoabilidade*. Com isso, consagra o legislador, expressamente, um direito econômico do fornecedor.

O princípio da razoabilidade sempre deve ser aplicado, verificando-se a necessidade do consumidor e a possibilidade do fornecedor, dentro do prazo para o conserto da peça defeituosa.

No entanto, se o produto não for compósito, se o fornecedor não proceder ao reparo requerido no prazo estabelecido por lei ou pela cláusula convencionada em separado, ou, ainda, se razoavelmente não se considerar lógica a concessão do prazo por inviabilizar o direito do consumidor, torna-se possível ao destinatário final optar por: redibir a coisa, estimá-la ou, ainda, substituí-la por outra de mesma espécie e em perfeita condição de uso.

A opção do consumidor é exclusiva e não se sujeita a qualquer tipo de interferência, seja do fornecedor ou mesmo de um terceiro, somente se submetendo à substituição da escolha por decisão judicial fundamentada, quando a realização da alternativa eleita pelo consumidor se tornar impossível.

b) *Troca do produto*

O consumidor poderá escolher pela troca do produto por outro de mesma espécie, se o produto não for compósito ou se o reparo não for satisfatório, seja pelo resultado ou pelo decurso do tempo do qual o fornecedor dispunha para a realização do conserto[15].

Logicamente, o consumidor não poderá exigir a substituição de uma coisa viciada por outra, de mesma espécie, se não há mais a inserção de novos exemplares no mercado, por descontinuidade. Poderá, porém, exigir a substituição da coisa viciada por outra, ainda que de espécie, marca e modelo

diversos, desde que proceda à complementação do preço, se necessário. Pelo contrário, se o bem escolhido pelo consumidor for de menor preço, o fornecedor terá de restituí-lo pelo valor remanescente do montante efetivamente pago.

c) *Redibição*

Caso não pretenda a troca ou permuta, o consumidor poderá optar pela redibição, enjeitando o produto recebido. Nessa hipótese, o fornecedor deverá restituir as importâncias pagas pelo consumidor, devidamente corrigidas; sujeitando-se, além disso, a eventual indenização por perdas e danos.

Para que o consumidor proponha a ação redibitória, basta a existência do vício[16], pois a responsabilidade solidária dos fornecedores advém de lei e independe da existência de culpa de qualquer um deles. Por consequência, o pedido de indenização por perdas e danos causados pelos fornecedores do produto de qualidade inadequada não se fundamenta na existência de culpa, mas tão somente na aferição objetiva dos danos emergentes e dos lucros cessantes do consumidor.

d) *Estimação*

Outra opção da qual o consumidor pode utilizar-se no caso de vício de qualidade do produto é a estimação, ou seja, o abatimento proporcional do preço, conforme o vício existente e a finalidade que ordinariamente se esperava do bem.

O consumidor poderá, por meio da ação estimatória (*actio quanti minoris*), permanecer com a coisa e obter a redução do preço do produto, levando-se em conta o prejuízo econômico existente, ante a constatação do vício[17]. Pouco importa a alternativa escolhida pelo consumidor para os fins de responsabilidade dos fornecedores, pois o vício do produto gera a obrigação *in solido* de todos os integrantes da cadeia de consumo.

A regra da responsabilidade solidária de todos os fornecedores pelo vício de qualidade do produto, entretanto, é excepcionada expressamente no caso de fornecimento dos produtos *in natura*, quando o produtor não for identificado ao consumidor, no momento da sua aquisição. A hipótese é de vício de informação e será tratada mais adiante.

5.1.2 Vício de quantidade

Vício de quantidade é aquele que apresenta um produto, por se encontrar com o número de unidades, peso ou medida diverso daquele que consta na sua embalagem ou rótulo.

A responsabilidade pelo vício de quantidade do produto é solidária dos

fornecedores que integram a cadeia de consumo. Todavia, admite-se a responsabilidade exclusiva e direta do fornecedor imediato, quando ele se utilizar de instrumento de pesagem ou de medição que não esteja aferido conforme os padrões oficiais (art. 19, § 2.º, da Lei n. 8.078/90) ou que tenha o seu sistema de aferição alterado, para causar prejuízo ao consumidor.

Tratando-se da regra geral da responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores, o consumidor poderá exigir de qualquer um deles, a seu exclusivo critério: a substituição do produto, por outro de mesma espécie, marca ou modelo; a redibição; a estimação; ou a complementação do peso ou medida.

a) *Substituição do produto*

A existência do vício de quantidade possibilita a substituição ou troca do produto por outro, desde que de mesma espécie, marca ou modelo. Contudo, inexistindo produto de mesma espécie, marca ou modelo, poderá o consumidor exigir a substituição do produto por outro, ainda que de espécie, marca ou modelo diferentes, hipótese na qual se procederá à complementação ou à devolução da diferença entre o preço da coisa originariamente adquirida e o valor da nova.

b) *Redibição*

O enjeitamento do produto adquirido pelo consumidor é outra alternativa conferida por lei que permite ao seu destinatário final proceder à devolução do bem ao fornecedor, obtendo a restituição daquilo que efetivamente pagou pela coisa viciada.

Utilizando-se do direito de redibição do produto viciado, o consumidor poderá obter, além da restituição das importâncias pagas devidamente corrigidas, a indenização por perdas e danos.

c) *Estimação*

Caso o consumidor prefira permanecer com a coisa, ainda que o bem lhe tenha sido fornecido em quantidade inferior àquela que esperava, poderá o destinatário final obter de qualquer dos fornecedores o abatimento proporcional do preço pago.

A discordância do fornecedor em realizar a estimação possibilita ao consumidor valer-se da *actio quanti minoris*, a fim de que obtenha efetivamente o abatimento equivalente ao prejuízo econômico sofrido com o defeito do produto.

d) *Complementação do peso ou medida*

O consumidor que pretender permanecer com a coisa viciada adquirida poderá, em vez de exigir o abatimento proporcional do preço, optar pela

complementação do peso ou medida.

Para a adoção de qualquer uma das alternativas acima enunciadas, o produto deverá estar com quantidade inferior às indicações constantes de sua embalagem, de seu rótulo ou recipiente.

O vício de quantidade sempre pressupõe a disparidade de informação entre a oferta, a mensagem publicitária, a embalagem, o rótulo, o recipiente ou o instrumento de medição ou pesagem, e, do outro lado, do peso ou medida realmente existentes.

5.1.3 Vício de informação

O *direito à informação* decorre da boa-fé objetiva, que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, constituindo uma regra básica de convivência social que passa a ter relevância jurídica para o asseguramento dos demais princípios decorrentes da constituição do vínculo de direito.

Além disso, o direito à informação é direito fundamental previsto expressamente no art. 5.º, XIV, da CF, fruto da evolução socioeconômica observada a partir da revolução pós-industrial, conhecida como "sociedade da informação" ou, ainda, "revolução da informática".

Justifica-se a inserção do vício de informação como passível de responsabilização sobre todos os fornecedores, tanto o direto como os indiretos, pelo fato de a sociedade contemporânea utilizar-se sobremaneira de técnicas cada vez mais avançadas de fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo.

Considera-se que é dever do fornecedor conceder ao consumidor, que é a parte vulnerável na relação de consumo, o conhecimento prévio de todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço que a ele é oferecido (características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, riscos existentes à vida, à saúde ou à segurança)[18], de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa (art. 31 do CDC).

A preocupação em conferir ao consumidor a informação relevante sobre o produto e o serviço a ele oferecido é global, encontrando-se avançada a disciplinação dada ao tema pelo direito europeu. E a razão é simples: a realidade demonstra, em todo o mundo, uma diferenciação cultural, social e econômica substancial entre o fornecedor e o consumidor médio, que, ademais, não possui o mesmo conhecimento das técnicas alusivas ao produto[19].

Destacam-se as seguintes diretrizes da Comunidade Econômica Europeia sobre o tema:

a) a Resolução do Conselho, de 19-1-1999, sobre a proteção do consumidor na *sociedade da informação*;

b) o Regulamento do Conselho, de 5-4-1993, sobre a rotulagem dos produtos; e

c) a Recomendação 89/542/CEE, de 17-5-1990, que estabeleceu orientações sobre a rotulagem de detergentes e produtos de limpeza, revogada pelo Regulamento 648/04, da Comunidade Europeia.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece o direito de o consumidor exigir, a seu exclusivo arbítrio, perante qualquer dos fornecedores da cadeia de consumo, uma das medidas mencionadas no tópico alusivo ao vício de quantidade do produto, a saber: a substituição do produto por outro de mesma espécie, marca ou modelo; a redibição, com a rejeição do produto e a obtenção da restituição do valor pago, devidamente corrigido; a estimação, mediante o abatimento proporcional do preço; e a complementação do peso ou medida[20].

No caso do vício de informação do produto cuja substituição se demonstra impossível, o consumidor poderá exigir um produto de outra espécie, marca ou modelo, mediante o pagamento do valor remanescente, se o seu preço for superior. Nada obsta, ainda, que o produto de outra espécie, marca ou modelo, escolhido pelo consumidor, tenha preço inferior em relação àquele que foi por ele originariamente adquirido. Assim sendo, poderá o consumidor obter a restituição da diferença entre os valores apurados[21]. Em qualquer caso, deve-se acrescentar, subsiste a responsabilidade legal do fornecedor pelos eventuais riscos decorrentes da evicção[22].

A responsabilidade pelo vício do produto é objetiva e solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica. Porém, a lei estabelece um caso de responsabilidade exclusiva do fornecedor direto: a omissão de informação sobre os dados do produtor *in natura*. A omissão da informação relevante da identidade do produtor ao consumidor acaba por limitar a extensão da responsabilidade *ex lege*, impedindo, na prática, que o consumidor possa ajuizar a demanda que entender cabível, em face do produtor[23]. Por tal razão, a responsabilidade pelo fornecimento de produto *in natura*, sem a identidade do produtor, recai diretamente sobre o fornecedor imediato, que descumpriu objetivamente o dever de informação e violou, desse modo, um direito básico do consumidor e o princípio da boa-fé objetiva (arts. 4.º, III, e 6.º, III, da Lei n. 8.078/90).

5.2 Responsabilidade pelo vício do serviço

Vício do serviço é aquele que apresenta determinada atividade remunerada fornecida ao consumidor, causando-lhe prejuízo patrimonial.

Prevalece a regra da solidariedade da responsabilidade no fornecimento de serviços, apesar de ser imprescindível reconhecer que, na prática, é comum observar que apenas um único fornecedor integra a cadeia de consumo, nesse caso. O efeito da presença de um único fornecedor, para se responsabilizar por eventual dano econômico, é a sua responsabilidade exclusiva e direta.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, uma questão alusiva ao conflito aparente de normas no tempo poderia ser óbice para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de prestação de serviços. O art. 593 do CC estabelece: "A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo".

Eventual argumentação segundo a qual todo o regime de serviços do Código de Defesa do Consumidor teria sido afastado, ou mesmo revogado total ou parcialmente pela lei posterior, que é o Código Civil, não resiste à análise mais acurada. De fato, a lei civil entrou em vigor após a lei consumerista, todavia expressamente reservou às leis trabalhistas e demais leis especiais a normatização aplicável às prestações de serviços já existentes, e ainda as que viessem a posteriormente existir.

Mesmo não se tratando o Código de Defesa do Consumidor de uma lei especificamente dirigida a determinadas categorias de prestações de serviços, não se pode esquecer de destacar que a Lei n. 8.078/90 é um microssistema destinado a regular as relações de consumo, o que indiscutivelmente abrange uma variedade de negócios jurídicos, em muitos dos quais o objeto é o fornecimento de serviço.

A norma protetiva dos consumidores não se destina, como microssistema que é, a necessariamente revogar alguma lei ou ser por qualquer lei revogada. Aplica-se a lei consumerista de forma a pura e simplesmente prevalecer diante de alguma lei que se afigure contrária aos seus princípios, afastando a sua incidência sobre determinada situação concreta analisada pelo juiz.

Somente se tornaria possível cogitar de eventual derrogação da lei consumerista perante o art. 593 do CC se esse dispositivo legal expressamente estabelecesse uma incompatibilidade absoluta com alguma norma jurídica expressa contida na Lei n. 8.078/90.

Assim sendo, o regime da prestação de serviços contido no Código Civil não teve o caráter de constituir norma revogadora ou derrogadora do Código de Defesa do Consumidor.

E o regime de responsabilidade pelo serviço, constante da lei de proteção do consumidor, é bastante interessante, ante o estabelecimento da responsabilidade objetiva[24] (exceto no caso de acidente de consumo causado por um profissional liberal).

A responsabilidade solidária dos fornecedores de serviços é perfeitamente viável na sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao fornecedor que suportou os ônus consequentes da reparação do dano a ação regressiva em face daquele que efetivamente acarretou o prejuízo patrimonial ao destinatário final (art. 25, § 1.º, da Lei n. 8.078/90).

Observe-se que o fornecedor de serviços, seja ele profissional liberal ou não, responde objetivamente pelos danos puramente econômicos sofridos pelo consumidor quando a atividade se demonstrar inadequada para o fim que razoavelmente dela se espera (arts. 20 a 22 da Lei n. 8.078/90). Como a responsabilidade subjetiva é exceção à regra da objetivação determinada pela legislação em apreço, somente se admite a responsabilidade mediante culpa do fornecedor de serviços qualificado como profissional liberal quando houver a ofensa a algum direito extrapatrimonial do consumidor. É o caso do art. 14, § 4.º, da Lei n. 8.078/90, que estabelece que o profissional liberal responderá mediante culpa. Essa ressalva à objetivação da responsabilidade, contudo, encontra-se na Seção II do Capítulo IV do Título I, intitulada “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”. E já que essa seção se fundamenta na ofensa a algum direito moral puro, ou de direito extrapatrimonial cumulado com direito patrimonial, não há o que cogitar de responsabilidade subjetiva do profissional liberal fornecedor de serviços por simples dano econômico.

Obviamente, deverão ser utilizados pelo intérprete, para compreensão da real extensão da responsabilidade do fornecedor de serviços disposta no art. 14, § 4.º, os institutos intermediários da subjetivação para a teoria da responsabilidade sem culpa: a obrigação de meio[25], a obrigação de resultado e a obrigação de segurança. Todavia, para a análise da responsabilidade do fornecedor de serviços fundada nos arts. 20 a 22, o intérprete deverá valer-se apenas da teoria da responsabilidade sem culpa e dos princípios informativos da relação de consumo, dentre os quais se destacam, para o estudo da responsabilidade pelo vício: a vulnerabilidade, a hipossuficiência, a transparência, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico e jurídico da relação de consumo, todos inspirados no princípio da razoabilidade.

Não se pode esquecer, dessarte, que o aplicador da norma de defesa do consumidor fixou que a responsabilidade objetiva subsiste como regra pelo dano

puramente econômico, mesmo em desfavor do fornecedor de serviços qualificado como profissional liberal[26]. Mas, para que isso venha a ocorrer, torna-se imprescindível a existência de um vício do serviço, pois o defeito é pressuposto do dano reparável. E os princípios informativos acima mencionados são extremamente úteis, para melhor compreensão do que se inclui na noção de vício do serviço prestado pelo fornecedor.

Assim, não viola a boa-fé objetiva e, por isso, não se responsabiliza por vício de serviço quem proporciona o ensino pago, porém tem a infelicidade de ter o seu professor ausente de aulas, desde que proceda à sua substituição justificada[27].

O fornecedor de serviços pode responder por duas modalidades de vícios: o vício de qualidade e o vício de informação.

5.2.1 Vício de qualidade

O vício de qualidade do serviço impõe sobre o fornecedor a responsabilidade objetiva, pouco importando se ele agiu ou não mediante culpa, por si ou através de seus empregados, prepostos ou auxiliares de outra natureza[28].

A inadequação econômica do serviço decorre da não obtenção da finalidade que motivou a aquisição da atividade fornecida mediante remuneração, tornando-se implícita a qualquer relação de consumo dessa natureza a norma genérica de garantia de prestabilidade do serviço[29]. O objetivo que levou o consumidor a adquirir o serviço não se confunde com a obrigação de resultado, pois a responsabilidade é objetiva. Ou seja: basta o dano econômico proporcionado pela atividade de fornecimento no mercado, para os fins de responsabilização.

O serviço pode ser obtido para que o fornecedor simplesmente se relacione com o consumidor ou, ainda, para que os interesses do destinatário final da atividade sejam administrados perante terceiros[30], como é o que sucede nos negócios de representação e de mandato.

O vício intrínseco do serviço somente acarreta um dano patrimonial ao consumidor. Tratando-se de prejuízo puramente econômico, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva. E, como a lei silencia sobre a questão do profissional liberal nessa passagem, é forçoso concluir que a sua responsabilidade, nesses casos, independerá da existência de sua culpa.

Além disso, o microssistema consumerista estabelece que somente há vício pela inadequação do serviço prestado[31]. Tal critério não é puramente subjetivo.

Pelo contrário, é indispensável a análise dos princípios informativos da relação de consumo, sem se olvidar a responsabilidade sem culpa do fornecedor de serviços.

Reconhece-se que todo consumidor é vulnerável, podendo sua hipossuficiência ser determinada para os fins de inversão do ônus da prova, no processo civil. Uma série de deveres é imposta às partes para a manutenção do equilíbrio econômico e jurídico da relação de consumo, decorrente dos princípios da transparência e da boa-fé objetiva. E tais princípios são fundados no princípio da razoabilidade, segundo o qual o consumidor pode exigir do fornecedor aquilo que razoavelmente, isto é, normalmente se poderia exigir para a satisfação dos seus interesses.

O *princípio da razoabilidade* justifica a irresponsabilidade do fornecedor, quando não se puder dele exigir que a sua atividade alcance o resultado plenamente satisfatório esperado pelo consumidor. É o que ocorre na prestação de serviços advocatícios.

Assim, o advogado não responde por danos patrimoniais do cliente que perder a causa, já que razoavelmente não se espera com certeza absoluta a procedência do pedido, que leva à vitória do consumidor através do trabalho desenvolvido pelo seu advogado perante o Poder Judiciário. Afinal, há duas partes no processo contencioso e o julgador terá de decidir de forma mais favorável para uma delas, em detrimento da outra. Ou seja: sempre haverá um evicto. Logo, não é razoável sempre se exigir do advogado que perdeu a causa o dever de reparar o dano econômico sofrido pelo cliente. É irrazoável. O que se pode exigir razoavelmente desse fornecedor de serviços é a sua dedicada atuação no caso, prestando ao consumidor todas as informações referentes ao seu andamento e proporcionando ao seu cliente o acesso efetivo a tais dados, com clareza e presteza, sob pena de vício de qualidade do seu serviço. O que se deve analisar, então, é a existência de um defeito na prestação do serviço. A inadequação não pode ser avaliada pelo simples insucesso do cliente em determinada causa. Por isso é que o dano porventura suportado pelo cliente de um advogado em determinada ação judicial na qual se tornou evicto não enseja ordinariamente a responsabilidade objetiva do mandatário judicial. A evicção não é vício do serviço. Não há o que cogitar, nesse caso, de vício de qualidade, até mesmo porque pressupõe-se que todo advogado reúne o conhecimento necessário para defender o seu cliente, já que se submeteu ao exame oficial de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

O vício de qualidade do serviço prestado pelo advogado decorre da não

realização de atos que ordinariamente se poderia dele esperar, como a observância dos prazos processuais e a sua presença em audiências. Nada impede que o advogado venha a responder objetivamente, assim, por danos decorrentes da sua contumácia no curso do processo, que leve a uma decisão desfavorável ao consumidor, ou mesmo pela omissão de orientação do seu cliente, isto é, vício de informação.

A responsabilidade pelo vício intrínseco do serviço prestado pelo profissional liberal é objetiva, mostrando-se razoável que se imponha o dever de reparação do dano em desfavor: do empreiteiro, engenheiro e arquiteto, pelo vício de construção; do contador, pela inadequação do serviço que leve o seu cliente a situações embaraçosas às quais não deu causa, perante o Fisco ou a Administração Pública em geral; e assim por diante.

As mesmas ideias são aplicáveis ao fornecedor de serviço que não é profissional liberal ante a ausência de distinção oferecida pelo legislador. Alguns exemplos bem ilustram a questão. Nos contratos de turismo, espera-se a prestação de uma atividade de natureza complexa com a qualidade previamente ajustada e a satisfação plena do consumidor, inclusive quanto aos resultados da viagem. Dada a existência de uma série de fornecedores por trás daquele que celebra a relação de consumo com o turista, reconhece-se a solidariedade entre os fornecedores dos vários serviços obtidos pelo consumidor, bem como o direito de regresso do fornecedor que reparar o dano, em face daquele que realmente deu causa ao prejuízo[32]. É razoável que as etapas do pacote turístico sejam cumpridas da forma previamente ajustada, observando-se os princípios da transparência e da boa-fé objetiva. De igual modo, incumbe à administradora de cartões de crédito responder pelos prejuízos econômicos causados ao consumidor pelo fato de cobrar-lhe importância referente a negócio que não foi por ele realizado[33].

O fornecimento de serviço consistente na reparação de um produto deve sempre observar o princípio da boa-fé objetiva, considerando-se implícito o dever de o prestador da atividade se utilizar de elementos de reposição não recondicionados. Todavia, o fornecedor de serviços de reparação do produto poderá valer-se de componentes diversos das especificações técnicas do fabricante, se tiver consentimento prévio do consumidor.

Ao prestador de serviços que promove o conserto de partes de um produto ou, ainda, a substituição de peças defeituosas incumbe, na realização de sua atividade, não se utilizar de componentes de segunda linha ou recondicionados sem a expressa autorização do consumidor. Logo, a cientificação do consumidor

e a sua aprovação prévia são pressupostos de regularidade do serviço prestado nessas condições. O fornecedor de tais serviços deve, ainda, promover a execução da sua atividade em prazo razoável, a fim de não prejudicar os interesses legítimos do consumidor, sob pena de arcar com os ônus decorrentes da demora da realização do seu serviço[34].

Por fim, o fornecedor de serviços responde pelo vício de uma atividade desempenhada com o objetivo de captação de clientela, ainda que desenvolvida gratuitamente, bastando que os custos estejam embutidos no preço do serviço que é prestado a título oneroso. Nesse caso, considera-se que a atividade prestada gratuitamente é uma extensão do serviço fornecido como objeto de relação de consumo, devendo-se aplicar a legislação protetiva do destinatário final dos serviços pelo simples fato de que a atividade gratuita somente é prestada por causa do serviço oferecido. É a ideia de que o acessório (a atividade gratuita) segue o principal (o serviço, como objeto da relação de consumo). É o que sucede, por exemplo, na hipótese de abalroamento, colisão ou furto de veículos em estacionamento ou local no qual se encontrava uma equipe de manobristas do fornecedor de produtos e serviços, para conferir acesso mais fácil e maior comodidade aos interessados[35].

Tanto no fornecimento de serviços pelo profissional liberal como por outro prestador, confere-se exclusivamente ao consumidor a escolha de uma das seguintes alternativas, ante a existência do vício por inadequação: a reexecução do serviço, a redibição ou a estimação.

a) *Reexecução dos serviços*

O consumidor poderá exigir que o fornecedor do serviço defeituoso venha novamente a realizá-lo[36] sem que se cobre qualquer diferença a maior em relação aos valores efetivamente pagos a qualquer título[37].

Se a atividade executada pelo fornecedor de serviços constituir uma obrigação de fazer fungível, a reexecução dos serviços poderá ser feita por terceiro, sob responsabilidade e às exclusivas expensas do fornecedor (art. 20, § 1.º, da Lei n. 8.078/90). Porém, tratando-se de obrigação de fazer infungível, tão somente o fornecedor poderá ser compelido à reexecução, sob pena de arcar com o pagamento de indenização por perdas e danos.

Portanto, não cabe a exigência do consumidor para que o fornecedor proceda à reexecução dos serviços em obrigação de fazer infungível, a menos que ele próprio concorde com isso. Nesse sentido, percebe-se que a extensão da aplicabilidade dessa alternativa do consumidor não é absoluta, já que o

fornecedor poderá submeter-se ao pagamento de indenização por perdas e danos, caso se negue a realizar novamente a prestação da sua atividade na obrigação de fazer infungível.

b) *Redibição*

Se o consumidor preferir, poderá optar pela redibição, rejeitando o serviço realizado e exigindo do fornecedor a restituição das importâncias pagas devidamente corrigidas, sem prejuízo de eventual reparação por perdas e danos.

A jurisprudência coleciona vários casos típicos de fornecimento do serviço defeituoso pela qualidade. Dentre outros:

a) o prestador de serviços de um estacionamento, que abalroa o veículo ali deixado pelo consumidor, em uma mureta[38];

b) o transporte, pelo extravio de bagagens ou a sua remessa a destino diverso daquele solicitado pelo interessado[39];

c) o serviço bancário que, advertido previamente pelo consumidor do furto do seu cartão, autoriza saques por seu intermédio[40];

d) o serviço de descupinização que resulta na desocupação e inundação do imóvel[41];

e) o serviço de empreitada, que procede a inadequada implantação dos materiais na obra[42]; e

f) a instalação inadequada de uma piscina, que causa vazamentos e infiltrações[43].

c) *Estimação*

Decidindo o consumidor que deve permanecer com o serviço executado, apesar de defeituoso, poderá obter o abatimento proporcional do preço pago, levando-se em conta o prejuízo causado pelo vício da atividade remunerada fornecida.

A negativa de fornecimento do serviço anteriormente contratado é vício resultante da violação do princípio da boa-fé objetiva. É descumprimento de obrigação prometida e assumida pelo fornecedor, ensejando até mesmo a sua execução específica, sob pena de perdas e danos[44].

5.2.2 Vício de informação

O vício de informação do serviço fornecido compreende:

a) a disparidade entre a informação constante do rótulo, embalagem ou assemelhado e o resultado concreto do serviço, quando a atividade envolve a utilização, manuseio ou transmissão de produto[45];

b) a disparidade entre a publicidade e o serviço oferecido[46]; ou

c) a omissão de informação relevante sobre as características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e riscos que o serviço pode proporcionar.

A informação deve ser adequada e clara. A inadequação da informação no exercício da atividade de fornecimento de um serviço destinado ao consumidor é passível de responsabilização.

Em várias oportunidades, a jurisprudência vem reconhecendo a existência do vício de informação do serviço:

a) no fornecimento de pacote turístico, por se divulgar preço em desconformidade com a realidade[47];

b) no transporte rodoviário de bagagens[48];

c) no serviço fornecido pela administradora de cartão de crédito, que não comunicou adequadamente ao consumidor a forma de bloqueio do cartão furtado ou extraviado[49];

d) no plano de saúde, procedendo-se a aumento por mudança de faixa etária, sem que previamente à assinatura do contrato se informasse o critério que seria adotado pela administradora[50].

A informação prestada de forma adequada pelo fornecedor de serviços impede qualquer reclamação do consumidor por inadequação, pois se observa, desse modo, o princípio da boa-fé objetiva. Para tanto, importa verificar se foram sanadas todas as dúvidas do consumidor acerca das características do serviço realizado[51].

5.2.3 Vício do serviço público

Serviço público é toda atividade prestada pela Administração Pública, por si ou através de terceiros (Administração Pública indireta), em favor da coletividade de pessoas por ela administrada.

Os serviços públicos podem ser: próprios e impróprios. Serviços públicos próprios são aqueles diretamente prestados pelo Estado. Serviços públicos impróprios são aqueles cuja utilidade pública é indiscutível, porém são ordinariamente realizados através de entidades da Administração Pública indireta, por meio de concessão, permissão ou autorização.

A responsabilidade civil do Estado e dos demais entes da Administração pela inadequação do serviço é objetiva, pois basta a demonstração do nexo de causalidade para que o consumidor lesado possa ser reparado pelo dano[52].

Adotou-se a teoria do risco administrativo, que não exige qualquer falta do serviço público, nem mesmo a demonstração da culpa de seus agentes, mostrando-se suficiente o fato danoso[53].

Incumbe à União a exploração dos serviços de: telefonia, telégrafos, transmissão de dados e telecomunicações em geral; radiodifusão sonora, de sons e imagens; energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário, aquaviário, rodoviário interestadual e internacional; a exploração de serviço nuclear; e portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XI e XII, da CF).

Aos Estados-membros compete, de forma privativa, a prestação dos serviços de gás canalizado. E, residualmente, os serviços não vinculados à União ou sobre os quais não há o interesse do Município (art. 25, §§ 1.º e 2.º, da CF).

O Município pode prestar os serviços de interesse local, incluindo-se o de transporte coletivo (art. 30 da CF).

Os serviços públicos diretamente prestados pelo Estado não são suscetíveis de delegação a terceiros, demonstrando-se essenciais à comunidade. São atividades destinadas à generalidade das pessoas e custeadas através da arrecadação de tributos, os chamados serviços *uti universi*, tais como: segurança pública, educação pública, saúde pública, iluminação de logradouros e assistência social.

Os serviços públicos que o Estado pode confiar a terceiros não são imprescindíveis ao administrado, porém lhe garantem um mínimo de conveniência para a realização de sua jornada diária. São chamados serviços públicos impropriamente ditos. Tais atividades são custeadas mediante o pagamento de preço público e são denominadas serviços *uti singuli*. São exemplos: a energia elétrica, a água, a comunicação telefônica, o correio, o gás e o pedágio.

Não é todo serviço público, porém, que se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor. Apenas o serviço público realizado mediante o pagamento efetuado pelo consumidor em favor do fornecedor, a título de remuneração.

O serviço público custeado pelo pagamento de tributos não deve ser considerado como objeto de uma relação de consumo, já que o contribuinte não obtém o serviço público de segurança, de educação, de saúde, da prestação jurisdicional, por exemplo, mediante o pagamento direto a esses órgãos. Há o encaminhamento do tributo que é pago aos cofres públicos e, de acordo com a previsão orçamentária, um percentual do valor total arrecadado será revertido para essas atividades. Logo, não há o que cogitar de remuneração diretamente

paga pelo destinatário final de produtos e serviços. Somente se pode admitir a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses de remuneração diretamente paga pelo exercício da atividade, sob pena de amesquinhar a legislação protetiva do consumidor, aplicando-a para qualquer situação referente à relação administrativa e tributária[54].

E o que dizer da contribuição de melhoria, que, embora seja tributo, é destinada para um fim específico, que é a construção de uma obra, no benefício direto dos respectivos contribuintes?

Por outro lado, o serviço público diretamente custeado pelo consumidor, através do pagamento de preço público ou tarifa, sofre a incidência da legislação consumerista.

Extrai-se daí que apenas o serviço público dito impróprio é que pode ser objeto de uma relação de consumo.

Os serviços públicos devem apresentar as seguintes características, às quais o fornecedor se encontrar obrigado, nos termos do art. 22 da Lei n. 8.078/90: eficiência, adequação, segurança e continuidade (esta última, apenas no caso de serviços essenciais). *Serviço eficiente* é aquele que funciona da maneira que ordinariamente se esperaria, observados certos requisitos inerentes à atividade desenvolvida. Exemplo: o transporte coletivo que observa os horários de partida e de chegada ao ponto final. *Serviço adequado* é aquele que se presta para o fim objetivado pelo consumidor. Exemplo: o transporte coletivo que realiza o itinerário objetivado pelo consumidor e não se desvia da rota previamente divulgada. *Serviço seguro* é aquele que não causa qualquer ofensa ao direito personalíssimo do consumidor que dele se utiliza. A existência de danos morais decorrentes do acidente de consumo modifica a fundamentação da responsabilidade civil pelo serviço público prestado, passando o caso a ser regulado pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor[55].

Ocorrendo o acidente de consumo, o legislador adotou a teoria do risco integral, à semelhança do que sucedia com o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal[56].

Serviço essencial é a atividade imprescindível ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 11 da Lei n. 7.783, de 28-6-1989). É, portanto, a atividade necessária para a satisfação dos interesses básicos da sociedade. O art. 10 da Lei n. 7.783/89 fixa uma relação de serviços considerados essenciais. São eles: o tratamento e o abastecimento da água; a produção e a distribuição da energia elétrica, do gás e de combustíveis; a

assistência médica e hospitalar; a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; a atividade funerária; o transporte coletivo; a captação e o tratamento do esgoto e do lixo; a guarda, o uso e o controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; o serviço de telecomunicações; o processamento de dados ligados a serviços essenciais; o controle do tráfego aéreo; e a compensação bancária.

