

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thiago Zuanazzi

**RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao
consumidor ocasionada pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeat*ur das
indenizações**

Chapecó (SC), 2012.

THIAGO ZUANAZZI

RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeat* das indenizações

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Me. Luciane Aparecida Filipini Stobe.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao
consumidor ocasionada pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeat* das
indenizações**

THIAGO ZUANAZZI

Prof^a. Me. Luciane Aparecida Filipini Stobe
Professora Orientadora

Prof. Me. Gláucio Vincentin
Coordenador do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

THIAGO ZUANAZZI

RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeatur* das indenizações

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. XXXXXX XXXXX XXXXX – Presidente

– Membro

– Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar toda a jornada e todos os objetivos até então conquistados!

Meus agradecimentos especiais aos familiares, que contribuíram com o juízo de formação do senso de justiça e do caráter humanitário, que sempre foram incentivadores dos estudos e trabalhos, fazendo-me seguir cada vez mais com determinação e coragem!

À orientadora, Prof^a. Me. Luciane Aparecida Filipini Stobe, pela presteza na condução da orientação e por repassar de forma clara e concisa a sabedoria jurídica pela qual foi conduzida a elaboração deste trabalho!

“A justiça é o vínculo das sociedades humanas; as leis emanadas da justiça são a alma de um povo.”

Juan Luis Vives

RESUMO

RELAÇÕES DE CONSUMO: Análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeatur* das indenizações. Thiago Zuanazzi, Luciane Aparecida Filipini Stobe (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) A sociedade contemporânea que pode ser denominada de sociedade do risco e sociedade do espetáculo, por apresentar característica essencialmente comercial. O consumidor é posto em perigo pelo simples fato de consumir produtos ou serviços, que em muitos casos apresentam defeitos capazes de causar acidentes em decorrência do seu uso. O que agrava esta situação é a ligação com o consumismo. Este consumismo gerado pela sociedade do espetáculo, instiga o cidadão a consumir bem além do necessário. O consumo é decorrente da ânsia de demonstrar uma imagem que possa ser aceita pelos demais membros da sociedade. A globalização proporcionou a esses defeitos de mercado, dimensões globais. E dificultou ainda mais a fiscalização da qualidade dos produtos e serviços postos no mercado de consumo. Diante desse contexto, surge a necessidade de regulação especializada para as relações de consumo. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a proteção dos direitos do consumidor é assegurada no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme artigo 5º, XXXII. A legislação infraconstitucional que regula a matéria é a Lei 8.078/ 90. Toda a relação de consumo tornou-se protegida pela égide de um direito especial. Neste micro sistema, sempre que ocorre dano ao consumidor diante de um fato do produto ou serviço gera responsabilidade objetiva ao causador do dano ao consumidor. (OBJETIVOS) O objetivo geral do presente trabalho é contribuir para a garantia dos preceitos constitucionais de proteção ao consumidor. Investigar os elementos que ligam-se às questões consumeristas, no que tange os danos ocasionados pelo fato do produto ou serviços e a respectiva responsabilização dos fornecedores. Tem-se como objetivos específicos: Estudar os fatores históricos e sociológicos no Brasil e no mundo, quanto à responsabilização pelas lesões ocasionadas aos consumidores; Justificar a tutela especial, no que tange aos direitos do consumidor; Discriminar as mudanças de responsabilização do fornecedor, com a vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor; Estudar como é realizada a reparação do dano causado ao consumidor; Demonstrar a responsabilização e mensurá-la, nos casos de efetiva lesão ao consumidor, pelo fato do produto ou serviço. (EIXO TEMÁTICO) O eixo temático do Curso de Direito da Universidade Comunitária de Chapecó - UNOCHAPECÓ pelo qual o trabalho vincula-se é a “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, devido à análise de legislação, doutrinas, artigos jurídicos, internet, jurisprudências, etc., e utiliza-se o método dedutivo baseando-se no estudo de teoria e refinações de conceitos. (CONCLUSÃO) Conclui-se que há a necessidade da ampliação e aprimoramento da atuação preventiva. Com momento *a priori* da administração pública, no intuito de evitar as lesões ao consumidor, tendo em vista que quando se trata de danos morais a forma de reparação é apenas compensatória, incapaz de retornar ao *status quo ante*. (PALAVRAS-CHAVE) Direito do consumidor, fato do produto ou serviço, responsabilidade objetiva.

ABSTRACT

CONSUMER RELATIONS: Analysis of measurement of the liability to damage caused by the fact that the consumer product or service and quantum indemnity. Thiago Zuanazzi.
Luciane Aparecida Filipini Stobe (GUIDANCE). (University Region Community Chapecó - Unochapecó).

(INTRODUCTION) Contemporary society that can be called risk society, and society of the spectacle by presenting feature essentially commercial. The consumer is endangered simply by consuming products or services, which in many cases have defects that can cause accidents as a result of its use. Exacerbating this situation is the link with consumerism. This consumerism generated by the society of the spectacle, encourages citizens to consume well beyond what is necessary. Consumption is due to the eagerness to show an image that can be accepted by other members of society. Globalization has provided the market these defects, global dimensions. And even more difficult to review the quality of products and services offered in the consumer market. In this context, there arises the need for regulatory expertise to consumer relations. In Brazil, with the enactment of the Federal Constitution in 1988, the protection of consumer rights is ensured in the list of fundamental rights and guarantees, according to article 5, XXXII. The constitutional legislation that regulates the matter is Law 8078/90. Every consumer relationship became protected by the aegis of a special right. On this system, where damage occurs before a consumer product or service actually creates strict liability for damage caused to the consumer. (Purpose) The general objective of this paper is to contribute to the constitutional guarantee of consumer protection. To investigate the factors which bind to consumeristas questions, regarding the damage caused by the nature of products or services and their suppliers accountable. It has the following objectives: To study the historical and sociological factors in Brazil and abroad, as to liability for injuries caused to consumers; justify the tutelage especially when it comes to consumer rights; Discriminate changes in accountability of the supplier with the duration of the 1988 Constitution and the Code of Consumer Protection; study as it is done to repair the damage caused to the consumer; Demonstrate accountability and measure it, in cases of actual injury to the consumer, the fact product or service. (SHAFT THEME) The main theme of the Course of Law, University Community Chapecó - Unochapecó by which work is linked to is "Citizenship and the State." (Methodology) The research is characterized as literature, due to the analysis of legislation, doctrines, legal articles, internet, jurisprudence, etc., And uses the deductive method is based on the study of theory and refinements of concepts. (Conclusion) We conclude that there is a need for expansion and improvement of preventive action. With time in advance of public administration in order to avoid injury to the consumer, keeping in mind that when it comes to the moral damages remedy is compensatory only, unable to return to status quo ante. (KEYWORDS) Law of the consumer, the fact product or service, strict liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	
1 SOCIEDADE DE CONSUMO	12
1.1 A Sociedade do Risco.....	12
1.2 Sociedade Globalizada	14
<i>1.2.1 Consumismo.....</i>	<i>15</i>
1.3 O Sistema de Proteção ao Consumidor.....	17
<i>1.3.1 Descaracterização dos dogmas do direito civil</i>	<i>17</i>
<i>1.3.2 A constituinte e o aumento da proteção.....</i>	<i>21</i>
<i>1.3.3 Hipossuficiência e normas de ordem pública.....</i>	<i>23</i>
<i>1.3.4 Conceito de consumidor.....</i>	<i>25</i>
<i>1.3.5 Normas de terceira dimensão.....</i>	<i>26</i>
<i>1.3.6 Conceituação da tutela jurisdicional individual e coletiva.....</i>	<i>27</i>
<i>1.3.7 Princípios que norteiam o CDC.....</i>	<i>32</i>
CAPÍTULO II	
2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO.....	39
2.1 Aspectos Gerais Sobre a Responsabilidade Civil.....	39
<i>2.1.1 Responsabilidade civil.....</i>	<i>41</i>
<i>2.1.2 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor.....</i>	<i>44</i>
<i>2.1.3 Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor.....</i>	<i>49</i>
<i>2.1.4 O fato do produto.....</i>	<i>50</i>
<i>2.1.5 O fato do serviço.....</i>	<i>51</i>
<i>2.1.6 Inversão do ônus da prova.....</i>	<i>53</i>
<i>2.1.7 Desconsideração da personalidade jurídica.....</i>	<i>55</i>
<i>2.1.8 Os responsáveis pelo dever de indenizar.....</i>	<i>56</i>

2.1.9 Exclusão da responsabilidade	58
2.1.10 Sujeitos de direito e danos indenizáveis.....	60
CAPÍTULO III	
3 QUANTUM INDENIZATÓRIO.....	64
3.1 Valores das Indenizações Referentes aos Danos de Fatos do Produto ou Serviço.....	64
3.1.1 <i>Objetivos da indenização - reparação, punição, educação.....</i>	65
3.1.2 <i>Quantificação do dano - jurisprudência.....</i>	65
3.1.2.1 Dano material.....	66
3.1.2.2 Dano moral.....	67
3.1.2.3 Dano à imagem.....	73
3.1.2.4 Danos estéticos.....	74
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor é considerado um micro sistema legislativo, que é integrado às demais áreas do direito, tais como, direito civil, direito penal tendo no ápice a Constituição da República Federativa do Brasil.

O status constitucional do direito consumerista, que está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais estipula a proteção do consumidor, pelo próprio Estado. Também é considerado princípio geral da atividade econômica, a defesa do consumidor.

A regulamentação infraconstitucional do tema abordado encontra-se na Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que visa regular todas as relações de consumo.

O tema a ser abordado especificamente é a aferição da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço e o *quantum debeatur* das indenizações. O problema da pesquisa será a identificação dos responsáveis pelos danos provenientes do produto ou serviço, bem como a apuração das indenizações pertinentes. Diante de danos ocasionados pelo fato do produto ou serviços, será analisado como mensurar e responsabilizar o efetivo causador do dano ao consumidor.

Serão averiguadas as formas de ressarcir o consumidor lesado. O estudo dos mecanismos que colaboram com a eficiência da demanda judicial, nos casos de lesão ao consumidor. Entre tais mecanismos, pode-se verificar: a inversão do ônus da prova; a hipossuficiência do consumidor; a desconsideração da personalidade jurídica; a responsabilidade solidária e objetiva pelo fato do produto ou serviço; e os direitos individuais e coletivos. A pesquisa também demonstrará quando ocorre a decadência dos direitos do consumidor. Será feita uma abordagem geral socioeconômica e jurídica da matéria, seguida do direcionamento para a responsabilização do fornecedor, e as garantias que o consumidor tem em casos de acidentes ocasionados pelo produto ou serviço.

A metodologia aplicada é o processo investigativo, e o embasamento desta pesquisa, consiste no método bibliográfico. Iniciará com uma abordagem histórica sobre as primeiras leis que disciplinam a proteção do consumidor, em especial as anteriores à Constituição Federal. Num segundo momento, busca-se elucidar os dispositivos aclamados pela Constituinte de 1988 e as questões circundantes ao nascimento do Código de Defesa do Consumidor. Na fase derradeira da pesquisa, toma-se como premissa a elucidação da responsabilização civil devido ao fato do produto ou serviço, buscando perquirir o quantum indenizatório com o foco na visão jurisprudencial recente sobre os danos causados ao consumidor-cidadão. Nesse sentido, partir-se-á de linhas gerais para a especificidade, razão pela qual o método de abordagem será o dedutivo.

A pesquisa está dividida em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo abordam-se as bases do direito do consumidor, que são os fatores históricos, sociológicos, filosóficos. Estuda-se a origem legislativa e nos novos paradigmas a partir da nova tutela consumerista. No segundo capítulo o enfoque é voltado à conceituação e classificação da responsabilidade civil no caso específico do acidente de consumo. Por fim, o terceiro capítulo abordará o quantum indenizatório em cada tipo de dano decorrente do fato do produto ou serviço.

Cumprido salientar que o eixo temático do Curso de Graduação em Direito da Unochapecó que a presente pesquisa se insere é “Cidadania e Estado”.

CAPÍTULO I

1 SOCIEDADE DE CONSUMO

Neste capítulo serão abordados os fatores históricos, sociológicos e filosóficos que deram início à proteção especial do consumidor. O estudo reporta-se a legislação consumerista no Brasil. A classificação do direito do consumidor será objeto de análise, descrevendo-se de modo explicativo, que se trata de direitos de ordem pública de terceira geração. Indicar-se-ão os princípios norteadores do sistema e do tratamento diferenciado do consumidor hipossuficiente. Outro aspecto importante abordado é a conceituação e campo de aplicação jurídica dos direitos coletivos e difusos.

1.1 A sociedade do risco

A sociedade moderna convive diária e constantemente com a tecnologia, inovação de métodos de produzir energia, novos medicamentos, tudo movimentado pela grande indústria do comércio, da produção e da massificação do consumo. Os benefícios são evidentes: comunicação rápida e barata, transporte com velocidade ultra-sônica, medicamentos para (quase) todos os males. Este contexto demanda o controle quanto à segurança das novas tecnologias para que o benefício se sobreponha ao mal e ao risco. Os fundamentos do estudo são de ordem sociológica, econômica e jurídica.

Nesta perspectiva se pronunciava Bech (1998, p.19), que diante de novas tecnologias, o mundo e respectivamente a sociedade estão enfrentando riscos exacerbados em razão de tantos testes de novas invenções, que em muitas vezes são nocivas para o meio ambiente e para o ser humano. Mesmo assim as autoridades estaduais e econômicas,

bem como os responsáveis técnicos repassam informações aos cidadãos para que acreditem na segurança dos testes. A suspeita de catástrofe já é o suficiente para as autoridades agirem de modo preventivo, não é necessário a ocorrência do indesejado para só então serem tomadas providências. Percebe-se o conflito entre o benefício do progresso em relação aos direitos individuais e coletivos.