Dentre os serviços essenciais por definição legal encontram-se as atividades de fornecimento de energia elétrica, água e gás. O simples fato de essas atividades serem serviços essenciais, que devem revestir-se da característica de continuidade, não impede o corte do fornecimento da atividade pela ausência do pagamento da tarifa ou preço público, seja por inadimplência, seja por ato ilícito cometido pelo consumidor ou por terceiro[57].

A continuidade da prestação do serviço essencial encontra como destinatária final a coletividade de consumidores (art. 2.º, parágrafo único), e não determinados sujeitos que, valendo-se desse argumento, pretendem usufruir do serviço, ainda que nada paguem por ele, independentemente da razão existente.

O corte do fornecimento do serviço advém de determinação do Poder Público concedente, por razões operacionais ou de descumprimento da obrigação de pagamento[58]. O descumprimento das obrigações do fornecedor do serviço público permite ao interessado que requeira perante o Poder Judiciário a condenação do prestador da atividade de utilidade pública a obrigação de fazer ou de não fazer, sem prejuízo de eventual indenização que porventura deva ser aplicada (art. 22, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90).

Esse é o posicionamento majoritário do STJ[59].

A matéria, contudo, sofre diversidade de conclusão, quando a alegação da concessionária para o corte do serviço fundamenta-se em cobrança de diferenças que não teriam sido pagas, quando, na realidade, não há inadimplemento do consumidor[60].

1 “Danos morais e materiais. Vício oculto em aparelho de som. Devolução da quantia paga pelo aparelho, devidamente corrigida. Incidência do art. 18, § 1.º, II, do CDC. Inocorrência de danos morais. Mero dissabor do dia a dia. Precedente do STJ. Recurso parcialmente provido” (Recurso Cível 71000686808, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ketlin Carla Pasa Casagrande, j. 21-7-2005).

2 Não parece razoável, mesmo para fins didáticos, a distinção feita pelo legislador entre defeito e vício, segundo a qual aquele serviria para explicar a responsabilidade pelo fato, enquanto a expressão “vício” estaria reservada para as hipóteses tratadas nos arts. 18 a 25, da Lei n. 8.078/90. A grande diferença entre as responsabilidades pelo fato e pelo vício não reside na expressão utilizada, mas no bem juridicamente tutelado que foi ofendido ou se encontra na iminência de ser violado. Se o bem for suscetível de valoração econômica e o dano for meramente patrimonial, haverá responsabilidade pelo vício. Se o bem lesado for insuscetível de valoração econômica, o dano será extrapatrimonial, e a repressão se dará conforme o regime estatuído para a responsabilidade pelo fato. A propósito, *vide* o capítulo referente à responsabilidade pelo fato do produto e serviço.

3 No caso de fornecimento de produtos de segunda mão ou com defeitos oriundos da fabricação, produção, montagem etc., sujeita-se o fornecedor ao que preceitua a lei sobre o *vício de informação*, que deve ser previamente concedida ao consumidor, de forma clara, inequívoca e completa (art. 31 da Lei n. 8.078/90). Sempre, é claro, através da aplicação da teoria da confiança e da utilização do princípio da boa-fé objetiva.

4 “Direito do consumidor. Aparelho celular. Defeito do produto. Legitimidade passiva do comerciante. O comerciante do produto que apresenta vício de qualidade, não funcionando como se propõe, responde solidariamente com o fabricante, por integrar o conceito de fornecedor (CDC, arts. 18 e 3.º). Distinção necessária entre tal hipótese e a de acidente de consumo, regulada pelo art. 12 do CDC, onde a responsabilidade do comerciante é apenas subsidiária (art. 13 do mesmo *codex*). Recurso desprovido. Unânime” (Recurso Cível 71000691634, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. João Pedro Cavalli Junior, j. 28-7-2005).

5 Após reconhecer a existência de relação de consumo entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destinava a sua atividade no campo, consignou o Superior Tribunal de Justiça que o fabricante e o revendedor respondem solidariamente pelo vício de qualidade do produto (STJ, REsp 142.042/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-11-1997, *DJ* 19-12-1997, p. 67510).

6 Em diversos casos, a jurisprudência vem reconhecendo o vício de qualidade do produto e a consequente responsabilidade do fornecedor. Assim, por exemplo, responde o construtor por defeitos da unidade habitacional perante o consumidor (STJ, 3.ª T., REsp 21.935/RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 8-6-1992, *DJ* 3-8-1992, p. 11316).

7 São exemplos: “Responsabilidade por vício do produto. Automóvel (...). Falhas no sistema de injeção eletrônica. Art. 18 do CDC. 1. Agravo retido: indeferimento de quesitos impertinentes. Poderes instrutórios do juiz. Art. 426, I, do CPC. Agravo desprovido. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva: a empresa montadora do veículo e solidariamente responsável com a concessionária que vendeu ao consumidor. Responsabilidade solidária dos fornecedores. Art. 25, § 1.º, do CDC. 3. Preliminar de carência de ação: transcorrido o prazo de 30 dias da empresa concessionária para conserto da falha mecânica constatada no veículo, abre-se para o consumidor a possibilidade de postular a substituição do automóvel ou a restituição do preço contra qualquer dos fornecedores solidários. O prazo decadencial de 30 dias nao flui individualmente contra cada fornecedor responsável. Inteligência do art. 18 e seu § 1.º, do CDC. Preliminar afastada. 4. Preliminar de inépcia da petição inicial: improcedência da alegação de incompatibilidade lógica entre os pedidos de substituição do automóvel ou devolução do preço, cumulados com indenização por danos morais. Possibilidade de formulação de pedidos alternativos facultada pelo art. 288 do CPC. Preliminar afastada. 5. Vício do produto: confirmação pelo laudo pericial das falhas no sistema de injeção

eletrônica alegadas pelo consumidor. Embora sem colocar em risco a segurança dos ocupantes do veículo, as falhas apresentam relevância suficiente para caracterização do vicio de qualidade. 6. Dano moral: transtornos e aborrecimentos em decorrência do vício do produto não caracterizam, em si sós, dano moral. Necessidade de agressão efetiva a um bem jurídico da estatura dos direitos de personalidade. Desacolhimento desse pedido indenizatório. 7. Litigância de má-fé: o esgotamento pela empresa fabricante das possibilidades de defesa não caracteriza o litigar ímprobo. Não enquadramento nas hipóteses dos arts. 17 e 18 do CPC. Sentença mantida. Recursos desprovidos" (TJRS, AC 70001597426, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 14-11-2000). E, ainda: "Consumidor. Vício do produto. Televisão. Defeito de fabricação. Responsabilidade civil do fabricante reconhecida, independentemente de culpa. 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. Inteligência do art. 18 do CDC. Apelação provida em parte" (TJRS, AC 70005902515, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 25-8-2004).

8 "Veículo. Compra e venda. Relação de consumo. Vício oculto. Relação entretida que se afigura como de consumo e que deve ser solvida à luz do CDC. Defeito no motor que se verificou ainda no prazo de garantia, pouco menos de um mês após a compra, desimportando se trate de veículo usado, notadamente porque era de se esperar que o bem atendesse minimamente ao fim a que se destina, o que não ocorre quando comprometida parte essencial. Tal espécie de vício, que importou na reforma do motor, não é, de regra, perceptível nem mesmo por técnicos, requerendo para a sua constatação a abertura do motor. Mau uso que não pode ser presumido, notadamente quando pretende o fornecedor opere tal presunção em desfavor do consumidor. Defeito no motor que, à toda evidência, não pode ser comparado ao mero desgaste de peças. Se a reforma do motor importa na abertura deste, por óbvio que, em conformidade com as regras de experiência, são necessárias a reposição do óleo e do respectivo aditivo, impondo-se, igualmente, a substituição do filtro de óleo. Recurso improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos" (Recurso Cível 71000683896, 2.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Luiz Antônio Alves Capra, j. 20-7-2005).

9 "Consumidor. Vício oculto. Veículo usado. Decadência. Em se tratando de vício oculto, passa o prazo a fluir a partir da constatação deste. Afigura-se correto dizer que, por força de tal interpretação, não pode a garantia ser eterna, mas também se há de considerar que não pode ser efêmera a ponto de o consumidor, que pouco uso fez de um bem de consumo durável e cujo motor deve alcançar, no mínimo, a barreira dos 100 mil km, vir a deparar-se com vícios ocultos cuja reparação já não pode mais buscar, porque considerado na fase de degradação. Não se exige que um automóvel usado seja impecável, mas tão somente que, à míngua de vícios ocultos, se preste para o fim a que se destina, sendo essa, minimamente, a expectativa que o consumidor carrega ao efetivar o negócio. Adequadamente solvida a questão, ademais, sob o prisma do art. 18 do CDC, porque a hipótese é de vício do produto, não podendo a ré esquivar-se da garantia de qualidade dos produtos que comercializa, mesmo que se trate de um veículo usado. Negaram provimento" (Recurso Cível 71000532044, 2.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Luiz Antônio Alves Capra, j. 22-9-2004).

10 Mesmo no caso de furto realizado no estabelecimento do fornecedor, de sua assistência técnica, ou durante o transporte a seu encargo. Já se pronunciou a jurisprudência que, nesses casos, a ação pode ser proposta no domicílio do consumidor, a teor do que dispõe o art. 101, I, da Lei n. 8.078/90 (STJ, 3.ª T., REsp 106.671/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10-3-1997, *DJ* 14-4-1997, p. 12742).

11 "Consumidor. Indenizatória. Vício do produto. Competência do JEC. Desnecessidade da produção de prova pericial. Em se tratando de vício do produto, estão legitimados a figurar no polo passivo tanto o fornecedor-comerciante quanto o fornecedor-fabricante. Intenção do fornecedor de valer-se do prazo de trinta dias para saná-lo que não restou implementada diante da recusa da consumidora. Hipótese em que não se abre para esta a possibilidade de optar por uma das soluções postas no art. 18, § 1.°, do CDC. Dano

moral que se afigura inexistente. Deram provimento aos recursos" (Recurso Cível 71000734244, 2.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Luiz Antônio Alves Capra, j. 13-7-2005).

12 Em sentido contrário, Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que o reparo das partes viciadas não é óbice à redibição (op. cit., p.75-77).

13 É de observar que o prazo para a substituição da parte viciada conferido ao fornecedor não deve frustrar a justa expectativa do consumidor de utilização da coisa para o fim colimado. Como, por exemplo: comprar um televisor para assistir à Copa do Mundo de futebol; e obter, no inverno, um chuveiro elétrico para tomar banho. Afinal, o produto é adquirido ou utilizado pelo consumidor para a satisfação imediata dos seus interesses. Logo, não é razoável entregar o televisor consertado após o torneio de futebol; ou o chuveiro elétrico, após um mês (Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, op. cit., p. 89).

14 Sobre contratos predispostos e contratos formulários, *vide*, entre outros, Juan Carlos Rezzónico, *Contractos com cláusulas predispuestas:* condiciones negociales generales, p. 216-217.

15 Analisando a questão do vício de qualidade de automóvel adquirido por um consumidor, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, não sendo esse vício sanado, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas previstas no art. 18, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor. Condenou-se o fabricante, assim, a substituir o automóvel, concedendo-se ao consumidor um outro veículo equivalente, sem defeito, em troca (STJ, REsp 185.836/SP, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23-11-1998, *DJ* 22-3-1999, p. 211).

O TJRS também se manifestou sobre o assunto no mesmo sentido: "Ação de conhecimento condenatória. Veículo novo e importado. Vício de qualidade não sanado. Substituição por outro veículo. Admissibilidade. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Legitimidades ativa e passiva afirmadas. Percentual de honorários advocatícios mantido. 1. Preliminar de nulidade da sentença afastada, quer porque a simples menção ao art. 6.º, VIII, do CDC, que trata da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, onde se situa, apenas como uma modalidade, a inversão do ônus da prova não significa, por isso, seu acolhimento, quando não houve expressa menção na sentença a esse respeito, quer porque, ainda que assim fosse, *in casu* tal menção é equívoca, pois a regra aplicável é, na verdade, a do art. 333, II, do CPC, considerando que o autor provou o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC). 2. O comprador do veículo automotor não está impedido de reivindicar sua substituição por outro da mesma qualidade, quando apresentar defeito, tão somente pelo fato de tal operação comercial ter sido feita mediante alienação fiduciária, razão por que deve ser rejeitada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. 3. O fabricante e o comerciante, em se tratando de vício do produto, podem ser demandados conjuntamente, pois sua responsabilidade, nesta situação, é solidária, sendo portanto partes legítimas a figurar no polo passivo da relação processual referente a demanda em que o consumidor postula a substituição do bem viciado (art. 18, *caput*, do CDC). 4. Uma vez não sanado o vício constatado no automóvel novo importado, no prazo de trinta dias (art. 18, § 1.º, do CDC), conforme revela o conjunto probatório, torna-se cabível o pedido de substituição desse bem por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso (art. 18, § 1.º, I, do CDC). 5. Percentual de honorários advocatícios mantido, pois fixado conforme a lei processual. Apelações improvidas" (TJRS, AC 70001577154, 11.ª Câm. Cív., rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 22-11-2000).

16 "Ação de reparação de danos. Computador. Vício de qualidade do produto. Garantia contratual não excedida. Diversos defeitos não sanados no prazo de 30 dias. Direito à resolução do contrato, com a restituição das quantias pagas devidamente corrigidas (art. 18 do CDC). Recurso a que se dá provimento" (Recurso Cível 71000494989, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 29-4-2004).

17 "Ação de abatimento no preço. Vício oculto de qualidade do serviço. Compra e venda de veículo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor por ser o réu comerciante de automóveis. Sendo o réu comerciante de automóveis, circunstância admitida em contestação, não há como deixar de aplicar o CDC. Hipótese em que o veículo, apesar de examinado por mecânico, apresentou problemas de suspensão, o que

evidencia a existência de vício oculto na coisa, impondo-se o dever de ressarcir o valor do conserto. Ainda, incumbe ao vendedor a responsabilidade por multas de trânsito anteriores à alienação do veículo. Recurso provido" (Recurso Cível 71000590521, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 25-11-2004).

18 "Apelação cível. Ação de obrigação de fazer e/ou indenizatória cumulada com anulatória de título e inexigibilidade de débito. Sentença *ultra petita*. Produto adquirido por meio de relação de consumo. Frustração das expectativas do consumidor. Violação do dever de informar por parte do fornecedor de produtos e serviços. Arts. 6.º, inciso III, 8.º, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade por vício do produto e do serviço. Art. 18 do CDC. A sentença que aborda questão não exposta na inicial caracteriza-se como *ultra petita*. Ao vender equipamento de ar-condicionado ao consumidor, o fornecedor tem obrigação de verificar se o ambiente em que o consumidor pretende instalar o aparelho é adequado àquele tipo de equipamento e se há no local condições técnicas para a instalação. Se o fornecedor não cientificou o consumidor de que havia restrição de dutos, o que poderia comprometer o desempenho do aparelho de ar-condicionado e, por via de consequência, não refrigerar e aquecer o ambiente, como é de se esperar de um equipamento dessa natureza, há violação ao dever de informar, que está previsto no Código de Defesa do Consumidor (arts. 6.º, III, 8.º, 30 e 31). É dever do fornecedor de produtos e serviços informar o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles. O Estatuto Consumerista (Lei 8.078/90) estabelece que a informação ao consumidor deve ser ostensiva e adequada. O Estado-Juiz deve intervir para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre, suas opções de consumo. Verificada a violação ao dever de informar, bem como a existência de vício no produto e no serviço oferecidos pelo fornecedor, deve este ser responsabilizado civilmente. Considerando as peculiaridades do caso concreto, há que se determinar a restituição imediata ao consumidor da quantia paga, monetariamente atualizada (CDC, art. 18, § 1.º, inciso II). Deram provimento ao apelo" (TJRS, AC 70009767583, 9.ª Câm. Cív., rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 27-4-2005).

19 Rúben S. Stiglitz lembra que o simples fato de o fornecedor predispor o conteúdo do contrato já o constitui como o contratante mais forte (Aspectos modernos, cit., p. 5-11).

20 Condenou-se o fabricante de uma pia que não forneceu as especificações técnicas para a sua colocação de forma adequada, o que fez com que a peça fosse colocada como normalmente ocorre, porém sem qualquer suporte, já que ele era dispensável, segundo o fornecedor do produto. Do uso normal da pia resultou a sua quebra, motivo pelo qual se responsabilizou o fabricante pelo vício de informação (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4556, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 27-1-1999).

21 A jurisprudência considerou que a entrega de produto diverso daquilo que havia sido anunciado em um jornal de grande circulação possibilita ao consumidor, por vício de informação, obter o abatimento proporcional do preço, a título de perdas e danos (TJSC, 4.ª Câm. Cív., AC 97.010120-1, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 21-12-1998).

22 "O comprador que perde o bem por ato administrativo da autoridade policial, na busca e apreensão de veículo furtado, pode promover ação de indenização contra o vendedor (art. 1.117 do Código Civil [1916], e art. 18 do Código de Defesa do Consumidor" (STJ, 4.ª T., REsp 162.163/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16-4-1998, *DJ* 29-6-1998, p. 214).

23 Todavia, não é sempre que se reconhecerá o vício de informação sob a alegação de defeito da embalagem. O defeito deverá ser demonstrado. Assim, negou-se a responsabilidade pela comercialização de açúcar para o mercado externo, sob a mera alegação de defeito do produto e da embalagem a aviltar o preço perante o consumidor alienígena (TJSC, AC 30721, 1.ª Câm. Cív., rel. Des. Napoleão Amarante, j. 10-12-1991, *DJESC* 23-12-1991, p. 15). O caso, deve-se observar, não é de relação de consumo, mas de direito internacional privado. Porém, a menção se faz necessária, diante da repercussão, por via reflexa, sobre o

consumidor do produto cuja embalagem possa se apresentar inadequada, nos termos da legislação brasileira.

24 Foi o que se verificou em locação de *stand* para feira de verão em local certo e especial. O promitente locatário efetuou o pagamento do preço, porém, na oportunidade lhe foi oferecida uma área comum de menor valor, ante a possibilidade expressa em cláusula contratual. Reconheceu-se a abusividade e o tribunal condenou o promitente locador à indenização por perdas e danos (TJSC, AC 46286, 3.ª Câm. Cív., rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 4-10-1994).

25 Paulo Luiz Netto Lôbo, op. cit., p. 57-60.

26 Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo, op. cit., p. 60.

27 "Ação de reparação de danos. Ausência do professor em duas aulas. Realização de trabalhos nos períodos de aula sob a coordenação de professor substituto. Observância da carga horária e do conteúdo programático contratado. Não se verifica o vício de qualidade dos serviços, previsto no art. 20, do CDC, que pudesse ensejar ao autor o direito ao reembolso de valores relativos às aulas de Administração Geral I do Curso de Ciências Contábeis, pois as ausências do professor titular dessa disciplina cursada pelo demandante foram cobertas por professor substituto que promoveu a realização de trabalhos em aula, não tendo havido prejuízo nem à carga horária e nem ao conteúdo programático contratados. Recurso provido" (Recurso Cível 71000590190, 2.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 1.º-12-2004).

28 A este propósito, *vide* Claudia Lima Marques, que exemplifica a situação do contrato de pacote turístico, ao salientar a existência da responsabilidade do fornecedor mesmo por ato de seu auxiliar, que não atue como preposto ou empregado (*Contratos,* cit., p. 468).

29 Claudia Lima Marques, *Contratos,* cit., p. 468.

30 Uma instituição bancária foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral porque autorizou o saque indevido de sua conta-corrente, acarretando-lhe prejuízos (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4531, rel. Juiz Joel Geishofer). Em outro julgado, sob o fundamento de que o banco deveria administrar de forma adequada os interesses econômicos do consumidor, condenou-se o fornecedor por não ter conferido a assinatura e nem promovido os bloqueios necessários na conta-corrente, em caso no qual o correntista previamente avisou a entidade que o seu cartão havia sido extraviado (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4440, rel. Juiz Joel Geishofer). No mesmo sentido: *RT*, 600/131, 1.º TACSP; e *RT*, 580/238, TAPR.

31 Por isso, não se pode concordar com a fundamentação segundo a qual o dano patrimonial proporcionaria vício de qualidade por insegurança, como se vê do seguinte julgado: "Ação de cobrança. Valor depositado por meio de envelope, com auxílio de funcionária do banco, creditando a menor na conta do autor. Defeito de serviço bancário (vício de qualidade por insegurança). Dever de restituir. Inteligência do art. 14, *caput*, e § 1.º do CDC. Recurso a que se dá provimento. Sentença reformada" (Recurso Cível 71000516674, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 24-6-2004). A insegurança patrimonial não é tratada pelo CDC como fazia o individualismo moderno, mas sim sob a ótica de inadequação. O CDC se utiliza da expressão "insegurança" para os fins de perigo aos direitos extapatrimoniais (*vide* arts. 8.°, 9.°, 10 e 12 a 17).

32 "Indenização por dano material, decorrente da compra de passagem aérea, em face do cancelamento da passagem adquirida. Solidariedade entre a empresa de turismo e a empresa aérea, cabendo ao consumidor a escolha do réu. Desnecessidade de comprovação de urgência do retorno, bastando o descumprimento contratual com o cancelamento da passagem para gerar o dano. Inversão do ônus da prova em face da verossimilhança das alegações do autor e a dificuldade de comprovação, pois os fatos se deram no exterior. Recurso provido" (2.ª T. Recursal-RJ, Recurso 533/95, rel. Juíza Teresa Andrade Castro Neves). No mesmo sentido, concluiu-se que a agência de turismo deve ser condenada a reparar o dano causado ao consumidor, cabendo-lhe, porém, a ação regressiva em face daquele que inviabilizou a prestação do serviço adequado (TJRS, AI 597174499, 6.ª Câm. Civ., rel. Des. Antonio Dall'Agnol Jr., j. 7-10-1997).

33 “Extravio de cartão de crédito e comunicação à administradora. Uso imediatamente anterior por 3.º. Negligência de conferência da assinatura e no bloqueio dos pagamentos” (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4440, rel. Juiz Joel Geishofer). No mesmo sentido: *RT*, 600/131, 1.º TACSP; e *RT*, 580/238, TAPR.

34 Sobre o tema, já deliberou a jurisprudência que o proprietário de veículo abalroado cuja reparação, a cargo da concessionária, dependa de importação de peça inexistente na praça, deve ser indenizado pelos danos causados pelo retardamento na execução do serviço, a teor do art. 32 do CDC (TJCE, AC 95.01827-3, rel. Des. Agueda Passos Rodrigues Martins). E, sobre a demora na execução do serviço, chegou-se a determinar uma pena pelo retardamento: “Conserto de automóvel e retardamento injustificado pela concessionária. Violação do art. 32 do CDC. Locação de outro veículo enquanto não realizados os reparos” (TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 98.003161-3, rel. Des. Eder Graf, j. 3-11-1998). Na relação de consumo entre a construtora e o compromissário comprador, fixou-se o entendimento segundo o qual o atraso na entrega de apartamento e a demora na elaboração do contrato de financiamento ensejam a aplicação de sanção civil. Na oportunidade, tendo sido a entidade notificada por duas vezes para cumprir a obrigação, porém quedando-se inerte, determinou-se a obrigação de restituir, a título de cláusula penal, o montante equivalente a 10% do valor pago adiantado (TJPA, AC 32003, 1.ª Câm. Cív., rel. Des. Nelson Silvestre Rodrigues Amorim, j. 21-8-1997). Em outro julgado, determinou-se que a instalação da linha telefônica deveria ocorrer em um prazo certo e que o retardamento era injustificado, razão porque foi imposta multa moratória em favor do consumidor e estabelecida a obrigação da companhia telefônica em proceder à devolução dos valores em dobro (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4643, rel. Juiz Simões de Vergueiro, j. 28-1-1999).

35 O fornecedor que mantém o estacionamento no qual um bem é subtraído responde pelos danos sofridos pelo consumidor, por violação do dever de guarda, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, inerente às relações de consumo, sendo, portanto, irrelevante a eventual gratuidade do estacionamento e mesmo alguma cláusula colocada em mureta prevendo de exoneração da responsabilidade. Nesse sentido, entre outros: STJ, REsp 14.991-SP, 3.ª T., rel. Min. Cláudio Santos, j. 30-6-1992, *DJ* 28-9-1992, p. 16426 (furto de moto); *RT*, 677/223, STJ (furto de veículo em supermercado); *RT*, 671/89, TJSP (furto em estacionamento); TJSC, AC 97.007296-1-Blumenau, 5.ª Câm. Cív., rel. Des. César Abreu, j. 10-9-1998 (furto de veículo); TJSC, 4.ª Câm. Cív., rel. Des. Pedro Manoel Abreu, AC 97.000167-3, j. 19-3-1999 (furto em estacionamento de supermercado).

36 “Vício de qualidade dos serviços. Troca de disco de embreagem mal feito, ocasionando danos na caixa de câmbio. Possibilidade de reexecução dos serviços por terceiros devidamente qualificados por conta e risco do fornecedor. Inteligência do disposto no art. 20, I e par. ún. [*rectius:* § 1.º], do CDC. Compensação, do valor da condenação, de importância relativa a cheque entregue para pagamento dos serviços originais. Recurso parcialmente provido” (Recurso Cível 71000513531, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 27-5-2004).

37 “O condomínio pode pleitear reparação de danos por defeito de construção em área comum do edifício e na área individual de cada unidade habitacional, podendo defender tanto os interesses coletivos quanto individuais homogêneos dos moradores. Verificado o defeito de construção no prazo de garantia a que alude o art. 1.245 do CC [art. 618, CC/2002], tem a parte interessada 20 anos para aforar a demanda de reparação de danos (Enunciado 194 da Súmula/STJ) [*v.* art. 205, CC/2002]. A ‘solidez’ e a ‘segurança’ a que se refere o art. 1.245 do CC não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, cabendo a responsabilidade do construtor nos casos em que os defeitos possam comprometer a construção e torná-la, ainda que num futuro mediato, perigosa, como ocorre com rachaduras e infiltrações” (STJ, 4.ª T., REsp 66.565/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21-10-1997, *DJ* 24-11-1997, p. 61222). Nesse sentido, “o adquirente de unidade habitacional tem ação para compelir o construtor a fazer os reparos necessários à estabilidade da obra” (STJ, 3.ª T., REsp 21.935/RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 8-6-1999, *DJ* 3-8-1992, p. 11316).

38 1.º CRJEPEC-SP, Rec. 5351, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 22-6-1999.

39 No transporte aéreo, a companhia de aviação, concessionária de um serviço público, responde objetivamente pelo vício do serviço, consistente em extravio da mercadoria e de bagagens em geral (*JTA-Lex*, 152/173, 1.º TACSP, AC 595951-3, rel. Juiz Joaquim Garcia, j. 22-3-1995; TJDF, 3.ª T., AC 4487697, rel. Des. Campos Amaral, j. 16-6-1997, *DOJDF* 14-8-1997, p. 18061; 1.º CRJEPEC-SP, Rec. 4574, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 27-1-1999; 1.º CRJEPEC-SP, Rec. 4485, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 27-1-1999; 1.º CRJEPEC-SP, Rec. 4631, rel. Juiz Aben-Athar, j. 28-1-1999). A mesma responsabilidade é arcada pela empresa de transporte rodoviário (1.º TACSP, AC 532129-9, 4.ª Câm. Cív., rel. Juiz Roberto de Freitas, j. 22-9-1993).

40 "Extravio de cartão bancário comunicado ao banco. Uso dele, dias após a comunicação. Devolução das importâncias sacadas" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4421, rel. Juiz Simões de Vergueiro, j. 26-1-1999).

41 "Danos causados por inundação da residência do autor após descupinização e desocupação do imóvel. Culpa dos empregados da fornecedora" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4596, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 27-1-1999).

42 Constatou-se o defeito em instalação da pia da cozinha sem suporte, daí resultando a quebra do bem, apesar do seu uso normal. Responsabilizou-se o construtor pelo serviço inadequado (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4556, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 27-1-1999).

43 "A má instalação de piscina que proporciona a formação de infiltração é caso de vício de qualidade do serviço, admitindo-se o pagamento de indenização em favor do consumidor, dada a responsabilidade objetiva da fornecedora que se comprometeu a proceder à instalação para o normal funcionamento" (TJSP, AC 244707-1-Atibaia, 7.ª Câm. Cív., rel. Des. Benini Cabral, j. 29-2-1996, v.u.).

44 Assim, a negativa de cobertura do plano de saúde sob a alegação de doença preexistente não pode impedir a prestação do serviço, se os fatos não forem provados pela prestadora de serviços (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5464, rel. Juiz James Siano, j. 27-7-1999). No mesmo sentido: "Negativa de cobertura para exame de ressonância magnética. Inexistência de exclusão expressa no contrato. Obrigação de pagamento reconhecida" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4589, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 27-1-1999). Em outro caso, a jurisprudência concluiu que cabia a rescisão contratual, com a devolução dos valores pagos, em contrato de compra e venda de terminal telefônico, por vício do serviço (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5418, rel. Juiz Alvaro Passos, j. 13-7-1999). Admitiu-se, em outra oportunidade, que a inércia do órgão de entrega de linha telefônica em cumprir com a sua obrigação autoriza que ela seja compelida a oferecer, alternativamente, outra linha (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4665, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 28-1-1999).

45 Consoante a teoria do risco criado, o fabricante que altera a composição do produto sem a mudança no rótulo e sem a advertência de contraindicação sujeita-se objetivamente à reparação dos danos causados ao consumidor que se utiliza dele, desconhecendo a existência de substância incompatível que acarreta o resultado danoso. O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul chegou a determinar a inversão do ônus da prova em caso dessa espécie, não logrando êxito o fornecedor em demonstrar a culpa concorrente da vítima, até mesmo porque seria inexigível cautela extraordinária do usuário (*RT*, 646/167).

46 "Publicidade enganosa. Informe de evento gastronômico com a presença de renomado *chef* internacional que prepararia os pratos servidos na ocasião. Falta de informação de que ele não estaria no jantar para o qual os convites foram adquiridos. Informação essencial. Restituição do valor desembolsado com a aquisição dos convites" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4522, rel. Juiz Sá Duarte, j. 27-1-1999).

47 "Publicidade de preço de pacote turístico em desacordo com a realidade. Obrigação de cumprir o que foi veiculado. Cobrança indevida. Devolução em dobro" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4692, rel. Juiz Aben-Athar, j. 28-1-1999).

48 Reconheceu-se a responsabilidade objetiva, com a inversão do ônus da prova, pela insuficiência de informações sobre a fruição e os riscos do serviço fornecido pelo transporte rodoviário do qual resultou o

extravio de bagagens (arts. 6.º, VIII, 14 e 54 do CDC) (1.º TACSP, AC 532129-9, 4.ª Câm. Cív., rel. Juiz Roberto de Freitas, j. 22-9-1993).

49 Nestes termos, a administradora de cartões de crédito responde pela violação do dever de informação adequada, que impossibilitou o bloqueio do cartão furtado de forma eficiente, já que o consumidor acabou por comunicar a ocorrência tão somente por meio do número da conta do titular. No caso, não lhe foi comunicada previamente a necessidade de se proceder ao bloqueio, inclusive, na conta do adicional (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4335, rel. Juiz James Siano).

50 Sobre o tema: "Aumento automático do plano de saúde por força da mudança da faixa etária, com fixação unilateral do novo valor, sem critérios previamente estabelecidos" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4588, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 27-1-1999); e "Seguro-saúde. Aumento do prêmio pela mudança de faixa etária. Previsão desacompanhada do índice de aumento. Devolução dos valores pagos" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4561, rel. Juiz Sá Duarte, 27-1-1999). Não havendo qualquer abusividade na cláusula de faixa etária e tendo sido observado o princípio da boa-fé objetiva, o dispositivo é válido e deve ser mantido, sendo, porém, necessária a elaboração de acordo entre as partes (CRJEPEC-SP, Recurso 4587, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 27-1-1999).

51 "Pessoa esclarecida e com conhecimento jurídico que assina contrato para reserva de hotéis no exterior, concordando com o que lhe fora oferecido, não faz jus à indenização de despesas extras decorrentes de sua insatisfação com a qualidade dos serviços prestados, principalmente contra a empresa contratada para efetuar apenas as respectivas reservas" (TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 98.008016-9, rel. Des. Eder Graf, j. 8-6-1999).

52 Segundo Adalberto Pasqualotto, a responsabilidade pelo vício, no Código de Defesa do Consumidor, fundamenta-se na culpa presumida, assim como a responsabilidade pelo serviço público, em face da inversão do ônus da prova (Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor, p. 130-148).

53 Gláucia Aparecida Ferraroli Cazzaniga, Responsabilidade dos órgãos públicos no CDC, p. 143-160.

54 Assim, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não há serviço, como objeto de uma relação de consumo, na atividade estatal realizada a partir do pagamento de empréstimo compulsório: "O contribuinte de empréstimo compulsório não é consumidor na acepção jurídica do termo, pois não adquire nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervém em qualquer relação de consumo. Contribuinte é o que arca com o ônus do pagamento do tributo e que, em face do nosso Direito, dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional". Negou-se a legitimidade do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para propor ação civil pública em prol dos interesses individuais homogêneos daqueles que pagaram o empréstimo compulsório de álcool e gasolina (STJ, 1.ª T., REsp 97.455/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10-12-1996, *DJ* 10-3-1997, p. 5903).

55 Como lembra Adalberto Pasqualotto, Os serviços públicos, cit., p. 130-148.

56 Gláucia Aparecida Ferraroli Cazzaniga, op. cit., p. 143-160.

57 A cobrança de energia elétrica furtada pelo usuário constitui espécie de responsabilidade extracontratual, sendo responsável o locatário que tem a posse direta do imóvel, em face da fraude no relógio medidor (STJ, 4.ª T., REsp 97.936, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27-10-1998, *DJ* 1.º-3-1999, p. 319).

58 Newton de Lucca, op. cit., p. 165-166.

59 "Processual civil e administrativo. Art. 535, II, do CPC não violado. Ausência de omissão no acórdão hostilizado. Energia elétrica. Inadimplência do consumidor. Interrupção do fornecimento pela concessionária. Possibilidade. Art. 6.°, § 3.°, II, da Lei 8.987/95. Entendimento majoritário desta Corte. 1. Cuidam os autos de ação sob o rito ordinário ajuizada pelo ora recorrido contra Rio Grande Energia – RGE com o intuito de declarar a inexistência de débito decorrente da apuração de diferença no consumo de energia elétrica. Em apenso, manejou-se cautelar objetivando impedir o corte no fornecimento de energia

em razão do débito constatado. O pedido da ação principal foi julgado improcedente, pois restou demonstrada a adulteração do aparelho de aferição do consumo, não tendo o autor impugnado, por meio de prova pericial, a conclusão da inspeção administrativa. Por outro lado, julgou-se procedente a cautelar ajuizada, haja vista dispor a concessionária de meios ordinários para a cobrança da dívida, não sendo razoável que se valha de ameaça de corte de energia para resgatar seu crédito. Irresignada, a concessionária interpôs apelação ao TJRS que lhe negou provimento. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, bem como imposta multa ante seu caráter protelatório. Em sede de recurso especial, a empresa invoca, preliminarmente, violação do art. 535, II, do CPC. Em consequência, sustenta que a imposição de multa pelo acórdão que julgou os aclaratórios contraria a Súmula 98/STJ. No mérito, aponta violação dos arts. 6.°, § 3.°, inciso II, da Lei 8.987/95; 188, inciso I e 476, do CC/2002, bem como dos arts. 22 e 42 do CDC. 2. Merece ser repelida a tese de violação do art. 535, II, do CPC. Analisando-se com afinco os fundamentos desenvolvidos no aresto objurgado, percebe-se a apreciação de todos os pontos pertinentes ao deslinde da causa, sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos legais aventados nos aclaratórios. Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão *a quo*, são claros e nítidos. O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte apelante, mas, sim, com a aplicação de entendimento diverso. 3. O art. 6.º § 3.º, II, da Lei 8.987/95 estabelece que: 'Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando... por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade'. Assim, havendo o fornecimento de energia elétrica pela concessionária, a obrigação do consumidor será a de cumprir com a sua parte, ou seja, a contraprestação, isto é, o pagamento pelo serviço. Por isso, uma vez não realizada a contraprestação, o corte será legítimo. 4. A jurisprudência majoritária desta Casa sinaliza no sentido de que a empresa-concessionária pode suspender o fornecimento de energia elétrica em decorrência do inadimplemento do consumidor. Precedentes. 5. Na espécie, a inadimplência do consumidor, ora recorrido, está configurada. Conforme entendimento do juízo de 1.º grau, a adulteração do instrumento de aferição do consumo de energia elétrica restou plenamente demonstrada nos autos, razão pela qual procede a cobrança do débito constatado. Não tendo sido interposto recurso em face do entendimento supra-aludido, conclui-se que o débito cobrado pela concessionária não é mais objeto de discussão judicial. Portanto, não merece subsistir a tutela cautelar que impede a empresa-recorrente de proceder à interrupção do fornecimento de energia elétrica. 6. Consequentemente, uma vez acolhida a pretensão deduzida no recurso extremo, é de rigor a exclusão da multa fixada pelo Tribunal de origem. 7. Recurso especial provido. Inversão dos ônus sucumbenciais" (STJ, 1.ª T., REsp 792.516/RS, rel. Min. José Delgado, j. 9-5-2006, *DJ* 8-6-2006, p. 140).

É de destacar, ainda: "Processual civil e administrativo. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Serviço de fornecimento de energia elétrica. Pagamento à empresa concessionária sob a modalidade de tarifa. Corte por falta de pagamento: legalidade. 1. Se o dispositivo legal dito violado não serve de embasamento a qualquer juízo de valor emitido pelo Tribunal *a quo*, não se conhece da tese a ele relativa, por ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula 282/STF. 2. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de direito privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. 3. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. 4. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 [*sic*] do CDC). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 626.053/MS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 4-5-2006, *DJ* 31-5-2006, p. 247).

60 "Administrativo. Recurso especial. Corte no fornecimento de energia elétrica. Impossibilidade de suspensão. Hipótese de exigência de débito pretérito. Ausência de inadimplemento. Constrangimento e ameaça ao consumidor. CDC, art. 42. Súmula 282/STF. 1. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada' (Súmula 282/STF). 2. Deveras, resta

inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento, *in casu*, acerca do inadimplemento do usuário no pagamento da conta de energia elétrica . 3. A 1.ª Turma, no julgamento do REsp 772.489/RS, bem como no AgRg no AI 633173/RS, assentou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por diferença de tarifa, a título de recuperação de consumo de meses, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida. 4. Concernente a débitos antigos não pagos, há à concessionária os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumidor. 5. *In casu*, o litígio não gravita em torno de inadimplência do usuário no pagamento da conta de energia elétrica (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II), em que cabível a interrupção da prestação do serviço, pelo que não há cogitar suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento. 6. Recurso especial a que se nega seguimento" (STJ, 1.ª T., REsp 821.991/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 9-5-2006, *DJ* 1.º-6-2006, p. 167).

6

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

"Os problemas de saúde e de segurança são os mais importantes que se colocam para a proteção dos consumidores. A utilização de certos produtos provoca muitas vezes as maiores catástrofes..." – Jean Calais-Auloy *(Droit de la consommation*, 3. ed., 1992*)*

6.1 Danos extrapatrimoniais e relação de consumo

Muitos foram os benefícios que o avanço tecnológico e as demais ciências proporcionaram aos sujeitos da cadeia econômica de consumo: um melhor controle do abastecimento local e regional dos produtos *in natura* e dos gêneros alimentícios industrializados; formas de controle e de vigilância mais eficientes contra a contaminação de alimentos; a adoção de processos industriais de produção mais eficazes e higiênicos, sem o contato físico direto das mãos de empregados com o produto submetido à linha de produção em máquinas sofisticadas cuja limpeza ou lavagem é realizada periodicamente; a melhoria da qualidade do sistema produtivo e da montagem de bens compósitos ou não; o aperfeiçoamento da técnica de elaboração do bem industrializado; e assim por diante.

É correto dizer que o processo industrial e a utilização das máquinas para os fins de transporte em massa contribuíram muito para o progresso da civilização, conferindo-se ao ser humano maior comodidade e satisfação na percepção de produtos e serviços. Contudo, a quantidade de acidentes e a gravidade dos infortúnios aumentaram substancialmente com a utilização diária das máquinas. Nos dias atuais, há uma adoção contínua de dispositivos e medidas de segurança como procedimento necessário à redução dos riscos. Chega-se a afirmar que as técnicas de prevenção de acidentes não colocam a salvo o empregado e o consumidor. Na exploração da atividade profissional, o surgimento de novos métodos pode até diminuir os riscos, porém o dano pode verificar-se a qualquer instante.

A proteção dos direitos extrapatrimoniais do consumidor é o fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. O consumidor, nesse caso, é

vítima de ofensa à vida, à saúde ou à sua segurança e, por isso, tem o direito à indenização por dano moral independentemente da existência de eventual dano patrimonial[1].

Qualquer dano proporcionado à vida, à saúde ou à segurança do consumidor, decorrente do fornecimento de produtos e serviços, enseja a reparação do prejuízo. Não é necessária a existência do dano *in concreto* para que o fornecedor se submeta à responsabilidade pelo acidente de consumo. Como o pensamento modernista e pós-modernista privilegiam a prevenção do dano, é perfeitamente viável a adoção de medidas preventivas, a fim de que a coletividade de consumidores não se submeta a prejuízos desnecessários.

A adoção de medidas preventivas de acidentes de consumo é de extrema importância, pois a segurança do destinatário final do produto e do serviço deve ser preservada. A ameaça de ofensa aos direitos extrapatrimoniais do consumidor individual ou coletivamente considerado pode também dar causa à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, sujeitando-se o fornecedor à tutela preventiva aplicável mediante a retirada do objeto que se encontra na iminência de entrada no mercado de consumo e se apresenta com uma potencialidade de dano além da normalidade. Nesse caso, não é indispensável a existência de danos patrimoniais em desfavor do consumidor. A simples inadequação pelo risco causado à segurança do consumidor justifica a medida protetiva, obstando-se a circulação do bem[2].

Justifica-se a implementação de normas específicas de segurança porque ela é um aspecto da conformidade do produto e do serviço com o ordenamento jurídico, conferindo-se ao consumidor a segurança que da aquisição ou utilização da coisa ordinariamente se espera. As normas de segurança são muitas vezes facultativas, porém é inegável que o seu desiderato é a defesa dos direitos da personalidade do consumidor, tanto preventiva como juridicamente.

Os defeitos que colocam em risco a segurança do consumidor podem ser, basicamente: os defeitos de fabricação em sentido estrito (que derivam da produção em série), os defeitos de projeto (que não derivam, portanto, da linha de montagem e, entre eles, estão os chamados defeitos que levam aos prejuízos morais dos consumidores, pelo uso da técnica que se demonstrou, mais tarde, inadequada) e os defeitos resultantes do fornecimento de informações inadequadas[3].

Todos os defeitos acima apontados são passíveis de ocorrer, razão pela qual integram o risco do negócio, que é calculado pelo fornecedor que pretende

continuar atuando no mercado de consumo[4].

Dentre os direitos extrapatrimoniais ofendidos em virtude dos defeitos[5], para os fins de apreciação de dano moral decorrente de uma relação de consumo, merecem destaque: a vida, a saúde, a segurança, a liberdade, a intimidade, o segredo, a honra e o respeito.

1) *Direito à vida*

Os direitos básicos do consumidor mais significativos são: os direitos personalíssimos à vida, à saúde e à segurança (art. 6.º, I, da Lei n. 8.078/90). A previsão expressa de tais direitos não inviabiliza o reconhecimento de danos a outros direitos fundamentais da pessoa em uma relação de consumo.

A ofensa a um direito extrapatrimonial do consumidor cumulada ou não com um dano patrimonial é o fundamento legal da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

A morte decorrente do fornecimento de um produto ou de um serviço acarreta ao explorador da atividade o dever de reparação do prejuízo mediante o pagamento de indenização por danos morais.

O consumidor pode ser vitimado de forma fatal por força da aquisição de produtos perigosos ou nocivos a sua vida, responsabilizando-se o fornecedor pela violação do disposto nos arts. 8.º a 10 do CDC, o mesmo valendo para a prestação de serviços cuja execucão defeituosa ceifou a vida do seu usuário final, como sucede com acidentes fatais decorrentes do exercício da atividade de transporte coletivo.

Assim, por exemplo, aplica-se a teoria do risco profissional à instituição bancária, que responde pelo fato do serviço oferecido em caixa eletrônico externo, no qual sucede o assassinato do seu cliente no instante em que procedia ao saque do numerário[6].

De igual modo, a vítima do acidente de consumo que nem sequer chegou a adquirir ou se utilizar do produto ou do serviço fornecido (*bystander*) é protegida pelo microssistema consumerista, podendo os seus sucessores valer-se das mesmas prerrogativas concedidas ao destinatário final dos produtos e serviços.

2) *Direito à saúde (integridade física e psíquica)*

Responsabiliza-se o fornecedor pelo acidente de consumo que proporciona danos físicos ou psíquicos ao consumidor ou à vítima do evento (*bystander*). Desse modo, a simples existência da lesão corporal sofrida pelo consumidor justifica o pedido de reparação por danos morais, pois a integridade física do consumidor não pode ser vulnerada no ato do fornecimento de produtos e

serviços[7].

O ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor não se limita às lesões físicas, porém se estende à reparação por danos psíquicos, sendo as sequelas neurológicas o resultado do evento danoso. O consumidor tem o direito à reparação por danos morais se veio a se utilizar de algum gênero alimentício, inclusive bebidas, contendo elementos estranhos que proporcionam a contaminação e ofendem, assim, o seu bem-estar[8].

Às lesões psíquicas dá-se o nome de *sinistrose*, cabendo a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade de risco desenvolvida pelo fornecedor e o prejuízo às faculdades psíquicas do consumidor ou da vítima[9].

3) *Direito à segurança*

O direito de segurança do consumidor decorre do dever legal do fornecedor de impedir que o destinatário final dos seus produtos e serviços e qualquer outra pessoa (*bystander*)[10], durante a atividade de fornecimento, venha a sofrer danos físicos ou psíquicos, morais ou não.

Desse modo, é objetivo do fornecedor a minimização dos riscos do consumidor mediante a adoção de mecanismos que lhe possam garantir a preservação dos seus direitos extrapatrimoniais, tal como se encontravam antes do fornecimento dos produtos e serviços. O fornecedor deve, assim, conferir a segurança necessária para que o consumidor não venha a ter algum direito da personalidade vulnerado durante a atividade de fornecimento de produtos e serviços[11].

É o que sucede com o defeito do sistema de frenagem de veículo, sujeitando o consumidor a um perigo concreto ou iminente. No primeiro caso, havendo o dano extrapatrimonial, aplica-se a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Tratando-se, entretanto, de simples ameaça a dano extrapatrimonial, verifica-se o vício por inadequação, decorrente da impropriedade do produto, por ameaça de nocividade ou risco à saúde do consumidor (art. 18, § 6.°, II, do CDC)[12].

O mesmo raciocínio deve ser utilizado para os fins de reparação dos danos sofridos pelo *bystander*, bastando, pois, que o prejuízo extrapatrimonial por ele experimentado tenha decorrido de um acidente de consumo, ou seja, de um fato jurídico no qual um consumidor foi vítima de danos físicos, morais ou psíquicos[13].

O dever de segurança recai em desfavor do fornecedor tanto para os produtos perigosos por natureza como para aqueles que não o são, motivo pelo qual é

imprescindível, especialmente no primeiro caso, o asseguramento do direito de informação do consumidor como meio para a garantia da sua segurança, sem prejuízo de outras condutas a serem tomadas, para obstar o dano não patrimonial[14].

Como o caso fortuito e a força maior não são causas excludentes da responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço nos termos traçados pelo Código de Defesa do Consumidor, remanesce o dever de reparação do dano moral, mesmo nessas hipóteses, fundado no dever de segurança[15].

4) *Direito à liberdade*

O consumidor tem o direito de escolher livremente o produto ou o serviço que pretende adquirir ou utilizar. É vedada qualquer forma de coação ou de constrangimento cometida pelo fornecedor ou por terceiro que tenha por finalidade obrigar o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço. Nesse contexto, é proibida a chamada "venda casada", que somente possibilita ao consumidor adquirir o produto almejado se ele vier a comprar um outro produto, ainda que não se tenha qualquer interesse por ele.

Torna-se possível a prática de fornecimento em questão tão somente quando os produtos são também oferecidos ao consumidor separadamente, pois dessa forma garante-se a liberdade de escolha do destinatário final, que poderá optar entre uma e outra modalidade de aquisição.

Os métodos coercitivos de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo são contrários ao próprio desenvolvimento econômico, já que suprimem de um importante agente, que é o consumidor, o poder de escolha, fazendo muitas vezes com que um produto venha a subsistir no mercado de forma artificial. A esse respeito, a legislação de defesa do consumidor reputa como prática abusiva condicionar o fornecimento de um produto ou serviço ao de outro, assim como estabelecer limites quantitativos, sem justa causa (art. 39, I, da Lei n. 8.078/90).

5) *Direito à intimidade*

O fornecedor não pode invadir a privacidade do consumidor sem seu prévio consentimento e sem justa causa, durante o fornecimento de sua atividade. Tal prática abusiva pode ocorrer durante o fornecimento de serviços no local do domicílio do consumidor, adentrando o prestador da atividade em locais não autorizados da moradia do destinatário final dos serviços, em completo desvio da finalidade da relação de consumo[16].

Nesse sentido, deve-se repugnar a prática abusiva de violação da privacidade

do consumidor, mediante o acesso a sua correspondência, comum ou eletrônica, assim como dos acessos por ele usualmente realizados na rede, para os fins de pesquisa ou aquisição de produtos e serviços em geral.

6) *Direito ao segredo*

O direito ao segredo da informação pessoal prestada pelo consumidor ao fornecedor importa no dever de sigilo que o explorador da atividade possui, submetendo-se às sanções legais aplicáveis no caso da divulgação indevida da informação (aplicabilidade dos incisos X e XII do art. 5.º da CF)[17]. Se, por exemplo, o advogado, o médico ou o psicólogo divulgarem informações sobre o seu cliente que deveriam ser mantidas em sigilo por força de sua profissão, ficam obrigados a reparar o dano moral causado ao consumidor de seus serviços.

7) *Direito à honra e ao respeito*

O direito à honra pode apresentar-se sob dois aspectos: a honra objetiva e a honra subjetiva[18]. A honra objetiva compreende a calúnia e a difamação. A outra, por sua vez, refere-se ao direito ao respeito violado por injúria.

A maior prova da admissibilidade da proteção de tais direitos da personalidade do consumidor é a vedação de prática ofensiva à honra do destinatário final de produtos e serviços, como nos seguintes casos[19]:

a) a cobrança vexatória, por colocar o consumidor em uma situação de constrangimento ilegal (art. 42, *caput*, da Lei n. 8.078/90);

b) a cobrança indevida, inclusive mediante a emissão irregular de faturas e duplicatas[20]; e

c) a inclusão indevida do nome e dados referentes ao consumidor em cadastro de negativação do seu crédito no mercado[21].

A exposição do consumidor à cobrança vexatória ou constrangedora é prática utilizada pelo fornecedor numa tentativa irregular de obter a importância que lhe seria devida em face da aquisição de um produto ou serviço. Ofendido o consumidor em sua honra, pela prática indevida em questão, é cabível a reparação por danos morais.

Além disso, a cobrança indevida acarreta o direito do consumidor à repetição do indébito, em dobro. A cobrança indevida pode ser:

a) cobrança de dívida inexistente;

b) cobrança de dívida existente, porém já paga[22];

c) cobrança de dívida não vencida; e

d) cobrança de dívida a maior ou em excesso[23].

Para que a inclusão do nome e dos dados do consumidor no cadastro de

devedores inadimplentes possa ser regularmente realizada torna-se necessária a sua prévia comunicação[24].

A negativação do consumidor perante o mercado sem justo fundamento, ainda que decorrente da simples ausência de comunicação posterior da liberação da dívida, a qualquer pretexto, viabiliza a indenização por dano moral[25]. Contudo, observando-se o disposto no art. 43 da Lei n. 8.078/90, não há o que cogitar em dano moral por ofensa à honra, mas no exercício regular do direito que o fornecedor possui de acesso à informação sobre a inviabilização do crédito ao consumidor[26].

Não há o que cogitar de responsabilidade do fornecedor que insere o nome do consumidor no cadastro quando o adquirente final de produtos e serviços efetuou um pagamento em cheque que foi devolvido por falta de fundos porque não se procedeu à antecipada verificação da sua existência[27]. Entretanto, é reparável o dano decorrente do protesto do correntista pelo uso de seu talonário, cuja subtração havia sido anteriormente comunicada ao banco[28].

As entidades de direito privado que realizam a coleta de dados referentes aos consumidores que integram o catálogo de inadimplentes possuem a natureza jurídica de entidades de direito privado (a SERASA, por exemplo, trata-se de uma sociedade anônima)[29].

Além dos direitos da personalidade enunciados, reconhece-se a existência de dano moral no retardamento injustificado do fornecimento do produto ou do serviço ou, ainda, na cessação indevida do fornecimento da atividade[30].

6.2 Política de segurança e proteção biopsíquica do consumidor

Pouco importando a espécie do direito da personalidade resguardado ou mesmo a natureza e a extensão do dano moral cometido, a sua reparação é direito básico do consumidor (art. 6.º, VI, da Lei n. 8.078/90) e se rege por três princípios:

a) o fornecedor responde pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*);

b) é desnecessária a prova da existência do prejuízo ao direito personalíssimo; e

c) a indenização deve ser fixada em valor que sirva de desestímulo para que o fornecedor venha a realizar novas práticas ofensivas.

A proteção dos direitos da personalidade, inclusive na defesa do consumidor, é preocupação demonstrada tanto pelas legislações de direito interno como pelos acordos, tratados e convenções internacionais. A segurança do consumidor, a

proteção da sua vida e da integridade física e psíquica são as principais preocupações dentre os direitos socialmente relevantes, diante dos inúmeros tipos de acidentes de consumo que podem ocorrer: acidentes domésticos, acidentes de trânsito, acidentes durante a aquisição do produto ou do serviço, entre outros[31].

Nesses termos, destaca-se a tutela conferida pela Comunidade Econômica Europeia em favor dos interesses do consumidor, ao estabelecer: uma política uniforme de segurança do consumidor; a proteção da vida, da saúde e da segurança; as normas referentes ao fornecimento de gêneros alimentícios; e as normas ambientais[32].

Sobre os tópicos dessa política uniforme teceremos breves comentários a seguir.

a) *Política uniforme de segurança*

Inicialmente, buscou-se a adoção de normas jurídicas semelhantes entre os integrantes da comunidade. E, ao estabelecer uma política uniforme sobre a segurança dos produtos, a Comissão do Parlamento Europeu destacou que[33]:

a) em matéria de saúde e segurança, deve ser promulgada uma regulamentação que defina claramente as exigências às quais devem os fornecedores se ajustar;

b) é necessária a cooperação entre as autoridades dos Estados-
-membros, para que os direitos personalíssimos do consumidor sejam garantidos;

c) devem ser implementados os mecanismos comunitários de vigilância e controle dos riscos à saúde e à segurança do consumidor, cumprindo ao Estado que detectar a inadequação do produto em seu território informar a comunidade europeia a esse respeito[34]; e

d) deve ser realizada uma série de campanhas para os fins de educação e prestação de informações aos consumidores sobre a segurança dos produtos e seus riscos, bem como os acidentes que eventualmente podem ocorrer, dedicando-se uma atenção especial para as crianças[35].

Sob a orientação da política de segurança do consumidor em referência, foram fixadas:

a) as diretrizes a serem observadas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros sobre a limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias perigosas (Diretiva 76/769/CEE do Conselho, de 27-7-1976, com a última alteração efetuada em 18-1-2006);

b) as regras sobre a segurança geral dos produtos lançados no mercado de

consumo (Diretiva 92/59/CEE, de 29-6-1992)[36]; e

c) as condições para que os Estados-membros possam constituir a infraestrutura necessária para a identificação dos produtos perigosos nas fronteiras externas (Recomendação 92/579/CEE, de 27-1-1992).

b) *Proteção da integridade física e psíquica*

A necessidade de se garantir a incolumidade física e psíquica do consumidor impõe a adoção de normas fundamentais de segurança. É o caso da Recomendação 86/666/CEE, de 22-1-1986, referente à segurança dos hotéis existentes contra os riscos de incêndio[37].

A Diretiva 93/15/CEE, de 5-4-1993, buscou harmonizar as disposições referentes à colocação de explosivos para uso civil no mercado de consumo.

Outra questão é a orientação médica. O produto pode demonstrar-se, às vezes, nocivo à saúde de um grupo de pessoas, em razão da sua composição química. Por isso, a Recomendação 78/358/CEE, de 29-3-1978, estabelece orientações sobre o uso da sacarina como ingrediente alimentar e sua venda sob a forma de comprimidos ao consumidor final.

A Comunidade Econômica Europeia fixou critérios para a pesquisa de resíduos de substâncias com efeito hormonal e de substâncias com efeito tireostático (Decisão 93/256/CEE, de 14-4-1993).

A publicidade de medicamentos para uso humano deve observar as normas constantes da Diretiva 92/28/CEE, de 31-3-1992.

c) *Os gêneros alimentícios*

A preocupação maior que se tem demonstrado é a da adequação dos gêneros alimentícios, cuja qualidade deve ser tal que o produto se encontre isento de contaminações de qualquer natureza. Assim:

a) a Diretiva 93/5/CEE, de 25-2-1993, regulou a assistência dos Estados-membros à Comissão, e à sua cooperação na análise científica dos produtos alimentícios;

b) foram criados os Comitês Científicos com atribuições para certificar a saúde dos consumidores e a segurança alimentar (Decisão 97/579/CE, de 23-7-1997, e Decisão 97/404/CE, de 23-7-1997, esta última criadora do Comitê Científico Diretor com funções de coordenação dos demais comitês); e

c) fixou-se um programa coordenado de controle oficial dos gêneros alimentícios para 1999 (Recomendação 1999/26/CE, de 22-12-1998).

Os procedimentos comunitários para os contaminantes presentes nos gêneros alimentícios foram objeto do Regulamento 315/93, de 8-2-1993. Além disso, o

Regulamento CEE 466/2001, que revogou o Regulamento 194/97, de 31-1-1997, que fixou os teores máximos de certos contaminantes em gêneros alimentícios[38].

O Regulamento Euratom 3.954/87, de 22-1-1987, estabelece os níveis máximos tolerados de contaminação radioativa decorrente de um acidente nuclear ou de qualquer outro caso de emergência radiológica sobre os gêneros alimentícios e os alimentos para animais[39].

Dois anos depois, foi editado o Regulamento Euratom 944/89, de 12-4-1989, que fixou os níveis máximos de contaminação radioativa dos gêneros alimentícios de menor importância, em razão de um acidente nuclear ou outra emergência radiológica[40].

d) *Proteção do consumidor infantil*

A criança consumidora também recebeu especial atenção do legislador europeu.

Procurou-se defender os interesses do nascituro e do recém-nascido ao se fixar normas sobre os produtos preparados para lactantes (Diretiva 92/52/CEE, de 18-6-1992).

Entre nós, encontra-se em vigor a Lei n. 11.265, de 3-1-2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos.

A Diretiva 93/11/CEE, de 15-3-1993, regula a questão da liberação de N-nitrosaminas e substâncias N-nitrosáveis por tetinas (bicos de mamadeira) e chupetas de elastômeros ou borracha.

Busca-se assegurar, com normas jurídicas comuns aos Estados-membros da Comunidade Econômica Europeia, a higidez física e psíquica da criança, que vem a se utilizar de um brinquedo (Diretiva 88/378/CEE, de 3-5-1988, alterada em 30-8-1993).

A segurança da criança no manuseio de produtos e serviços deve ser garantida, a fim de que se evite algum mal físico, com a ingestão de produtos não apropriados.

A Recomendação 98/485/CE, de 1.º-7-1998, regulamenta os artigos de puericultura e os brinquedos destinados à boca da criança com idade inferior a três anos, fabricados com PVC maleável, que contenha certos ftalatos.

A Diretiva 99/45, que revogou a Diretiva 91/442/CEE, de 23-7-1991, estipulou quais produtos devem conter embalagem munida de um fecho de segurança para crianças.

e) *Meio ambiente do consumidor*

O legislador europeu, preocupado com a proteção do meio ambiente como fundamental para o asseguramento da tutela constitucional das liberdades, inclusive a defesa do consumidor, criou um sistema comunitário de atribuição do rótulo ecológico, com regras gerais e específicas para os diversos produtos[41].

A Diretiva 2001/37 dispôs sobre o tema tratado pela revogada Diretiva 90/239/CEE, de 17-5-1990, procurando estabelecer uma normatização comum sobre o teor máximo de alcatrão nos cigarros.

A proteção da vida, da saúde e da segurança do consumidor não é assegurada apenas por normas de direito internacional, pois os direitos internos de vários países vêm promulgando leis a respeito.

Dentre os países europeus, mereceu destaque a Lei francesa de 21-7-1983, a primeira a estabelecer na Europa uma regulamentação sobre a segurança dos produtos ao consumidor (essa lei foi parcialmente revogada pela Lei 93-949, de 26-7-1993, norma francesa conhecida como *Code de la Consommation*)[42]. No entanto, o primeiro diploma legal a tratar da matéria foi, sem dúvida, o *Consumer Product Safety Act*, de 1972, nos Estados Unidos da América[43].

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro confere prioridade à proteção dos direitos da personalidade do consumidor, inserindo-os dentre os direitos básicos do destinatário final de produtos e serviços, porém deixando de expressamente se referir aos outros. Nada impede, contudo, a reparação do dano moral, arcando o fornecedor com a responsabilidade pelo fato do produto e serviço.

O microssistema de defesa do consumidor brasileiro não afasta do mercado qualquer produto dotado de riscos normais e previsíveis à vida, à saúde ou à segurança, porém incumbe ao fornecedor prestar todas as informações referentes ao produto para que o consumidor possa adotar a maneira mais correta de manuseio do bem, retirando-lhe as utilidades que entender necessárias de modo a não sofrer qualquer ofensa à sua integridade física ou psíquica.

Diversamente, os produtos e serviços com alto grau de periculosidade ou nocividade não podem ser fornecidos no mercado de consumo, devendo o fornecedor, que tomar conhecimento posterior do risco ao qual o consumidor foi exposto com a introdução do bem no mercado de consumo, imediatamente informar as autoridades competentes, para que elas tomem as providências cabíveis para a solução do problema (art. 10 da Lei n. 8.078/90).

6.3 Responsabilidade pelo fato do produto

Responsabilidade pelo fato do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6.º, I, da Lei n. 8.078/90).

O defeito extrínseco ou exógeno não é uma simples inadequação econômica do produto ou do serviço, porém uma inadequação que gera efeitos sobre a personalidade humana, tanto do consumidor como das pessoas a ele equiparadas, dada a situação de vítima do evento.

Na relação de consumo, vigora a responsabilidade objetiva do fornecedor por danos patrimoniais ou morais causados aos consumidores, individual, coletiva ou difusamente considerados.

O fornecedor responde, em regra, independentemente de culpa perante o consumidor porque, ao exercer a sua atividade econômica, assumiu os riscos inerentes à profissão que desenvolve no mercado de consumo. Dessarte, ocorrendo um acidente de consumo que causa danos à personalidade do consumidor ou de outra vítima (*bystander*), que é equiparada ao destinatário final de produtos e serviços para os fins de proteção legal (art. 17 da Lei n. 8.078/90), cabe a responsabilidade do fornecedor independentemente de culpa[44].

A sistemática da responsabilidade pelo fato no Código de Defesa do Consumidor é complexa, sendo diferenciado o tratamento conferido pelo legislador ao fornecedor de produtos e ao fornecedor de serviços, muito embora, tanto em um como em outro caso, a responsabilidade seja normalmente objetiva.

Para melhor se compreender a teoria da responsabilidade pelo fato, o legislador consumerista procurou fazer com que o consumidor viesse a ser ressarcido por aquele que efetivamente deu causa ao prejuízo moral. Pode-se depreender, assim, quatro regras fundamentais sobre o sujeito que é o responsável *ope legis* pelo fato do produto:

a) o responsável direto é, em regra, o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador (art. 12, *caput*);

b) o responsável direto é, por exceção, o fornecedor imediato (denominado pelo legislador “comerciante”) que não conservou adequadamente os produtos perecíveis (art. 13, III);

c) o fornecedor imediato responde subsidiária e sucessivamente, caso o consumidor não tenha acesso à informação plena sobre a identidade e localização do fornecedor que seria responsável – o fabricante, o produtor, o

construtor ou o importador (art. 13, I e II);

d) admite-se a responsabilidade solidária entre o fornecedor direto e o fornecedor indireto (arts. 7.º e 13, e seus respectivos parágrafos únicos).