Quando a ciência não é capaz de comprovar a periculosidade do produto, a interpretação das empresas e do Estado é no sentido de considerá-los inofensivos. Assim, transforma-se em mercadoria comercializada, algo potencialmente perigoso, ou seja, não basta haver indícios de perigo, este deve ser comprovado. Posições que deveriam ser invertidas quando houvesse indício, o produto deveria ser considerado perigoso, e não inofensivo.

Para Beck (1996, p. 32), os riscos dos produtos e serviços são alvos de exploração econômica, motivo que desestimula as políticas preventivas. A explicação é que no caso de um produto ou serviço causar risco ou mal para o consumidor, surgem outros para sanar ou amenizar o problema. As fontes dos riscos acabam sendo lucrativas por gerar mais produtos ou serviços, formando-se assim, a sociedade do risco.

Para regular todo esse mercado de produção e consumo, são imprescindíveis as normas reguladoras estabelecidas pelo próprio Estado. Como Grau (2007, p. 32) relata:

(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.

Supostamente, o fornecedor segue um rigoroso procedimento de controle de qualidade, para colocar seu produto ou serviço a disposição do consumidor. Inúmeras vezes mesmo com estes “cuidados”, o produto ou serviço, demonstra-se causador de danos ao consumidor. É neste sentido que a teoria do “risco criado” é inserida. Como esclarece Almeida (2008, p.85):

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa ocasião causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele

que lucra com uma atividade deve responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela decorrente. Daí o surgimento da teoria do “risco criado” que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa, ou seja, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade.

Neste íterim um dos assuntos de maior relevância no cenário mundial, no qual o comércio é globalizado, é o risco do empreendimento, que comporta a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

1.2 Sociedade globalizada

A sociedade globalizada encontra-se intrinsecamente interligada com a sociedade do risco. A ¹globalização permite que um produto seja desenvolvido com peças fabricadas em várias partes do globo terrestre e ao final da produção, seja comercializado por todo o mundo. Quanto maior a produção e comercialização maior o lucro, em consequência a qualidade poderá ficar em segundo plano.

Neste sentido, menciona Debord (1997, p. 28);

Esse desenvolvimento que exclui o qualitativo também está sujeito, como desenvolvimento, à passagem qualitativa: o espetáculo significa que ele transpôs o limiar *de sua própria abundância*; isto só é verdade localmente em alguns lugares, mas já é verdade em escala universal, que seu movimento prático confirmou, ao unificar a Terra como mercado mundial.

Denota-se que diante da produção em larga escala e o objetivo do fornecedor colocar no mercado de consumo (globalizado) novos produtos, a qualidade deste não é o ponto principal e sim a quantidade. O objetivo das empresas é o lucro, e para isso, é mister a produção e venda em abundância, situação que acaba prejudicando o fator da qualidade dos produtos ofertados. Explica-se assim a interligação da sociedade globalizada com a sociedade do risco.

Neste novo modelo mundial de comércio, Filomeno (2004, p. 86) descreve, que se evidencia a mentalidade de livre comércio entre as nações com a existência de Tratados entre países, que por meio destes globalizam a produção e a venda dos produtos e serviços.

¹ Globalização: Fenômeno ou processo mundial de integração ou partilha de informações, de culturas e de mercados. = MUNDIALIZAÇÃO. (Dicionário Priberam).

São exemplos de Tratados: Comunidade Econômica Européia (CEE); Tratado de Livre Comércio da América do Norte (Nafta); Associação de Países do Pacífico (APEC); Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), entre outros.

Para regular essas relações negociais e jurídicas entre diversos países, surge a necessidade de regulamentação das relações de consumo no âmbito internacional. Como menciona Leite (2002, p. 30):

A relevância das relações de consumo alcançou o patamar internacional. Com a expansão e integração do mercado mundial, elas tiveram de passar a ser objeto de regulamentação por parte de quase todos os países, bem como dos organismos plurinacionais que representam os grandes blocos econômicos. Todas essas normas internacionais apresentam, como característica comum, a tendência de estabelecer um rol de direitos fundamentais do consumidor e fomentar a criação de instrumentos destinados à sua proteção.

Além das normas jurídicas pertinentes de cada país, ocorre a harmonização destas, que devem atender às garantias fundamentais do ser humano (proteção a vida, a saúde, a dignidade). Para essa harmonização de ordenamentos jurídicos serem respeitadas, são celebrados os tratados internacionais. No ordenamento brasileiro, a promulgação de um tratado internacional se equivale a emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição Federal².

1.2.1 Consumismo

² Art. 5º, [...], § 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A origem da sociedade de consumo encontra-se nas mudanças sociológicas ocorridas principalmente a partir de século XX. O êxodo rural e o constante crescimento da população, a revolução industrial e as guerras mundiais, os grandes conglomerados urbanos, o surgimento das multinacionais, refletiram nas principais alterações na vida da população, inevitáveis frente ao novo modelo de Estado e sociedade. As relações de consumo mudaram. Antes do século XIX eram apenas trocas de mercadorias e outras simples operações mercantis, agora na sociedade atual são formadas por complexas e numerosas formas de operações de compra e venda (arrendamento, importação, *leasing*...).

Os negócios em âmbito mundial deixaram de ser pessoais e diretos, para serem impessoais e indiretos, o consumidor não vê e nem ao menos conhece o fornecedor. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em grande escala e comercializados, inclusive internacionalmente. Como nas palavras de Almeida (2009, p. 2): “A produção em massa e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, sofisticada e complexa”. Os contratos de consumo de serviços ou produtos, não são mais realizados pessoalmente direto com o fabricante, são feitos através de vendedores que representam em muitas das vezes marcas internacionais ou até mesmo realizados pela internet, com contato meramente digital. A pessoa com quem se contrata é ficta, desconhecida, o que se sabe são as características do produto, pela propaganda.

O número de consumidores aumentou. Todos os seres humanos são consumidores, independentemente da classe social, da idade ou do sexo. Pelo motivo do consumo ser massificado, percebeu-se que este consumidor estava desprotegido nesta relação, no qual claramente é a parte mais frágil. Um exemplo é o contrato de adesão que nas palavras de Marques (2005, p.159);

Não é raro, portanto, que contratos de massa contenham cláusulas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor que as elaborou, diminuindo os seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimizando os custos de uma futura lide.

O produto em massa não é manuseado antes da aquisição. As contratações ocorrem

por adesão. Os contratos de adesão³, que nada mais é que a elaboração prévia de maneira unilateral do instrumento contratual. Vê-se a possibilidade do consumidor ser signatário de um contrato de adesão com cláusulas abusivas, sem a legislação protetiva, nada poderia fazer a respeito sem a nova forma de tratamento da relação de consumo, que considera a hipossuficiência de quem consome e garante direitos de ordem pública.

Além da vulnerabilidade mencionada que o consumidor enfrenta, existe a necessidade desenfreada do consumo, imposta pela própria sociedade. O cidadão sente a necessidade de aquisição de bens, não para sua subsistência e sim para demonstrar valores sociais. Tais valores sociais, para Debordi (1997, p. 24) são frutos de uma sociedade do espetáculo.

Com inteligência descreve;

O espetáculo na sociedade corresponde a uma fabricação concreta da alienação. A expansão econômica é sobretudo a expansão dessa produção industrial específica. O que cresce com a economia que se move por si mesma só pode se alienar que estava em seu núcleo original (...) Quanto mais sua vida se torna seu produto, tanto mais ele se separa da vida.

Diante dessa leitura percebe-se a necessidade do homem consumir para enaltecer a própria imagem, ou seja, demonstrar para seus semelhantes que se enquadra em um perfil ideal para a sociedade em que vive. Neste ideal de espetáculo, o que tem de menos importante é o bem estar e a real necessidade dos produtos, a intenção final é meramente voltado a imagem. Essas atitudes geram uma necessidade compulsiva do consumo, que movimenta toda uma economia e, resulta na alienação dos consumidores perante o que lhe são expostos à possibilidade de compra, enriquecendo os fornecedores e aumentando as desigualdades sociais.

1.3 O Sistema de proteção ao consumidor

A abordagem das peculiaridades da legislação consumerista e a aplicação da efetiva tutela aos direitos do consumidor serão os pontos principais nesta etapa. As mudanças da

³ Art. 54, *caput*, CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

legislação com a edição do Código de Defesa do Consumidor serão demonstrados nestes itens.

1.3.1 Descaracterização dos dogmas do direito civil

A sociedade capitalista por um longo período de tempo defendeu a plena liberdade de contratar. Segundo a premissa da igualdade formal e da liberdade dos contratantes, não se concebia a possibilidade da intervenção estatal, seja pelo Judiciário ou pelo Legislativo no contrato particular. A filosofia do Liberalismo entende que não é função social do Estado intervir no contrato particular.

Neste modelo, a função do Judiciário é meramente executiva, ou seja, dar força ao pacto celebrado, obrigando os que se recusam a cumpri-lo. A função da justiça é delegada às próprias partes que são consideradas iguais, através da liberdade de contratar.

Predomina aqui a igualdade formal. O Código Civil de 1916 revogado pelo Código Civil de 2002 possuía características do Estado liberal, quando defendia o *pacta sunt servanda*, a força obrigatória do contrato.

As transformações sociais e jurídicas na sociedade de consumo são constantes, tanto é que o Estado passou de Liberal a Social. Agora a igualdade defendida é a igualdade material, que consiste na aplicação das palavras mencionadas por Aristóteles: “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Como explica Theodoro Júnior (2009, p.9):

O Estado Liberal dos séculos XIX foi substituído pelo Estado Social do século XX, que não mais se ocupa apenas da organização política da sociedade e de meras declarações de direitos fundamentais do homem, como a igualdade e a liberdade, pois, também, se encarrega de garantir direitos sociais e econômicos. Nessa nova ordem jurídica, a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem à vontade dos contratantes.

No século XX já se evidencia a ótica realista de que as partes na relação contratual, nem sempre estão em relação de igualdade, ou melhor, na maior parte das vezes, é uma relação de desnível, que o forte contrata com o fraco. Um exemplo é o do patrão em

relação ao empregado, o locatário (quando prestador de serviço) em relação ao locador, as empresas multinacionais em relação aos consumidores dos produtos, entre outros. A relação contratual, geralmente é de desequilíbrio. Com essa percepção é que se entendeu que, para fazer justiça real, a intervenção do Estado nas relações contratuais, é imprescindível.

Nesta linha de proteção da parte mais fraca que surgem as legislações pertinentes. A ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985 com a promulgação da Carta das Nações Unidas, consolidou a tese que se trata de um direito da nova geração, um direito social e econômico, que defende a igualdade material. Evidenciou-se esta nova classe de proteção, principalmente pela globalização comercial, frente à massificação da produção e o desejo de consumo dos indivíduos.

Menciona Benjamin (2010, p. 42):

Aqui desejo fazer uma introdução mais socio-econômica do que jurídica e frisar que foram as mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo que, por força e importância, levaram à regulação especial do consumo, com a relativização destes antigos dogmas do direito civil e comercial nas novas normas, dentre elas o CDC.

Normas de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis, a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988 e principalmente com o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil, começaram a nortear os contratos. O ⁴*pacta sunt servanda*, é considerado limitado aos preceitos normativos, assim, caso o negócio jurídico realizado pelos particulares infringirem tais dispositivos legais, o Estado tem pleno direito e obrigação em intervir na relação.

O acordo de vontades no contrato e a executoriedade continuam a existir para garantir a segurança jurídica. Mas são relativizadas pela implantação de dois princípios, o da boa fé objetiva e da lealdade. A força destes dois princípios caracteriza a função social do contrato, que para Marques (2005, p.110) consiste em;

A nova concepção de contrato é uma concepção *social*, deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do

⁴ Pacta sunt servanda é um brocardo latino que significa "os pactos devem ser respeitados" ou mesmo "os acordos devem ser cumpridos". (MULTCARPO)

contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância (...) À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas e a boa-fé* das partes contratantes.

O princípio da boa fé se subdivide em dois, o primeiro, subjetiva, que já existia ainda no Código Civil de 1916, pelos vícios de consentimento (erro, dolo, coação, fraude), e o segundo, o da boa fé objetiva, que visa a equidades do contrato, a partir da análise das cláusulas avençadas.

Benjamin (2010, p. 324) explica sobre a boa-fé objetiva;

No direito obrigacional, a boa-fé objetiva molda a nova teoria contratual, exigindo das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. O contrato, embora legítimo instrumento para a circulação de riquezas e a satisfação de interesses pessoais, não deve mais ser visto sob ótica individualista. Importa analisar sua função econômica e social.

O princípio da boa-fé objetiva é aplicada em todas as relações contratuais da sociedade moderna, não se limitam aos contratos consumerista. Marques (2005, p.215) descreve três funções do princípio da boa-fé, que são; 1) Fonte de novos deveres, os chamados anexos, que consistem no dever de informar, de cuidado e de cooperação, também como fonte de responsabilidade por ato lícito, ao impor riscos profissionais indisponíveis por contrato. 2) A função limitadora, seja no sentido de coibir cláusulas abusivas, ou no sentido de controlar a transparência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. 3) A função interpretadora, utilizando-se da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame.

Para Marques (2006, p. 215) Boa-fé pode ser assim definida: “Boa-fé é a cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”.

É lógico que o contrato é válido entre as partes, e estas devem cumpri-lo, e a força jurisdicional fornece suporte até o limite da legalidade. A força executiva do contrato garante a segurança jurídica. Em relação à garantia da segurança jurídica, Theodoro Júnior (2009, p. 17) descreve:

A vida econômica e social não pode desenvolver-se à base do imprevisto, e ao sabor das circunstâncias. Eliminada a segurança no domínio do

contrato, as garantias de tutela do ato jurídico perfeito e ao direito adquirido tornam-se meramente retóricas, já que se despem de sua finalidade estabilizadora e constitutiva do relacionamento jurídico. A consequência imediata é, para todos, a descrença no programa constitucional estatuído no plano socioeconômico; e, para os juristas, a sensação de frustração por não conseguirem traçar limites de atuação do poder nem eliminar ou neutralizar o desempenho dos oportunistas. Denota-se que os juristas protegem o contrato, no sentido obrigacional, e interferem apenas quando este extrapola as garantias de justiça prevista nas legislações e nos princípios norteadores do direito. Todos os princípios fundamentais e o próprio ordenamento constitucional encontram suas bases na segurança jurídica.