6.3.1 Responsabilidade do fornecedor mediato

A responsabilidade pelo fato do produto deve recair, preferencialmente, sobre o fornecedor indireto ou mediato, que ordinariamente é quem deu causa ao dano moral do consumidor[45].

Merece elogios a linha adotada pelo legislador, que preferiu atacar a origem do dano, porém sem descurar do direito de reparação integral que a vítima possui.

Os fornecedores indiretos são aqueles que integram a cadeia econômica de consumo, mas não se relacionam diretamente com o destinatário final.

Nada impede, a bem da verdade, que: o fabricante e o produtor procedam à venda direta do seu produto; o construtor venha a diretamente alienar as suas unidades habitacionais autônomas, sem se utilizar de intermediação; ou o importador diretamente transmita a coisa oriunda do exterior. O legislador adotou o critério da razoabilidade, ao prever aquilo que normalmente sucede na sociedade massificada de consumo.

O fato de o fabricante ou o produtor alienar diretamente o produto; de o construtor celebrar o compromisso de compra e venda de unidades habitacionais autônomas, sem intermediação; e de o importador vender diretamente a coisa trazida do estrangeiro não retira os méritos do art. 12, *caput*, o que equivale a dizer: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador que comercializam (é a linguagem adotada pelo Código) são, antes de tudo, os fornecedores que deram causa ao evento danoso, em razão da sua fabricação, produção, construção ou importação.

Sob a ótica formal, tais fornecedores não se confundem com o “comerciante”, pois não constituem diretamente o vínculo perante o consumidor. São, portanto, fornecedores indiretos, que somente deixarão de responder por danos morais sofridos pelo consumidor se inexistir o nexo de causalidade; houver culpa exclusiva da vítima ou de terceiros; ou o “comerciante” não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

6.3.2 Responsabilidade do fornecedor imediato

O fornecedor imediato somente responderá caso não tenha participado na causação do resultado danoso, supletivamente, pela impossibilidade parcial ou total de identificação do fornecedor indireto ou mediato.

A responsabilidade do fornecedor imediato, decorrente do fato de o consumidor não ter elementos para identificar o fornecedor, advém da não observância do princípio da boa-fé objetiva, visto que o fornecedor deveria, desde a constituição da relação de consumo, prestar ao consumidor os dados relevantes sobre a origem do produto (art. 31 da Lei n. 8.078/90), mas não o fez.

O descumprimento do dever jurídico por parte do fornecedor imediato, nesse caso, gera a sua responsabilidade subsidiária[46], porém objetiva, pois o dever de reparação do dano é consequência do próprio fato que deveria acarretar a responsabilidade do fornecedor indireto. Essa subsidiariedade não se confunde com o sentido tradicionalmente dado à expressão, devendo-se compreender a responsabilidade do fornecedor imediato como condicionada às situações do art. 13 da Lei n. 8.078/90[47].

Por outro lado, o fornecedor imediato responderá diretamente quando houver o perecimento do produto pela falta de conservação adequada do bem.

Vários exemplos podem ser lembrados. Cabe a reparação por danos morais e patrimoniais advindos da transfusão de sangue que provocou na receptora a hepatite tipo “c”, fundada na obrigação genérica de se evitar o risco da propagação da doença. Por outro lado, é inaceitável a contaminação por transfusão de sangue, quando a tecnologia possui recursos suficientes para detectar a doença existente no sangue transmitido. A transfusão de sangue não pode provocar no receptor riscos além da normalidade, quais sejam aqueles decorrentes da própria terapêutica.

Aplica-se, nos casos, a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, ante a ofensa à integridade física do consumidor, a teor do que dispõe o art. 14 da Lei n. 8.078/90.

6.3.3 Responsabilidade concorrente

O acidente de consumo pode suceder de causas múltiplas, imputadas tanto em desfavor do fornecedor indireto como do imediato.

Se mais de um fornecedor tiver concorrido para a causação do dano, a responsabilidade civil pelo prejuízo moral puro ou cumulado com o dano patrimonial recairá sobre todos eles, segundo a sua participação no evento.

A responsabilidade perante o consumidor é, nesse caso, solidária, por expressa disposição legal (art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90), viabilizando-se, em prol do fornecedor que proceder ao pagamento da indenização, o direito de regresso em face dos demais fornecedores que participaram do fato. O demandante da ação regressiva, contudo, não poderá valer-se da legislação

protetiva do consumidor para perceber a indenização correspondente à participação dos demais fornecedores para o acidente de consumo, uma vez que não há, entre os fornecedores, relação de consumo. Equivale dizer: não se aplica o Código de Defesa do Consumidor entre os fornecedores do produto ou serviço que ocasionaram danos ao seu destinatário final. Sujeita-se o fornecedor autor da ação de regresso, portanto, à legislação comum que regula as suas relações jurídicas com os demais fornecedores.

Sendo pertinente a ação de regresso, perceberá o demandante a indenização do outro fornecedor, de acordo com o grau de sua participação para a ocorrência do dano em desfavor do consumidor.

6.4 Responsabilidade pelo fato do serviço

A responsabilidade do fornecedor de serviços pelo acidente de consumo é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, a menos que o agente causador do prejuízo moral puro ou cumulado com o patrimonial seja um profissional liberal, caso em que a sua responsabilidade poderá ser subjetiva (*vide*, a respeito do tema, o art. 14, *caput* e § 4.º).

Qualquer fornecedor de serviços, em princípio, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor, salvo o profissional liberal. Assim, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica de direito público ou privado, que atuam como fornecedores de serviços no mercado de consumo, podem vir a responder sem culpa.

Torna-se possível a responsabilidade *in solido* da administradora e do nosocômio, especialmente no caso de descredenciamento de entidade que se encontrava arrolada no plano de saúde, cujo serviço foi adquirido pelo consumidor. Preventivamente, o descredenciamento deve ser informado aos consumidores, ocorrendo a substituição por outro hospital cuja qualidade dos serviços seja a mesma.

Mesmo o Estado pode ser responsabilizado, se a atividade por ele prestada foi fornecida mediante o pagamento de remuneração direta e o acidente de consumo teve sua causa no exercício do serviço, seja como administração direta ou indireta.

As fornecedoras de transporte coletivo respondem objetivamente pelos danos extrapatrimoniais causados aos seus passageiros e às demais vítimas do acidente de consumo[48], mesmo aquelas que não adquiriram nem se utilizaram do serviço (art. 17 da Lei n. 8.078/90)[49]. Afinal, a empresa de transporte coletivo é fornecedora do serviço público de transporte, cabendo a reparação por dano

moral e por dano patrimonial da vítima de sua atividade profissional.

Obviamente, não há qualquer responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço que acarreta dano por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro[50].

No fornecimento de energia nuclear (o que não é comum entre nós, porém integra o cotidiano de outros povos), o fornecedor responde independentemente de culpa e por risco exacerbado assumido pelo explorador da atividade, consoante o ordenamento jurídico de cada Estado[51].

O acidente nuclear constitui um fato que não pode ser ignorado, na análise da relação de consumo, graças aos efeitos que a radioatividade causa no organismo humano, aumentando o risco do desenvolvimento dos vários tipos de câncer, além de provocar lesões celulares múltiplas e mutações do código genético.

Maiores controvérsias são encontradas na reparação do dano decorrente da responsabilidade pelo fato do serviço de transporte aéreo, diante dos tetos indenizatórios fixados pela Convenção de Varsóvia, de 1932, e pelo Código Brasileiro do Ar, de 1986. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor instituir um microssistema jurídico, questiona-se se a lei específica prevaleceria sobre a Lei de Defesa do Consumidor. E a resposta afigura-se negativa, pois a Lei n. 8.078/90 é norma jurídica de ordem pública e de interesse social que se sobrepõe à norma jurídica já existente, prevalecendo naquilo que for com ela incompatível.

Ora, por vigorar no microssistema em referência o princípio geral da *reparabilidade integral do dano*, torna-se perfeitamente cabível a fixação de indenização por danos patrimoniais e morais superior ao teto previsto na legislação, toda vez que ocorrer uma relação de consumo[52].

A Lei n. 8.078/90 é posterior ao Código Brasileiro do Ar. Além de fixar o princípio informativo da reparabilidade integral do dano, seguindo, ademais, a diretriz constitucional do art. 5.º, X, da CF, restringe a aplicação da lei brasileira de transporte aéreo na parte alusiva aos tetos indenizatórios, em que pese a sua especificidade.

Seguindo essa orientação, é possível a indenização por danos patrimoniais (destruição ou extravio de bagagem, por exemplo) em valor superior ao teto legal, desde que demonstrada a existência de objeto transportado cujo valor de mercado ultrapassa ao montante determinado como teto legal.

No caso de morte ou ofensa à integridade física ou psíquica do passageiro transportado, torna-se cabível a fixação de dano moral em valor que represente não apenas uma reparação do prejuízo por equivalência, como também uma

sanção que tenha o condão de desestimular o responsável de proceder a novas práticas danosas, incentivando-o a tomar as medidas adequadas para que o acidente de consumo não venha a se repetir.

Aos fundamentos acima enunciados acrescenta-se que o Código de Defesa do Consumidor não poderia afastar os tetos indenizatórios determinados pela Convenção de Varsóvia, aplicável aos contratos de transporte aéreo internacional, porque a convenção internacional recepcionada pelo Estado subscritor seria norma jurídica hierarquicamente superior ao Código. Argumenta-se que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica nos casos de transporte aéreo internacional, pelos seguintes fundamentos:

a) as normas disciplinadoras do transporte aéreo internacional advêm da Convenção de Varsóvia, que é um tratado internacional incorporado ao direito interno brasileiro;

b) a Convenção de Varsóvia é lei específica e o Código de Defesa do Consumidor é norma genérica;

c) não houve denúncia do tratado internacional que pudesse autorizar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor[53].

O tratado internacional do qual o Brasil é país signatário, e que se encontra incorporado ao seu direito interno, não pode ser considerado revogado pelo simples fato da promulgação de uma lei posterior. Todavia, é perfeitamente aplicável o *princípio da sucessão das leis no tempo*, se houver incompatibilidade dos dispositivos da lei velha com os da norma posterior. A superveniência de lei geral somente pode afastar a incidência das normas contidas em lei específica que forem contrárias.

A Convenção de Varsóvia, que disciplina o transporte aéreo internacional, somente é derrogada naquilo que for contrário ao Código de Defesa do Consumidor, lei nova de conteúdo genérico das relações de consumo. Assim, encontra-se derrogada a Convenção de Varsóvia pelo Código de Defesa do Consumidor, no que se refere ao limite das indenizações por danos morais ou patrimoniais[54].

A limitação da indenização decorria dos riscos exacerbados advindos do transporte aéreo no passado.

Atualmente, porém, não há mais qualquer motivo para essa limitação, pois as próprias empresas aéreas afirmam categoricamente que esse tipo de transporte é o que menos riscos oferece, constituindo o meio mais seguro de se transportar coisas e pessoas. Além disso, configura-se cabível a indenização por dano moral

decorrente do atraso do voo nacional ou internacional, ou mesmo do atraso da entrega da bagagem depositada pelo passageiro[55].

O dano personalíssimo sofrido pelo consumidor em virtude do fornecimento de serviço de transporte terrestre também autoriza a responsabilidade objetiva do fornecedor[56].

Nos contratos de turismo, chega-se a reconhecer o direito à indenização por dano moral pela frustração do roteiro previamente oferecido pelo agente de viagens[57].

6.5 Riscos do desenvolvimento

Risco do desenvolvimento (*developmental risk*) é aquele que decorre da utilização de um produto adequado para determinada época, que se demonstra, com o uso posterior, perigoso para a vida, a saúde ou a segurança do consumidor[58].

O risco do desenvolvimento é, a rigor, uma das consequências naturais do avanço tecnológico, que possibilitou ao ser humano a manipulação, o preparo e a utilização de substâncias químicas as mais variadas possíveis, para a elaboração e a conservação de medicamentos[59] e gêneros alimentícios.

A biotecnologia vem desenvolvendo o estudo de uma série de combinações genéticas que, aprovadas em nível laboratorial, são submetidas ao consumidor sob o forte atrativo de que: o remédio modificado seria mais eficaz ou teria menos efeitos colaterais; o alimento seria mais nutritivo, poderia ser armazenado por mais tempo ou teria um menor percentual de calorias, viabilizando uma dieta mais equilibrada e saudável; e assim por diante.

Por outro lado, novas substâncias agrotóxicas de origem industrial são utilizadas para a conservação de produtos oriundos da lavoura que serão transmitidos por uma cadeia econômica, às vezes complexa, até chegar ao destinatário final. Tais substâncias, que são extremamente eficazes para o controle das pragas, em muitas oportunidades possuem a propriedade de se impregnar na fruta, no legume ou na verdura, não sendo removidas pelo simples ato de lavar com bastante água.

A legislação consumerista exige que o fornecedor, antes de colocar um produto no mercado, tome pleno conhecimento sobre a sua potencial periculosidade, fornecendo as informações necessárias ao consumidor (arts. 8.º a 10 da Lei n. 8.078/90)[60].

O Decreto Federal n. 4.680/2003 regulamenta o direito à informação,

assegurado pela Lei n. 8.078, de 11-9-1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis.

Em São Paulo, a Lei Estadual n. 10.467, de 20-12-1999, exige que a embalagem do produto alimentício submetido às modificações transgênicas expressamente contenha os seguintes dizeres, em letra destacada e de fácil visualização: "alimento geneticamente modificado". E, se o alimento for vendido a granel, determina-se que a informação seja prestada em destaque, no local em que ele é fornecido ao consumidor final (arts. 1.º e 2.º).

Além disso, a simples modificação sobre a composição do alimento acarreta o dever de informação prévia, devendo-se apor na embalagem, em destaque: "contém, na composição, alimento geneticamente modificado" (art. 2.º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 10.467, de 20-12-1999).

Há duas correntes sobre a teoria do risco do desenvolvimento: a primeira, que exclui a responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento; e outro entendimento, segundo o qual o fornecedor, ainda assim, seria responsabilizado pelo risco da atividade profissional.

O argumento da exclusão da responsabilidade pelo fato, fundada na teoria do risco do desenvolvimento, é sedutor. Entende-se, nesse caso, que o fornecedor não pode ser responsabilizado pelo dano personalíssimo que o produto venha a proporcionar ao consumidor, se não existia técnica conhecida sobre os efeitos colaterais que a substância química ou o elemento geneticamente modificado poderia acarretar sobre o organismo humano.

Além disso, a responsabilidade fundada na teoria do risco do desenvolvimento, em desfavor do fornecedor, importaria em uma assunção de riscos que o setor produtivo não pode suportar, o que obstaria a distribuição e o comércio de alguns produtos.

Pela teoria da irresponsabilidade pelo risco do desenvolvimento, o fornecedor não se sujeitaria à indenização por danos morais, porque ele próprio não teria a informação, como ninguém mais no mercado de consumo, sobre o impacto funesto que, com o tempo, recairia sobre a pessoa do consumidor[61].

A Diretiva 85/374/CEE, de 25-7-1985, expressamente admite a adoção da teoria do risco do desenvolvimento, ao preceituar como excludente da responsabilidade, no art. 7.º, *e*: "O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: (...) e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto pelo produtor não

permitiu detectar a existência do defeito".

A exclusão da responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento foi a solução legislativa adotada, em virtude do teor da diretiva, pelos direitos: português (art. 5.º, *e*, do Decreto-Lei n. 383, de 1989), italiano (art. 6.º, *e*, do Decreto n. 224, de 1988) e germânico (§ 2.º, n. 5, da Lei de 20-6-1990, alterada pela Lei de 16-12-1993). Posteriormente, o direito espanhol contemplou a teoria do risco do desenvolvimento no art. 6.º, *e*, da Lei 22/94, fixando também a exoneração da responsabilidade[62].

A legislação francesa adotou uma solução intermediária ao preceituar que não se pode exonerar a responsabilidade do fornecedor, pelo desconhecimento dos efeitos oriundos do estado atual da técnica aplicada sobre o produto, já que não se refere expressamente a essa hipótese como motivo de irresponsabilidade. Contudo, estabelece a irresponsabilidade no caso de medicamentos, cuja contraindicação somente havia sido descoberta posteriormente à sua introdução no mercado farmacêutico[63].

De acordo com a teoria da reparabilidade integral dos danos causados aos consumidores, cabe a indenização pelos riscos do desenvolvimento, que deverão ser suportados pelo fornecedor, em razão de sua atividade profissional.

A exoneração da responsabilidade do fornecedor transfere indevidamente os riscos do desenvolvimento ao consumidor, quando a segurança do destinatário final do produto é bem juridicamente tutelado de maior importância que a livre iniciativa da atividade empresarial, que deve existir, porém de forma limitada e responsável.

A questão foi muito debatida pelos juristas argentinos, que concluíram que o consumidor deve ser integralmente ressarcido por danos sofridos, mesmo nas hipóteses de risco do desenvolvimento, ainda que através da utilização do seguro instituído pelo fornecedor[64].

No direito brasileiro, a norma legal não trata expressamente do assunto, o que leva à conclusão inexorável de que o fornecedor responderia pelo fato do produto, mesmo no caso de risco do desenvolvimento[65].

Contudo, há quem sustente que o direito brasileiro tratou de excluir a responsabilidade do fornecedor com base na teoria do risco do desenvolvimento, ao preceituar que o produto e o serviço seriam considerados defeituosos, por não oferecerem a segurança que deles razoavelmente se espera, levando-se em conta a época em que foram colocados em circulação (arts. 6.º, I, parte final, 10, 12, § 1.º, III, e 14, § 1.º, III, da Lei n. 8.078/90)[66].

Não há elementos suficientes que autorizem a conclusão segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado a teoria do risco do desenvolvimento, excluindo, dessa forma, a responsabilidade do fornecedor pelos danos personalíssimos causados ao destinatário final.

Em primeiro lugar, o legislador tratou das excludentes de responsabilidade em outros dispositivos (arts. 12, § 3.º, e 14, § 3.º), limitando-se à inexistência de defeito (o que, a rigor, é ausência de nexo de causalidade), à não introdução do produto no mercado (que é, igualmente, hipótese de ausência de nexo de causalidade), à culpa exclusiva da vítima e à culpa exclusiva do terceiro (estas sim, genuínas excludentes da responsabilidade objetiva).

Em segundo lugar, os arts. 12, § 1.º, III, e 14, § 1.º, III, do Código de Defesa do Consumidor referem-se à segurança que o produto ou o serviço ofereciam à época em que foram colocados no mercado de consumo, devendo-se considerar o estado da técnica naquele momento. Entretanto, os referidos dispositivos não deixam de considerar defeituosos os produtos e serviços, pelos efeitos que o objeto da relação de consumo poderia provocar no futuro, pelo desconhecimento das consequências sobre o organismo humano. Reputam não defeituosos os produtos ou serviços que se demonstrem seguros na época de sua colocação no mercado, e nada mais.

Em terceiro lugar, a aplicabilidade da teoria do risco do desenvolvimento contra o consumidor importaria em uma redução dos riscos da atividade profissional do fornecedor, para fins de sua responsabilização, o que não se demonstra nem um pouco razoável.

Outro motivo relevante é que os arts. 12, § 1.º, III, e 14, § 1.º, III, contêm praticamente o mesmo teor que o art. 6.º, I, *c*, da Diretiva 85/374/CEE, que não se refere ao risco do desenvolvimento, pois ele é tratado no art. 7.º, *e*, da mencionada diretiva.

De fato, preceitua o art. 6.º, I, *c*: “Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: (...) c) o momento de entrada em circulação do produto”.

Por todas essas razões, o direito brasileiro *não* adotou a teoria do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade pelo fato do produto, tornando-se possível a reparação do dano causado ao consumidor, entre outros casos: nos medicamentos, nos alimentos transgênicos e nos produtos que são conservados com substâncias químicas industrializadas ou à base de substâncias agrotóxicas.

1 Maria Angeles Parra Lucan conclui ser indispensável a proteção da saúde e da segurança por meio de normas de defesa do consumidor, cabendo a sua aplicação em prol do *bystander*, porque a proteção deve ser estendida a todo ser humano, e não apenas àquele que efetivamente adquiriu ou se utilizou do produto e do serviço. O legislador, desse modo, contempla também a tutela dos interesses difusos (op. cit., p. 106-108).

2 Como ocorreu com a proibição à circulação da carne contaminada pelo acidente nuclear de Chernobyl, mediante a celebração de um termo de compromisso, no curso da ação civil pública (*RSTJ*, 29/405).

3 José Reynaldo de Lima Lopes observa que essas três modalidades de defeitos se encontram presentes em qualquer sistema de produção industrial, sendo essa tipologia adotada nos Estados Unidos, na Itália, na França e na Alemanha (*Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, p. 60-77). A mesma classificação é adotada por Domingo Jiménez Liébana (op. cit., p. 221) e por Josep Solé I Feliu (op. cit., p. 29).

4 Domingo Jiménez Liébana afirma que a expressão jurídica "defeito", para as hipóteses de risco à vida, à saúde e à segurança, é de origem norte-americana, graças à teoria do perigo irrazoável, isto é, que não se poderia legitimamente esperar (*unreasonably dangerous*) (op. cit., 220-227).

5 Eduardo Zanoni inclui dentre os direitos da personalidade: de um lado, a preservação da integridade física, compreendendo-se no conceito a vida, o uso e disposição do corpo e de suas partes separadas; de outra sorte, os bens jurídicos objetivos (imagem, intimidade, honra, liberdade) (*El daño en la responsabilidad civil*, p. 291-295).

6 1.º TACSP, 7.ª Câm., AC 823.541-0, rel. Juiz Barreto de Moura, j. 8-6-1999. O v. acórdão, contudo, fundamenta-se na responsabilidade pelo fato do produto.

7 A utilização de certos produtos provoca, muitas vezes, verdadeiras catástrofes, como se deu por ocasião do uso do talco *Morhange*, que causou ferimentos em vários consumidores (Jean Calais-Auloy, op. cit., p. 200).

8 Reconheceu-se o direito à indenização por danos morais pelo fornecimento de refrigerante impróprio para o consumo por conter fragmentos de insetos (TJSC, 3.ª Câm. Cív., AC 97.001053-2, rel. Des. Cláudio Dutra, j.16-9-1997).

9 Eduardo Zanoni, op. cit., p. 165-166.

10 "Reparação de danos materiais e morais. Trinca verificada no motor de automóvel novo. Defeito de fabricação. Responsabilidade pelo fato do produto (acidente de consumo). Inexistência de nulidade da sentença. Competência do Juizado Especial Cível. Legitimidade ativa daquele que fica exposto às práticas do consumo. Inocorrência da decadência. Danos patrimoniais e extrapatrimoniais existentes. Sentença sem vício de nulidade por falta de fundamentação. Afastada a alegação de decadência, por se tratar de acidente de consumo, incidindo o disposto no art. 27 do CDC. Descabimento da alegação de litisconsórcio, porque sequer invocado o litisconsórcio passivo necessário. Competência do Juizado Especial Cível, eis que desnecessária a realização de prova pericial no motor, pois reconhecida a responsabilidade do fabricante que

assumiu a substituição do motor. Não se tratando de vício de qualidade, não se há falar em caducidade, como base no art. 26 do CDC. Legitimidade ativa do autor C.V., com base no art. 17 do CDC. Danos materiais e morais comprovados. Correta fixação da indenização. Parcial provimento ao recurso do autor, para admitir-se a legitimidade ativa de C.V. Improvimento do recurso da ré" (Recurso Cível 71000491126, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC/RS, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 22-4-2004).

11 O fornecedor responde pela falta de cumprimento do dever de segurança caraterizado pelo assalto no interior do supermercado (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4120, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 10-12-1998).

12 O STJ julgou tratar-se de responsabilidade pelo fato do produto o seguinte caso: "Civil. Processual civil. Recurso especial. Direito do consumidor. Veículo com defeito. Responsabilidade do fornecedor. Indenização. Danos morais. Valor indenizatório. Redução do *quantum*. Precedentes desta Corte. 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial – táxi – não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, *in casu*, 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 mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do art. 27 do CDC. 3. O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao *recall* com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do decisum recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, 'quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação' (Cf. AGA 356447/RJ, *DJ* 11.06.2001). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a titulo de danos morais, em 100 (cem) salários-mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução à quantia certa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido" (STJ, REsp 555469/RJ, 4.ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 18-11-2004, *DJ* 6-12-2004, p. 189, *RT*, 835/189).

13 "Processual civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. I. Procuradoria de Assistência Judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do art. 82 e incisos do CDC, bem assim do art. 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao 'Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor'. II. Em consonância com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 181.580, 3.ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 9-12-2003, *DJ* 22-3-2004, p. 292, *RSTJ*, 180/341).

14 Gabriel Stiglitz e Rúben Stiglitz, *Contratos*, p. 155-160.

15 A jurisprudência decidiu que o transportador, para realizar a sua atividade de risco com fim econômico, responde pelas lesões sofridas por seus passageiros durante o transporte, pois lhe compete levar o passageiro incólume ao seu destino, tratando-se a hipótese de obrigação derivada do contrato (a discussão

entre o transportador e o terceiro, ao qual se atribui o arremesso de uma pedra contra o coletivo, não interessa ao consumidor). Não cabe a alegação de que houve a excludente de caso fortuito ou mesmo de força maior, pois essas figuras somente incidem no caso de culpa. Condenou-se o fornecedor ao pagamento de indenização por danos morais mais despesas médicas até a alta, lucros cessantes pelo que deixou de ganhar e demanda de maior esforço para o exercício da mesma atividade (TARS, 4.ª Câm. Cív., AC 195006309, rel. Juiz Moacir Haeser, j. 29-6-1995).

16 Por inteligência do art. 5.º, X e XII, da CF, c/c o art. 39, *caput*, da Lei n. 8.078/90, cujo rol é meramente exemplificativo, o que viabiliza a adoção de tal entendimento nas relações de consumo, eletrônicas ou não (*vide*, a propósito, Roberto Senise Lisboa, A inviolabilidade de correspondência na internet, in *Direito & internet*: aspectos jurídicos relevantes, p. 509-534).

17 A quebra do sigilo da senha pelo correntista, que a forneceu a terceiro, através de ligação telefônica, ilide a responsabilidade civil bancária (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5404, rel. Juiz Joel Geishofer).

18 Conforme a classificação adotada por Carlos Alberto Bittar, *Curso*,, v. 1, p. 289.

19 A cobrança do consumidor inadimplente foi analisada por Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 211-213.

20 A administradora de cartão de crédito não pode emitir faturas de cobrança se o consumidor não contratou expressamente o serviço, pois isso lhe causa constrangimento com cobranças indevidas (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5366, rel. Juiz Aben-Athar, j. 24-6-1999). Em outro caso, concluiu-se que o consumidor sofreu dano moral pelo protesto indevido na locação de fitas de vídeo, ante a emissão irregular de duplicata mercantil que constrangeu o locatário ao pagamento (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4236, rel. Juiz Sá Duarte, j. 19-11-1998).

21 A prova do dano moral da inclusão indevida do nome e dados do consumidor demonstra-se pela simples existência da inscrição irregular (STJ, 4.ª T., REsp 165.727/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16-6-1998, *DJ* 21-9-1998, p. 196). Assim, cabe a reparação por danos morais do consumidor que teve indevidamente o seu nome inscrito no SPC, apesar de o título já ter sido devidamente pago e quitado (TJSC, 1.ª Câm. Cív., AC 98.017084-2, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 13-4-1999).

22 O fato de o fornecedor deixar de comunicar o serviço de proteção ao crédito de que o consumidor havia efetuado o pagamento da obrigação que deu causa ao lançamento indevido do seu nome no cadastro viabiliza a reparação de danos morais (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4581, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 27-1-1999).

23 A cobrança excessiva de boa-fé não possibilita a cominação de pena consistente no pagamento do indébito, em dobro (Súmula 159, do Supremo Tribunal Federal).

24 STJ, 4.ª T., REsp 165727/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16-6-1998, *DJ* 21-9-1998, p. 196.

25 A incorreta inclusão no cadastro de maus pagadores, ainda que devido a um problema de sistema operacional, não exonera a fornecedora da responsabilidade (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5358, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 23-6-1999). De igual modo, responde o fornecedor, se não houve prévia comunicação do cancelamento da venda ao fornecedor (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4622, rel. Juiz Sá Duarte, j. 27-1-1999).

26 A correta inserção do nome do inadimplente no cadastro de proteção ao crédito não retrata qualquer ofensa ao CDC, constituindo, acima de tudo, o exercício regular de um direito posto à disposição do credor, buscando demonstrar o perfil financeiro daquele que lhe deve (TJSC, 1.ª Câm. Cív., AI 99.000894-0, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 30-3-1999). Além disso, não é ilegal ou abusiva a inserção do nome do cliente devedor em contrato de mútuo bancário, no cadastro dos inadimplentes, feita na forma do art. 43 do CDC (TJSC, 2.ª Câm. Cív., AC 98.004520-7, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 6-8-1998). De igual modo, não há fundamento para a percepção de indenização por danos morais se a inclusão do nome do consumidor junto ao SPC decorreu do simples fato de atraso no pagamento de prestações (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5376, rel. Juiz Botto Muscari, j. 29-6-1999). É, ainda, incabível a indenização pela inserção do nome do

consumidor no Serasa decorrente do lançamento de débito automático posterior ao encerramento da conta bancária, se a autorização de débito automático não foi revogada oportunamente pelo interessado (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5427, rel. Juiz Joel Geishofer, 13-7-1999). Por fim, não cabe ao banco proceder à reparação de danos morais resultantes da utilização indevida do CPF do marido, pela ex-mulher (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4684, rel. Juiz James Siano).

27 1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4566, rel. Juiz Aben-Athar, j. 27-1-1999.

28 "Danos materiais e morais pela subtração de talão de cheques utilizados posteriormente no comércio, daí resultando protesto contra o correntista. Responsabilidade do banco, depositário do talão" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4446, rel. Juiz James Siano).

29 A negativação indevida e prolongada no Serasa importa na indenização de danos morais por ofensa à imagem. O SPC e o Serasa são organizações privadas que acabam por expor os negativados à ignomínia de inadimplente, que somente é levantada após burocrático e moroso processo (TJSC, 1.ª Câm. Cív., AC 98.017042-7, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 16-3-1999). No mesmo sentido, 1.ª Câm. Cív., AC 98.009176-4, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 13-1-.1998.

30 Como, por exemplo, o dano moral sofrido pelo consumidor em virtude do descaso da concessionária que procedeu ao desligamento injustificado de linha telefônica (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4151, rel. Juiz Sá Duarte, j. 26-1-1998).

31 A proteção da saúde e da segurança do consumidor é um corolário do próprio direito à vida (Maria Angeles Parra Lucan, op. cit., p. 27-34). Jean Calais-Auloy ensina que a produção de determinados produtos pode gerar verdadeiras catástrofes, sendo indiscutível que o número de acidentes de consumo tende a aumentar, com proporções cada vez mais graves (op. cit., p. 241).

32 Toda a pesquisa referente às diretivas foi realizada no material doutrinário apontado ao final desse trabalho, assim como no site <http//www.europa.eu.int/geninfo/query_pt.htm>. Para saber mais a respeito, ver atual endereço do site Europa – O portal da União Europeia, em <http://europa.eu>.

33 Maria Angeles Parra Lucan, op. cit., p. 57-66.

34 A importância de tal medida é, sem dúvida, garantir a harmonização das normas sobre a vigilância e o controle dos riscos.

35 O sistema comunitário de informação aos consumidores é de importância fundamental para o êxito da legislação transnacional e a proteção efetiva do consumidor, nos países europeus.

36 O controle dos produtos importados de países estranhos à Comunidade Econômica Europeia foi objeto do Regulamento CEE 339/93, de 8-2-1993. Trata-se de questão extremamente importante, pois a produção e distribuição de alimentos até chegar ao consumidor devem ser realizadas de tal sorte que não proporcionem qualquer espécie de contaminação. Para isso, é imprescindível a adoção de normas protetivas à saúde do consumidor, editadas sob a forma de um *codex alimentarius*, como meio preventivo de danos personalíssimos.

37 No mesmo sentido, a Resolução do Conselho datada de 25-6-1987.

38 Os contaminantes presentes em produtos alimentícios são controlados oficialmente por meio de métodos de colheita e análise, nos termos preceituados pelo Regulamento 466/01, que revogou a Diretiva 98/53/CE.

39 Mais especificamente, foram estabelecidas as regras de execução do Regulamento 3.954/87, com a fixação das condições mínimas de importação de produtos agrícolas originários de países terceiros na sequência do acidente nuclear em Chernobyl (Regulamento 1.983/88, de 5-7-1988, depois revogado pelo Regulamento 1.661/99). Tal regulamentação sofreu o acréscimo posterior do Regulamento CEE 727/97, revogado pelo Regulamento 1.609/00, que fixou a lista de produtos excluídos da aplicação do Regulamento 737/90, limitado à importação de produtos agrícolas oriundos de outros países, por força do acidente nuclear em referência. Observa Parra Lucan que "os interesses industriais que degradam o meio ambiente causam também a degradação dos bens de consumo primários e essenciais" (op. cit., p. 34).

40 Os Regulamentos CEE 2.219/89, de 18-7-1989, e 737/90, de 22-3-1990, fixaram, respectivamente, as condições especiais de exportação e de importação de alimentos na sequência de um acidente nuclear.

41 Como norma geral, há o Regulamento CEE 2000/1.980, que revogou o Regulamento 92/880, de 23-3-1992. Sobre o contrato-tipo das condições de uso do rótulo ecológico, *vide* a Decisão 93/517/CEE, de 15-9-1993. Acerca da atribuição do rótulo ecológico, a Decisão CEE 94/458/CEE, de 29-6-1994. Há várias orientações referentes ao rótulo ecológico em produtos, destacando-se: a Decisão 2000/728, que revogou a Decisão 93/326/CE, de 13-5-1993, para máquinas de lavar; a Decisão 99/10/CE, de 18-12-1998, para tintas e vernizes; a Decisão 99/205/CE, de 26-2-1999, para computadores pessoais; e a Decisão 98/94/CE, de 7-1-1998, para os produtos de papel *tissue* (papel-manteiga).

42 O art. 1.º da lei estabelecia que *os produtos e serviços devem, em condições normais de uso e em outras condições razoavelmente previstas pelo profissional, oferecer a segurança que se pode legitimamente esperar e não afetar a saúde das pessoas*. Com isso, torna-se possível que o consumidor exija a segurança compatível com o estado da técnica e a situação da economia (Jean Calais-Auloy, op. cit., p. 242).

43 A lei norte-americana considera produto de consumo qualquer artigo, peça ou componente produzido ou distribuído para a venda ou para o uso pessoal do consumidor, salvo aqueles já regulados por lei específica, a saber: os veículos motorizados, os pesticidas, os minerais, os aviões e os seus motores, os barcos, as naves e os seus acessórios, os medicamentos, a carne e os seus derivados (Maria Angeles Parra Lucan, op. cit., p. 36-37).

44 Sobre o profissional liberal e a sua responsabilidade pelo fato do serviço, leia-se o item 7.1 do presente no próximo Capítulo.

45 Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez defende a responsabilidade objetiva por danos decorrentes de produtos farmacêuticos, com a responsabilidade solidária de todos os agentes, exceto o farmacêutico, se ele não tinha como saber sobre a existência do defeito do produto (*La responsabilidad civil*, cit.). A existência de coautoria leva à responsabilidade concorrente pelo fato do produto, a qual pode ser imputada até mesmo, em determinados casos, em desfavor do fornecedor imediato.

46 Sobre a responsabilidade subsidiária do fornecedor imediato, nos casos do art. 13, I e II, da Lei n. 8.078/90, leia-se, entre outros: Silvio Luis Ferreira da Rocha, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, p. 81; James Marins, Proteção contratual, cit., p. 103-104; e Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 140-143.

47 Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil, cit., p. 92.

48 Tanto faz se o transporte é aéreo, marítimo ou terrestre. Tratando-se de meio de transporte coletivo, a responsabilidade de natureza contratual subsiste mesmo quando há o atraso irrazoável no horário de partida ou chegada. A este propósito: “Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso excessivo de voo e extravio temporário de bagagem. A submissão do consumidor à espera por diversas horas, sem acomodações, alimentação e sem informação adequada não se justifica por razões de força maior, configurando a hipótese de vício de qualidade do serviço por insegurança (art. 14, do CDC). Inexistência de cerceamento de defesa. Não se configura a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, uma vez que, mesmo confirmando a INFRAERO que a pista se encontrava escorregadia no dia dos fatos e que havia impossibilidade de decolagem, ainda assim se verificam os atos ilícitos ensejadores do dever de reparar os danos. Direito aplicável. Inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica. Danos materiais e danos extrapatrimoniais. Comprovação dos danos provocados às roupas e bens que estavam na bagagem extraviada temporariamente, a ensejar sua reparação. Ademais, tendo sido invertido o ônus da prova, não obteve a recorrente qualquer recibo da autora que indicasse a regularidade dos bens restituídos, não podendo assim objetar contra os danos neles verificados. Inadequação do precedente jurisprudencial do STJ invocado para o arbitramento dos danos morais. Razoabilidade e proporcionalidade da verba fixada para composição dos danos extrapatrimoniais. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos” (Recurso Cível

71000537696, 1.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rel. Ricardo Torres Hermann, j. 12-8-2004). O mesmo raciocínio é aplicável quando há violação do dever de segurança em prol do consumidor.

49 *Jurisprudência Informatizada Saraiva* 17, p. 1, TACRJ, 6.ª Câm. Cív., AC 32/95, rel. Juiz Nilson Dião, j. 21-2-1995. Na hipótese, houve o atropelamento de um menor.

50 Como é o caso da culpa exclusiva da vítima de acidente, que se encontrava imprudentemente pendurada no para-choque traseiro do veículo de transporte coletivo, que trafegava com as portas fechadas (TJSC, AC 119/99, rel. Des. Carlos Raymundo, j. 28-4-1999).

51 Depois do acidente nuclear da Usina de Chernobyl, na extinta União Soviética, em 26-4-1986, a Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA considerou o acidente da Usina de Tokaimura, de 30-9-1999, um dos piores da história da humanidade.

52 "Transporte aéreo. Responsabilidade objetiva, inaplicabilidade do CBA. Reparação integral por danos morais e patrimoniais" (TJSE, AC 418/97, rel. Des. Clara de Rezende, j. 16-1-1997, *LAC* 10/97).

53 STJ, 3.ª T., REsp 58.736/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13-12-1995, *DJ* 29-4-1996, p. 13413.

54 *Revista de Direito do Consumidor*, 29/108-110, STJ, 4.ª T., REsp 154.698/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 3-3-1998. E, na mesma revista, de n. 21/144-148, TACRJ, AR 63/95, rel. Juiz Mello Tavares, j. 26-9-1996.

55 "Civil. Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização integral. CDC. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento. 1. A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença" (STJ, 4.ª T., REsp 552.553/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-2005, *DJ* 1.º-2-2006, p. 561). Nesse sentido: STJ, 3.ª T., REsp 658.748/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4-8-2005, *DJ* 22-8-2005, p. 268, rep. *DJ* 5-9-2005, p. 402; e, ainda, STJ, 3.ª T., REsp 257.297/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15-2-2005, *DJ* 14-3-2005, p. 317.

Outros julgados, a favor e contra a aplicação do princípio da reparação integral: dano moral reconhecido pela entrega da bagagem em transporte aéreo, com 17 horas de atraso (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5332, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 16-6-1999); dano moral por atraso em voo nacional – indenização tarifada nos termos do CBA (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4570, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 27-1-1999); atraso do voo em transporte aéreo internacional – dano tarifado pela Convenção de Varsóvia (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4632, rel. Juiz Aben-Athar, j. 28-1-1999 – no mesmo sentido: 1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5344, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 22-6-1999). Em outro julgado, decidiu-se: "Transporte aéreo internacional. Cancelamento do voo Miami-São Paulo e transferência do passageiro para voo no dia seguinte. Responsabilidade objetiva pelo descumprimento da obrigação de resultado. Arts. 7.º, 14 e 20 do CDC. Irrelevante o pagamento de despesa de hotel até o embarque. art. 22 da Convenção de Varsóvia alterado pelo Protocolo Adicional n. 3. Fixação da indenização em direitos especiais de saque" (1.º TACSP, AC 623538-6, 5.ª Câm. Cív., rel. Juiz Silvio Marques, j. 18-10-1995, *Juris* 07/1).

56 "Acidente de transporte coletivo no trânsito, com a queda de passageiro do interior do ônibus e lesões e danos materiais. Responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço" (TACRS, 9.ª Câm. Cív., AC 192080059, rel. Juiz Breno Mussi, j. 2-6-1992, *Juris* 7/2).

57 "Pacote turístico. Retorno antecipado e dano moral pelo cancelamento de atividades no local da viagem" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4355, rel. Juiz Simões de Vergueiro, j. 10-12-1998).

58 Sobre o tema, além dos autores mencionados nas notas seguintes: Josep Sole I Feliu, op. cit., p. 575-576; Atilio Aníbal Alterini, *La responsabilidad civil por productos*, p. 237-238.

59 Foi o que ocorreu, por exemplo: a) com a talidomida, que, comercializada nas décadas de 1950 e 1960 como uma droga segura, atóxica e inofensiva, produziu 8 mil bebês com deformidades monstruosas, especialmente nos membros superiores e inferiores; e b) com a droga clioquinol, destinada ao combate da diarreia, mas que apresentou efeitos colaterais devastadores sobre 10 mil japoneses e centenas de outras pessoas pelo mundo atingidas pela neuropatia mielo-óptico-subaguda, com perturbações sensoriais na coluna dorsal e nos membros. Sobre essas histórias, Russel Mokhiber, *Crimes corporativos:* o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública, p. 361-376.
Cabe ainda lembrar o acidente de consumo sofrido pelas vítimas dos hormônios gestacionais, como o DES, lançado no mercado de consumo em 1941, com a finalidade de impedir o aborto espontâneo. Várias das mulheres grávidas que se utilizaram da droga submeteram sua prole ao câncer. Por tal razão, a droga foi retirada de circulação, em 1971 (Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, *La responsabilidad civil*, cit., p. 85 e 95).
60 João Calvão da Silva lembra que o estágio de desenvolvimento da técnica serve de parâmetro entre os defeitos de concepção e informação e os riscos do desenvolvimento (op. cit., p. 521). Já Fábio Ulhoa Coelho admite que aos empresários foi prescrito o dever de pesquisar, esgotando-se todas as possibilidades alusivas ao estado da arte (op. cit., p. 82-83).
61 James Marins, Proteção contratual, cit., p. 131-136.
62 Sobre o risco do desenvolvimento no direito europeu, María Paz García Rubio, Los riesgos de desarrollo em la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos, su impacto em el derecho español, *Revista de Direito do Consumidor* n. 30, p. 66-84.
63 Sobre a questão no direito francês, *vide* Jacques Ghestin, *Traité des contrats:* la formation du contrat, p. 639.
64 Graciela Messina Gutiérrez enumera as conclusões das Primeiras Jornadas sobre responsabilidade civil por vício de produtos farmacêuticos e medicinais, de 2-4-1987: a) na causalidade alternativa ou disjuntiva, impõe-se a responsabilidade solidária pela intervenção de vários fabricantes no momento histórico em que o paciente ingeriu a droga, pois não há condições de precisar qual o produto que lhe causou o dano; b) é viável a responsabilidade dos laboratórios que compartilharam os ensaios e provas do produto viciado; c) aplica-se a teoria do risco da responsabilidade empresarial, com a noção do seu controle mancomunado, nos termos mencionados; d) aplica-se a teoria da participação no mercado, respondendo cada elaborador pelo dano na proporção de sua participação na venda da droga (responsabilidade por contribuição dos riscos). A autora defende que o sistema de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco do desenvolvimento deve conter a regra do seguro necessário, conforme deliberação nas IV Jornadas Rioplatenses de Direito, em Punta del Este, no ano de 1986. Por fim, a Comissão 5, das VIII Jornadas Nacionais de Direito Civil de La Plata, em 1981, concluiu que não se exonera o fabricante da sua responsabilidade perante a vítima do prejuízo, quando os conhecimentos científicos posteriores provam a danosidade do produto (op. cit., p. 85, 89 e 95).
65 Entre outros, são favoráveis à indenização por dano moral, fundada na teoria do risco do desenvolvimento: Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (op. cit., p. 60), Gustavo Tepedino (*Temas de direito civil*, p. 242-244), José Reynaldo de Lima Lopes (*Responsabilidade civil do fabricante*, cit., p. 67-73) e Cláudio Bonatti e Paulo Valério Dal Pai Moraes (op. cit., p. 124-126). Gustavo Tepedino afirma que “a atribuição aos empresários dos riscos de desenvolvimento, antes que desmotivar a iniciativa privada, pode representar um estímulo ao desenvolvimento de pesquisas, à utilização de redobradas cautelas e à divulgação cada vez maior de informações sobre os produtos e serviços, sem falar na própria celebração de seguros, tudo em favor da dignidade do consumidor” (A responsabilidade civil, cit., p. 92).
66 Oscar Ivan Prux, ao analisar a responsabilidade do profissional liberal, ponderou que, infelizmente, o nosso direito positivo teria consagrado a teoria do risco do desenvolvimento em favor dos fornecedores, sob

esse pretexto. No entanto, cabe registrar que o autor se insurge contra a solução que ele considera haver sido adotada pelo legislador pátrio (*Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*, p. 250-257). *Vide*, nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 82-89; e James Marins, op. cit., p. 131-136.

7

A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

7.1 Responsabilidade do profissional liberal

As transformações socioeconômicas advindas da coletivização dos interesses e da massificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo tornam obrigatória uma nova concepção do profissional liberal, diferentemente daquela apregoada pela teoria do individualismo jurídico.

O pensamento moderno estabeleceu que o profissional liberal é uma pessoa que tem por função realizar a prestação de determinado serviço, sem relação de dependência hierárquica de outra. Por isso, historicamente, a noção de profissional liberal tornou-se distante das fábricas e com características próprias da pessoa física.

Profissional liberal é a pessoa física que desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação[1].

O profissional liberal passa a ser, na *sociedade da informação*, um agente de extrema importância para o auxílio dos interesses sociais. Além disso, as novas profissões que advieram do avanço tecnológico bem demonstram a tendência de valorização e ponderação social dos profissionais liberais, em virtude da maior especialização e da multiplicidade de serviços colocados à disposição do consumidor no mercado[2].

O Código de Defesa do Consumidor expressamente se refere ao profissional liberal em uma única passagem, imputando-lhe a responsabilidade por culpa (art. 14, § 4.º), o que pode conduzir à falsa conclusão de que, em qualquer hipótese, a responsabilidade dele, como fornecedor, será subjetiva.

Ledo engano. Primeiro, porque o art. 14, § 4.º, somente se aplica nos casos de responsabilidade oriunda de um acidente de consumo, ou seja, de um evento danoso aos direitos personalíssimos do consumidor (dentre eles, em especial, a vida, a saúde e a segurança).

A responsabilidade subjetiva do profissional liberal somente se dá, no microssistema de defesa do consumidor, para o caso de *responsabilidade pelo fato do serviço*.

Assim, a responsabilidade do profissional liberal pelo *vício do serviço* prestado, ou seja, o dano econômico ou patrimonial puro, torna-se objetiva, por força do que estabelece o art. 20 da Lei n. 8.078/90, que em nenhum instante cogita do elemento subjetivo da responsabilidade.

Portanto, em se tratando de dano puramente patrimonial ou econômico, qualquer que seja o profissional liberal ou a natureza de sua atividade, a sua responsabilidade é, segundo a lei de proteção do consumidor, objetiva, porquanto independente da existência de culpa. É o caso tanto do médico como do advogado, do engenheiro e do cirurgião-dentista, entre outros, que respondem pela inadequação do serviço decorrente, por exemplo, da falta de informação[3].

Não se deve prever que tal ilação possa acarretar a decadência e a destruição das profissões liberais. Pelo contrário. Como o Código de Defesa do Consumidor adotou expressamente a boa-fé objetiva, o intérprete deverá analisar as situações envolvendo os profissionais liberais fornecedores de forma casuísta, em face dos poderes que o microssistema de consumo brasileiro, que é aberto, confere ao julgador, já que se permite a maior conciliação possível entre a tópica e a periférica na aplicação da Lei n. 8.078, de 11-9-1990.

Com isso, confere-se uma importância cada vez maior à *teoria da confiança* nos negócios jurídicos e, por conseguinte, ao princípio da *boa-fé objetiva*.

Para iniciar o estudo da responsabilidade subjetiva do profissional liberal, é mister a sua delimitação aos casos da responsabilidade pelo fato do serviço.

A responsabilidade subjetiva por acidentes de consumo, a ser imputada em desfavor do profissional liberal, não se estende às pessoas jurídicas. A expressão “profissional liberal” designa tão somente a pessoa física que realiza determinado serviço, nos termos da lei protetiva do consumidor[4].

Além disso, *não* é em toda hipótese de *acidente de consumo* que o profissional liberal responde mediante culpa. É importante distinguir, a esse respeito, a obrigação que o profissional liberal deve realizar.

A obrigação do profissional liberal, como é cediço na doutrina clássica, pode ser: obrigação de meio, obrigação de resultado ou obrigação de segurança[5].

Obrigação de meio é aquela que deve ser cumprida pelo devedor (no caso, o profissional liberal fornecedor) com toda a prudência e diligência, submetendo-se o credor (no caso, o consumidor) ao risco de não obter o resultado desejado[6].

A prudência e a diligência que se exige do profissional liberal deve ser aferida de acordo com o *critério da razoabilidade*, verificando-se se a conduta adotada pelo fornecedor foi aquela que ordinariamente se esperaria que uma pessoa, com o conhecimento técnico dele, tomaria em determinada situação.

O grau de diligência do fornecedor é elemento essencial para que o resultado colimado pelo consumidor seja atingido. Porém, o resultado é elemento estranho à obrigação de meio, gerando-se para o profissional liberal, nesse caso, a irresponsabilidade pela frustração da expectativa do consumidor[7].

A obrigação de meio proporciona ao consumidor a assunção de uma *alea*, uma vez que ele pode exigir tão somente o exercício da atividade do fornecedor, de forma prudente e diligente, submetendo-se ao resultado futuro, ainda que ele não lhe seja favorável.

Na *obrigação de meio*, a responsabilidade do fornecedor é subjetiva pura, ou seja, não se admite sequer a presunção de culpa do prestador da atividade. Isso não significa, entrementes, que se inviabiliza o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, da Lei n. 8.078/90), que pode suceder[8] ou não[9], como instituto de natureza processual, nos casos de verossimilhança ou de hipossuficiência do consumidor, como é o que se verifica na obtenção de provas técnicas ou documentos que não se encontram ao seu alcance.

Mesmo nas hipóteses de obrigação de meio, a responsabilidade subjetiva não precisa ser minuciosamente demonstrada, bastando que sejam produzidos em juízo elementos que o julgador considere suficientes, para os fins de impor, em desfavor do profissional liberal, o dever de reparação do dano[10].

Além disso, subsiste na responsabilidade subjetiva o direito do consumidor de propor a ação de responsabilidade civil no foro do seu domicílio, para facilitação dos seus direitos (art. 101, I, da Lei n. 8.078/90)[11].

Outra é a situação quando a obrigação do fornecedor é de resultado.

Obrigação de resultado é aquela que deve ser cumprida pelo fornecedor, atingindo-se o objetivo ou o interesse visado pelo consumidor[12]. Na obrigação de resultado, o fornecedor promete ao consumidor que seu interesse será satisfeito. Compromete-se, pois, a uma obrigação determinada, um ato específico, que se revela como sendo justamente aquele que é esperado pelo consumidor.

A importância fundamental existente na diferença entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado reside na forma pela qual a responsabilidade subjetiva do fornecedor será analisada.

Fora do ambiente da responsabilidade subjetiva, não existe qualquer razão para o estudo da obrigação de meio e da obrigação de resultado, classificação essa que, conforme já aduzido em outro capítulo, justificou-se historicamente como uma forma de facilitar a demonstração do dano e a consequente reparação do prejuízo sofrido pela vítima, evitando-se, desse modo, o retorno à indesejada objetivação existente no direito antigo, inibindo-se, além disso, a adoção da responsabilidade objetiva como foi posteriormente desenvolvida por Raymond Saleilles, e, pouquíssimo tempo depois, por Louis Josserand (*vide*, a propósito, o Capítulo 1).

Na obrigação de meio, o ônus da prova incumbe ao consumidor, salvo os casos em que se viabilizar a sua inversão (art. 6.º, VIII, da Lei n. 8.078/90). Já a obrigação de resultado importa na *presunção de culpa* do fornecedor, liberando-se o consumidor do ônus da prova do elemento subjetivo, devendo o profissional liberal demonstrar que, efetivamente, não agiu de forma aquém da prudência ou diligência que deveria o consumidor dele esperar, em face de seu conhecimento técnico (critério da razoabilidade).

A obrigação de resultado presume, portanto, a responsabilidade do profissional liberal[13], e somente pode ser afastada por caso fortuito ou força maior, excludentes contempladas para a responsabilidade civil subjetiva, pela lei civil em vigor[14].

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando esse posicionamento, no que diz respeito à aplicação da obrigação de resultado e a consequente inversão do ônus da prova, tornando-se desnecessária, nessa hipótese, a alegação de inversão do ônus da prova com base no art. 6.°, VIII, do CDC[15].

Obrigação de garantia é aquela que assume o fornecedor de reparar um dano, ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior, cuja responsabilidade seja, por natureza, de outrem[16]. Nesse caso, o fornecedor assume um risco, na situação jurídica de garantidor, o que pode suceder: nos contratos de seguro e de plano de saúde; nas garantias legais, como a evicção e o vício redibitório; e nas garantias pessoais, como é o caso do popularmente consagrado fiador profissional.

As obrigações de resultado e de segurança são extremamente úteis para viabilizar, na prática, a reparação do consumidor pelos danos sofridos. Contudo, é na obrigação de garantia que se encontra o critério mais inovador para a prevenção de responsabilidades e a diluição dos riscos, como uma espécie de

socialização dos riscos da atividade profissional.

Outra será a situação, se a obrigação for de segurança.

Obrigação de segurança é aquela em que o fornecedor deve alcançar o resultado objetivado pelo consumidor, sem que ele venha a sofrer qualquer ofensa à vida ou à saúde. Em regra, a obrigação de segurança advém de uma relação contratual, mas nada impede que ela exista pelo simples fato do exercício da atividade profissional[17].

A obrigação de segurança importa, pois, em se alcançar o resultado desejado pelo consumidor e em não se ofender os seus direitos extrapatrimoniais[18].

O profissional liberal não deve utilizar-se de métodos, em seus serviços, que possam acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, a menos que tais riscos sejam considerados normais ou previsíveis por sua natureza ou fruição, caso em que o consumidor deverá ser previamente informado, de maneira ostensiva e adequada, da situação (arts. 8.º, *caput*, e 9.º da Lei n. 8.078/90).

É vedado ao fornecedor a introdução de serviços com alto grau de periculosidade ou nocividade à vida, à saúde ou à segurança (art. 10 da Lei n. 8.078/90).

A obrigação de segurança impõe ao fornecedor a adoção das medidas necessárias para que o consumidor, desde a constituição da relação jurídica até a sua extinção, não sofra qualquer espécie de dano moral.

Na obrigação de segurança, o simples fato da ocorrência do evento danoso justifica a responsabilidade do prestador de serviços, independentemente de culpa[19].

O avanço tecnológico que se verificou nas mais variadas atividades profissionais liberais vem possibilitando o reconhecimento da obrigação de segurança e a responsabilização do fornecedor independentemente de culpa.

Dentre as várias categorias de profissional liberal, deve-se destacar, a título exemplificativo, a responsabilidade médica. A evolução da medicina é fruto do avanço tecnológico, que rapidamente se imprimiu a partir da descoberta de doenças e seus respectivos tratamentos, assim como, principalmente, desde a segunda metade do século XX, com a introdução da biotecnologia. Várias especialidades foram surgindo, como: angiologia, dermatologia, endocrinologia, fonoaudiologia, gastroenterologia, ginecologia, obstetrícia, hematologia, infectologia, nefrologia, ortopedia, traumatologia, otorrinolaringologia, pediatria, pneumologia, proctologia, psiquiatria, reumatologia, sexologia,

urologia, cardiologia, oncologia, odontologia, oftalmologia e veterinária.

A história do direito brasileiro contempla ao profissional liberal da medicina a responsabilidade subjetiva, como obrigação de meio, salvo quando se trata de cirurgia plástica com finalidade meramente estética (caso em que haveria a fixação da presunção de culpa, por força da adoção da teoria da obrigação de resultado).

Tratando-se de profissional liberal, há o benefício estabelecido pela legislação consumerista, segundo o qual a responsabilidade pelo fato será subjetiva, enquanto a responsabilidade pelo vício será, como já afirmado, objetiva.

Não se confunde a responsabilidade do médico profissional liberal com a do hospital, que responde, objetivamente, tanto pelo fato como pelo vício do serviço realizado[20].

Além disso, na apuração dos prejuízos causados ao paciente, deve-se analisar qual deles deu causa efetiva ao dano.

Prepondera, na verificação da responsabilidade civil médica, a aplicação do princípio da *boa-fé objetiva* e a constatação da observância ou não do dever secundário de *consentimento informado*, por meio do qual o paciente deve estar ciente do diagnóstico e do tratamento eleito pelo médico e por seu cliente aprovado (ou, na impossibilidade dele, por seus familiares), a fim de que se possa avaliar qual conduta seria razoavelmente adotada pelo profissional, na busca da cura da doença.

Nos casos em que o médico vier a responder subjetivamente pelo dano causado ao paciente, deverá o intérprete aplicar a teoria da responsabilidade com culpa, mas não poderá esquecer-se de se utilizar do princípio da boa-fé objetiva, o que facilita em muito a análise casuística para os fins de reparação civil, obtendo-se, desse modo, a aplicação da justiça.

Isso não ilide, entretanto, a responsabilidade hospitalar por prática danosa cometida pelo médico que ali trabalha, seja como funcionário, seja na condição de profissional liberal[21].

Entende-se, contudo, que deve haver alguma relação entre a conduta do hospital, por meio de seus funcionários, e o dano sofrido pelo paciente, a fim de que o nosocômio seja efetivamente responsabilizado. Assim, o hospital não responderia se a conduta médica fosse a única e exclusiva motivadora do prejuízo, sem qualquer relação com a conduta dos empregados do hospital[22].

Na atividade liberal do médico, o instrumento por ele utilizado tornou-se um ingrediente indispensável na análise dos fatos, assim como a cooperação da

equipe médica. Desse modo, integrou-se à responsabilidade do profissional liberal a responsabilidade pelo fato da coisa (o instrumento utilizado) e a responsabilidade pelo fato de terceiro (a cooperação dada pela equipe médica)[23].

A prestação de serviços do profissional liberal médico é, em regra, uma obrigação de meio. Como a prova deve ser produzida pela vítima ou seus herdeiros (no caso de óbito), e o laudo pericial torna-se indispensável, deve ser recebida com reservas a conclusão pericial, para se evitar eventuais improcedências de pedidos indenizatórios em razão da solidariedade profissional (existente, aliás, não só na classe médica, como em todas as demais atividades liberais)[24].

Por natureza, a obrigação do médico-cirurgião é de meio[25], assim como a obrigação do advogado e do arquiteto.

No direito comum, sempre se dispôs que o cirurgião estético teria a obrigação de resultado[26]. Todavia, diante das considerações acima referidas, não há como deixar de admitir que a obrigação do cirurgião estético, do engenheiro civil, no sistema das relações de consumo, não é apenas obrigação de resultado, como também é obrigação de segurança, pois o serviço inadequado pode colocar em risco a vida, a saúde ou a segurança do consumidor.

Por fim, ainda que em determinado acidente de consumo a obrigação do profissional liberal seja de meio, sujeitando-se, assim, a vítima a demonstrar a culpa do fornecedor, há a responsabilidade objetiva dos demais fornecedores que integraram a cadeia de consumo, naquilo em que causaram prejuízo ao consumidor.

O profissional liberal responderá por culpa, na obrigação de meio, sem prejuízo de eventual responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, naquilo em que tiver dado causa ao prejuízo moral[27].

Nesses termos, responde objetivamente o hospital: por erro de médico empregado do hospital[28]; no caso de infecção hospitalar, ainda que decorrente de assepsia deficiente[29]; por danos morais decorrentes de anestesia efetuada por médico empregado do nosocômio; e por morte do paciente[30].

Outra atividade liberal de importância é a advocacia.

O advogado pode ser responsabilizado, como profissional liberal, pelo prejuízo causado em desfavor do seu cliente[31].

Assim como sucedeu com a evolução da responsabilidade civil para os médicos, confere-se ao advogado, como profissional liberal, a sujeição à responsabilidade por acidentes de consumo sob a modalidade de apuração da

culpa[32]. E, no que diz respeito à responsabilidade por vício do serviço, à responsabilidade sem culpa.

Todas as circunstâncias devem ser avaliadas, tal qual ocorre com a responsabilidade do médico e demais profissionais liberais, em conformidade com a teoria da confiança nos negócios jurídicos, assim como com o princípio da boa-fé objetiva[33].

O temor da aplicação do CDC às atividades exercidas pelos profissionais liberais pode levar à elaboração de pareceres e estudos no sentido de que não se aplicaria o CDC aos profissionais liberais que se submetessem a lei específica. Trata-se de diversão, na qual se insere um sofisma com a finalidade de evitar o real debate sobre a aplicabilidade da lei consumerista.

Primeiramente, deve-se lembrar que o CDC não veio revogar total ou parcialmente outras legislações, devendo-se, por conta disso, a exemplo do que ocorreu no direito comunitário europeu e nos direitos internos de cada Estado daquele continente, que adotou leis de proteção ao consumidor e ao usuário, buscar a utilização da norma consumerista como acréscimo, sub-rogando-se o texto da lei específica com as disposições do microssistema consumerista, quando houver uma relação de consumo.

De outra sorte, não se deve olvidar que a inclusão expressa do verbete *profissional liberal* decorreu de uma modificação implementada ao projeto por iniciativa da OAB, que buscava a fixação clara da responsabilidade mediante culpa, como, aliás, foi o resultado obtido para a hipótese de acidente de consumo.

O fato de não haver sofrido a responsabilidade pelo vício do serviço qualquer modificação, por parte do legislador, mantendo-se a postura do texto do projeto no sentido de aplicabilidade da boa-fé objetiva, não deve ser desprestigiada, porque, obviamente, não se constatara a ofensa a tal princípio quando as expectativas legítimas da vítima não tiverem sido frustradas, em conformidade com o padrão de razoabilidade, ou seja, aquilo que legitimamente do fornecedor se espera.

7.2 Responsabilidade da sociedade coligada

Para que o consumidor possa obter a reparação do dano patrimonial ou moral que lhe foi causado, a legislação protetiva confere ao julgador meios para que não sejam frustradas as expectativas do lesado, a saber:

a) a desconsideração da personalidade jurídica; e

b) a responsabilidade conjunta de outras entidades, com as quais o fornecedor

mantém vínculos.

A utilização da teoria do *disregard of the legal entity* possibilita que o patrimônio dos representantes legais da pessoa jurídica fornecedora seja afetado, para fins de asseguramento da reparação do dano.

Ampliando o rol que a doutrina estabelecia como pressuposto para que o juiz decidisse pela desconsideração da personalidade jurídica[34], o art. 28 da Lei n. 8.078/90 estabelece, além do desvio de finalidade e do abuso de poder cometido pelo sócio ou gerente: a infração da lei, o fato ou o ato ilícito; a violação dos estatutos ou do contrato social, conforme seja o fornecedor uma entidade sem fins econômicos ou com fins econômicos, respectivamente; a falência, em se tratando de sociedade comercial ou empresa; o estado de insolvência, quando o caso for de entidade civil; e o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica gerada pela má administração, em qualquer hipótese.

O objetivo do legislador, de facilitar ao máximo a reparação do dano sofrido pelo consumidor, é indiscutível, ante o disposto no § 5.º do mesmo artigo, segundo o qual se permite a desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalidade da entidade moral constituir, de qualquer forma, um obstáculo para a concretização do ressarcimento do dano.

Além disso, em que pese a distinção entre os patrimônios da pessoa jurídica e dos seus sócios, não se pode olvidar que a entidade moral é um instrumento genuíno de destaque patrimonial que se constitui, na expressão do patrimônio dos sócios, em ações ou quotas[35].

Entretanto, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor não foi a única alternativa encontrada pelo legislador consumerista para garantir o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo consumidor[36].

Assim, consagrou-se a responsabilidade extensiva ao grupo societário integrado pelo fornecedor[37] de forma: subsidiária, em se tratando de sociedades controladas; e solidária, quanto às sociedades consorciadas.

Além disso, consignou-se que a sociedade coligada somente responde juntamente com o fornecedor mediante culpa.