Na relação de consumo, o Estado atual age na defesa do economicamente mais fraco, o consumidor. Sem esta ação haveria injustiça desenfreada.

1.3.2 A constituinte e o aumento da proteção

Neste tópico serão abordados os fatores históricos que contribuíram para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor no Brasil. Far-se-á o estudo das interferências sociais e econômicas que tiveram importância para dimensionar a forma de proteção ao consumidor para suprir a hipossuficiência vivida neste contexto de relação. Também será abordada a seqüência constitutiva e legislativa da criação do CDC no Brasil.

No Brasil, a origem normativa do direito do consumidor, é a própria Constituição Federal. Na promulgação foi previsto ⁵no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias, o mandamento que impõe ao legislador ordinário, no prazo de 6 (seis) meses, a edição de um Código de Defesa do Consumidor, o que aconteceu apenas em 1990, pela Lei 8.078/ 90. O *status* constitucional do direito consumerista, que está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, no ⁶art. 5, XXXII, estipula a proteção do consumidor, pelo próprio

⁵ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁶ Art. 5º, CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]

Estado. A Constituição Federal mencionou expressamente, como princípio geral da atividade econômica, a **defesa do consumidor**⁷(art. 170, V, CF).

A classificação legislativa formal do CDC é Lei Ordinária, porém, sua função é social, tendo em vista que tutela direitos constitucionalmente previstos na Constituição Federal. Desta forma, a edição de lei posterior, que revoge ou delimite direitos previstos no CDC deve ser considerada inconstitucional. É uma lei especial que trata da relação de consumo, razão pela qual, nas relações de consumo, aplica-se o Novo Código Civil apenas de maneira subsidiária.

De acordo com Netto (p. 37, 2010):

Desta forma, por ser uma “lei de função social”, uma lei que concretiza, no plano da legislação comum, a vontade da Constituição da República, o CDC não pode ser alterado para reduzir a proteção conferida ao consumidor, em dasalinho com o que deseja a Constituição. Alerta-se que o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10/01/02) não revogou o CDC, devendo ocorrer um “diálogo das fontes”, sempre buscando ampliar a proteção ao consumidor.

O Estado tem a obrigação de promover a garantia dos direitos do consumidor. Trata-se de direito subjetivo de ordem geral e pública, que exige do Estado a garantia de liberdade aos cidadãos, direitos civis de 1ª geração, ou seja, o rol dos direitos fundamentais, que é uma prestação negativa do Estado, de não fazer, garantir a liberdade de escolha. Porém a forma principal de atuação é a positiva, que exige uma atuação cogente de proteção por parte do Estado, para garantir a justiça na relação de consumo entre particulares. Neste caso é direito de nova geração, ou dimensão, classificado por alguns autores, como Bobbio, direitos da terceira Geração.

Outra subdivisão da tutela destes direitos é conceituado por Benjamin (2010, p. 33):

Assim, de um lado, com direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão) que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre os sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos

⁵ Art. 170, CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...]

fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã (*Drittwirkung*).

Percebe-se que as normas constitucionais atuam tanto no plano infraconstitucional, de maneira indireta, pelo CDC, como pela regulamentação constitucional direta, na seara da dignidade humana. Estas garantias, defendidas no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna, que refletem no CDC, possuem teor imutável, tendo em vista estar elencado no artigo 60, § 4º, CF, como cláusula pétrea. Existe a possibilidade de alteração deste dispositivo constitucional, apenas em casos de ampliação da proteção e/ ou direitos do consumidor, nunca na perspectiva de suprimi-los ou diminuí-los.

Lembrando-se que as normas consumeristas, são de ordem pública e interesse social, refletindo na característica imperativa. Tais preceitos tornam os direitos irrenunciáveis.

1.3.3 Hipossuficiência e normas de ordem pública

O consumidor brasileiro, na maioria, é economicamente frágil em relação aos fornecedores, como relata Nunes (2005, p. 32);

Estudar a Lei 8.078/90 não é, portanto, avaliar aspectos jurídicos de uma comunidade rica, mas ao contrário é compreendê-la na sua incidência num mercado constituído de pessoas pobres, para perceber por que é que a proteção deve ser bastante ampla.

A Constituição Federal prima pelo princípio da isonomia, no *caput* do artigo 5º, estabelecendo que todos são iguais perante a lei. Essa igualdade defendida é material, ou seja, é verdadeira e para isso ser realidade, há necessidade de tratar os desiguais diferentemente na medida de suas desigualdades. Para que esse tratamento realmente ocorra, é imprescindível que o Estado atue com uma posição positiva. Neste contexto, manifesta-se Nunes (2005, p. 36):

Diga-se, também, que o poder constituinte, ao elaborar o texto magno, desde aquele instante tratou de deixar estabelecidos certos grupos de pessoas e certos indivíduos que merecem a proteção constitucional, isto é, a Constituição Federal reconhece de plano a vulnerabilidade de certas pessoas, que devem, então, ser tratadas pelo intérprete, pelo aplicador e pelo legislador infraconstitucional de maneira diferenciada, visando a busca de uma igualdade material.[...] Da mesma forma é de observar que

a Constituição reconhece a vulnerabilidade do consumidor.

Para Marques (2005, p. 320) a vulnerabilidade é a explicação das regras ou da atuação do legislador é a técnica para aplicação da justiça e descreve quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

Na vulnerabilidade técnica, o desconhecimento é sobre o objeto da compra. Nos termos do CDC, esta vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional. Já a vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou de economia, também presumida pelo CDC no caso de consumidor não profissional.

A vulnerabilidade fática diferencia-se, pois é decorrente da situação, que geralmente impõe sua superioridade diante do grande poder econômico e da posição de monopólio. Na visão processual desta modalidade (fática) de vulnerabilidade, é a configuração da hipossuficiência econômica do consumidor.

A vulnerabilidade informativa é presumida e demonstra-se essencial a dignidade da pessoa humana. Atualmente representa o maior fator de desequilíbrio, motivo pelo qual a sociedade e o direito valorizam cada vez mais esta modalidade informacional. A proteção é principalmente direcionada para as pessoas físicas, que estão sujeitas aos riscos à saúde e a própria vida. Um exemplo é a exigência de informação sobre a natureza transgênica dos produtos, também o dever de informação quanto aos efeitos nocivos do consumo de cigarros.

O direito do consumidor é um novo ramo do direito, que pode ser chamado de cautelar ou “social”, que visa a proteção individual e coletivo do ser vulnerável na relação de consumo.

Conforme a conceituação doutrinária, normas de ordem pública e interesse social.

[...] significa que estamos diante de normas cogentes, isto é, normas que não toleram renúncia. Normas em relação as quais são inválidos eventuais contratos ou acordos que busquem afastar sua incidência. De igual modo, o juiz está autorizado a conhecer das normas do CDC de ofício, sem que seja necessária a provocação das partes (voltaremos ao tema no Capítulo XVI). (NETTO, 2010, p. 34).

Os direitos do consumidor têm índole de ordem pública. Não é permitida a renúncia, pois a principal função é a guarda dos direitos fundamentais da pessoa humana, dever da ordem jurídica do Estado Social. Caso o consumidor renuncie direitos tacitamente ou expressamente com assinatura de contrato, este ato não será considerado válido para o ordenamento jurídico, ou seja, são direitos fundamentais irrenunciáveis. O mecanismo protege o hipossuficiente de eventuais contratos de adesão abusivos, ou pressões de

grandes empresas que queiram beneficiar-se ou eximir-se de responsabilidades.

Para demonstrar as bases do direito do consumidor, Benjamin (2010, p. 30) explica que a primeira maneira de garanti-lo, é a *introdução sistemática*, ou seja, através da Constituição Federal de 1988. A segunda é pela aplicação do princípio tutelar (*favor de bilis*) e da filosofia da proteção do mais fraco, que inclusive o direito normativo os utiliza. Esta maneira pode-se chamar de *dogmático-filosófico*. Por último vem a sociologia do direito, que estuda a sociedade do consumo, a visão dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que por sua vez é denominada de *introdução sócio econômica* ao direito do consumidor.

O mercado de consumo supre as necessidades do consumidor, como contra partida recebem por estes produtos ou serviços, mas esta relação é muito mais complexa e deve atender padrões de segurança. Neste sentido, com inteligência dispõe a doutrina;

Os produtos e serviços colocados nos mercados, devem cumprir, além de sua função econômica específica, um objetivo de segurança. O desvio daquela caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, enquanto o deste, vício de qualidade por insegurança. (BENJAMIN, 2010, p. 139)

O desrespeito ao supramencionado tem como reflexo, punição compulsória, bem como o ressarcimento ao consumidor dos eventuais danos sofridos. No contexto do vício de qualidade por insegurança, o produto ou serviço que causar acidente, gera o dever de reparação do dano ao fornecedor. Esta é a denominada responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

1.3.4 Conceito de consumidor

O conceito de consumidor *stricto sensu* encontra-se no próprio CDC, no ⁸artigo 2º, onde se lê: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que utiliza produto ou serviço como destinatário final.[...]”. O legislador utiliza-se do princípio da equiparação para considerar a coletividade como consumidores e amplia o conceito conforme previsão do

⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. [...] (CDC)

⁹parágrafo único do art. 2º, CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

A definição de consumidor *stricto sensu* para Marques (2006, p. 303), possui três interpretações distintas, que se dão pelas seguintes correntes doutrinárias; a finalista, a maximalista e a do “finalismo aprofundado”.

Os finalistas entendem que a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial. A existência da tutela diferenciada se dá porque o consumidor é a parte vulnerável das relações contratuais no mercado. Esta interpretação *teleológica*, restringe a figura do consumidor, para aquele destinatário final, que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, excluindo assim o profissional. Apenas o judiciário pode reconhecer a hipossuficiência da pequena empresa ou do profissional e assim equipara-los ao consumidor.

Para os maximalistas, as normas do CDC devem ser o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, abrangendo aqui, inclusive os profissionais. O objetivo é utilizar uma interpretação extensiva do artigo 2º, do CDC, para abranger um número cada vez maior de pessoas nas relações do mercado. O destinatário final do produto, seria meramente fático, aquele que retira a mercadoria e a utiliza.

A partir de 2003, uma terceira teoria aparece, o “finalismo aprofundado”, adotada inclusive pela jurisprudência do STF. Consiste em utilizar o extremo domínio da teoria finalista, com a razoabilidade e prudência na interpretação da expressão “destinatário final”. Ou seja, é uma teoria mais restritiva, por meio da qual a vulnerabilidade do consumidor deve ser analisada em concreto quando o consumidor for pessoa jurídica.

O CDC amplia ainda mais o conceito de consumidor quando se trata de acidente de consumo. A definição de consumidor no campo extracontratual abrange todas as vítimas de evento danoso causado por produtos ou serviços ¹⁰(art. 17, CDC). Nesta definição, afirma Sanseverino (2002, p. 210):

Caracterizado o acidente de consumo, não há distinção entre o consumidor propriamente dito e o terceiro para efeito de proteção, ainda que se trate de intermediário na cadeia de consumo, de empregado ou, até mesmo, da própria pessoa jurídica. Todos são vítimas de um acidente de consumo e recebem idêntica proteção.

⁹ Art. 2º [...]Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁰ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Percebe-se aqui, um conceito ampliado de consumidor, que é adotado pelo CDC. Suscintamente, amplia o conceito de consumidor de modo a abranger todas as vítimas de acidente de consumo, porquanto todas serão acolhidas pela tutela do CDC.

1.3.5 Normas de Terceira Dimensão

Os direitos do consumidor, que são direitos fundamentais de terceira dimensão. Moraes (2004, p. 61) descreve:

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao processo, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, [...]

Portanto, é atribuído a proteção das tutelas coletivas de toda a sociedade, que é de extrema importância no reconhecimento e garantia dos direitos humanos. Visa à proteção da dignidade humana, da saúde, da vida, e de aplicação dos princípios constitucionais.

Esta forma de proteção do hipossuficiente, o consumidor, direciona o agir dos fornecedores para colocarem no mercado produtos e serviços que atendam os preceitos de qualidade e segurança. Almeja-se o respeito ao consumidor, e em casos de lesão, a devida reparação através dos meios pertinentes.

Os direitos coletivos e difusos, demonstram-se cada vez mais atuantes, para suprir a demanda de proteção da sociedade perante os fornecedores de produtos.

1.3.6 Conceituação da tutela jurisdicional individual e coletiva

A sociedade vive um momento de consumo massificado, que a produção é intensa, as novidades são diárias. A compra de um determinado produto, não se restringe a uma determinada região, o consumo pode ser nacional ou até mesmo internacional, desta maneira, o defeito de qualidade ou de segurança (que serão abordados nos próximos capítulos), podem estar presentes em todo o lote da mercadoria, de modo que o dano, atinge todos os centenas ou milhares de consumidores. Para a justiça ser eficiente foi

necessário o desenvolvimento de um meio jurídico capaz de tutelar de maneira célere e geral todos os consumidores que foram prejudicados e/ ou sofreram lesão. É neste contexto que serão abordados os direitos coletivos difusos e individuais homogêneos.

Benjamin (2010, p. 432) relata a importância dos direitos coletivos e menciona: “Ademais, a solução concentrada de conflitos evita ou diminui sensivelmente decisões contraditórias e o volume de processos, possibilitando resultados mais céleres e, conseqüentemente, maior prestígio do Poder Judiciário.”

Os direitos metaindividuais tiveram sua origem com os movimentos de reivindicações das mulheres, dos negros norte-americanos, também por ambientalistas e consumeristas, que lutavam por direitos sociais, tais como, saúde, educação, meio ambiente, entre outros, na virada da década de 50 para 60.

No Brasil há uma forte formação legislativa, inclusive constitucional, que protege e incentiva a tutela positiva. Mas não é apenas o poder constituinte e legislativo que se pronunciaram de forma expressa pela proteção dos direitos metaindividuais, o próprio órgão máximo do poder judiciário, pronunciou-se. Assim diz o Supremo Tribunal Federal;

[...] tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento do macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes de atuação individual individual(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 441.318, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF 25 de outubro de 2005. (Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05/12/11).

A eficiência deste modelo de tutela jurisdicional provém do fácil acesso à justiça, da economia processual e a atuação do Estado antes mesmo do particular buscar seu direito. Assim, além dos cidadãos serem beneficiados, não sobrecarrega o poder judiciário, e também não gera insegurança jurídica, pois evita decisões divergentes sobre o mesmo caso.

É importante distinguir as modalidades dos direitos metaindividuais, em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos:

Direitos Difusos: A violação dos direitos difusos atinge toda a sociedade, os sujeitos são totalmente indeterminados, e que, por circunstâncias fáticas, principalmente de tempo e lugar, estão expostas às práticas indicadas, razão pela qual é indivisível. O próprio

CDC¹¹ o conceitua como os direitos: “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Como exemplos podem ser citadas as situações de propaganda enganosa, que atingem todos os telespectadores, não sendo possível identificá-los e/ ou enumerá-los. Neste caso é através do instrumento jurídico constitucional da ação civil pública, que os legitimados podem propor na defesa dos direitos difusos.

Os efeitos da sentença que pronuncia decisão a respeito de direitos difusos do consumidor esta prevista no art. 103, I, CDC¹², e a regra é de efeitos *erga omnes*, isto é, terá eficácia ampla. O mesmo dispositivo legal prevê uma exceção, que é o caso da ação julgada improcedente por insuficiência de provas, quando qualquer dos interessados poderá propor nova ação com os mesmos fundamentos, desde que sejam apresentadas novas provas. Neste último caso se percebe a perda da qualidade de decisão *erga omnes*.

Direitos Coletivos: Nos direitos coletivos *stricto sensu*, os titulares dos direitos são identificáveis pelo grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação não meramente fática, mas sim, por uma relação jurídica. Nota-se que os titulares são delimitados. No caso da relação de consumo, o próprio CDC trata dos efeitos da coisa julgada, no art. 103, II¹³, e estabelece que os efeitos da sentença judicial têm natureza *ultra partes*, ou seja, é restrita as pessoas legitimadas para o direito coletivo (o grupo de pessoas, a associação...). Vale a mesma exceção dos direitos difusos, que no caso de improcedência da ação por falta de provas, a decisão não restringe o direito dos titulares para a propositura de nova ação com o mesmo fundamento, desde que provida de novas provas.

Nesta seara é prescindível a organização em sindicatos ou associações, pois pode ocorrer que pessoas sem vínculo associativo estejam ligadas pela mesma relação jurídica

¹¹Art. 81, parágrafo único, inciso I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]

¹²Art. 103, inciso I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

¹³ Art. 103, inciso II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

base, como é o caso da relação com o fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor conceitua essa classe de direitos, os coletivos em seu ¹⁴art. 81, parágrafo único, inciso II.

O meio processual adequado a tutelar esta categoria de direitos, é a ação civil pública, de acordo com a Lei 8. 7.347/ 85, que a regulamenta.

A exemplo de tutela dos direitos coletivos, temos a situação de determinada empresa de plano de saúde que aumente indevidamente os valores dos planos. Neste caso cabe ação coletiva, para impedir a prática abusiva ao direito do consumidor. Os beneficiários da tutela jurisdicional serão todos os consumidores que mantêm vínculo contratual com os fornecedores.

Direitos Individuais Homogêneos: Os direitos individuais homogêneos surgiram no Brasil, com o advento do CDC. O conceito está previsto no artigo 81, parágrafo único, inciso III ¹⁵, que diz “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

A conceituação doutrinária vai mais longe e conceitua os direitos individuais homogêneos, com fundamentação mais ampla que o próprio texto legal, como segue;

Não se trata, nesta hipótese, de interesses ou direitos ontologicamente coletivos, mas apenas ocasionalmente coletivos. Neste inciso III – interesses ou direitos individuais homogêneos – temos direitos individualizados, porém, como numericamente são múltiplos os titulares, é conveniente para a ordem jurídica e para a sociedade que a defesa deles se processe nos moldes dos coletivos. (NETTO, 2010, p. 317).

Percebe-se que é um ramos de direitos considerados coletivos, para atender os princípios da economia processual, celeridade processual e evitar múltiplas decisões judiciais divergentes. Os titulares são determinados ou determináveis, razão que os direitos bem como as indenizações cabíveis são divisíveis, e os danos possuem origem comum pela situação fática.

¹⁴ Art. 81, parágrafo único, inciso II. - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

¹⁵ Art. 81, parágrafo único, inciso III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art.81.

Há divergência na doutrina, quanto à nomenclatura do meio jurisdicional hábil, para exigir essa classe de direitos. Uma parte considera que a **ação civil pública** deve ser utilizada para a defesa tanto dos direitos difusos e coletivos, como os direitos individuais homogêneos. Como menciona Almeida (2009, p. 257) “É utilizada para proteger tanto os interesses difusos como os coletivos e os individuais homogêneos de interesse social”. Benjamin (2010, p. 435) é da mesma opinião, ao dizer que é o mesmo processo apenas com nomes distintos. Já outra parte da doutrina, considera como meio hábil a **ação civil coletiva**, por ser específica para a defesa dos direitos dos consumidores, por previsão expressa da Lei 7.347/ 85, que menciona apenas os direito coletivos e difusos. Netto (2010, p.335) é deste entendimento:

A ação civil coletiva, referida no art. 91, não se confunde, na verdade com a ação civil pública. A ação civil pública está disciplinada na Lei nº 7.347/ 85. Já a ação civil coletiva foi criada pelo CDC. Esta se destina (ação civil coletiva) à defesa do consumidor – bem como as vítimas e sucessores – naquelas hipóteses de interesses individuais homogêneos de origem comum.

Um exemplo claro de defesa de direitos individuais homogêneos, é entre os mutuários do Sistema Financeiro de Habitação e a Caixa Econômica Federal, caso acontecer lesão a vários consumidores pelo mesmo fato. Neste, os danos serão distintos, os legitimados determinados e ligados pela mesmo motivo fático.

O processo de reparação dos danos a esta espécie de direitos (individuais homogêneos), possui duas fases, que distinguem o título executivo judicial, da liquidação da sentença de forma individualizada.

A inteligência da doutrina esclarece o procedimento adotado para que o consumidor alcance o sucesso na demanda judicial, desta forma;

Há duas fases no processo: a inicial, promovida pelo legitimado coletivo, em que se busca o reconhecimento e a declaração do dever de indenizar; e a segunda fase, que é o momento da habilitação dos beneficiados na ação, com o fim de promover a execução da dívida reconhecida no âmbito coletivo. (BENJAMIN, 2009, p.438)

Então, depois de proferida a sentença que tutela o direito dos legitimados, cabe a estes realizarem a liquidação referente ao montante do dano sofrido, seja este, patrimonial ou moral.

1.3.7 Princípios que norteiam o CDC

O Código de defesa do consumidor, além da função de proteção, cuida também da harmonização da relação entre o fornecedor e o consumidor. Nesta ordem preventiva dos litígios os princípios norteadores das relações consumeristas assumem seu principal papel e inserem-se na chamada Política Nacional de Relações de Consumo. Em síntese visa através das relações de consumo adequadas, evitar ou diminuir demandas judiciais, pelo respeito às normas pertinentes.

Como descreve Almeida (2009, p. 16):

O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não o de eliminar ou reduzir tais conflitos. Sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida.

Outro aspecto importante são as atitudes por parte do Estado em relação a garantir a dignidade dos consumidores, com a qualidade de vida dos mesmos. Através de fiscalizações e exigências que retiram do mercado, produtos e serviços abusivos ou que tragam prejuízo à vida ou a saúde dos consumidores, o Estado cumpre uma de suas atribuições.

A política nacional de relações de consumo e seus objetivos e princípios estão previstos na Constituição Federal e de maneira expressa no ¹⁶CDC, no artigo 4º.

¹⁶Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia as relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida

São princípios da política nacional de relações de consumo:

Vulnerabilidade do Consumidor: É o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico relativo ao consumidor. Diante do poder econômico dos fornecedores, é indubitável a fragilidade de quem consome. No Brasil o princípio da vulnerabilidade provém da própria Constituição Federal, estabelece que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII). É uma norma constitucional de eficácia limitada, que desde 1990 é regulada pelo CDC. A legislação infraconstitucional, com a promulgação do CDC, previu de maneira expressa o princípio da vulnerabilidade no ser art. 4º, inciso I, garantindo ao consumidor igualdade material na relação com o fornecedor. Este princípio (da vulnerabilidade) é um garantido da isonomia, que também é prevista na Constituição Federal.

Para Nunes (2005, p. 125) A vulnerabilidade do consumidor significa que é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo por dois motivos, que são; de ordem técnica e outro no aspecto econômico. A fragilidade técnica subdivide-se na “escolha”, que o consumidor pode adquirir apenas aquilo que lhe é disposto pelo fornecedor, e nos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor.

É essencial o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor para garantir o preceito fundamental da igualdade material protegida pela Constituição Federal, que consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais diferentemente na medida de suas desigualdades. É evidente que não se trata de relação de igualdade entre o consumidor e o fornecedor, como já mencionado acima.

Presença do Estado: Percebe-se a aplicação desse princípio na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXII, que estabelece proteção especial ao consumidor, na edição do CDC e na criação de órgãos administrativos como o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), os Procons estaduais e municipais. É um princípio que complementa e fornece eficiência para o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Eles se completam, pois onde existe uma parte mais frágil, deve existir o Estado para garantir equidade na relação.

de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Como explica Lenza (2011, p. 435), o Poder do Estado é uno e indivisível, mas os atos adquirem diversas formas. Assim, dividem-se as funções de cada órgão, que são o Poder Legislativo (legislar e fiscalização financeira do executivo), o Poder Executivo (prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração) e o Poder Judiciário (função jurisdicional, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei).

No que tange os direitos consumeristas, o Poder Legislativo atuou com a promulgação da Lei 8.078/ 90 (Código de Defesa do Consumidor), já o Poder Judiciário no exercício do poder jurisdicional, quando acionado, defende os direitos no caso concreto. Diante da inércia do Judiciário necessita-se do Poder Executivo para atuar de maneira preventiva na defesa dos direitos do consumido (na esfera administrativa).

Percebe-se que o princípio da presença do Estado subdivide-se em diversos ramos de proteção, como o Ministério Público, as associações representativas, nesta matéria esclarece Marques (2010, p. 200) relata;

Aqui a fragmentação da fiscalização é uma característica do SNDC, pois a incerteza sobre qual órgão, se federal, estadual ou municipal, se agência ou PROCON, atuará constitui uma das ameaças mais eficazes a desestimular atos abusivos por parte dos fornecedores. Não pode valer a pena causar dano ao consumidor, daí que a atuação de mais de um órgão também é possível.

São fatores positivos para a proteção dos consumidores a comunicação e a cooperação entre as diversas agências supramencionadas.

O DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) atua em âmbito administrativo, é parte integrante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Há a possibilidade jurídica de um ministério específico para a proteção dos direitos do consumidor, o que para Marques, seria atitude louvável.

Na esfera administrativa, existem as agências. Todavia estas tem demonstrado a eficiência esperada, pois deveriam aplicar todas as leis vigentes no Brasil na proteção do consumidor e não atuando de forma parcial em benefício de fornecedores. A eficiente prestação do serviço pelas agências, resultariam em retirar a sobrecarga do poder judiciário com pequenas causas. O SUSEP e o Banco Central de maneira semelhante, também

exercem funções na perspectiva de proteção ao consumidor (MARQUES, 2010, p. 199).

O Ministério Público é outro órgão legitimado com poder de fazer valer a legislação consumerista. O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor/ MJ, apresentou no projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor em 1989, a proposta de atuação do MP no controle administrativo geral e cogente, especialmente no controle prévio de contratos de massa. Mas, o dispositivo foi vetado pelo Presidente.

Nas palavras de Marques (2010, p. 200):

O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para a ação civil pública, seja como órgão legitimado para propor a ação de controle em abstrato das cláusulas abusivas, segundo o § 4º. do art. 51.

Mesmo diante da restrição da atuação do Ministério Público, com o veto presidencial, a atuação continua ampla e eficiente na proteção dos consumidores.

As associações representativas e as entidades e órgãos da administração pública destinados a defesa dos consumidores também exercem a função protetiva dos direitos do consumidor. De acordo com o ¹⁷artigo 82 do CDC, são legitimados para propor ação coletiva de defesa de interesses individuais homogêneos: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública (direta ou indireta) ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Os Juizados Especiais é outro meio de se fazer justiça frente as relações de consumo, é uma forma rápida, barata e precisa de resolução de litígios. Assegura o princípio constitucional do acesso à justiça.

¹⁷ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.[...]

Percebe-se a variedade de instrumentos e meios de proteção ao consumidor, para o bom desempenho da política protetiva dos direitos consumeristas.

Harmonização de Interesses: Está expresso no ¹⁸CDC, art. 4º, inciso III. Outro princípio aplicado a esta garantia de qualidade e segurança, é o princípio do “estudo constante das modificações do mercado de consumo”(art. 4º, VIII, CDC).

A proteção do consumidor é um dos objetivos do CDC, porém há um objetivo que o antecede, que está no plano de prevenção do litígio. Nesta ordem se encontra a harmonização de interesses, objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, e princípio do CDC, que visa à garantia de boas práticas comerciais, tanto na propaganda, como na segurança e qualidade dos produtos. Numa relação de consumo justa, que satisfaça ambas as partes, evita-se demandas judiciais.