A responsabilidade da sociedade coligada, realmente, não poderia decorrer pelo simples fato do dano. Afinal, o simples fato de uma empresa participar do capital de outra, sem controlá-la, não autoriza a imputação da responsabilidade objetiva, sob pena de se instituir o enriquecimento sem causa do fornecedor que deveria arcar com a reparação do prejuízo, em detrimento daquele que tão somente se encontra vinculado com ele por razões completamente diversas do

evento danoso[38].

7.3 Responsabilidade do veículo de comunicação: culpa ou risco?

Veículo de comunicação é toda entidade que procede à transmissão de dados através dos diversos meios existentes.

A legislação protetiva do consumidor imputa a responsabilidade decorrente da publicidade enganosa ou abusiva em desfavor do seu patrocinador e do seu publicitário, omitindo-se em regular a questão, sobre eventual responsabilidade do veículo de comunicação, o que pode ensejar, a princípio, a equivocada conclusão da sua irresponsabilidade.

O fornecedor é o responsável pela informação divulgada mediante qualquer forma de oferta ou publicidade, veiculada por qualquer espécie de meio de comunicação. Vigora, nesse caso, o *princípio da vinculação* do fornecedor à oferta e à publicidade, que passa a integrar o conteúdo de eventual contrato que venha a ser celebrado (art. 30 da Lei n. 8.078/90).

A *agência publicitária* pode igualmente ser responsabilizada.

Na publicidade abusiva, a responsabilidade da agência pode advir no caso de utilização da via regressiva do anunciante que reparou o dano sofrido pelo consumidor. Porém, como a relação existente entre a agência e o anunciante não é de consumo, já que é exatamente o resultado do serviço prestado pela entidade publicitária que será reintroduzido no mercado de consumo, para captação da clientela em favor do anunciante, a responsabilidade da agência é regulada pelo direito comum[39].

E o que dizer do veículo de comunicação? Seria sempre irresponsável pela publicidade enganosa ou abusiva, já que não é fornecedor do produto ou serviço vinculado?

A resposta mais adequada é: a responsabilidade será imputada em desfavor do veículo de comunicação cuja conduta demonstrar-se incompatível com o princípio da razoabilidade, que se encontra implícito em todo o microssistema instituído pela Lei n. 8.078/90.

É o que pode ocorrer quando o conteúdo da mensagem publicitária for de responsabilidade do próprio veículo de comunicação, ou, ainda, quando houver evidente indício de enganosidade ou abusividade do anúncio.

Claro que o veículo de comunicação não possui o papel de censor ou fiscalizador da atividade desenvolvida pelas agências de publicidade e seus clientes respectivos. Além de se tratar de um encargo absurdo, contrariaria a

própria lógica estabelecida pela Constituição Federal, que admite o controle prévio do conteúdo da mensagem como um dever do Estado, porém sem qualquer caráter vinculativo, a menos que seja o anúncio contrário aos ideais republicanos expressamente previstos na Carta Magna. Afora essa exceção, limita-se a autoridade pública censora a proceder à classificação recomendada para exibição ou veiculação dos anúncios, inclusive daqueles que estimulam a aquisição de produtos ou serviços nocivos à saúde (como sucede com a publicidade de substâncias alcoólicas, fumígeras e agrotóxicos, cuja veiculação é limitada a determinado horário, nos termos da lei específica aplicável).

Reconhecida a viabilidade de responsabilidade do veículo de comunicação, cabe indagar se a responsabilidade eventualmente apurada do veículo de comunicação somente poderia ser identificada com o simples fato da divulgação do anúncio publicitário enganoso ou abusivo.

Contrariamente à tese da objetivação da responsabilidade do veículo de comunicação, pode-se argumentar:

a) a falta de previsão legal da responsabilidade objetiva do veículo de comunicação pela divulgação de anúncio publicitário;

b) a não obrigatoriedade do veículo de comunicação em proceder à realização prévia de controle do conteúdo a publicidade a ser divulgada; e

c) a inexistência de censura.

Em que pese a liberdade de manifestação de pensamento, consagrada constitucionalmente, deve-se lembrar que a mensagem publicitária não se trata de uma simples decorrência do direito à liberdade. Na verdade, a publicidade é mais que uma simples decorrência da liberdade de expressão. É um momento fundamental da atividade de fornecimento de produtos e serviços, do qual o veículo de comunicação se torna parceiro de extrema utilidade, pois é instrumento para a propagação dos negócios do fornecedor[40].

Nada impede, porém, a responsabilidade objetiva do veículo de comunicação, como entidade concessionária do serviço público federal, a teor do art. 37, § 6.°, da CF.

A responsabilidade do veículo de comunicação fundamenta-se no princípio da boa-fé e no princípio da razoabilidade.

O veículo de comunicação deve ser responsabilizado objetivamente pela divulgação da publicidade, toda vez que o conteúdo do anúncio aparente razoavelmente a existência de alguma enganosidade ou abusividade[41].

Assim, o veículo de comunicação pode ser condenado pela divulgação culposa

da publicidade enganosa e abusiva, que se demonstrou, desde logo, irrazoável. O que significa isso? A agência de publicidade poderá responder pela violação da norma de conduta que dela normalmente se aguardaria, observadas as circunstâncias do caso.

Demonstrada a participação do veículo de comunicação, pela vítima, para que ocorresse o prejuízo, ela pode obter, desse modo, a reparação do dano porventura sofrido, caso não tenha êxito em obter a indenização daqueles que seriam expressamente responsáveis, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode deixar de frisar, por fim, que o veículo de comunicação poderá responder mediante a sua participação, perante todas as pessoas expostas às práticas de oferta ao consumo, publicidade, práticas de fornecimento de produtos e serviços, bem como por cláusulas abusivas, a teor do que estabelece o art. 29 do CDC.

7.4 Responsabilidade de terceiro

Terceiro é aquele que não integrou, ainda que de forma superveniente, a relação jurídica de consumo. É, portanto, o sujeito que não adquiriu nem se utilizou do produto ou serviço, no mesmo vínculo de direito constituído entre fornecedor e o consumidor.

A legislação contempla a responsabilidade do terceiro, quando ele agir com culpa exclusiva, caso em que o fornecedor de produtos e serviços não responderá pelos danos personalíssimos proporcionados ao consumidor (arts. 12, § 3.º, III, e 14, § 3.º, II, da Lei n. 8.078/90).

Nas hipóteses em que não suceder a responsabilização do fornecedor perante o consumidor, por culpa exclusiva do terceiro, o destinatário final do produto e do serviço poderá obter a reparação do dano, submetendo-se ao sistema jurídico correspondente de responsabilidade (notadamente a responsabilidade comum, ou seja, disposta no Código Civil, seja ela fundamentada no art. 186 ou no art. 927, parágrafo único, do CC).

Assim, o terceiro será responsabilizado, em regra, mediante a demonstração da culpa, salvo quando a atividade por ele exercida for considerada perigosa por força de lei, hipótese na qual a sua responsabilidade será independente de culpa.

Afinal de contas, a responsabilização do terceiro não se sujeitará às normas de proteção do consumidor porque ele não é considerado fornecedor.

1 Logo, é inaplicável o regime do profissional liberal, no Código de Defesa do Consumidor, em prol do fornecedor pessoa jurídica (Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit.; Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, op. cit., p. 80; e Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 128).

2 Carlos Alberto Ghersi afirma que o hospital, a obra social, passou a ser o *habitat* do médico; os tribunais, o dos advogados; o engenheiro e o arquiteto tiveram de deixar de privilegiar a sua vocação renascentista, substituindo-a pelas paredes alisadas, a propriedade horizontal em série e os ambientes pequenos; o veterinário e o engenheiro agrônomo tiveram de substituir o trabalho artesanal pelas máquinas e a atividade agroindustrial; e assim por diante (Los profissionales y la posmodernidad: los abogados , p. 25-32). A jurisprudência já admitiu a responsabilidade técnica do oficial de farmácia no comércio de medicamentos para com o consumidor, já que tal atividade não é privativa do farmacêutico (STJ, 2.ª T., REsp 37.205/SP, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 16-11-1994, *DJ* 5-12-1994, p. 33547).

3 O advogado tem obrigação de informar o seu cliente sobre os riscos da demanda, prestando-lhe a orientação e o tratamento adequado, inclusive na cobrança dos seus honorários (Fernando Antônio de Vasconcelos, A responsabilidade do advogado à luz do Código de Defesa do Consumidor).

4 Gustavo Tepedino, *Temas*, cit., p. 92-93.

5 Sobre obrigação de segurança, *vide*: Louis Josserand, *Cours*, cit., n. 486; René Savatier, *Traité*, cit., v. 1, n. 133; Jean Jacques Honorat, op. cit., p. 127-131; e René Demogue, op. cit., v. 5, n. 1.237, e v. 6, n. 599. Esse último autor, aliás, afirma que o dever de segurança é um meio de se alcançar a obrigação de resultado (p. 540); e, como prova, menciona a obra de Sainctelette (*Responsabilité et garantie*), que estabelece o dever de segurança do empregador por força dos acidentes de trabalho.

6 Sobre obrigação de meio, *vide*: Mazeaud e Tunc, op. cit., v. 1, p. 126-146; René Savatier, *Traité*, cit., v. 1, p. 305; René Demogue, op. cit., v. 5, n. 1.237, e v. 6, n. 599, p. 536-545; e Miguel Kfouri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, p. 159-162.

7 Mazeaud e Tunc, op. cit., v. 1, p. 131.

8 Responsabilizou-se o médico que, em cirurgia na qual se objetivava a melhora da visão do paciente, ocorreu o deslocamento da retina do consumidor, que ficou cego. No caso, o profissional liberal não cumpriu com o dever de informação prévia sobre os riscos da intervenção cirúrgica, e foi negligente no acompanhamento pós-operatório. O juiz inverteu o ônus da prova (TJDF, AC 5633997, 3.ª T., rel. Des. Carmelita Brasil, j. 11-12-1997, *DOJDF* 22-4-1998, p. 94).

9 Não se inverteu o ônus da prova no caso de responsabilidade do médico e do hospital, como profissional liberal (STJ, 3.ª T., REsp 171.988/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24-5-1999, *DJ* 28-6-1999, p. 104). De igual modo, não se inverteu o ônus da prova em caso no qual se pleiteou a reparação por danos cometidos pelo dentista (STJ, 3.ª T., REsp 122.505/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 4-6-1998, *DJ* 24-8-1998, p. 71).

10 Em ação de reparação de danos morais, ajuizada em face de um profissional liberal da área odontológica, reconheceu-se a responsabilidade subjetiva do dentista e aplicou-se o art. 6.º, VIII, c/c o art. 14, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Na ocasião, consignou-se que o consumidor não precisaria descrever com minúcias os fatos que, configurando violação das regras técnicas da profissão, tipificariam

comportamento culposo, cuja presunção compete ao réu destruir. Basta-lhe mencionar as circunstâncias de verossimilhança, das quais se infere imputação do dano a alguma modalidade de culpa do réu (*Ementário de Jurisprudência Jubi*, 30/99, TJSP, 3.ª Câm. de Direito Privado, AI 99997-4, Campinas, rel. Des. Cezar Peluso, 24-11-1998, v.u.).

11 Assim, já se considerou que o consumidor tinha o direito de propor a ação em face do médico no foro do seu domicílio, apesar de a responsabilidade do fornecedor de serviços em questão ser, via de regra, subjetiva (STJ, 4.ª T., REsp 80.276/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12-2-1996, *DJ* 25-3-1996, p. 8586).

12 Sobre a obrigação de resultado, *vide*: Mazeaud e Tunc, op. cit., v. 1, p. 126-146; René Savatier, *Traité*, cit., v. 1, p. 305; René Demogue, op. cit., v. 5, n. 1.237, e v. 6, n. 599, p. 536-545; e Miguel Kfouri Neto, op. cit., p. 159-162.

13 A obrigação de resultado do cirurgião estético decorre de responsabilidade contratual, tornando-se admissível a inversão do ônus da prova, e cabível a indenização em prol do consumidor pela eventual deformidade ou irregularidade (STJ, 3.ª T., REsp 81.101/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13-4-1999, *DJ* 31-5-1999, p. 140).

14 Mazeaud e Tunc, op. cit., v. 1, p. 130. Para: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado* cit.; Maria Helena Diniz, op. cit., v. 7; e Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 126-130, a obrigação de resultado do profissional liberal deve ser considerada objetiva, no sistema protecionista do consumidor.

15 Confundindo, entretanto, a responsabilidade subjetiva por obrigação de resultado (que trata da inversão do ônus da prova) com a responsabilidade sem culpa: "Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Exames radiológicos. Danos morais e materiais. I. O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico, levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3.º do CDC). II. Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. III. Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 594.962/RJ, 3.ª T., rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 9-11-2004, *DJ* 17-12-2004, p. 534).

16 Sobre obrigação de garantia, Mazeaud e Tunc, op. cit., v. 1, p. 139-140.

17 José de Aguiar Dias observa que a obrigação de segurança não se resume a um dever geral de prudência e diligência, mas é uma obrigação determinada, presente nas mais diversas relações jurídicas existentes. Dentre os contratos nos quais se torna possível o seu reconhecimento, destaca: transportes, trabalho, educação, diversões públicas, hospedagem, hospitalização e compra e venda (op. cit., v. 1, p. 166-167).

18 O exemplo é antigo, mas cabe perfeitamente aqui. Quando um banco põe caixas de segurança à disposição da clientela, obriga-se apenas por assegurar certa vigilância? Mazeaud e Tunc (op. cit., v. 1, p. 132) e René Demogue (*Traité*, cit., v. 5) sustentam que ao banco incumbiria provar tão somente a força maior, para se liberar da responsabilidade, pois o resultado esperado pelo cliente constitui-se em obrigação da entidade. No sistema consumerista pátrio, a obrigação é de segurança, não cabendo sequer a liberação da responsabilidade por força maior. A responsabilidade é, nesse caso, objetiva.

19 Muito embora os irmãos Mazeaud sejam adeptos da responsabilidade subjetiva, eles mesmos admitem que a obrigação de segurança proporciona o mesmo resultado da teoria do risco e socorre às vítimas de acidentes de transporte (op. cit., t. 1, v. 1, p. 104).

20 Em obra em coautoria, de caráter inovador para a época em que foi escrita (1991), Carlos Alberto Bittar aponta que o relacionamento entre médico, dentista e cliente se sujeita ordinariamente à obrigação de meio; todavia, os aparatos tecnológicos complexos, cirurgias perigosas e estéticas, operações odontológicas e outras constituem verdadeiras obrigações de resultado (As atividades científicas e profissionais, médicas,

odontológicas, hospitalares e congêneres e o direito: princípios norteadores, in *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar,* p. 21).

21 Reconheceu-se a responsabilidade civil do Estado por fato danoso verificado no estabelecimento hospitalar público: "Recurso especial. Processo civil e administrativo. Afastada a alegada violação do art. 535 do CPC. Responsabilidade civil do Estado. Compressa esquecida no interior do abdômen de gestante durante cirurgia de emergência. Descoberta dezenove anos depois. Prescrição. Não ocorrência. Ausência de prequestionamento dos arts. 93, IX, CF, 131 do CPC, 43 e 994 do CC [*rectius:* 949], 333, I, e 420 do CPC. Indenização por danos morais. Fixação pela Corte de origem: 100 salários mínimos. Valor razoável. Manutenção. Não há no acórdão recorrido qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida, como se verifica da leitura dos vv. acórdãos da apelação e dos embargos declaratórios. Dessa forma, não foi malferido o art. 535, II, do Estatuto Processual Civil. Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra a União, sob a alegação da autora de que, dezenove anos após ter sido ser submetida, em 19.05.1976, durante seu sexto mês de gravidez, à cirurgia de emergência na Maternidade (...), no Rio de Janeiro, descobriu, por ocasião de cirurgia realizada em 1995 na (...), que uma compressa foi deixada no interior de seu abdômen por ocasião daquela primeira cirurgia, o que lhe teria ocasionado danos estéticos, materiais e morais (...)" (STJ, 2.ª T., REsp 676.270/RJ, rel. Min. Franciulli Netto, j. 16-12-2004, *DJ* 2-5-2005, p. 316).

Outro julgado demonstra entendimento diferente sobre o tema: "Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade. 1. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a Súmula 341/STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto). 2. Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3. O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido" (STJ, 4.ª T., REsp 258.389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16-6-2005, *DJ* 22-8-2005, p. 275). O acórdão é polêmico porque entendeu-se que a atividade médica não se confunde com a hospitalar, descabendo a responsabilidade do hospital mesmo quando o médico nele atua.

Além disso, é de observar que a responsabilidade da pessoa jurídica por ato praticado por seu comitente ou preposto também tornou-se objetiva, por força do art. 932 do CC.

22 "Responsabilidade civil. Hospital. Omissão. Causalidade inexistente. Hospital que não responde por eventual erro de médico que não é seu empregado. Falta de legitimidade. Recurso provido. Não havendo entre um eventual ato do hospital, de exigir da autora que levasse os materiais necessários para os curativos após a alta médica, e os problemas de saúde alegados na inicial, surgidos, segundo o alegado, de falha médica, relação de causalidade, não pode haver responsabilidade do hospital. Por outro lado, se a falha decorreu de ato praticado por médico que não é empregado do hospital e nem ingrediente do seu corpo clínico, sendo profissional que exerce a profissão de forma autônoma, não estão previstas as condições do art. 1.521, do Código Civil [*v.* art. 932, CC/2002], para ensejar a inclusão do hospital no polo passivo da relação jurídica processual. E não justifica a inclusão o fato de ter a autora indicado na inicial ato lesivo ao

seu patrimônio, pelo fato de ter adquirido os materiais para os curativos após a alta médica. A lesão patrimonial não ficou evidenciada e nem um ato ilícito, contratual ou extracontratual, que a tivesse provocado, pois se não levasse a autora o material para os curativos, não haveria impedimento para o hospital cobrá-los, salvo se já incluídos na conta hospitalar paga quando da alta médica, circunstância acerca da qual nada refere a inicial" (TJSP, AI 89.077-4-São Paulo, 9.ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Ruiter Oliva, j. 10-11-1998, v.u.).

23 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil,* cit., p. 147-159; J. M. de Carvalho Santos, op. cit., v. 21, p. 247.

24 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil,* cit., p. 147-159; Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 510; Henoch de Aguiar, *Actos ilícitos:* responsabilidad civil, v. 2, p. 441.

25 Reconheceu-se a falha de um dentista em serviço odontológico prestado, diante das fortes dores sentidas pelo consumidor. Foi o profissional liberal em referência condenado ao pagamento de indenização por dano moral e por dano patrimonial (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4482, rel. Juiz Aguilar Cortez, j. 26-1-1999).

26 Mazeaud e Tunc, op. cit., t. 1, v. 1, p. 115; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil* cit., p. 147-159; José de Aguiar Dias, op. cit., vol. 1, p. 255-256; e Silvio Rodrigues, *Curso*, v. 4, p. 248-256.

27 Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, op. cit., p. 79-80; Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado* cit., nota ao art. 14, § 4.º, da Lei n. 8.078/90; Zelmo Denari, op. cit., p. 95. Miguel Kfouri Neto discorda de tal colocação, propugnando a continuidade da responsabilidade subjetiva do médico (op. cit., p. 179-181).

28 O erro médico não afasta a responsabilidade objetiva do hospital, que poderá, se arcar com o pagamento decorrente da reparação do dano, exercer o direito de regresso em face dos médicos e prepostos. Não cabe, todavia, a denunciação da lide, por vedação expressa no Código de Defesa do Consumidor (TJDF, 1.ª T., AC 748096, rel. Des. Edmundo Minervino, j. 13-10-1997, *DOJDF* 11-2-1998, p. 30).

29 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil* cit., p. 147-159.

30 Morto o paciente por culpa médica, o hospital responde conjuntamente com o profissional liberal, o diretor e o integrante da equipe do hospital, por força do plano de saúde (TJDF, 2.ª Câm. Cív., EI 2698391, rel. Des. Everards Mota Matos, j. 3-4-1995, *DOJDF* 26-4-1995, p. 5222).

31 "Direito civil. Responsabilidade civil do advogado. Indenização. Ausência de interposição de recurso ordinário cabível. O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa. A omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandato judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado. Recurso especial não conhecido" (STJ, 4.ª T., REsp 596.613/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 19-2-2004, *DJ* 2-8-2004, p. 411, *RSTJ*, 181/330).

32 A este propósito, observa Silvio Venosa: "A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio. Nesse diapasão, assemelha-se à responsabilidade do médico em geral. O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo. No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato" (Venosa, Responsabilidade civil do advogado, in <www.societario.com.br>).

33 Discordo, pois, de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem "presume-se que o advogado autônomo é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*. Não se pode cogitar, em

hipótese de culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao cliente, porque tornaria ineficaz a presunção. Cabe ao cliente provar a existência do serviço, ou seja, a relação negocial entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada. Essa é a inteligência possível do § 4.º do art. 14 do Código do Consumidor, que impõe a verificação da culpa, para responsabilizar o profissional liberal pelos defeitos". Ora, isso não corresponde à realidade do Código de Defesa do Consumidor, que não trata da responsabilidade sob o aspecto clássico, a partir da teoria das presunções. Vale-se do princípio da boa-fé objetiva, que nada tem a ver com a que o ilustre autor citado se refere (<http://juris2.uol.com.br>).

34 O Código Civil de 2002 também admite a desconsideração por confusão patrimonial (art. 50).

35 Luciano Amaro, *A desconsideração da personalidade jurídica.*..., p. 168-189.

36 Mesmo em outras áreas jurídicas, percebe-se claramente que o legislador buscou garantir a reparação do dano em prol do credor, sem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Optou, pois, pela responsabilidade conjunta do sócio, solidária ou subsidiária, ou, ainda, pela responsabilidade do terceiro.

37 Em caso referente a um produto defeituoso (impressora de computador), com a marca do fabricante reconhecido pelo mercado, consignou-se a responsabilidade objetiva do fabricante nacional ou estrangeiro, e concorrente com a sociedade que integra o grupo societário, a teor dos arts. 12 e 28, § 2.º (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4644, rel. Juiz Aben-Athar, j. 28-1-1999).

38 Observa Fábio Ulhôa Coelho que nem sequer seria necessária a previsão legal da responsabilidade subjetiva da sociedade coligada, pois a regra do direito comum é a da responsabilidade mediante culpa (in Antonio Herman Benjamin e outros, op. cit., p. 146).

39 Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, op. cit., p. 214. Fábio Ulhôa Coelho defende a irresponsabilidade da agência publicitária, sob o pretexto de que ela apenas realizaria a sua atividade sob a supervisão e aprovação do anunciante. Porém, admite que os arts. 67 e 75 da Lei n. 8.078/90 tipificaram a responsabilidade penal dos profissionais de criação contratados pela agência de publicidade (op. cit., p. 291-293).

40 Sobre o tema: Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais*, cit., p. 64-66.

41 Adotando a postura tradicional, já que a responsabilidade subjetiva subsiste como regra no ordenamento jurídico pátrio: Newton de Lucca, op. cit., p. 164-165.

8

EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

8.1 Excludentes de responsabilidade objetiva pelo fato e pelo vício

As excludentes da responsabilidade objetiva são aquelas aplicadas aos casos de responsabilidade civil pelo fato e pelo vício, salvo na hipótese de responsabilidade subjetiva do profissional liberal pelo acidente causado em desfavor do consumidor usuário, cujas excludentes serão tratadas no item a seguir.

São duas as excludentes de responsabilidade objetiva, ou sem culpa: a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva do terceiro[1].

a) *Culpa exclusiva da vítima*

A responsabilidade objetiva do agente é excluída se a vítima agir, positiva ou negativamente, de forma a acarretar o dano, como consequência exclusiva da sua conduta.

Para tanto, torna-se indispensável a existência de culpa do ofendido, que deve necessariamente ser demonstrada pelo explorador da atividade, sob pena de ele arcar com a reparação do prejuízo. É imperativo, nesse contexto, que seja comprovado o nexo de causalidade entre o comportamento da vítima e o dano, assim como a existência da sua culpa exclusiva.

A exclusividade da culpa da vítima demonstra que o objetivamente responsabilizado não pode ter concorrido, de qualquer forma, para a causação do resultado danoso. Pelo contrário. A mínima participação do objetivamente responsável em colaborar, de qualquer forma, para a ocorrência do prejuízo, ocasiona a sua responsabilidade.

A vítima deve ser considerada culpada pelo dano, parcial ou integralmente, apenas quando se demonstrar que ela violou o dever jurídico que tinha, ao se valer do exercício da atividade perigosa do agente. E essa prova deve, obviamente, ser produzida pelo demandado no curso da instrução processual[2].

A culpa exclusiva da vítima pode decorrer, basicamente, das seguintes

hipóteses[3]:

a) a vítima aceita o risco da atividade, porém associa-se indevidamente a ela. Exemplo: andar pendurado no trem;

b) a vítima aceita o risco da atividade, no exercício de um direito ou de um dever.

A assunção do risco, pelo ofendido, exonera o responsável legal, ainda que a *alea* tenha sido assumida pela vítima em situação na qual ela exercia um direito ou cumpria algum dever.

Estando comprovada a participação culposa da vítima para o evento danoso, o explorador da atividade de risco poderá se exonerar da responsabilidade, se o aplicador da norma concluir que o ofendido exclusivamente deu causa ao evento danoso. Tal ilação acarretará o rompimento do vínculo causal.

A concausalidade atribuída ao explorador da atividade e à vítima, ou seja, a existência do concurso de responsabilidades entre a vítima e o agente, não implica a exoneração da reparação do dano. Porém, o explorador não terá de arcar com a parte equivalente à proporção dos efeitos danosos oriundos da participação do ofendido para a ocorrência do prejuízo[4].

Dessa forma, o responsável legal deverá efetuar o pagamento da indenização, mas em montante reduzido, diante dos efeitos da participação da vítima para o evento danoso.

No caso de prejuízo coletivo, o explorador da atividade deverá responder perante terceiros lesados, admitida a via regressiva em face da vítima ou do terceiro que exclusivamente deu causa ao evento.

Os efeitos da culpa não exclusiva da vítima são:

a) a responsabilização integral pelos danos causados em desfavor do explorador da atividade de risco;

b) a utilização do seguro ou de outra garantia de indenização porventura existente, a título de socialização dos riscos, em prol da vítima; e

c) a utilização da ação regressiva em face do terceiro que tenha concorrido para a causação do resultado lesivo.

b) *Culpa exclusiva do terceiro*

À semelhança do que sucede na hipótese de culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade objetiva do explorador da atividade perigosa é excluída pela culpa exclusiva do terceiro, ou seja, pela violação do seu dever jurídico de não intervir no vínculo existente entre o agente e a vítima.

Nesses termos, considera-se que o terceiro é culpado quando proporciona dano

à vítima, por imperícia, imprudência ou negligência, durante o exercício da atividade perigosa do explorador, por si ou através do seu subordinado.

Demonstrada a culpa de terceiro, isto é, do sujeito estranho à relação jurídica, o nexo de causalidade entre as partes somente se extinguirá se a violação do dever for integralmente imputada em desfavor daquele.

O raciocínio é o mesmo desenvolvido para fins de apuração da culpa exclusiva da vítima: torna-se imperiosa a prova da culpa daquele que teria sido efetivamente o causador do dano, pois ele é o responsável em alterar os resultados que a relação jurídica ordinariamente provocaria[5].

Por conta dessa afirmativa, vem-se formando jurisprudência no sentido de que o fato de terceiro pode caracterizar-se como excludente de responsabilidade, inclusive mediante a aplicação dos arts. 12, § 3.º, III, e 14, § 3.º, II, da Lei n. 8.078/90[6].

No entanto, a responsabilidade do transportador por danos sofridos pelo passageiro não é elidida por fato de terceiro, segundo a jurisprudência do STJ e a Súmula 187 do STF[7]:

"A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

O teor dessa súmula, ademais, foi integralmente adotado pelo art. 735 do Código Civil.

Nesse caso, o explorador da atividade perigosa deixará de responder pelos danos provocados, pois outra pessoa, dele desvinculada, foi quem causou o prejuízo[8].

Entretanto, o explorador da atividade perigosa deverá sempre responder pelo dano causado para, em seguida, valer-se da ação regressiva em face do terceiro que tenha acarretado o prejuízo, quando:

a) a responsabilidade objetiva adotar a teoria do risco exacerbado, como sucede nos acidentes nucleares, e que se trata de teoria que impõe uma limitação ainda maior das excludentes, a teor do que preceitua a Lei n. 6.453, de 17-10-1977[9];

b) a responsabilidade objetiva decorrer das relações de consumo, pois veda-se ao fornecedor a utilização do instituto da denunciação da lide (arts. 88, parágrafo único, e 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90); e

c) a responsabilidade objetiva advir das relações entre o Estado e o administrado.

Nessas hipóteses, o terceiro poderá vir a ser responsabilizado por culpa concorrente, pela via regressiva, na proporção de sua participação para a causação do evento danoso.

c) *Caso fortuito e força maior*

Discute-se se o rol de excludentes seria taxativo ou não, dada a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Civil, o que poderia tornar possível o reconhecimento do caso fortuito e da força maior para a irresponsabilidade do fornecedor[10].

Conforme a legislação civil vigente, tanto a força maior como o caso fortuito são fatos necessários, demonstrando-se inevitáveis ou imprevisíveis às partes (art. 393, parágrafo único, do Código Civil brasileiro)[11].

O sistema de responsabilização do fornecedor, instituído a partir da entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, entre nós, silencia sobre a força maior e o caso fortuito, ao dispor como excludentes da responsabilidade:

a) a não colocação do produto no mercado (art. 12, § 3.º, I);

b) a inexistência de defeito do produto ou do serviço colocado no mercado (arts. 12, § 3.º, II, e 14, § 3.º, I); e

c) a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro (arts. 12, § 3.º, III, e 14, § 3.º, II).

É pertinente, pois, a indagação: o caso fortuito ou a força maior excluem a responsabilidade do fornecedor, na relação de consumo?

Primeiro, é de observar que apenas as excludentes de culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro são, realmente, causas de exoneração da responsabilidade.

As demais causas elencadas nos arts. 12, § 3.º, I e II, e 14, § 3.º, I, da Lei n. 8.078/90 não constituem excludentes de responsabilidade, pois são hipóteses de ausência de nexo de causalidade[12]. Assim, se o explorador da atividade de risco comprovar que não foi ele quem colocou o produto no mercado, a responsabilidade deverá recair sobre aquele que efetivamente deu causa à inserção descabida do produto.

Por outro lado, ao explorador da atividade de risco cabe demonstrar que o produto, embora tenha sido colocado no mercado por ele próprio, não apresenta qualquer vício prejudicial à vida, à saúde ou à segurança do consumidor.

Ora, a inexistência do nexo de causalidade obsta a responsabilização de quem quer que seja, tornando-se desnecessária a análise de eventuais causas excludentes do dever jurídico de reparar o dano.

Outra observação merece ser feita para o caso de risco exacerbado.

Na responsabilidade civil por acidentes nucleares, o caso fortuito não exclui a responsabilização, tendo a legislação adotado a sua não responsabilização nos casos de: guerra civil, insurreição, conflito armado e hostilidades.

Na responsabilidade civil por acidentes nucleares admite-se excepcionalmente a ocorrência de *fato extraordinário* como causa de exclusão da responsabilidade do explorador.

Pelo exposto, tratando-se de responsabilidade civil objetiva por risco exacerbado há uma restrição das excludentes admitida na responsabilidade objetiva comum. Apenas em duas únicas hipóteses o explorador pode ter a sua responsabilidade exonerada: a culpa exclusiva da vítima e a força maior.

Nas relações de consumo, nenhuma menção expressa é feita ao caso fortuito e à força maior. Por isso, não se pode considerá-las excludentes de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor[13]. Nem mesmo o argumento segundo o qual se possibilitaria a incidência dessas excludentes, por força da aplicação subsidiária do Código Civil, afigura-se satisfatório. Afinal, na interpretação da lei, considera-se que as normas restritivas de direito somente podem ser interpretadas de forma declarativa ou estrita.

Logo, o microssistema consumerista é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior.

Com o advento do Código Civil, suscita dúvida o alcance da norma do art. 734, que autoriza a excludente de força maior no contrato de transporte, quando aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Como salientado no capítulo alusivo aos princípios aplicáveis ao CDC, a eventual aplicação do Código Civil somente se permite de forma conciliatória e em caráter subsidiário, quando não houver norma aplicável.