Como exemplifica Almeida (2009, p. 18):

Interessa às partes, ou seja, aos consumidores e fornecedores, o impedimento das relações de consumo, com o atendimento das relações de necessidade dos primeiros e o cumprimento do objeto principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços. Colima-se, assim, o equilíbrio entre as partes. Por outro lado, a proteção do consumidor deve ser compatibilizada com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico, em face da dinâmica própria das relações de consumo. Novos produtos e novas tecnologias são bem-vindos, desde que seguros e eficientes.

Sendo assim, as duas partes, tanto o consumidor, como o fornecedor, ficam satisfeitos com a relação de consumo, sem criar animosidade e futuras demandas judiciais. O entendimento deste princípio (harmonização de interesses) encontra respaldo inclusive na Constituição Federal, no artigo 170 que estabelece princípios da ordem econômica.

Coibição de Abusos: O princípio da coibição de abusos, apresenta duas formas de atuação, a primeira é a repressiva, que atua na prevenção de atos abusivos. A segunda forma de atuação é a sanção, que visa punir os autores dos atos abusivos. O princípio

¹⁸ Art. 4º [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]

representa o desestímulo dos fraudadores, pois a aplicação eficiente da repressão e a punição, diminui a incidência de ações abusivas dos fornecedores. O princípio está expresso no ¹⁹art. 4º, do CDC.

Incentivo ao Autocontrole: O Estado é o principal responsável por atuar na proteção do consumidor, pondo em prática toda a legislação consumerista em vigor. Porém, antes do Estado atuar com seu poder jurisdicional, quando houver a lesão ao consumidor, existe a forma espontânea de ajustar a relação de consumo, ou seja, o próprio fornecedor disponibiliza para concertar ou indenizar o consumidor. Isto é chamado de autocontrole, é a solução moderna e ideal para a solução dos conflitos (Almeida, 2009, p. 18).

A doutrina consumerista descreve três maneiras de autocontrole, como é descrito abaixo:

De três maneiras pode-se dar o autocontrole. Em primeiro lugar, pelo eficiente controle da qualidade e segurança de produtos defeituosos no mercado, o que refletirá na diminuição ou eliminação de atritos com o consumidor. Em segundo lugar, pela prática do *recall*, ou seja, a convenção dos consumidores de bens produzidos em séries e que contenham defeitos de fabricação que possam atentar contra a vida e a segurança dos usuários, arcando o fornecedor com as despesas de substituição das peças defeituosas. Há o reconhecimento de defeito, mas ao mesmo tempo ele é sanado pelo próprio fabricante, sem prejuízo ou custo para o consumidor⁸. (...) E, em terceiro lugar, pela criação, pelas empresas, de centros ou serviços de atendimento ao consumidor, resolvendo diretamente o fornecedor a reclamação ou queixa apresentada contra seu produto ou serviço. (ALMEIDA, 2009, p. 19).

Nestas palavras se evidencia uma forma consciente e eficiente de resolver eventuais problemas do produto ou da prestação do serviço. Assim, o consumidor fica satisfeito, e não necessita de demanda judicial para solucionar o problema. É bom para o Estado, pois deste modo evita a sobrecarga do judiciário. Há satisfação por parte do consumidor, que não necessita contratar advogado e aguardar longos períodos para a decisão judicial. E o fornecedor demonstra seriedade, ganhando credibilidade e evita maiores transtornos, como pagamentos de indenizações por danos morais, entre outras.

Conscientização do Consumidor e do Fornecedor: Um dos principais elementos que

¹⁹ Art. 4º [...] VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

refletirá no equilíbrio das relações de consumo, é a consciência de ambas as partes, tanto do consumidor, quanto do fornecedor. Este princípio compreende a informação, bem como a educação, das partes na relação de consumo. Quanto mais presente estiverem estes elementos, menos existirão conflitos (Marques 2010, p. 230).

Nestas palavras supramencionadas, percebe-se que na relação de consumo, quando o consumidor conhece seus direitos e obrigações e o fornecedor souber os seus, a relação será equilibrada e a ilegalidade, abusividade ou outra forma de infração, será evitada no próprio negócio jurídico.

Melhoria dos Serviços Públicos: Estes serviços possuem relevância para a vida do brasileiro, como a saúde, educação, transporte, entre outros. A qualidade dos serviços abrange inclusive a área pública, ou seja, os serviços públicos devem ser prestados atendendo os preceitos de qualidade, segurança, que não atentem contra a vida e a saúde dos consumidores. O Estado tem poder de exigir dos fornecedores e/ ou prestadores particulares serviços de qualidade, e automaticamente, quando no lugar de prestador, assume esse dever com a população, o dever do serviço bem prestado, de acordo com os ditames da lei e da justiça. (Almeida 2009, p. 50).

Percebe-se que no Brasil a legislação e os mecanismos de defesa do consumidor são modernos e efetivos. E podem ser otimizados com algumas reestruturações administrativas. No próximo capítulo será abordado estudo sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo. Especialmente no que se refere a responsabilidade na relação de consumo, no caso do fato do produto ou serviço.

CAPÍTULO II

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO

O capítulo é direcionado para a conceituação e a caracterização da responsabilidade civil proveniente do fato do produto ou serviço, ou seja, do acidente de consumo. Também aborda quem são os responsáveis pelo dever de indenizar os consumidores lesados. Em tópico específico tratar-se-á das causas de exclusão da responsabilidade.

Será realizado um estudo sobre os mecanismos de defesa do consumidor hipossuficiente, como a responsabilidade na forma objetiva e a inversão do ônus da prova. Após, serão discriminadas as modalidades de danos indenizáveis.

2.1 Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor representou uma mudança de paradigmas quanto à responsabilidade civil. Para Venosa (2007, p. 217) os direitos do consumidor fazem parte de uma categoria denominada de *novos direitos*, surgidos no século XX em decorrência das transformações sociais e tecnológicas. O direito do consumidor transformou o ordenamento jurídico brasileiro, consagrando-se um microsistema jurídico que reflete em praticamente todas as atividades negociais.

De acordo com Venosa (2007, p.218), não havia proteção eficiente ao consumidor, sendo que estava subordinado aos princípios ortodoxos da responsabilidade civil, submetendo-se à ditadura do “capitalismo selvagem”. Anteriormente a promulgação do CDC, era a lei geral do Código Civil, no ²⁰art. 186 (antigo, art. 159), que regulava a responsabilidade do fabricante, produtor ou comerciante. Neste contexto o consumidor tinha o ônus de provar a culpa subjetiva do demandado, também o comprador de produtos ficava submetido ao prazo dos vícios redibitórios, de 15 dias a contar da tradição no caso das coisas móveis. Se não bastasse, a ação devia ser movida no local da sede do fabricante.

Todos estes fatores levavam o consumidor a ter uma posição de extrema inferioridade, o que já não era mais aceito no cenário mundial. Com o Código de Defesa do Consumidor o tratamento ao consumidor é totalmente diferenciado, tanto na perspectiva da responsabilidade do fornecedor quanto das garantias oferecidas ao consumidor hipossuficiente. Relata Almeida (2008, p. 84) que o CDC na busca do equilíbrio nas relações de consumo e na garantia efetiva dos direitos do consumidor, dispôs sobre a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, a responsabilidade nos serviços públicos, além de assegurar outras garantias, como a desconsideração da personalidade jurídica e a inversão do ônus da prova.

O termo responsabilidade significa que qualquer atividade humana, seja de pessoa física ou pessoa jurídica que venha a causar dano a outrem, gera dever arcar com as consequências. De modo sucinto pode-se dizer que é a obrigação de reparar danos.

A responsabilidade subdivide-se em responsabilidade objetiva e subjetiva, a última está conceituada no artigo 186 do Código Civil. Para Venosa (2007, p. 5), **a responsabilidade subjetiva**, que é a tradicional, é nomeada de contratual, e os requisitos do dever de indenizar são: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e por último a culpa. As tendências jurídicas criaram a **responsabilidade objetiva**, que descarta a necessidade de comprovação da culpa. O fundamento que criou esta modalidade de responsabilidade (objetiva) consiste em determinar que a culpa neste caso, é presumida, sob a visão do dever genérico de não prejudicar.

²⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (Código Civil/2002).

Na sequência Venosa (2007, p. 6) menciona que a insuficiência da teoria da culpabilidade levou a criação da teoria do risco criado e do risco benefício, que consiste na imposição da responsabilidade objetiva ao sujeito pelos riscos ou perigos que sua atuação promove. Sendo assim, partindo da premissa que o sujeito obtém vantagens ou benefícios com sua atividade, também deve indenizar pelos danos ocasionados por esta.

No campo do direito do consumidor a teoria do risco criado, foi aplicada como forma de garantir o ressarcimento de danos, que antes da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não estavam sendo indenizados pela complexidade de obter provas que responsabilizassem os fornecedores. Os fornecedores têm o dever produzir bens adequados ao consumo, que deveriam passar por um rigoroso controle de qualidade, no qual verificavam-se itens como a segurança, qualidade, ausência de defeitos.

Nesta perspectiva, Almeida (2008, p. 85) diz que a inevitabilidade de falhas no sistema de produção, levaram a criação de mecanismos legais de ressarcimento, que impõe ao fornecedor o dever de indenizar por eventuais danos causados aos consumidores, pelo simples fato de colocar o produto ou serviço a disposição destes. Tal fato explica-se pelo princípio de quem lucra com a atividade, deve arcar com os riscos provenientes desta. É clara a aplicação da *teoria do risco*, que faz com que o fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade. Teoria que é integralmente acolhida pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor.

2.1.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil é o instituto que tutela a relação jurídica entre partes que por qualquer motivo gerou dano a outrem. Deste modo gera o dever de indenizar a vítima que teve seu patrimônio diminuído ou passou por sofrimento psíquico, que é o caso do dano moral. Mas não é tão simplório esse estudo, é mister a análise de uma série de requisitos para se constar a responsabilidade civil. Entre os elementos da responsabilidade estão a conduta, o nexo causal, o dano, a culpa e o dolo. Sendo que a culpa e o dolo são fatores verificados apenas quando se tratar de responsabilidade subjetiva. Nesse sentido

pronuncia-se Venosa (2007, p. 11): “*Muito cedo se percebeu no curso da história que os princípios da responsabilidade com culpa eram insuficientes para muitas das situações de prejuízo, a começar pela dificuldade da prova da própria culpa*”(grifos do autor).

Tanto é verídica tal afirmação, que se percebe a evolução da legislação vigente no Código Civil, no ²¹art. 927, parágrafo único, seja o Código de Defesa do Consumidor no ²²art. 12, que de forma explícita transcrevem a responsabilidade objetiva, suprindo dessa forma, as deficiências da teoria que leva em consideração a comprovação da culpa (responsabilidade subjetiva).

Quanto ao conceito geral de responsabilidade civil, Gagliano (2006, p. 9) descreve:

[...]conclui-se que a *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).[...] Decompõe-se, pois, nos seguintes elementos, que serão estudados no decorrer dessa obra: a) conduta (positiva ou negativa); b) dano; c) nexo de causalidade.

Percebe-se que na citação do autor, doutrinado de direito civil, é relatada o surgimento da responsabilização decorrente de uma conduta ilícita, critério que pode ser dispensado. Tanto na apuração da responsabilidade do fornecedor no direito do consumidor e nos casos de atividade de risco (tratada pelo Código Civil), por ambos os casos fazerem parte da teoria da responsabilidade objetiva. Que é prescindível a constatação do dolo ou da culpa.

Para configurar a responsabilidade civil, há a necessidade da soma de três elementos: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, conforme quadro explicativo a seguir:

²¹Art. 927, Parágrafo único. 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. (Código Civil)

²²Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (CDC)

CONDUTA	DANO	NEXO DE CAUSALIDADE
<p>O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a <i>voluntariedade</i>, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. [...] Em outras palavras, a <i>voluntariedade</i>, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão somente, a <i>consciência daquilo que se está fazendo</i>. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada da noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada da idéia de risco) [...].(GAGLIANO, 2006, p. 27)</p>	<p>Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. [...] Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito causar dano. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. [...] A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2007, p. 31)</p>	<p>O conceito denexo causal,nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. (VENOSA, 2007, p. 45)</p>

É essencial a soma do elemento conduta com o dano e por último o nexo causal. A conduta, que é humana deve estar revestida de consciência da ação, ou seja, deve o agente ter voluntariedade e discernimento da conduta. Não se confunde com dolo, porquanto, a intenção de causar dano não é essencial e sim, a simples liberdade mais a consciência do indivíduo. O conceito do dano é amplo e abrange tudo o que causa um prejuízo, tanto de ordem material quanto de ordem moral. Já o nexo causal, elemento indispensável na responsabilidade subjetiva e objetiva, é a ligação entre a conduta e o dano, ou seja, o dano é resultado da conduta.

No tocante a responsabilidade objetiva e a subjetiva, como citado acima, o que as diferenciam é que na primeira prescinde da comprovação de culpa. Já na responsabilidade subjetiva é imprescindível a comprovação da culpa.

A culpa é conceituada por Venosa (2007, p.22) com sendo: “Em sentido amplo, culpa é inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever.”

Deste modo, na responsabilidade subjetiva, é necessária a comprovação que a conduta do agente teve ausência de observância de um dever refletindo em um dano, que nada mais é que a comprovação da culpa.

2.1.2 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor

A nova era da sociedade de consumo, com a evolução social, a internacionalização do comércio, os contratos eletrônicos entre outros motivos fez o Poder Judiciário perceber, frente o descontentamento social, a impossibilidade de proferir decisões justas, utilizando-se apenas a responsabilidade subjetiva (comprovando a culpa).

Almeida (2008, p.87) relata haver uma dificuldade intransponível para demonstração da culpa do fornecedor, pelo fato deste possuir o controle dos meios de produção e do acesso aos elementos da prova. Outra dificuldade era a inviabilidade da propositura da ação judicial em face do vendedor ou prestador de serviço, quando não se obtinha êxito para chegar ao fornecedor originário.