No entanto, a nova lei civil expressamente dispõe sobre um tipo contratual que se sujeita ao CDC, versando sobre excludente expressa a ele aplicada, embora reconheça o mesmo sistema de responsabilidade civil incidente, qual seja o da responsabilidade sem culpa. E, nesse caso, fica a pergunta – aplicar-se-ia a regra de eficácia da lei no tempo, segundo a qual *lex posterioris derrogat lex anterioris*?

Tratando-se de norma posterior, e que trata de tipo contratual específico que se sujeitaria ao CDC, norma anterior, penso que, excepcionalmente, sim.

Sobredita polêmica não atinge o caso fortuito, mantendo-se a responsabilidade do fornecedor[14].

8.2 Excludentes de responsabilidade subjetiva

São excludentes das hipóteses de responsabilidade civil subjetiva nas relações de consumo (o profissional liberal, a sociedade coligada, e a culpa exclusiva de terceiro, nos termos já propugnados aqui) as mesmas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva existentes no diploma civil vigente, que podem ser assim delineadas: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Possibilitam a exclusão da responsabilidade, ainda, o caso fortuito e força maior, pela imprevisibilidade do fato jurídico.

a) *Legítima defesa*

Legítima defesa é a repulsa proporcional (realizada de forma moderada e suficiente para repelir o ilícito), imediata e inevitável a uma agressão injusta (agressão física ou moral, sem causa jurídica), grave (acarreta prejuízo à vítima ou a terceiro, com relevância jurídica) e atual ou iminente. Pressupõe a violação de um direito subjetivo, que permite ao que assim se comporta a exclusão da responsabilidade por danos causados ao agressor[15].

Portanto, somente há legítima defesa quando:

a) a agressão é grave, injusta e atual (ou, ao menos, iminente); e

b) a reação é proporcional, imediata e inevitável.

O não atendimento aos requisitos para a configuração da legítima defesa, como, por exemplo, agir com desproporcionalidade de força ou de meios, caracteriza o *excesso de legítima defesa*, sobre o qual a vítima deverá responder.

b) *Estado de necessidade*

Estado de necessidade é a situação jurídica que permite ao sujeito violar direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito seu ou de terceiro[16].

O estado de necessidade diferencia-se da legítima defesa, porque esta possui por desiderato a proteção dos direitos da personalidade, enquanto aquele se relaciona com a defesa do patrimônio.

São requisitos para que ocorra o reconhecimento do estado de necessidade: o perigo atual e a inevitabilidade do sacrifício ou da utilização indevida do bem de outrem.

Se o direito for violado com o propósito de se remover o perigo iminente, porém, a coisa indevidamente utilizada não vier a ser danificada ou destruída, o caso será de estado de necessidade defensivo[17].

O perigo pode ordinariamente resultar: de caso fortuito, natural ou acidental.

Não é imprescindível que o direito alheio sacrificado seja economicamente inferior ao daquele que o sacrificou, para a exoneração da responsabilidade do agente.

c) *Exercício regular do direito*

Exercício regular do direito é o desenvolvimento de atividade humana em conformidade com o ordenamento jurídico. A conduta excessiva no exercício do direito, todavia, é chamada de *abuso de direito* (ato ilícito pelo resultado, a teor do art. 187 do CC), ou seja, o exercício imoderado ou irregular de um direito, que causa prejuízo a outrem[18].

d) *Estrito cumprimento do dever legal*

Estrito cumprimento do dever legal é a observância de um dever jurídico anteriormente estabelecido por lei[19].

Sujeita-se o indivíduo, no que exceder aos limites legais de sua atribuição, aos efeitos decorrentes da responsabilidade pelo *excesso ou abuso de poder ou de autoridade.*

O nosso sistema jurídico, fiel à orientação geral, adotou como regra a responsabilidade subjetiva, tornando-se a culpa ou o dolo elementos integrantes do tipo aberto, salvo quando:

a) a lei estabelecer a presunção de culpa, sobre a qual pode se admitir a produção de prova em sentido contrário; ou

b) a lei prever a responsabilidade independentemente da existência ou não de culpa, hipótese em que se adotará a objetivação, por força do risco da atividade desenvolvida pelo causador do prejuízo.

Ante a inevitabilidade ou a imprevisibilidade do evento, também excluem a responsabilidade subjetiva: o caso fortuito e a força maior.

e) *Força maior*

Força maior é o acontecimento inevitável e, por vezes, imprevisível, que acarreta danos morais ou patrimoniais à vítima[20].

A irresistibilidade absoluta e a desnecessidade da intervenção humana são as notas distintivas entre a força maior e o caso fortuito.

A força maior pode ser previsível e decorrer de um fato natural, independentemente da intervenção humana direta (*act of God*).

f) *Caso fortuito*

Caso fortuito é o acontecimento imprevisível e, por vezes, inevitável, que acarreta danos morais ou patrimoniais à vítima[21]. O caso fortuito é, pois, um fato natural relacionado com a intervenção humana.

Tanto o caso fortuito como a força maior podem impossibilitar, física ou juridicamente, a realização da obrigação, motivo pelo qual não se pode concluir que aquele que não a cumpriu esteja em mora.

Para tanto, a impossibilidade do pagamento deve ser: absoluta, originária e objetiva.

O Código Civil autoriza o intérprete a proceder a uma nova análise dos institutos do caso fortuito e da força maior, uma vez que os consagra em passagens, por vezes, distintas.

De fato, tratam especificamente da força maior os arts. 636, 642, 650, 734 e 936 do CC. Já os arts. 246 e 583 tratam tanto da força maior como do caso fortuito. E, a respeito apenas do caso fortuito, os arts. 492, § 1.º, 575, 667, § 1.º, 862 e 868, todos do CC.

1 Carlos Alberto Bittar, *Curso…*, v. 1, p. 585-588; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 295-308; e Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 107-108; entre outros.

2 Foi o que ocorreu, por exemplo, com a exclusão da responsabilidade da companhia seguradora em indenizar pelo sinistro, pois o segurado havia conduzido o veículo de modo que agravou o risco normal de acidentes (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4.608, rel. Juiz Heraldo de Oliveira Silva, j. 28-1-1999). De igual modo, consignou-se a irresponsabilidade da instituição bancária pela culpa exclusiva do consumidor quando da inércia do titular da conta-corrente em comunicar, pelo serviço bancário 0800, que se encontrava disponibilizado no caixa eletrônico, que o seu cartão magnético havia sido retido pela máquina e que, por conta disso, se fazia necessário o seu cancelamento. No caso, como a comunicação não foi feita, o cliente não se utilizou efetivamente do serviço e o cartão veio a ser indevidamente utilizado, posteriormente, por terceiro (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5409, rel. Juiz Ricardo Chimenti, j. 7.-7-1999). Em outra oportunidade, comprovou-se a culpa exclusiva do consumidor que havia solicitado a reparação do dano causado ao seu veículo e que tinha responsabilizado o estacionamento por isso. Todavia, demonstrou-se que a avaria da parte elétrica do carro tinha se verificado no dia anterior (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4583, rel. Juiz Ruy Cavalheiro, j. 27-1-1999).

3 Jean Jacques Honorat, op. cit., p. 25-33.

4 Em outro julgado, excluiu-se parcialmente a responsabilidade objetiva da administradora de cartão de crédito porque a titular retardou a comunicação à administradora de que o seu cartão havia sido furtado. Por conta disso, várias despesas foram realizadas pelo delinquente e o total dos gastos excedeu o próprio limite do cartão. Concluiu-se pela responsabilidade concorrente, exonerando-se a consumidora quanto à verba que

excedeu ao limite, ante o atraso da comunicação por parte da vítima (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5425, rel. Juiz Botto Muscari, j. 13-7-1999).

5 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, cit., p. 319-323; Silvio Luis Ferreira da Rocha, op. cit., p. 105-107; Arystóbulo de Oliveira Freitas, op. cit., p. 107-108.

6 "Civil. Responsabilidade civil. Transporte de mercadorias. Assalto. Fato de terceiro. Art. 14, § 3.º do CDC. I. Segundo jurisprudência desta Corte, assalto ou roubo constitui força maior excludente da responsabilidade do transportador pela perda das mercadorias. II. Aplicável, ao caso, o § 3.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. III. O seguro a que está obrigado o transportador, referido no art. 10 do Dec. 61.867/67, é de responsabilidade civil e garante o reembolso dos valores que a empresa for obrigada a desembolsar, quando desobedecer ao contratado, por sua culpa. IV. Recurso não conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 164.155/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 2-3-1999, *DJ* 3-5-1999, p. 145, *RDJTJDFT*, 60/155).

7 "Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Acidente sofrido por passageiro. Vítima fatal. Código de Defesa do Consumidor. Dec. 2.681/12. Fato de terceiro. Fator de exclusão de responsabilidade. Inevitabilidade e imprevisibilidade. Reexame de prova. Conflito aparente de normas. Dano moral. É dever da transportadora conduzir o passageiro incólume até o local de destino. Falecendo passageiro em razão de acidente em estrada, há culpa presumida da empresa de transporte interestadual, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Dec. 2.681/12). O Dec. 2.681/12 não se encontra revogado pelo CDC no que tange à responsabilidade das estradas de ferro e, por analogia, das rodovias, e suas excludentes. Persiste assim, aplicável a Súmula 187/STF, que determina que 'a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva'. Inserindo-se o fato de terceiro nos riscos próprios do deslocamento e estabelecendo o acórdão *a quo* não ter sido imprevisível o sinistro, não é este fator excludente da responsabilidade da transportadora. Vitimando o acidente indivíduo ainda jovem, estudante, já assalariado, que contribuía para o sustento materno, justa se afigura a condenação a título de danos morais fixados no acórdão recorrido no importe de 300 salários mínimos. Centralizando o acórdão recorrido sua fundamentação na responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transporte, os juros moratórios devem ser aplicados a partir da citação. Recurso provido, na parte em que conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 293.292/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20-8-2001, *DJ* 8-10-2001, p. 214, *RDR*, 22/288).

8 Reconheceu-se a excludente de culpa exclusiva de terceiro pela não realização do transporte da mercadoria até o seu destino final originariamente traçado, por causa de assalto (STJ, 3.ª T., REsp 164.155/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 2-3-1999, *DJ* 3-5-1999, p. 145). Em outro caso, admitiu-se a culpa exclusiva do terceiro que derrubou uma garrafa de cerveja que explodiu (TJPR, AC 70846, 1.ª Câm. Cív., rel. Juiz Cunha Ribas, j. publicado em 19-8-1996, *Juis*,07, 3).

9 Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, p. 207-211.

10 Consideram que o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade do fornecedor na relação de consumo, ante a aplicabilidade subsidiária da legislação comum: Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Alvim e James Marins, que sustentam a possibilidade de exclusão da responsabilidade por força maior ocorrida após a inserção do produto no mercado (*Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 127); Cláudio Bonatti e Paulo Valério Dal Pai Moraes, que afirmam que a força maior pode ser admitida, em seu sentido lato (op. cit., p. 122-123); Arystóbulo de Oliveira Freitas (op. cit., p. 101-115). Em sentido contrário, porque não há a previsão expressa da força maior e do caso fortuito como excludentes: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, pois o sistema do Código Civil, fundado na responsabilidade com culpa, é, neste ponto, completamente incompatível com o Código de Defesa do Consumidor (*Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1.358); Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor*, p. 53-54), Viviane Coelho de Sellos (Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

11 Lino de Moraes Leme, op. cit., p. 67-70.

12 Cláudio Bonatti e Paulo Valério Dal Pai Moraes, op. cit., p. 123.

13 “Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e *shopping center*. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo *shopping center*, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e *shoppings centers*, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. A condenação em danos materiais e morais deve estar adstrita aos limites do pedido, sendo vedada a fixação dos valores em salários mínimos. O termo final da pensão devida aos filhos por danos materiais, advindos de morte do genitor, deve ser a data em que aqueles venham a completar 24 anos. Primeiro e segundo recursos especiais parcialmente providos e terceiro recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 419.059/SP, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-10-2004, *DJ* 29-11-2004, p. 315).

14 “Civil e processual. Ação indenizatória. Acidente em coletivo provocado por combustão de material explosivo (fogos de artifício) portados por passageira. Lesões causadas em outros passageiros. Responsabilidade da empresa permissionária do transporte público. Negligência do preposto. Ato ilícito. Configuração. Risco da atividade econômica. Caso fortuito não caracterizado. CC, art. 1.521 [*v.* art. 935, CC/2002]. CDC, art. 22. I. As empresas permissionárias de transporte público são obrigadas a conduzir, com segurança, os passageiros aos locais de destino da linha que explora, o que resulta na sua responsabilidade pela ocorrência de incêndio ocorrido no interior do coletivo, derivado da combustão de material explosivo carregado por passageira, que adentrou o ônibus conduzindo pacote de volume expressivo, cujo ingresso se deu, excepcionalmente, pela porta da frente, mediante prévia autorização do motorista. II. Fato previsível e inerente à atividade empresarial, que deve ser avaliado caso a caso, não se limitando a responsabilidade do transportador exclusivamente àqueles eventos comumente verificados, mas a todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro do amplo leque de variáveis inerentes ao meio, interno ou externo, em que trafega o coletivo, resultando no afastamento da hipótese de caso fortuito. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para restabelecer a condenação imposta pelo Tribunal *a quo* no grau de apelação, reformando-se a decisão tomada pela Corte nos embargos infringentes. Preclusão da pretensão das autoras de revigoramento da sentença, eis que não interpuseram, na época própria, recurso especial especificamente impugnando a redução das verbas condenatórias” (STJ, REsp 168.985/RJ, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 23-5-2000, *DJ* 21-8-2000, p. 139, *RT*, 784/197).

15 Sobre a legítima defesa: Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 53, p. 39-42; Antunes Varela, op. cit., v. 1, p. 547-549; Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 226-250; Massimo Bianca, op. cit., v. 5, p. 674-679.

16 Sobre o estado de necessidade: Pontes de Miranda, que vê no estado de necessidade a regra geral do desforço imediato, no direito brasileiro, que adotou neste ponto o direito germânico (*Tratado*, cit., v. 53, p. 44-45); Lino de Moraes Leme, op. cit., p. 65-67; Antunes Varela, op. cit., v. 1, p. 549-552; Fernando Pessoa Jorge, op. cit., p. 251-261; Massimo Bianca, op. cit., v. 5, p. 663-674.

17 Antunes Varela, op. cit., v. 1, p. 550-551.

18 Massimo Bianca, op. cit., v. 5, p. 682-683; Fernando Pessoa Jorge, op. cit., p. 191-207; Jorge Americano, op. cit., p. 31-47.

19 Fernando Pessoa Jorge afirma que a impossibilidade legal da prestação é o fundamento do estrito cumprimento do dever legal (op. cit., p. 167-184).

20 Massimo Bianca, op. cit., v. 5, p. 661-662. A jurisprudência contém julgados referentes à matéria, cumprindo destacar, como exemplo, um referente à relação de consumo: “Roubo de veículo no interior de estacionamento. Força maior que exclui o dever de indenização, apesar da responsabilidade objetiva do estabelecimento” (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4318, rel. Juiz Sá Duarte, j. 17-11-1998). A hipótese, a rigor, parece ser de caso fortuito, e não de força maior.

21 Massimo Bianca, op. cit., v. 5, p. 661-662.

9

A EXTINÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO PELO DECURSO DO TEMPO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

9.1 Decadência

A responsabilidade de qualquer dos fornecedores pelo vício do produto e serviço somente pode ser reclamada judicialmente em determinado prazo fixado em lei, sob pena de decadência, ou seja, perda do direito material[1].

Decadência é instituto que perfeitamente se distingue da prescrição, pois extingue-se o próprio direito material pelo decurso do tempo.

Como sucede com o vício redibitório, o vício do produto e serviço na relação de consumo deve existir à época da contratação. Porém, o vício pode ser: aparente, de fácil constatação ou oculto.

Contrariamente à sistemática adotada pelo legislador civil, que optou em diferenciar os prazos decadenciais de vício redibitório em bens móveis e bens imóveis (art. 445 do CC), o Código de Defesa do Consumidor diferenciou os prazos decadenciais fundamentando-se na durabilidade ou não do produto ou serviço.

Assim, os vícios aparentes e de fácil constatação, tanto de produtos como de serviços, podem ser reclamados em:

a) trinta dias, se o produto ou o serviço não for durável; e

b) noventa dias, se o produto ou o serviço for durável.

O termo inicial de contagem do prazo decadencial em apreço é a data da entrega do produto ou do término da execução do serviço (art. 26 da Lei n. 8.078/90).

Os mesmos prazos devem ser considerados para o produto e o serviço durável, cujo termo inicial será, entretanto, a data em que o vício oculto tornar-se conhecido (art. 26, § 3.º, da Lei n. 8.078/90).

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao estabelecer que “obstam a decadência”: a reclamação formulada perante o fornecedor e a instauração do inquérito civil (art. 26, § 2.º).

Como a Política Nacional das Relações de Consumo consagrou a existência de vários órgãos de defesa do consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, em várias passagens, demonstra inequivocamente a preferência pela solução mais célere, a fim de que o destinatário final dos produtos e serviços possa efetivamente ser reparado pelo dano sofrido, consigna-se a desnecessidade, em princípio, do ajuizamento de qualquer demanda judicial, desde que o consumidor acione algum órgão de defesa do consumidor ou efetue diretamente com o fornecedor a reclamação pertinente[2].

Basta a simples reclamação para que a decadência seja obstada.

Qual é a natureza jurídica da expressão "obstam a decadência"?

Cumpre afirmar se a hipótese seria de suspensão, interrupção ou, ainda, de outra natureza jurídica. Trata-se de caso de impedimento da decadência, figura até então inexistente no direito brasileiro[3].

O impedimento não confere sequer a oportunidade de se iniciar a contagem do prazo decadencial. É o contrário do que sucede na suspensão da prescrição, em que a contagem prossegue de onde parou, a partir do momento em que cessa o evento. E nem se trata de interrupção, pois no impedimento não ocorre o reinício da contagem do prazo.

Cessada a causa do impedimento, inicia-se a contagem do prazo decadencial, somente podendo o consumidor valer-se do Código de Defesa do Consumidor no prazo fatal mencionado no art. 26.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ultrapassado o prazo fatal determinado pelo artigo de lei em fomento, não poderia o consumidor beneficiar-se das normas de direito comum, cujos prazos decadenciais alusivos aos vícios eram de quinze dias, para os bens móveis, e de seis meses, para os imóveis (art. 178, §§ 2.º e 5.º, IV, do CC de 1916, respectivamente), pois a decadência opera a perda do direito material.

Com a promulgação e vigência da Lei n. 10.406/2002, torna-se possível ao consumidor utilizar-se do prazo decadencial da lei civil quando ele for superior ao prazo de decadência do CDC, pela diferença do prazo estatuído no Código Reale.

Utilizando-se o consumidor da lei civil, ele não mais poderá valer-se das normas que o beneficiam no Código de Defesa do Consumidor, passando a ser tratado como adquirente civil comum de bens. O prazo civil, que é o prazo comum, prosseguirá em sua contagem desde o momento em que ocorreu a caducidade do direito à luz da Lei n. 8.078/90. E o seu *termo inicial*, por razão

lógica, será aquele disposto no Código Civil, ainda que haja divergência com o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.

A utilização dos prazos decadenciais civis somente se dará, pois, quando o consumidor tiver decaído de seu direito com base no Código de Defesa do Consumidor. E a contagem ocorrerá pela diferença de tempo entre o termo final do prazo da lei consumerista e o *termo final* disposto pela lei ordinária.

Assim, o prazo de trinta dias para redibir ou estimar bem móvel, fixado pelo art. 445, *caput*, do CC, não é aplicável às relações de consumo, porque é igual ou inferior aos prazos de trinta e noventa dias do CDC, respectivamente (art. 26).

No entanto, o prazo de cento e oitenta dias concedido pela lei civil quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, é mais benéfico para o consumidor, podendo ser utilizado quando decaído o direito com base no CDC. Nessa hipótese, o início da contagem do prazo dar-se-á em conformidade com o disposto na lei civil, a saber: o termo inicial corresponderá à data em que o adquirente tomou conhecimento do vício.

Como o Código Civil estabelece o prazo de um ano para reclamação por vício redibitório de coisa imóvel, esse prazo poderá ser aproveitado pelo consumidor, tendo como termo inicial a data da efetiva entrega do bem. Se o bem já estava na *posse* do adquirente, o *termo inicial* será a data da entrega efetiva, a menos que o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido posteriormente. Nessa hipótese, o termo inicial corresponderá à data em que a pessoa tomar conhecimento do fato.

Mesmo a redução do prazo decadencial civil pela metade, quando o adquirente já se acha na *posse* do bem, favorece ao consumidor adquirente, porque os seis meses de decadência, especialmente no caso de bem imóvel, são mais benéficos que os noventa dias concedidos pela norma consumerista em prol do interessado (art. 445, *caput*, do CC).

9.2 Prescrição

A responsabilidade civil pelo fato do produto e serviço (defeito ou vício exógeno) proporciona o direito da vítima do evento de reclamar a reparação por danos morais em até cinco anos, a partir da data do evento e do momento em que se torna conhecida a autoria (art. 27 da Lei n. 8.078/90).

O período quinquenal não é aplicável para as hipóteses em que se debate a responsabilidade pelo vício (defeito intrínseco), ou seja, os casos em que o consumidor sofre danos meramente patrimoniais[4].

A lei de proteção do consumidor estabelece um grande benefício ao destinário

final de produtos e serviços, porque lhe concede o início de contagem do prazo prescricional somente quando se tomar conhecimento da autoria. Assim, não é suficiente a data do evento danoso para que se inicie a fluência do prazo prescricional, devendo ainda acrescentar o outro pressuposto da prescrição nas relações de consumo.

Aplicam-se à prescrição do direito de ação sobre o vício extrínseco, nas relações de consumo, as hipóteses de suspensão, impedimento e interrupção enunciadas nos arts. 197 a 204 do Código Civil[5].

O decurso do prazo prescricional não impossibilitava ao ofendido ajuizar a ação civil de reparação de danos, fundada no direito comum, cujo prazo prescricional era vintenário (art. 177 do CC de 1916), se outro não dispusesse a legislação civil então vigente.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve a redução dos prazos prescricionais. E, como o prazo para a pretensão de reparação civil foi delimitado em três anos (art. 206, § 3.º, V, do CC), pode-se afirmar que não há mais possibilidade de o consumidor se aproveitar do prazo disposto na lei civil comum porque, à evidência, não haveria razão para que ele deixasse de propor a demanda fundamentado no prazo prescricional de cinco anos do CDC, em seu prejuízo, submetendo-se a um prazo menor, disposto na lei civil.

É o que sucede com a ação por dano causado a mercadoria em transporte marítimo, que se sujeita ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez atendidos os pressupostos legais da sua aplicação[6].

1 Antonio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e decadência*, p. 121-127; Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter, *Manual do Código Civil*, v. 4, p. 76; Giuseppe Pugliese, *La prescrizione estintiva*, v. 2, p. 294-307; Edgard Moreira da Silva, *A decadência no Código de Defesa do Consumidor*, p. 77-95; Luis Daniel Pereira Cintra, op. cit., p. 118-145; Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 112-113; e Zelmo Denari, op. cit., p. 149-152.

2 Concordo, portanto, com Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, op. cit., p. 131. Discordo, assim, da posição segundo a qual o consumidor teria de necessariamente propor a ação judicial, para que a decadência

fosse obstada (Fábio Ulhôa Coelho, op. cit., p. 112-113; e Arruda Alvim e Thereza Alvim, op. cit., p. 69-72).

3 Claudia Lima Marques se utiliza do vocábulo *impedimento*, para fins de explicação da expressão "obstam a decadência" (*Contratos*, cit.). Edgard Moreira da Silva sustenta que o Código de Defesa do Consumidor contempla as hipóteses de impedimento da contagem do prazo decadencial, pois esses somente se iniciam: após a resposta negativa do fornecedor ou o encerramento do inquérito civil (op. cit., p. 77-95). A jurisprudência já se pronunciou nesse sentido: "Vício do produto e decadência. Reclamação formulada perante o fabricante é causa impeditiva da decadência" (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 5370, rel. Juiz Costa Garcia, j. 23-6-1999).

4 "A ação de indenização pelo fato do produto prescreve em 5 anos, não se aplicando à hipótese as disposições sobre o vício do produto" (STJ, 4.ª T., REsp 100.710/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-11-1996, *DJ* 3-2-1997, p. 733).

5 João Batista de Almeida, op. cit., p. 71.

6 "Recurso especial. Ação de indenização. Transporte marítimo. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. I. A seguradora sub-roga-se em todos os direitos do segurado, em relação à restituição do valor integral pago a título de indenização pelo prejuízo sofrido pelo consumidor. II. Em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante transporte marítimo, aplica-se a prescrição prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 302.212/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 7-6-2005, *DJ* 27-6-2005, p. 362).

10

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a ciência jurídica deve acompanhar as transformações sociais. A história tem demonstrado que esse processo, na maioria das vezes, é lento e gradativo, e varia no tempo e no espaço.

A adequação dos institutos jurídicos à realidade subjacente é fruto do trabalho dos operadores do Direito, devendo-se encarar com naturalidade a necessidade de sua revisão, pois o fato jurídico é fato social. Por isso é que a ciência jurídica sofre constantes modificações. Como ciência humana, submete-se a mudanças de comportamento e de conceitos.

À luz dessa orientação, que explica sinteticamente os motivos pelos quais a responsabilidade civil sofreu mutações até os nossos dias, podem-se estabelecer as seguintes conclusões finais, sem prejuízo das considerações que integram esse breve estudo de responsabilidade civil.

1. A culpa e o risco são elementos estranhos à responsabilidade; todavia, podem constituir seu fundamento, de acordo com o sistema jurídico adotado.

2. A evolução histórica do direito civil demonstra que a melhor solução é a adoção de ambas as modalidades de responsabilidade, subjetiva e objetiva, para que:

– seja preservada a razoabilidade nas relações jurídicas desprovidas de interesse socialmente relevante, não se apenando injustamente aquele que não deve ser responsabilizado pelo prejuízo (*teoria do individualismo jurídico*, consequência do Estado liberal clássico, que se inspirou no sistema romano instalado a partir da *lex Aquilia de damno*, porém sem o seu rigor formal, mediante a adoção dos princípios do direito canônico); e

– não se frustre o direito da vítima à reparação do dano pela impossibilidade da prova da culpa, nas hipóteses consideradas pelo legislador como de interesse social (*teoria da socialização dos riscos*, consequência do estabelecimento do Estado Social de Direito, adotado pelo modernismo jurídico e reformulado pelo chamado pós-
-modernismo).

No microssistema instituído a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, não há a expressa previsão das excludentes de caso fortuito e força maior nas hipóteses de responsabilidade objetiva, razão pela qual se conclui que as únicas duas excludentes aplicáveis às relações de consumo, em que o agente responde independentemente de culpa, são: a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro.

As demais hipóteses elencadas pelo art. 12, § 3.º, e pelo art. 14, § 3.º (a não colocação do produto no mercado e a inexistência de defeito do produto e do serviço) são de ausência de nexo de causalidade.

3. Somente se torna possível a aplicação das normas não principiológicas do microssistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor quando a relação jurídica examinada for considerada relação de consumo.

4. Há duas grandes orientações sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor: a dos minimalistas, que restringem a sua incidência; e a dos maximalistas, que procuram conferir-lhe uma maior aplicabilidade.

Dentre as concepções do minimalismo jurídico, destacam-se:

a) a legislação deve proteger tão somente o economicamente mais fraco, recusando-se a qualidade de consumidor mesmo em favor daquele que adquire um produto ou um serviço fora da sua especialidade;

b) as pessoas jurídicas não podem ser consideradas economicamente mais fracas nem mesmo consumidoras, salvo quando for o caso de aquisição de produto ou serviço por entidades sem fins econômicos, como as associações e as fundações;

c) apenas as pessoas jurídicas que não integram a cadeia produtiva poderiam ser consideradas consumidoras.

As principais orientações maximalistas são:

a) o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado tanto em favor da pessoa física como da pessoa jurídica que se enquadram na definição legal de consumidor, porque se trata de norma de interesse social e de ordem pública, que decorre de um direito fundamental e de um princípio geral da ordem econômica constitucionalmente estabelecidos;

b) o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado para a maioria das relações jurídicas, com base no reconhecimento da hipossuficiência da parte;

c) o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado a partir de conclusões sobre as suas disposições e os limites que ele próprio estabelece, devendo o intérprete sempre ficar atento aos seus reflexos sobre a cadeia econômica de consumo.

Esta última posição é a mais adequada, já que o legislador expressamente define os elementos da relação de consumo e menciona os princípios informativos a serem utilizados.

5. A noção de relação de consumo é mais ampla que a da relação jurídica ordinária, pois também integra esse vínculo jurídico o fornecedor que não se relacionou diretamente com o consumidor. Assim, torna-se possível tanto a responsabilização do fornecedor imediato ou direto como também a dos fornecedores mediatos ou indiretos, que participaram da cadeia econômica de consumo.

A relação de consumo é um vínculo de direito dotado de elementos específicos cuja presença se faz indispensável, sob pena de ser inaplicável a legislação protetiva do consumidor, no liame jurídico. Esses elementos são: subjetivos e objetivos.

São elementos subjetivos da relação de consumo: o fornecedor e o consumidor.

São elementos objetivos da relação de consumo, bastando a presença de um deles para caracterizá-la, quanto ao objeto: o produto e o serviço.

6. O *fornecedor* pode ser qualquer sujeito de direito que exerce profissionalmente a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, inclusive as entidades despersonalizadas.

Pouco importa se é a primeira atividade de fornecimento de produtos e serviços desenvolvida pelo sujeito. Sendo essa a sua atividade profissional, ela será desenvolvida habitualmente e ele, como agente econômico, se responsabiliza perante o consumidor por danos patrimoniais e morais decorrentes da relação jurídica de aquisição e utilização de produtos e serviços.

Não se considera fornecedor tão somente o comerciante ou empresário. A noção legal de fornecedor é ampla, abrangendo tanto a pessoa física como as pessoas jurídicas de fins lucrativos, econômicos e não econômicos, de direito privado e de direito público.

Entre os fornecedores, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, porque o fornecedor que adquire um produto do outro para recolocá-lo no mercado de consumo não atua como destinatário final, porém como intermediário.

No Código de Defesa do Consumidor, o intermediário, denominado pela economia consumidor intermédio, é sempre fornecedor.

7. *Consumidor* é o adquirente ou utente final de produtos e serviços, a ele se equiparando a coletividade de consumidores e a vítima do acidente de consumo.

Somente é consumidor, por definição, aquele que adquire ou se utiliza de um produto ou serviço como destinatário final.

A interpretação dada à expressão “destinatário final” é discutida na doutrina, devendo prevalecer o entendimento maximalista porque:

a) não é correta a afirmação segundo a qual a expressão “destinatário final” equivale à distinção puramente econômica entre bem de insumo e de consumo;

b) o legislador consumerista adotou a teoria da causa final na aquisição do produto ou serviço;

c) a pessoa jurídica pode ser consumidora pela lei, ante a adoção da teoria da finalidade causal, desde que não proceda à recolocação do produto ou serviço no mercado de consumo, ainda que especificado ou transformado;

d) aquele que transforma o bem para uso posterior próprio é consumidor, pois não o recolocou no mercado de consumo;

e) o Código de Defesa do Consumidor não adotou, portanto, a definição de consumidor como sendo tão somente o não profissional, que se encontra presente em algumas legislações europeias.

8. Discute-se se a pessoa jurídica pode ser consumidora, em que pese a previsão legal expressa nesse sentido, destacando-se as seguintes correntes:

a) o profissional ou a pessoa jurídica que adquire um produto ou um serviço para sua atividade própria não é consumidor;

b) a pessoa jurídica pode ser consumidora, pois a atividade profissional somente abrange os bens de produção;

c) a pessoa jurídica pode ser consumidora, aplicando-se o critério da indispensabilidade do bem para o seu sistema produtivo;

d) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que não recoloque o bem no mercado e seja, naquela relação jurídica, vulnerável; e

e) a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o bem adquirido não se integre à sua atividade profissional.

9. A definição de consumidor, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica, deve levar em consideração a teoria da causa final da relação jurídica, porque não se procede a qualquer distinção entre bem de insumo e bem de consumo, como sucede na economia. Pelo contrário, o legislador expressamente dispõe que produto é todo bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo (art. 3.º, § 1.º, da Lei n. 8.078/90).

Considera-se consumidor, dessarte, o destinatário final de produtos e serviços, ou seja, aquele que os adquire ou utiliza, sem promover a sua reintrodução no

mercado de consumo, ainda que mediante a especificação ou a transformação.

Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem ser consumidoras, bastando que tenham adquirido ou se utilizado de um produto ou serviço sem a sua reinserção no mercado de consumo.

No entanto, havendo a reintrodução do produto, ainda que mediante a transformação ou a especificação, não há o que cogitar de relação de consumo, pois o vínculo de direito será regulado pela legislação do direito comum, e não pelo microssistema jurídico fixado a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

10. O elemento objetivo da relação de consumo pode ser:

a) um *produto*, não havendo qualquer distinção legal entre produto de insumo e produto de consumo, pois o legislador expressamente afirma que produto é todo bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo.

Para os fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, são importantes as distinções entre os produtos, em virtude da sistemática de responsabilidade civil existente. Assim, cabem as seguintes classificações sobre o produto:

– para a responsabilidade por acidentes de consumo: o produto seguro e o inseguro, o nocivo e o inofensivo, o adequado e o inadequado, o durável e o não durável;

– para a responsabilidade pelo vício do produto: o produto adequado e o inadequado, o próprio e o impróprio, o compósito e o essencial, o durável e o não durável, o *in natura* e o industrial, os nocivos e os inofensivos (apenas para os fins de ameaça a direito personalíssimo, conforme o art. 18, § 6.º, III, da Lei n. 8.078/90).

b) um *serviço*, que é a atividade remunerada por natureza ou definida em lei como objeto da relação de consumo.

A lei expressa considera serviço a atividade remunerada bancária, a financeira, a creditícia, a securitária (incluindo-se, portanto, as atividades previdenciárias privadas).

Há dois critérios fundamentais para fixar-se quais serviços públicos podem ser objeto de relação de consumo:

– a forma de pagamento da remuneração, que deve ser direta, e não através de tributos; e

– a natureza jurídica da atividade fornecida pela Administração Pública direta ou indireta, constituindo-se objeto da relação de consumo, em regra, o serviço *uti singuli*.

11. São princípios informativos da relação de consumo:

a) a *vulnerabilidade do consumidor*, que é presumida de forma absoluta, pouco importando se ele é pessoa física ou jurídica;

b) a *hipossuficiência* do consumidor, que, uma vez reconhecida judicialmente, autoriza a inversão do ônus da prova;

c) o *acesso à justiça*, fundamentado no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, compreendendo-se a educação do consumidor e a defesa dos seus interesses, por meio dos órgãos de defesa do consumidor: a assistência judiciária integral e gratuita àqueles que não possuem condições econômicas para contratar um advogado; a Promotoria de Justiça do Consumidor, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores; as delegacias de polícia especializadas nas investigações dos crimes contra as relações de consumo; o Juizado Especial de Pequenas Causas; e a concessão de estímulos à constituição e ao desenvolvimento das associações de defesa dos consumidores;

d) a *facilitação da defesa dos seus direitos*, entre outros, pelos seguintes meios: a inversão do ônus da prova; a vedação da denunciação da lide; e a possibilidade de o consumidor propor a demanda em face do fornecedor em seu próprio domicílio*;*

e) a *defesa individual e coletiva* dos direitos do consumidor, esta última através das entidades legitimadas para tanto (Ministério Público, as entidades da Administração Pública direta e indireta e as associações de defesa dos consumidores constituídas há, no mínimo, um ano);

f) a *aplicação subsidiária do direito comum*, desde que não ocorra qualquer incompatibilidade entre as suas normas e as do microssistema jurídico estabelecido a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor: de normas decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário e que tenham sido incorporados ao direito interno, como lei; da legislação interna ordinária, naquilo que não houver incompatibilidade com as disposições do Código de Defesa do Consumidor; de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, que se destinam a complementar normas jurídicas legais; e dos princípios gerais do direito, da analogia, do costume e da equidade.

g) o *princípio da transparência*, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, que importa na obrigação recíproca de clareza qualitativa e quantitativa da informação;

h) o *princípio da boa-fé objetiva*, como norma de conduta a ser seguida pelo

fornecedor e pelo consumidor, na relação de consumo, que fundamenta os deveres secundários ou laterais: de informação, de lealdade, de cooperação mútua e da assistência técnica;

i) o *equilíbrio econômico e jurídico* da relação de consumo, garantindo-se ao fornecedor e ao consumidor a equivalência de direitos, inclusive por meio da revisão judicial dos contratos, fundada na teoria da onerosidade excessiva;

j) a *proteção aos direitos da personalidade*, garantindo-se a reparação por danos morais, em que pese a natureza extrapatrimonial desses direitos;

l) o *princípio da reparação integral do dano*, mediante a restituição integral ou, quando isso não for possível, o pagamento de indenização por danos emergentes e lucros cessantes.

m) os *demais princípios gerais aplicáveis ao contrato*, que devem ser utilizados de forma subsidiária, naquilo que não se demonstrarem incompatíveis com o sistema jurídico de defesa do consumidor:

– a *autonomia da vontade*, delimitada pela norma jurídica de ordem pública;

– o *consensualismo responsável*, vedando-se as cláusulas contrárias à ordem pública econômica e ao interesse social;

– a *igualdade real e concreta*, em atendimento aos interesses sociais, em vez da anterior igualdade metafísica, formal ou abstrata, procedente do individualismo jurídico;

– a *obrigatoriedade equilibrada*, como forma de segurança e de estabilidade da relação de consumo;

– a *intangibilidade e a inalterabilidade relativas*, sujeitando-se a relação de consumo ao poder judicial de revisão dos contratos, inclusive através da adoção da teoria da onerosidade excessiva;

– a *relatividade dos efeitos sujeita à oponibilidade de terceiros determinados e indeterminados*, a fim de que o contrato de consumo atenda à sua função social.

12. A responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo independe de culpa, porque o legislador adotou a teoria da função social do direito, em substituição ao pensamento jurídico do estado liberal clássico, que propugnava o individualismo.

Conferiu-se maior importância, assim, à coletivização dos direitos e à defesa transindividual, como solução adequada diante da massificação contratual e da despersonalização obrigacional.

Reconhece-se que o Estado Social de Direito encontra-se em crise. Sem dúvida, deve-se buscar um aprimoramento dos mecanismos da defesa

transindividual, inclusive dos consumidores, diante da maior complexidade dos negócios jurídicos, decorrente: da globalização, da multiplicação da ciência e da maior eficiência dos meios de transporte e de comunicação.

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços constitui uma conquista da maior importância em favor da coletividade dos consumidores.

13. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um sistema de responsabilidade civil do fornecedor consideravelmente complexo, dividindo-o em duas grandes vertentes: a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício do produto e serviço.

A responsabilidade civil do fornecedor, na relação de consumo, pode advir:

a) do *prejuízo econômico puro*, acarretando a responsabilidade pelo vício, cujo fundamento é o defeito intrínseco do produto e serviço;

b) do *prejuízo econômico* do qual pode advir alguma *ameaça aos direitos da personalidade do consumidor*, proporcionando a responsabilidade pelo vício, cujo fundamento é o defeito intrínseco do produto e serviço que pode causar ofensa à sua vida, saúde ou segurança;

c) do *prejuízo moral puro*, gerando a responsabilidade pelo fato, cujo fundamento é o vício extrínseco ou exógeno do produto e serviço que causa danos a algum *direito da personalidade*;

d) do *prejuízo moral cumulado com o prejuízo patrimonial*, propiciando a responsabilidade pelo fato, cujo fundamento é o vício extrínseco ou exógeno do produto e serviço que causa danos a algum *direito da personalidade*; e

e) da *ameaça aos direitos da personalidade*, acarretando a responsabilidade pelo fato, cujo fundamento é o vício extrínseco que proporciona o defeito do produto ou serviço de não oferecer ao consumidor a segurança que dele se podia esperar.

14. A responsabilidade pelo vício decorre de uma obrigação *ex lege* de garantia, tornando-se útil, para os fins de prova da existência do defeito intrínseco do produto e do serviço, o instituto da inversão do ônus da prova, a fim de que o fornecedor seja compelido a conceder os dados técnicos e comprovar, inclusive pericialmente, a ausência do nexo de causalidade (como a inexistência do vício) ou alguma excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro).

15. Na responsabilidade pelo vício do produto, vigora a regra da solidariedade de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica, pelos danos patrimoniais puros ou cumulados com a ameaça aos direitos morais do

consumidor, salvo se o fornecedor imediato do produto *in natura* não informou ao consumidor, no momento da aquisição, a identificação e os dados do seu respectivo produto.

O vício intrínseco do produto pode decorrer de: qualidade, quantidade ou disparidade de informação, proporcionando-se ao consumidor as seguintes alternativas:

a) no vício do produto, por qualidade ou pela informação: a substituição, a redibição e a estimação;

b) no vício do produto, por quantidade: a substituição, a redibição, a estimação, a troca e a complementação do peso ou medida; e

c) no vício do serviço, por qualidade ou pela informação: a reexecução do serviço, a redibição e a estimação.

No vício do produto compósito por qualidade, quantidade ou informação, o consumidor tem o direito-dever de permitir que o fornecedor proceda à substituição da peça defeituosa ou ao conserto no prazo legal, se outro não houver sido previamente ajustado pelas partes, em cláusula convencionada em separado.

A outorga do prazo para o reparo do produto compósito não confere, contudo, um direito absoluto em favor do fornecedor, pois tal concessão pode não ser levada em consideração se, à luz do princípio da razoabilidade, frustrar o direito do consumidor.

O consumidor não é obrigado a conferir uma segunda oportunidade para que o fornecedor proceda a um novo reparo do produto compósito, pela mesma causa. Isso equivale a simples tolerância. Procedendo-se ao reparo e não obtido o êxito esperado, o consumidor pode utilizar-se de qualquer das demais alternativas mencionadas pelo microssistema: a redibição, a estimação ou a troca.

16. Na responsabilidade pelo vício do serviço, vigora a regra da responsabilidade direta do fornecedor de serviços, que poderá ser solidária, se houver a participação de mais de um fornecedor para a ocorrência do evento danoso.

Mesmo o profissional liberal pode ser responsabilizado objetivamente pelo vício do serviço, uma vez que a responsabilidade mediante culpa somente foi contemplada em favor desse fornecedor para a hipótese de dano personalíssimo.

17. O vício intrínseco do serviço pode decorrer de qualidade ou de disparidade de informação, propiciando-se ao consumidor as seguintes alternativas: a reexecução do serviço, a redibição e a estimação.

O vício do serviço pode verificar-se: pela disparidade da embalagem com o

conteúdo (quando a atividade é preponderante, mas envolve também a entrega de produto), assim como pela omissão de informação relevante sobre as características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e riscos que o serviço pode proporcionar.

18. Na responsabilidade pelo fato do produto, vigora a regra da responsabilidade direta do fornecedor que, geralmente, não se relaciona diretamente com o consumidor. Por essa razão, o presente estudo denominou-o fornecedor mediato ou indireto.

A responsabilidade pelo fato do produto contém as seguintes regras básicas sobre a reparação do dano moral puro ou cumulado com o dano patrimonial:

a) a responsabilidade é do fornecedor indireto, desde que não ocorra a concausalidade subjetiva múltipla, hipótese na qual todos os que participaram para que o dano se verificasse deverão responder *in solido*;

b) havendo a responsabilidade solidária, é vedada a denunciação da lide, porém torna-se admissível ao fornecedor que reparou o dano promover a ação regressiva em face dos demais fornecedores que deram causa efetiva para que o prejuízo se verificasse, segundo a participação de cada um deles;

c) o fornecedor imediato ou direto, denominado impropriamente pelo Código de Defesa do Consumidor “comerciante”, que responderá pela inadequação do produto perecível.

O vício exógeno ou extrínseco do produto advém de sua inadequação por insegurança, considerando-se suficiente a ameaça para que se possa exercer a tutela preventiva em favor dos interesses individuais, individuais plúrimos, individuais homogêneos, coletivos e difusos dos consumidores.

Na sistemática estabelecida para a responsabilidade pelo fato do produto e serviço, realça a obrigação de segurança. Além disso, é extremamente útil a distinção entre a obrigação de meio e de resultado, para as hipóteses de danos personalíssimos acarretados pelo profissional liberal, cuja responsabilidade somente é aferida mediante a apreciação de sua culpa.

19. Na responsabilidade pelo fato do serviço, vigora a regra da responsabilidade direta do prestador da atividade, que responde objetivamente, exceção feita ao profissional liberal, que terá de reparar o dano personalíssimo, nas obrigações de meio, se demonstrada a sua culpa, ainda que mediante a inversão do ônus da prova.

Nas obrigações de resultado, submeter-se-á o profissional liberal à responsabilidade sem culpa por danos personalíssimos causados em desfavor do consumidor ou da vítima do evento, pois, além da inversão do ônus da prova, há

a obrigação de segurança que se exige do fornecedor de serviços.

20. A teoria do risco do desenvolvimento não foi adotada entre nós, motivo pelo qual o consumidor tem o direito de obter a reparação dos danos causados pelo produto que, em princípio, o estado da técnica não considerava prejudicial aos seus interesses físicos, psíquicos ou morais, mas que lhe proporcionou danos personalíssimos.

21. A responsabilidade civil, no sistema jurídico de defesa do consumidor brasileiro, é objetiva, ressalvadas as seguintes hipóteses:

a) o *profissional liberal*, no caso de danos aos direitos da personalidade do consumidor, desde que a sua obrigação seja de *meio*, já que a obrigação de resultado aliada ao dever de segurança *ope legis* possibilita a responsabilidade independentemente de culpa;

b) a *sociedade coligada*, que responde em conjunto com o fornecedor diretamente responsável pelo dano sofrido pelo consumidor;

c) o *terceiro*, que responde exclusivamente pela ofensa aos direitos morais ou patrimoniais do consumidor, elidindo-se a responsabilidade do fornecedor que vier a demonstrar que apenas a conduta ou a atividade do terceiro é que propiciou o resultado danoso.

22. Extingue-se o direito do consumidor pelas modalidades tradicionais, incluindo-se a extinção do direito subjetivo material e processual, a saber:

a) de reclamar pelo vício intrínseco do produto e serviço, no prazo de trinta dias, contados a partir da entrega do produto, da execução do serviço ou da descoberta do defeito oculto, se ele não for durável;

b) de reclamar pelo vício intrínseco do produto e serviço, no prazo de noventa dias, contados a partir da entrega do produto, da execução do serviço ou da descoberta do defeito oculto, se ele for durável;

c) de reclamar pelo vício extrínseco do produto e serviço, no prazo de cinco anos, a partir da data do evento danoso e do conhecimento da autoria.

Os casos referentes ao vício intrínseco submetem-se ao regime da decadência, como forma de extinção dos direitos pelo decurso de tempo.

A decadência não se interrompe, nem se suspende, motivo pelo qual somente se admite, por exceção, o impedimento de contagem do prazo decadencial enquanto persistir o motivo de tal medida.

Outra é a situação da prescrição, aplicável às hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto e serviço, pois admite-se a suspensão e a interrupção da sua contagem, mediante a aplicação subsidiária das normas de direito comum.

O consumidor que não puder utilizar-se dos benefícios que lhe foram outorgados pelo microssistema de defesa, em virtude da ocorrência da prescrição ou da decadência, poderá valer-se das normas do direito comum para, fundamentado exclusivamente nele, obter o provimento jurisdicional cabível.

Bibliografia

AGUIAR, Henoch de. *Actos ilícitos*: responsabilidad civil. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1950. v. 2.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor,* 14/20-27.

AÎNÉ, Dupin. *Manuel des étudiants en droit, et des jeunes avocats*. Bruxelas: Tarlier, 1835.

ALECRIM, Octacílio. *Fundamentos do standard jurídico.* Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1941.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores.* Coimbra: Almedina, 1982.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALPA, Guido. *Diritto privato dei consumi.* Bolonha: Il Mulino, 1986.

ALTERINI, Atílio Anibal. *Responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

_____ ; AMEAL, Oscar; e CABANA, Roberto M. López. *Curso de obligaciones.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado.* São Paulo: RT, 1994.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa fé e o controle das cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, 6/27-33.

_____ . *Proteção do consumidor nos contratos de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

AMARO, Luciano. A desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 88/70-80.

AMERICANO, Jorge. *O abuso de direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica.* 7. reimpr.

Coimbra: Almedina, 1987. v. 2.
ARISTÓTELES. *Obras completas.* Buenos Aires: Anaconda, 1947. t. 4.
ARRIGO, Manuel Garcia. *Lecciones de derecho civil.* Madrid: McGraw-Hill, 1995.
AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal e 132 do STJ. *RT*, 743/109-123.
_____ . Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *RT*, 698/7-11.
_____ . *Teoria geral das obrigações*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.
AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
_____ . *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986.
_____ . Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, 18/23-31.
BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1948. v. 2.
BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 22/136.
BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de droit civil.* 5. ed. Paris: L. Larose, 1895. v. 2.
BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et alii. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Napoli: Scientifiche Italiane, 1994.
BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.
BIANCA, Massimo. *Diritto civile.* Milano: Giuffrè, 1984. v. 3 e 5.
BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil.* São Paulo: Forense Universitária, 1994. v. 1.
_____ . *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1998.
_____ . Responsabilidade civil dos bancos na prestação de serviços. *RT*, 614/33-37.

_____ . As atividades científicas e profissionais, médicas, odontológicas, hospitalares e congêneres e o direito: princípios norteadores. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____ . *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: RT, 1985.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONJEAN, Georges. *Explication méthodique des institutes de Justinien.* Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 1878. t. 2.

BORRELL Y MACIÁ, José. *El intervencionismo del Estado en las actividades económicas*: su extensión y limites. Barcelona: Bosch, 1946.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation.* Bruxelas: Story Scientia, 1988.

_____ . *La sécurité des consommateurs et l'introduction de la directive du 25 juillet 1985 en Belgique:* sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Paris: LGDJ, 1987.

_____ . O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 2/17-51.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral.* 2. ed. Rosário: Orbir, 1967.

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil.* 7. ed. Madrid: Montecorvo, 1993. 2 v.

BULGARELLI, Waldírio. *Questões contratuais do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 1993.

BUNGE, Carlos-Octavio. *Le droit, c'est la force.* Paris: Frères, 1913.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1998.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation.* 2. ed. Paris: Dalloz, 1986.

CAMERO, Roberto e DELLA VALLE, Sandra. *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*. Milano: Giuffrè, 1999.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no direito civil brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, s/d.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na*

ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1996.
CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations.* 3. ed. Paris: Dalloz, 1927.
CAPPONI, Mario Claudio. Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* 87/567-589, Padova.
CARBONNIER, Jean. *Derecho civil.* Barcelona: Bosch, 1960. v. 4.
CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito.* São Paulo: Lejus, 2000.
CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. *Manual do Código Civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.
CARVALHO, Orlando de. *A teoria da relação jurídica* – seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981.
CAS, Gérard e FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation.* Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, 11/144-160.
CHARMONT, Joseph. *Les transformations du droit civil.* Paris: Armand Colin, 1912.
CHEVRIER, Georges. *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*. Paris: Recueil Sirey, 1929.
CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1900.
CINTRA, Luis Daniel Pereira. Anotações sobre os vícios, prescrição e decadência. *Revista de Direito do Consumidor*, 8/118-145.
COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998.
COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1984. v. 1 e 2.
COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____ e CORDEIRO, Antonio Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1990.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 21/97-104.

D'AGUANNO, Giuseppe. *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio. Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros: aplicação do CDC nas atividades bancárias. *Revista de Direito do Consumidor*, 27/7-17.

DARESTE, Rodolphe. *Études d'histoire du droit*. Paris: Larose et Forcel, 1889.

DAVID, Simone. *Responsabilité civile et risque professionel: thése pour l'agregation de l'enseignement superieur.* Liège: Carmanne, 1957.

DECUGIS, Henri. *Les étapes de droit des origenes a nos jours.* 2. ed. refundida e aumentada. Paris: Sirey, 1946. t. II.

DE CUPIS, Adriano. *El daño.* Barcelona: Bosch, 1975.

DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

_____ . *La fiction juridique.* Paris: Sirey, 1935.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*: aspectos práticos. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.

DÉMOGUE, René. *Traité des obligations en general.* Paris: Arthur Rousseau, 1923. v. 5, 6 e 7.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

DE PAGE, Henri. *Traité élementaire de droit civil belge.* Bruxelas: Bruylant, 1962. t. II.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2 v.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial.* 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, 3 e 7.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor* – conceito e extensão. São Paulo: RT, 1994.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1980.

EFING, Antonio Carlos. Responsabilidade civil do agente bancário e financeiro, segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 18/105-124.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; e WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1966. t. 2.

EPSTEIN, David e NICKLES, Steve. *Consumer law*. 2. ed. Saint Paul: West Publishing, 1991.

FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruxelas: s/e, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARINA, Juan. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

FELIU, Josep Solé I. *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FERRARA, Luigi Cariota. *El negocio juridico*. Madrid: Aguilar, 1956.

FERRI, Luigi. La autonomia privada. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1969.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Coimbra: Arménio Amado, 1938.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de Droit Romain*. 9. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1928.

FOUREZ, Gerard. *A construção das ciências* – introdução à filosofia e à ética nas ciências. São Paulo: UNESP, 1995.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 11/101-127.

FRIGERI, Márcia Regina. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FROMAGEOT, Henri. *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*. Paris: Arthur Rousseau, 1891.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione.* Bologna: s/e, 1978.

GARAU, Guillermo Alcover. *La responsabilidad civil del fabricante:* derecho comunitário y adaptación al derecho español. Madrid: Civitas, 1990.

GAUDEMET, Eugene. *Teoría general de las obligaciones*. México: Porrúa, 1974.

GHERSI, Carlos Alberto. Los profissionales y la posmodernidad – los abogados. *Revista de Direito do Consumidor*, 23-24/25-32.

_____ . *Teoría general de la reparación de daños*. 2. ed. atualizada e ampliada. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GHESTIN, Jacques. *La directive communautaire et son introduction en droit français:* sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Paris: LGDJ, 1987.

_____ . *Traité des contrats* – la formation du contrat. 3. ed. Paris: LGDJ, 1993.

_____ . *Traité de droit civil* – les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980.

GHIDINI, Gustavo. *La responsabilità del produttore di beni di consumo*. Milano: Giuffrè, 1970.

GIANTURCO, Emanuele. *Istituzioni di diritto civile italiano.* Firenze: Barbèra, 1889.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 13/33-41.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno.* 2. ed. Madrid: Reus, 1930. v. 3, 5 e 9.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____ . *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____ . *Obrigações.* 8. ed. Rio, Forense, 1988.

_____ . *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva,

1998.
GORASSINI, Attilio. *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*. Milano: Giuffrè, 1990.
GOROSTIAGA, Norberto. *La causa en las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Ideas, 1944.
GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
GRUBER-MAGITOT, Stéphane. *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en droit anglais et en droit français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.
GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica* – tendencias y prospectiva. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 6/76-97.
HEREDERO, Jose Luis. *La responsabilidad sin culpa*. Barcelona: Nauta, 1964.
HENRIOT, Jacques. *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité, la responsabilité*. Paris: LGDJ, 1977.
HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum* – as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.
HONORAT, Jean Jacques. *Idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*. Paris: Pichon, 1969.
HUSSON, Léon. *Les transformations de la responsabilité – étude sur la pensée juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1947.
IBARGUREN, Carlos. *Las obligaciones y el contrato*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1948.
IMHOFF-SCHEIER, Anne-Catherine. *Protection du consommateur et contrats internationaux*. Genebra: Librairie de L'Université Georg, 1981.
ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños* – el daño moral. Buenos Aires: Ediar, 1986.
JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
JHERING, Rudolph Von. *A evolução do direito*. Bahia: Progresso, 1953.
_____ . *O espírito do direito romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 3.
JIMÉNEZ-ALFARO e ROMERO, Casso y. *Diccionario de derecho privado*.

Barcelona: Labor, 1950.
JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 1999.
JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français.* 2. ed. Paris: Sirey, 1933. v. 2.
_____ . *De la responsabilité civile du fait des choses inanimées*. Paris: Arthur Rousseau, 1897.
KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998.
LALOU, Henri. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1932.
LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.
LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *As relações de consumo e o crédito ao consumidor.* Biblioteca IBCB, 1990.
LEAL, Antonio Luiz da Camara. *Da prescrição e decadência*. São Paulo: Saraiva, 1930.
LEME, Lino de Moraes. *Da responsabilidade civil fora dos contratos:* direito civil comparado. São Paulo: Saraiva, 1960.
_____ . *Direito civil comparado.* São Paulo: RT, 1962.
LETORNEAU, Charles. *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*. Paris: Lecrosnier et Babé, 1891.
LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2. ed. aumentada. Paris: Dalloz, 1976.
L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça – juizado de pequenas causas e ações coletivas. *Revista do Consumidor*, 5/5-26.
LIÉBANA, Domingo Jiménez. *Responsabilidad civil:* daños causados por productos defectuosos. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938.
LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: DE LUCCA, Newton, e SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & internet* – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
_____ . *Contratos difusos e coletivos* – consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
_____ . *Manual de direito civil,* v. 2 – Obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
_____ . *Manual de direito civil,* v. 3 – Contratos e declarações unilaterais:

teoria geral e espécies. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

_____ . *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LOPES, José Reynaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992.

_____ . Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, 18/77-93.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d. v. 2.

_____ e LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado.* São Paulo: RT, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Analisis crítico de la autonomia privada contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, 14/5-19.

_____ . *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro.* Recife: Tipographia Universal, 1857.

LUCAN, Maria Angeles Parra. *Daños por productos y protección del consumidor.* Barcelona: Bosch, 1990.

MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, 18/94-104.

MARQUES, Claudia Lima. Conflitos de lei no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: *Saúde e responsabilidade:* seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999.

_____ . *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

_____ . Responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Técnico-Legislativa*, 28, 111/277-294.

_____ , BENJAMIN, Antônio Herman V., e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTON, Gaston. *Fondements de la responsabilité civile: revision de la doctrine, essai d'un systeme unitaire*. Paris: Sirey, 1938.

MARTORELL, Juan Terraza. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución.* Barcelona: Bosch, 1951.

MASSIGLI, Charles. Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle. In: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris: Arthur Rosseau, 1914.

MASSOL, Georges e DAOUST, Gilles. *Loi sur la protection du consommateur*: texte annoté. 5. ed. Québec: Société Québécoise D'Information Juridique, 1993.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Léon; e TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Buenos Aires: Ejea, 1977. v. 1. t. 1.

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ejea, 1954.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsói, 1979. v. 20, 22, 53 e 54.

MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos* – o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública. São Paulo: Página Aberta, 1995.

MORATO, Antonio Carlos. *A pessoa jurídica consumidora: aspectos civis*. Dissertação (mestrado). São Paulo: USP, 2000.

MONTESSORI, Roberto. *La garanzia del venditore pei vizi della cosa.* Milano: Francesco Vallardi, 1910.

MOURA, Geraldo Bezerra de. *Transporte aéreo e responsabilidade civil*. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____ . *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____ e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva. *Revista Forense*, LVI/5-26. Belo Horizonte: Imprensa de Minas, 1931.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet.* Coimbra: Almedina, 2002.

OMNÈS, Roland. *Filosofia da ciência contemporânea.* São Paulo: UNESP, 1996.

ORGAZ, Alfredo. *La ilicitud*. Buenos Aires: Lerner, 1974.

ORTOLAN. *Explication historique des instituts de l'empereur justinien.* Paris: Marescq, 1857. t. III.

PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, 20/147-168.

_____ . Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *RT* 666/48.

_____ . *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997.

_____ . Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 1/130-148.

PASSARELLI, Francesco Santoro. *Doctrinas generales del derecho civil.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.

PEREA, Agustín Viguri. *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo:* las acciones en defensa de interesses colectivos. Granada: Editorial Comares, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 2.

_____ . *Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, 23-24/199-217.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. *Revista de Direito do Consumidor*, 29-30/49-65.

PICARD, Edmond. *O direito puro.* Lisboa: Ailland e Bertrand, 1915.

PICCARD, P. *Responsabilité civile et assurance sociale.* Neuchâtel: Delachaux et Miestle, 1917.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

PIZZIO, Jean-Pierre. *Code de la Consommation*. Paris: Montchréstien, 1995.

_____ . *Droit des consommateurs:* sécurité, concurrence, publicité. Bruxelas: Story-Scientia, 1987.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil.* México: Cardenas, 1983. v. 4 e 5.

POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica.* Milano: Società Editrice Libraria, 1908. v. 2.

POTHIER, Robert Joseph. *Ouvres de Pothier.* Paris: Cosse et Marchal, 1864. t. 2.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PUGLIESE, Giuseppe. *La prescrizione estintiva*. Turim: Torinese, 1914. v. 2.

PURICESCO, Nicolas. *Étude critique sur la théorie de la faute*. Paris: V. Giard & Brière, 1905.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro de. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas:* condiciones negociales generales. Buenos Aires: Astrea, 1987.

_____ . *Estudio de las obligaciones en nutro derecho civil.* 9. ed. corrigida e aumentada. Buenos Aires: Depalma, 1966. v. 2.

_____ . *Principios fundamentales de los contratos.* Buenos Aires: Astrea, 1999.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1935.

_____ . *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955.

_____ . *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIVERO H., Jose. Necessidades básicas de aprendizagem e educação do consumidor. *Revista do Consumidor*, 8/34-39.

ROCHA, Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez.* Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. t. I.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992.

RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. Paris: Rousseau, 1952.

RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil.* 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 4.

RUBIO, María Paz Garcia. La directiva sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos y su aplicación en el derecho comparado: especial referencia al Derecho Español. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 71/187-201.

_____ . 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*, 30/66-84.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*. 2. ed. Paris: Pichon, 1901.

_____ . Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d´une théorie objective de la responsabilité délictuelle, le risque profissionnel dans les codes civiles. *Réformes Sociales* 1/634-667, 1898.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino* – fuentes de las obligaciones. 2. ed. Buenos Aires: Tea, 1958.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado.* 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, 15, 20 e 21.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1950.

_____ . *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1959.

_____ . *Traité de la responsabilité civile en droit français.* Paris: LGDJ, 1939. 2 v.

SCANNICCHIO, Nicola. *Il consumatore e l'Europa: recenti sviluppi.* Nápoles: Jovene, 1994.

SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1986.

SELLOS, Viviane Coelho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 10/144-161.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Edgard Moreira da. A decadência no Código de Defesa do Consumidor. Dissertação (mestrado). São Paulo: PUC-SP, 1999.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão judicial dos contratos* – Do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOAREC, Alexandre. *La responsabilité contractuelle pour autrui*. Paris: LGDJ, 1932.

SOURDAT, A. *Traité général de la responsabilité.* Paris: Marchal & Godde, 1911. 2 v.

SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil.* Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 2.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en as double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947.

STATI, Marcel. *Le* standard *juridique*. Paris: LJAM, 1927.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

STIGLITZ, Rubén; e STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

STIGLITZ, Rúben S. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, 13/5-11.

_____ . Seguro contra la responsabilidad civil. Control estatal de las condiciones generales de la poliza. Estado actual en los paises del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, 20/9-14.

TARDE, Gabriel. *Les transformations du droit.* 2. ed. Paris: Felix Alcan, 1894.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 1929. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do*

Estado do Rio de Janeiro, 3/1-11.

_____ . *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____ . *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista do Consumidor*, 13/12-17.

_____ . Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário. *Revista de Direito do Consumidor*, 1/16-26.

TOULLIER. *Le droit civil français.* Bruxelas: Meline, Cans et Compagnie, 1848. t. VI.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

VAL, Olga Maria do. Política nacional das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, 6/27-33.

VAMPRÉ, Spencer. *Institutas do Imperador Justiniano*. São Paulo: RT, 1915.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1993. 2 v.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. A responsabilidade do advogado à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 30/89-96.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil do advogado. <http://www.societario.com.br>.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, 15/79-98.

VIDIGAL, Geraldo. *A lei de defesa do consumidor* – Sua abrangência. IBCB, 1990.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil* – Introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995.

VON MAYR, Robert. *Historia del derecho romano*. Buenos Aires: Labor, 1926.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones.* Madrid: Reus, 1934. tomo 2.

WALD. Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *RT* 666/7.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Turim: Torinese, 1904. t. 2.

ZACHARIAE. *Corso de diritto civile français.* Napoli: Giuseppe Carluccio, 1847. v. 2.

ZANELLATO, Marco Antonio. Cláusulas abusivas em contrato comercial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 5/305-311.

ZANONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1993.