Nos casos que envolviam danos a consumidores brasileiros, provenientes de serviços ou produtos de grandes empresas ou a até mesmo de empresas internacionais, era quase impossível preencher os requisitos da responsabilidade subjetiva para culminar na reparação dos prejuízos.

Após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, os mecanismos de responsabilização dos fornecedores passaram a serem aplicados de modo distinto. Quando um produto ou serviço gera um dano para o consumidor, por apresentar qualquer tipo de vício, surge a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, que é regulada pela legislação consumerista. Existe crítica doutrinária quanto à nomenclatura tradicional no direito da “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço”. Para Benjamin (2010, p.

137), tal expressão não retrata com nitidez, o enfoque moderno com que o direito do consumidor trata o tema. A melhor forma é nomear como “responsabilidade pelos acidentes de consumo”. Esta terminologia destaca o elemento humano como consequência, enquanto aquela outra apenas destaca o elemento material. Já para Nunes (2009, p. 272) a expressão acidente de consumo não se enquadra em alguns casos em que ocorre o dano, porém não é gerado propriamente por um acidente, como é o caso do lançamento equivocado no cadastro de devedores do Serviço de Proteção ao Crédito, que configura um defeito de serviço passível de gerar danos materiais, morais e à imagem. A palavra “fato” tem significado de acontecimento, que permite assim dizer, qualquer acontecimento.

Desde modo, o conceito de “fato do produto ou serviço” é qualquer acontecimento que enseja a ocorrência de um dano causado por defeito no produto ou serviço.

Quanto à aplicação da legislação pertinente, explica Benjamin (2010, p. 138), que o regime jurídico da matéria é tratado de maneira absoluta pelo CDC como responsabilidade na relação de consumo, afastando-se o regime de responsabilidade do Código Civil. Excepcionalmente pode-se aplicar o Código Civil, desde que não contrarie o sistema e a principiologia do CDC.

Para esclarecer Garcia (2010, p. 113 e 114) explica:

Assim, o Código de Defesa do Consumidor disciplina em sua Seção II (arts. 12 a 17) a responsabilidade por vício de segurança (sob o título “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”), em que a utilização do produto ou serviço é capaz de gerar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros, podendo ocasionar um evento danoso, denominado de “*acidente de consumo*”

Verifica-se que o “acidente de consumo”, possui dois elementos básicos, que são: o vício de segurança do produto ou do serviço e o evento danoso em decorrência do vício. É de suma importância informar que a doutrina diferencia o termo “vício” e o termo “defeito”. Como relata Garcia (2010, p. 115), vício pertence ao produto ou serviço, tornando-o inadequado, sem gerar problemas extras ao consumidor ou a terceiros. Já o defeito é a soma do vício no produto ou serviço e a ocorrência de um problema extra (o dano) em virtude daquele(GRIFO NOSSO). Deste modo, há vício sem defeito, mas o contrário é incabível.

Defeito está conceituado no próprio Código de Defesa do Consumidor, no ²³art. 12, §1º. Mas doutrinariamente o conceito é ampliado, como explica Nunes (2009, p. 274) o conceito de defeito descrito no Código, é meramente exemplificativo, sendo que qualquer outra hipótese ligada ao produto, seja proveniente antes durante ou após o processo de fabricação e até mesmo a publicidade relativa ao produto ou serviço podem caracterizar a qualificação do defeito, que por sua vez sempre gera dano.

O tipo de responsabilidade que rege o fato do produto ou serviço é a objetiva. É uma evolução no tratamento aos direitos do consumidor, tendo em vista a dificuldade na comprovação da culpa do fornecedor e em demasiadas vezes estes ficarem isentos de qualquer responsabilização por danos ocasionados por seus próprios produtos ou serviços. Almeida (2008, p. 88), faz um apanhado histórico e descreve a responsabilidade civil no CDC:

Atento a essas circunstâncias, a tendência da legislação e da jurisprudência de países como Estados Unidos, França, Itália e Alemanha, bem como a orientação dos doutrinadores e dos tribunais do País, é que o legislador optou pela adoção da responsabilização objetiva, independente de culpa, para a reparação dos danos pelo fato do produto ou serviço. Consagrou o novo Código, de forma incisiva e clara, que o fornecedor responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados por defeitos ou insuficiência e inadequação de informações, em relação aos produtos e serviços que colocou no mercado (CDC, arts. 12 e 14)

O CDC trata do tema da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço nos ²⁴caput dos artigos 12 e 14. A responsabilidade nestes casos é objetiva, ou seja, sem a obrigação da comprovação da culpa do fornecedor, como se evidencia nos próprios dispositivos legais, ora citados, quando descrevem *independentemente da existência de culpa*.

Benjamin (2010, p. 148) de modo conciso, descreve a responsabilidade objetiva adotada no CDC:

²³Art. 12 [...]§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. [...]

²⁴Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (CDC)

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso. Não é sequer relevante ele tenha sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalta-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código – não custa repetir – réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia.

Esta modalidade de responsabilidade resguarda ao consumidor o direito a indenizações em caso de danos ocasionados por produto ou serviço. O foco principal é a ausência da necessidade de comprovação da culpa. Basta o fornecedor colocar o produto no mercado de consumo, para ser responsável pelo mesmo e o consumidor comprovar o dano e o nexo de causalidade (o dano proveniente do produto) para fazer *jus* ao ressarcimento e/ ou indenização.

Almeida (2008, p. 90) esclarece que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço fica condicionada a três pressupostos, que são:

I- A colocação do produto no mercado: é a ação humana de lançar ou colocar em circulação comercial produto ou serviço danoso, que possa acarretar lesões aos consumidores. Observa-se que a simples fabricação não acarreta ato ilícito, mas sim, a comercialização deste.

II- A relação de causalidade: trata-se da relação de causa e efeito entre a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, e o dano verificado.

III- O dano ressarcível: são os eventuais prejuízos, que subdividem-se em danos emergentes (os prejuízos efetivos, diretos e imediatos, descritos no Código Civil nos arts. 402 e 403²⁵), e em lucros cessantes, que compreendem os prejuízos previsíveis (despesas médico-hospitalares, lucros não auferidos por afastamento das atividades normais, redução da capacidade laborativa, etc).

²⁵ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (CC)

Deste modo, basta a comprovação que o fornecedor colocou o produto ou serviço no mercado de consumo, a ocorrência do dano, e a demonstração que o dano teve origem no produto ou serviço, para que o Estado por meio de seu poder jurisdicional imponha ao responsável (fornecedor) o dever de indenizar.

Benjamin (2010, p. 148) ressalva que:

A alteração sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço.

Assim, não há o que se falar em benefícios demasiados para o consumidor, porquanto este, em caso de dano, estará comprovando sua origem e comprovando o próprio dano.

Nesta ordem, Sanseverino (2002, p. 113) complementa a responsabilidade no acidente de consumo, com a explicação da limitação do dever de indenização, apenas quando constatado um defeito no produto ou serviço. Sendo prescindível a comprovação de culpa, porquanto se trata de responsabilidade objetiva do fornecedor. O produto ou serviço é considerado defeituoso quando não apresentam a segurança necessária para o lançamento no mercado de consumo.

Fica elucidada a abrangência da responsabilização do fornecedor, que se o produto ou serviço não demonstram qualquer defeito, não se obriga o ressarcimento de eventuais danos. Pode-se utilizar como exemplo um acidente de trânsito provocado unicamente por negligência dos condutores, neste caso não há possibilidade de responsabilizar o fornecedor se os automóveis não possuíam qualquer defeito originários de fábrica.

Denota-se grande evolução aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois anteriormente a sua vigência, a comprovação da culpa tornava inviável a procedência da ação judicial, pelo fato do consumidor geralmente ser hipossuficiente, sem acesso aos meios probatórios. Todos os mecanismos da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, visam garantir a incolumidade físico-psíquica do consumidor, resguardando a saúde e a segurança desta classe.

2.1.3 Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor

A regra na legislação consumerista é a aplicação da responsabilidade objetiva frente aos danos aos consumidores decorrentes de produtos ou serviço. A única exceção é a responsabilidade na prestação de serviço do profissional liberal, que se dá de maneira subjetiva, o que demanda a comprovação da culpa, como descreve o ²⁶ art. 14, §4º do CDC.

Descreve Carvalho (2008, p. 75):

Respondem os profissionais liberais, pois, subjetivamente, pela reparação dos danos causados por defeitos da prestação de serviços ou por insuficiência ou inadequação sobre a fruição e os riscos dos serviços. [...] Ao consumidor além da prova do dano e da relação de causalidade, caberá demonstrar a culpa do profissional liberal. Comprovada a hipossuficiência técnica ou a verossimilhança da alegação (art.6, VIII), contudo, pode o juiz promover a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, de acordo com a proposta apresentada no capítulo anterior.

Caso o serviço prestado pelo profissional liberal não atender ao esperado, apresentando defeito é essencial a comprovação da culpa, além do dano e do nexo causal. O benefício da inversão do ônus da prova o consumidor continua tendo acesso.

Questão relevante sobre o entendimento do art. 14, §4º do Código, é trazida por Marques (2010, p.422), no que se refere à responsabilidade de pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais liberais, perdem o privilégio da responsabilidade subjetiva, e devem ser considerados fornecedores normais. O motivo é que o tratamento diferenciado é quando à pessoa do profissional liberal e não o serviço prestado.

A culpa subjetiva na legislação consumerista é extremamente restrita àquelas pessoas denominadas profissionais liberais, tais como médicos, advogados, dentistas, entre outros, e excluem-se deste rol, as empresas que prestam esses serviços, não sendo consideradas profissionais liberais para efeito da responsabilização.

²⁶ “Art. 14, [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (CDC)

2.1.4 O fato do produto

Como supramencionado o fato abrange qualquer acidente de consumo, bem como qualquer acontecimento decorrente da relação de consumo, que tem origem de um defeito no produto, que como consequência gera algum dano ao consumidor. No campo do fato do produto, faz-se necessário a conceituação de produto. Na citação de Sanseverino (2002, p. 122), produto abrange todos os bens móveis, imóveis, materiais e imateriais, ou seja, é o objeto das relações jurídicas de consumo.

Com base no texto de Almeida (2008, p.90), fato do produto pode ser resumidamente representado como: **PRODUTO + NEXO DE CAUSALIDADE + DANO = FATO DO PRODUTO**

Percebe-se que diante do lançamento do produto no mercado, na ocorrência de dano ao consumidor em razão de defeito neste produto, configura-se o fato do produto, e consequentemente a responsabilização do fornecedor.

Um caso que configura o fato do produto é a informação causadora de dano, que Nunes (2009, p. 276) traz como exemplo uma indústria que produz uma geléia e no rótulo descreve de maneira grande e aparente a expressão *diet*, e logo abaixo a frase “feito com morangos verdadeiros”, porém nada menciona sobre a composição do produto. Um consumidor com diabetes vê a geléia na prateleira do mercado e interpreta com base no rótulo, que é adequado para seu consumo. O que o consumidor não sabia era que o produto era considerado *diet* pela indústria porque tinha baixa caloria e o açúcar não é ausente e sim apenas possui baixa concentração. Após consumi-lo no café da manhã, passa mal, é levado ao pronto socorro e quase vai a óbito em decorrência do consumo do açúcar existente na geléia. Neste caso em decorrência de informação insuficiente e inadequada do produto, o consumidor foi atingido pelo defeito, tendo assim, direito à indenização pelos danos materiais (gasto com hospital e medicamentos, bem como o que deixou de ganhar por não poder trabalhar) e morais (a dor e os danos morais sofridos).

É um exemplo peculiar pois o produto não apresenta defeito quando a sua formulação, que para uma pessoa sem restrições para o consumo de açúcares, não traria o

dano, porém o defeito encontra-se na informação do produto (seu rótulo), que trazia informações inadequada e insuficientes que gerou o dano ora relatado.

Outro caso hipotético clássico, escrito por Nunes (2009, p. 277), que abrange o fato do produto, e responsabilidade solidária, acontece quando um automóvel apresenta defeito de fabricação. O defeito é proveniente de um amortecedor que se rompe no momento que o consumidor faz uma curva com veículo, capotando e sofrendo danos. Neste caso configura-se o acidente de consumo e estão como responsáveis a empresa montadora e a empresa fornecedora do amortecedor, sendo facultado ao consumidor lesado, a escolha de quem demandar judicialmente (montado ou fornecedora do amortecedor).

O campo da responsabilização é amplo, e abrange todos os fornecedores e quanto aos sujeitos de direito à reparação dos danos, além do consumidor que adquiriu o veículo equiparam-se todas as vítimas envolvidas no acidente de consumo como já descrito no item 2.1.2 deste Capítulo.

2.1.5 O fato do serviço

Na mesma linha de raciocínio quanto ao fato já conceituado, segue agora, o fato do serviço. Assim, quando em decorrência da prestação de determinado serviço, houver a presença de defeito, que por sua vez, gera qualquer tipo de dano ao consumidor, caracteriza-se o fato do serviço.

Sanseverino (2002, p. 124) descreve o conceito de serviço aplicado na legislação consumerista brasileira:

O conceito de serviço foi fixado de forma ampla no Código de Defesa do Consumidor, como sendo toda e qualquer atividade prestada no mercado de consumo, mediante remuneração. Abrange os serviços prestados por instituições financeiras, empresas de transporte (rodoviário, ferroviário. Aéreo) hotéis, restaurantes, hospitais instituições de ensino. São também abrangido serviços prestados por profissionais liberais, como médicos dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos.

Utilizando-se o texto de Almeida (2008, p.90), fato do serviço pode ser resumidamente representado como: **PRESTAÇÃO DO SERVIÇO + NEXO DE CAUSALIDADE + DANO = FATO DO SERVIÇO**

Percebe-se que diante da prestação do serviço, na ocorrência de dano ao consumidor em razão de defeito neste serviço, configura-se o fato do serviço, e consequentemente a responsabilização do fornecedor do serviço (fornecedor).

Um exemplo claro de fato do serviço, como relata Nunes (2009, p. 300), é o caso de um usuário, de cartão de crédito, aqui denominado de José que efetua o pagamento de seu saldo perante o banco, operação que deveria resultar em quitação de seu saldo (zera sua dívida). Porém por falha no sistema operacional da administradora do cartão, os valores pagos pelo consumidor não são lançados em sua conta e o cartão é bloqueado, impedindo de ser utilizado. O consumidor não conhece o problema e está ciente que seu saldo está quitado e a situação de serviço de seu cartão está ativa e normal.

Acontece que após alguns dias, o consumidor participa de um almoço de negócios, pois este é diretor financeiro de determinada empresa. No almoço estavam o patrão de José e um futuro cliente da empresa. O almoço segue animado com as tratativas de futuras negociações. José pede a conta ao garçom e solicita que pegue seu cartão de crédito para quitar as despesas com os almoços. O garçom retorna constrangido e relata que “a maquininha não aceitou o cartão”. José envergonhado pede ao garçom que insista e ligue para a administradora. O garçom repassa a tarefa para o *maitre*, que algum tempo depois vai à mesa dos empresários e fala que conversou com a administradora do cartão e que esta não aprovara a transação porque ele está em atraso no pagamento de sua fatura. José tenta se explicar, mas o presidente da empresa, temendo maiores constrangimentos, entrega ao *maitre* seu próprio cartão, dizendo para José resolver a situação outra hora.

Neste caso ocorreu um defeito na prestação de serviço da administradora de cartões e José o consumidor, sofreu dano moral indenizável, frente à situação constrangedora por qual passou. É um exemplo hipotético que configurou o fato do serviço.

Outro tema atual, fortemente inserido na vida dos cidadãos, figura-se por meio da responsabilidade dos fornecedores de serviço de redes sociais, como segue:

Figurada a relação de consumo por meio da rede social, que trava relações de hospedagem de conteúdo dos dados fornecidos pelo consumidor, seja em forma de palavras, imagens e assim por diante, incidente, em sua totalidade, o regime de responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço presente no Código de Defesa do Consumidor.[...] Conclui-se, dessa forma, ser objetiva, com fundamento no art. 14 do CDC, a responsabilidade pelo fato do serviço do detentor do site em que se encontram *links* que contêm dados sensíveis dos usuários, por se utilizarem dessa maciça aglutinação de informações para obterem sua remuneração em gigantescos contratos de publicidade e, acima de tudo, por deterem os meios técnicos de se individualizar os reais causadores dos danos. (MARTINS E LONGHI, 2011, p. 211)

Fica evidenciado a possibilidade da configuração de fato do serviço, diante de dano ocasionado pelas prestadoras de serviços de redes sociais, tais como *Orkut, Facebook ou My Space*, aos usuários que por ventura tenham suas imagens denegridas nestes ambiente virtuais. O enquadramento quanto à responsabilidade dos prestadores de serviço de redes sociais, incidem como a de provedores de hospedagem, seja de imagens, seja de dados. É configurado a relação de consumo, pois, mesmo que o pagamento não seja feito diretamente do consumidor para o fornecedor, este último recebe valores exorbitantes com as publicidades. No que se refere a espécie de responsabilidade do fornecedor, a empregada é a responsabilidade objetiva, frente à dificuldade técnica que o consumidor tem para comprovar os reais causadores de danos.

2.1.6 Inversão do ônus da prova

Outro fator importante que tutela a efetiva proteção ao consumidor, é a inversão do ônus da prova ao seu favor. É um direito básico previsto no art. 6º, VII do CDC ²⁷. Almeida (2008, p. 109 e 110) explica que a motivação para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é em decorrência da situação de hipossuficiência e fragilidade que se encontra, que via de regra não possuiu condições alcançáveis para realizar as provas de suas alegações, que somente o fornecedor tem acesso os meios de produção, onde teoricamente seria o local para se obter as provas. Mas existem limitações para tal

²⁷ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (CDC)

benefício que são: quando houver verossimilhança nas alegações, a critério do juiz segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando houver comprovação da condição de hipossuficiência do consumidor.

Santos (2002, p. 65) conceitua a expressão ônus da prova:

Ônus deriva do latim *onus*, significando carga, peso. *Onus probandi* tem como tradução o encargo de provar. Leia-se *encargo* no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do magistrado, no que tange aos fatos alegados. [...] Classicamente cabe às partes a incumbência da iniciativa da atividade probatória. Quem alega tem o ônus de provar, quem nega nada precisa provar.

Vê-se que a regra geral do ônus da prova, que significa o dever de provar, é de quem faz as alegações, ou seja, a parte que ingressar com processo judicial alegando determinado fato, deve provar este fato, já quem foi acusado, nada precisa comprovar.

No Direito do Consumidor, em determinados casos, vige a aplicação da inversão do ônus da prova. Como explica Santos (2002, p. 68), no caso de demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor descritos no art. 6º, VIII, do Código, o Juiz de modo discricionário por meio de um juízo de valor, aplica ou não a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, já que os conceitos ora mencionados (hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das provas) demonstram-se subjetivos. Já na hipótese prevista no art. 38 do Código²⁸, que se refere à veracidade e correção de informações ou comunicações publicitárias postas aos consumidores, a aplicação do ônus probatório, não está a cargo discricionário do Juiz, e sim de modo cogente àquele que patrocina (responsáveis pelas informações) as informações.

Denota-se que a inversão do ônus da prova, muda o dever de provar as alegações, que em regra é de quem alega, passando o dever de provar àquele recebe a imputação da alegação, como por exemplo, o caso do consumidor alegar defeito no produto, o dever de provar ao contrário é do fornecedor responsável pelo produto defeituoso. Dentro do Código, a aplicação da inversão do ônus da prova, para o consumidor que demonstrar a

²⁸ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. (CDC)

verossimilhança das alegações ou comprovar sua situação de hipossuficiência, depende da discricionariedade do Juiz.

Nunes (2009, p. 781) descreve que para configurar a verossimilhança dos fatos, é necessário que a descrição dos fatos possa aferir forte conteúdo persuasivo e por se tratar de medida extrema o Juiz deve comparar com a tese de defesa para comparar o grau de verossimilhança entre as alegações. Já a hipossuficiência do consumidor é de ordem técnica e não econômica.

Já no caso de informações publicitárias, o modo de aplicação do ônus probatório é expresso e cogente, impondo o dever de provar aos responsáveis pelos anúncios, informações, dentre outros conteúdos publicados.

2.1.7 Desconsideração da personalidade jurídica

O CDC no intuito de proteção do princípio da confiança, e em repúdio ao abuso de direito, visando garantir a qualidade dos produtos e também a reparação de danos sofridos pelos consumidores, adotou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Marques (2010, p. 624) explica que o princípio da confiança é instituído pela legislação consumerista e visa à garantia da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado, bem como a efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores.

Quanto ao conceito da desconsideração da personalidade jurídica, Marques (2010, p. 622) ensina:

A doutrina da desconsideração tem seu fundamento nos princípios gerais de proibição do abuso de direito, e permite ao Judiciário, excepcionalmente, desconsiderar (ignorar no caso concreto) a personalidade societária, como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo condutas e responsabilidades diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica.

Evidencia-se aqui, um meio para evitar impunidades de fornecedores que de má-fé poderiam utilizar-se da pessoa jurídica para eximir-se de eventuais responsabilidades. O

legislador do CDC anteviu diversas situações distintas que levariam prejuízo aos consumidores e as suprimiu.

O Código de Defesa do Consumidor no art. 28, *caput* e no art. 28, §5º²⁹, descreve os casos passíveis de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, Carvalho (2008, p. 57) explica:

Como instrumento de “salvaguarda procedimental do consumidor”, a desconsideração da personalidade jurídica, em suma, assegura ao lesado acesso direto e imediato aos bens patrimoniais dos sócios e administradores toda vez que “houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. (art. 28 do CDC). Ao lado dessa possibilidade procedimental, a desconsideração pode também ser efetivada, nos termos do mesmo artigo, quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Percebe-se que a desconsideração da personalidade jurídica é um meio pelo qual tem o julgador como fim, garantir ao consumidor a plena reparação dos danos patrimoniais, com o patrimônio da pessoa física, responsável pela pessoa jurídica, evitando-se assim, que um ficção jurídica (personalidade jurídica), impossibilite a indenização e reparação que a parte faz *jus*. Assim a desconsideração da personalidade jurídica deve ocorrer sempre que se torne um obstáculo para reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

2.1.8 Os responsáveis pelo dever de indenizar

Teoricamente todos os envolvidos na produção e comercialização de produtos e serviços são responsáveis pelos mesmos, porém esta responsabilização é regulamentada pelo CDC. Benjamin (2010, p. 146) explica: “O Código prevê três modalidades de

²⁹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

responsáveis: o *real* (o fabricante, o construtor e o produtor), o *presumido* (o importador) e o *aparente* (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real)”.

Na sequência, Benjamin (2010, p. 147) conceitua cada um dos responsáveis reais:

I- O fabricante é qualquer um que, direta ou indiretamente, promove o lançamento de produtos no mercado. Na hipótese de um produto ter vários fabricantes, que fornecem peças distintas ou matéria prima para chegar ao produto final, todos são responsáveis solidariamente por eventuais defeitos e possíveis danos que passa acarretar.

II- O produtor é aquele que põe no mercado produtos não industrializados, normalmente produtos animais e vegetais não processados. Caso o produto sofra processamento de industrialização (limpeza, embalagem...), a responsabilidade é solidária entre o produtor e quem efetuou o processamento.

III- O construtor é aquele que lança no mercado produtos imobiliários. Na ocorrência de vício pela qualidade do produto, há vários fatores a serem verificados, como a má técnica utilizada ou a utilização de produto defeituoso fabricado por terceiro. Comprovado que o vício é proveniente de produto utilizado, mesmo assim, o construtor continua sendo responsável pelos defeitos e/ ou danos causados. Porém, o fabricante do produto de modo algum está isento de responsabilização, tanto é que é responsável solidário pelos vícios.

A adoção da responsabilidade solidária pelo CDC, entre os responsáveis pelo produto ou serviço é um importante instrumento de defesa do consumidor, sendo que os fornecedores (reais, aparente e presumido), bem como os demais envolvidos no processo de fabricação ou prestação do produto ou serviço, ficam responsáveis pelo produto/ serviço final. Esta medida está prevista de maneira expressa no CDC, art. 25, §1º e §2º³⁰.

Além do fornecedor real, a doutrina prevê o fornecedor aparente e o fornecedor presumido como responsáveis, como segue abaixo:

³⁰ Art. 25, [...] § 1º “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.” (CDC) Art. 25, [...] § 2º “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.” (CDC)

O fornecedor aparente é o que se apresenta apondo no produto o seu próprio nome, marca ou sinal distintivo. Diante disso, pode ser responsabilizado diretamente.[...] Por fim, o **fornecedor presumido** é o **importador** e o **comerciante do produto anônimo**. A lei admite, por ficção, que assumam a condição de fabricantes, sendo-lhes imputada a responsabilidade pelos acidentes de consumo (GARCIA, 2010, p. 117).

A responsabilidade solidária garante ao consumidor a possibilidade de acionar judicialmente como pólo passivo o fornecedor que lançou o produto ou serviço no mercado, como qualquer um que tenha participado deste processo (seja fornecendo peças, matéria prima...), tendo em vista a desnecessidade de comprovação do real responsável pelo dano, o que tecnicamente é inviável, pelo fato de que a classe consumidora não possui acesso a tais informações. A ficção legal ora comentada, é de extrema importância pois seria quase impossível responsabilizar o verdadeiro fabricante, seja do produto importado pela distância e complexidade da justiça internacional, seja do produto sem identificação, pela dificuldade de comprovar a origem.

2.1.9 Exclusão da responsabilidade

O Código de Defesa do Consumidor é omissivo quando as causas de exclusão de responsabilidade pelo fato do produto, este aborda apenas a exclusão do nexo de causalidade no artigo 12, §3º³¹, somente nos casos em que o fornecedor acusado, não pôs o produto no mercado, o defeito inexistente ou a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro. Nesses casos o fornecedor desconecta a relação acidentária consigo, motivo que o exime de qualquer responsabilidade sobre o fato.

O verbo “só” utilizado no texto legal, para definir os casos excludentes do nexo de causalidade deve ser respeitado. Razão pela qual, nenhuma outra forma de isenção de responsabilidade do fornecedor deverá existir. Isso descaracteriza a aplicação para as relações de consumo, do caso fortuito e da força maior, no que tange a responsabilidade do fornecedor. (NUNES 2009, p. 285)

³¹[...]§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.[...] (CDC)

Quando de fala em fato do serviço, Nunes (2009, p. 315) aceita o instituto da excludente de responsabilização, em dois casos: a) culpa exclusiva do consumidor; b) culpa exclusiva de terceiro. Outro caso abordado pelo autor é a desconstituição do direito do consumidor na hipótese do prestador do serviço provar a inexistência do defeito apontado pelo consumidor. Nesses casos o prestador está isento da responsabilidade proveniente do fato do serviço. O caso fortuito e a força maior não são considerados excludentes de ilicitude. O Código de Defesa do Consumidor trata dos casos ora mencionado no artigo 14, §3^o³².

Para Benjamin (2010, p. 164), defensor de uma teoria com maior amplitude no que se refere a isenção do dever de indenizar do fornecedor, considera existente as excludentes de responsabilidade, como segue:

As causas de exclusão de responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço, em linhas gerais, aquelas traçadas para os produtos. Só que, em vez de três, resumem-se a duas: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nesta matéria também é causa de exoneração o caso fortuito e a força maior. O risco de desenvolvimento, como nos produtos, não exonera. Por derradeiro, o surgimento de novas tecnologias não torna defeituoso um serviço prestado com base em técnica distinta, mas perfeitamente adequada à época da sua utilização. (BENJAMIN, 2010, p. 164).

Também deve ser levado em consideração como causa de exclusão de responsabilidade a decadência e a comprovação que o fornecedor demandado não colocou o produto no mercado e não participou como fabricante, produtor, construtor, importador, comerciante ou incorporador do produto ou prestador do serviço, como relata Almeida (2008, p. 104).

Diante disto, percebe-se que não se pode responsabilizar alguém por produto ou serviço que não deu origem ou participou na fabricação/ elaboração e também não o ofertou no mercado de consumo.

Sanseverino (2002, p. 129) aprofunda o tema, e relata a diferença da periculosidade inerente e a periculosidade adquirida do produto ou serviço, ou seja, intrinsecamente perigosos ou acidentalmente perigosos.

³²[...] § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. [...] (CDC)

Caracteriza-se a periculosidade adquirida os produtos ou serviços que se tornam perigosos em razão de um defeito na fabricação ou até mesmo por deficiência na informação. Neste caso o fornecedor é responsável por qualquer acidente de consumo.

Já os produtos ou serviços intrinsecamente perigosos, a periculosidade é inerente à própria qualidade do produto ou serviço, que por sua vez, em regra, a responsabilidade do fornecedor é excluída em caso de acidente. É o caso da faca de cozinha, que quanto mais afiada mais qualidade tem o produto, neste caso se a cozinheira cortar a mão com a faca, não há o que responsabilizar o fornecedor. Porém para ocorrer este caso de exclusão de responsabilidade é imprescindível a comprovação de duas características, que são: normalidade e previsibilidade. A normalidade que a própria natureza do produto seja perigosa, ou seja, o perigo não deve ser originado por defeito no produto ou serviço. A previsibilidade é a ciência que o consumidor deve ter em relação a periculosidade do produto (adequada informação sobre os perigos e o modo correto de utilização do produto). Diante da comprovação dessas duas características (normalidade e previsibilidade) afasta-se a responsabilidade civil do fornecedor.

2.1.10 Sujeitos de direito e danos indenizáveis

A legislação do Código de Defesa do Consumidor é especial, sendo aplicada para uma gama de pessoas que se enquadram em alguns requisitos estabelecidos pelo próprio Código no art. 2º e seu parágrafo único, que são os consumidores. E no caso de acidente de consumo o Código amplia o conceito de consumidor ao equiparar todas as vítimas de acidente de consumo como consumidoras, de modo expresso no ³³art. 17 do Código. Deste modo, como esclarece Sanseverino (2002, p. 204), a vítima do acidente de consumo para gozar das benesses da legislação especial (CDC), deve ser comparado a consumidor. O conceito de consumidor já está demonstrado no presente trabalho, no Capítulo I, item 1.3.3.

³³Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (CDC)

O conceito de dano, no âmbito jurídico, é entendido como a lesão a um direito que foi suportada por pessoa física ou jurídica em razão da ação ou da omissão de outra pessoa física ou jurídica.

A doutrina conceitua o dano:”Lembre-se a palavra “dano” significa estrago; é uma danificação sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo. Implica, necessariamente, a diminuição do patrimônio da pessoa lesada” (NUNES, 2009, p. 321).

Quanto a sua natureza, os danos podem ser morais, materiais, estéticos, ou à imagem e sua efetiva reparação pelo agente causador está amparada pela Constituição Federal, bem como, por outras leis ordinárias, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, entre outras, além de leis específicas.

Muitas vezes, o dano suportado tem mais de uma natureza, pois, comumente, danos materiais ou à imagem trazem consigo prejuízos que geram também dano moral, assim como um dano moral pode gerar também lesões de ordem material ou à imagem.

O dano pode ser classificado como patrimonial (material) ou moral e é pressuposto para a responsabilidade civil. É uma tutela prevista na própria Constituição Federal, ³⁴art. 5º, incisos V, X e XXII, que determina que sejam assegurados o direito a indenização pelo dano material ou moral, bem como garante o direito de propriedade. Esta dicotomia de “dano moral ou material” esta sumulada no STJ, com o entendimento que as indenizações são cumuláveis.

In verbis: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça)

As indenizações podem ser cumulativas, não há o que se falar em utilizar apenas uma ou outra, tendo em vista o mesmo fato pode abranger tanto danos morais, como danos patrimoniais. É uma aplicação do princípio da reparação integral do dano.

A doutrina esclarece a aplicação deste princípio:

³⁴ Art. 5º [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; [...] (Constituição Federal)

O princípio da reparação integral do dano significa que a totalidade dos prejuízos sofridos pelo prejudicado deve ser ressarcida, guardando o montante da indenização uma relação de equivalência com a extensão dos danos. . (BENJAMIM, 2010, p. 131).

Deste modo, qualquer dano que a vítima do fato de consumo venha a sofrer, deve ser ressarcida, seja ela patrimonial, moral, estética ou qualquer outra que seja.

O CDC ³⁵(art. 6º, inciso VI) no rol dos direitos básicos do consumidor também garante a cobertura para ambos os danos – patrimonial e moral. Em relação ao tema dispõe a doutrina:

Havendo dano, a indenização terá de ser a mais completa possível. Para o Código, de fato, a reparação é ampla, cobrindo todos os danos sofridos pela vítima, patrimoniais (diretos ou indiretos) e morais, inclusive aqueles causados no próprio bem de consumo defeituoso. Ademais, a indenização é *integral*, já que o legislador, ao revés do que fez a Diretiva da CEE, não previu, em nenhum lugar, a indenização *tarifada*. (BENJAMIM, 2010, p. 145).

A ocorrência de um fato do produto ou serviço gera danos patrimoniais, e podem gerar inclusive danos de ordem moral, ambos são tutelados pela legislação.

Nunes (2009, p. 320), conceitua sinteticamente o dano material como a composição em dinheiro visando à reposição do *status quo ante*, que significa o valor efetivamente perdido, o dano emergente, a receita que se deixou de aferir e os lucros cessantes.

A visão de danos materiais não se limita aos facilmente perceptíveis que seriam os danos no próprio patrimônio, eles alcançam inclusive a aferição dos lucros futuros que a vítima deixou de receber em razão do fato do produto ou serviço.

Já o dano moral, é conceituado pela doutrina da seguinte forma:

Assim, dano moral é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo. Uma imagem denegrada, um nome manchado, a perda de um ente querido ou a redução da capacidade laborativa em decorrência de um acidente, traduz-se numa dor íntima (NUNES, 2009, p. 321)

³⁵ Art. 6º, [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...] (CDC)

O dano moral é de longo alcance e subjetivo de acordo com cada indivíduo, pois como supramencionado é tudo que gera dor íntima ao indivíduo. Como o ser humano têm diferentes personalidades e formas de pensar, uma situação que possa trazer imenso desgaste psíquico para um, pode não representar nada para outro. Daí provém a abrangência do dano moral. Além destas categorias, existe o dano estético, que pode ser concedido de forma cumulada com dano moral. O entendimento é do STJ, como segue:

Podem cumular-se danos estéticos e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie. Importando a imputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fins de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral (STJ, REsp. 705457 / SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 27/08/2007).

Assim, em um acidente uma criança teria uma condição traumática que deve ser indenizada como dano moral, e caso houver um dano físico permanente deve ser indenizado a título de dano estético. A partir desta teoria adotada, foi proferida a Súmula nº 387 do STJ³⁶, que permite a cumulação de indenizações com dano moral e dano estético.

Dano moral coletivo seria uma quarta modalidade de dano reparável, previsto no CDC no art. 6º, VI e VII³⁷. Relata Garcia (2010, p. 70) que a configuração do dano moral coletivo é a injusta lesão à esfera moral de certa comunidade e a violação de valores defendidos pela sociedade de forma coletiva.

Desta vênua, sempre que a coletividade, sofre injusta lesão à esfera moral ou violação aos seus valores, como por exemplo, quando os princípios ideológicos de certa comunidade forem ofendidos, configura-se o dano moral coletivo.

No próximo capítulo burcar-se-á aferir o quantum indenizatório nos casos de lesão ao consumidor, levando-se em consideração o tipo e a extensão do dano, bem como as características do fornecedor ou do prestador de serviços e a reprobabilidade da conduta desses.

³⁶ É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (Súmula n. 387 do STJ).

³⁷ Art. 6º [...] VI a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; (CDC).

CAPÍTULO III

3 QUANTUM INDENIZATÓRIO

O capítulo aborda o quantum indenizatório proveniente de danos causados pelo fato do produto ou serviço. Será elaborado principalmente com base em jurisprudencial e doutrinária, já que a lei não estabelece valores liquidados. Para cada espécie de dano (material, moral, à imagem, estético) serão demonstrados os critérios utilizados para a apuração dos valores devidos a título indenizatório.

3.1 Valores das indenizações referentes aos danos de fatos do produto ou serviço

O dano causa diminuição patrimonial ou lesão na esfera moral da vítima, que varia em intensidade e quantidade em cada caso específico. No caso de meros danos patrimoniais o quantum indenizatório é objetivo e visa à restituição dos valores perdidos e os não obtidos em decorrência do fato. Já a indenização quanto ao dano moral, é subjetiva e o que se avalia principalmente é a intensidade do abalo causado à vítima e a capacidade financeira do fornecedor responsável pela lesão.

Para ensejar a responsabilidade civil, deverá existir o dano, ou seja, o comprovado prejuízo da vítima, que enseje, dessa maneira, a reparação (demonstrado no Capítulo II). Salienta-se que a responsabilidade civil, e a conseqüente indenização decorre da noção de compensação, ou seja de reconfortar a vítima diante do prejuízo por ela amargado.

3.1.1 Objetivos da indenização - reparação, punição, educação

A base da responsabilização civil do agente causador de dano, é possibilitar que aquele que sofreu o dano, tenha seu patrimônio restabelecido, com a devida reparação. Mas o objetivo da responsabilização não se resume ao caráter indenizatório, vai além, e alcança a função punitiva e educativa. Estas últimas visam criar um juízo de reprovação social e punitivo ao responsável por qualquer dano, refletindo assim, em um valor desestimulante à prática de novas condutas que possam causar danos a terceiros.

Como descreve Glagliano (2011, p.63):

Assim, na vereda de tais idéias, três funções podem ser facilmente visualizadas no intuito de reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.(...)Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a idéia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação jurídica anterior), a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho sócio-educativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas.

A função de reparação é a tentativa de restituição do patrimônio de quem sofre a lesão, ao *status quo ante*, isso quando for dano de cunho meramente patrimonial, pois quando envolve danos morais, estético e à imagem, a reparação é compensatória. O cunho punitivo tem serventia de criar uma barreira, um juízo de reprovação das consequências da conduta danosa, para não mais incidir no mesmo ato lesivo. Esta punição tem um reflexo social, de cunho educativo, pois a sociedade ao ver a reprovação e punição da conduta que gerou dano, vai desestimular ações análogas.

Deste modo, cria-se um equilíbrio social, diminuindo as condutas capazes de gerar dano, pelo cunho educativo. A vítima fica com idéia de justiça por ter seu patrimônio restituído, e o ofensor recebe a punição do Estado.

3.1.2 Quantificação do dano – jurisprudência

Para cada espécie de dano, existe uma maneira de se avaliar o valor do bem jurídico afetado para se obter um quantum indenizatório. Os critérios utilizados podem ser objetivos, como é o caso dos danos patrimoniais, como podem ser subjetivos, como é o

caso dos danos morais. A apuração dos danos à imagem utiliza-se de ambos os métodos, pode-se utilizar uma maneira concreta e simultânea valer-se dos critérios subjetivos para aferir os valores devidos para a indenização.

3.1.2.1 Dano material

Há dano material quando o patrimônio do prejudicado é atingido, seja porque diminui, seja porque fica impossibilitado de aumentar.

Nunes leciona:

Quando se trata de dano patrimonial o *quantum* indenizatório pode ser fixado de maneira simples: apura-se o valor efetivo da materialidade do dano e manda-se indenizá-lo. O cálculo do valor dessa indenização tem, assim, uma base objetiva. (NUNESp. 321, 2009)

O dano patrimonial abrange não só o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu), mas também o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio deixou de ter, em razão do evento danoso).

A doutrina conceitua o dano emergente da seguinte forma:

Resumidamente, pode-se dizer que se consubstancia em prejuízo efetivamente provocado, diminuição patrimonial absoluta, verificável qualitativamente e quantitativamente de imediato no plano concreto. Tratando-se, por exemplo, de um acidente de trânsito com avarias nos veículos, são danos emergentes os prejuízos palpáveis e avaliáveis *a priori*, o amassamento em si. (MATIELO, 2001, p. 41)

Os danos emergentes são aqueles meramente patrimoniais, que basta uma avaliação do prejuízo patrimonial para ter o exato valor pertinente. Já nos lucros cessante o critério de avaliação é aplicado pela vantagem econômica que o lesado deixou de obter.

Prevê a doutrina:

Noutras palavras, o lucro cessante se traduz em valores que o lesado deixou de auferir em virtude do evento, algo que não foi acrescido ao patrimônio e que pode ser atribuído ao fato lesivo e ao seu provocador. No exemplo estampado acima, caso um dos veículos envolvidos no acidente fosse utilizado como taxi, o montante que o taxista deixou teoricamente de receber durante o período no qual o automóvel ficou parado para conserto é nada mais, nada menos, do que lucro cessante (MATIELO, 2001, p. 41).

Os lucros cessantes também são auferidos de maneira objetiva, tendo em vista, que é realizado um levantamento do valor ganho em decorrência da atividade, e quanto tempo o lesado ficará impedido de exercê-la, para ao final obter a soma do prejuízo.

3.1.2.2 Dano moral

No dano moral, não existe prejuízo material. Dano moral é tudo aquilo que afeta a paz interior de cada um, que causa dor, sofrimento, que pode incidir na honra, na moral, no ego, ou em qualquer característica humana que possa causar um sentimento negativo.

A conceituação do dano moral é subjetiva e varia para cada indivíduo, do mesmo modo, a indenização por esta categoria de dano, também é subjetiva. Quanto a pessoa jurídica, que não possui caráter humano, sendo insuscetível a dor, ao sofrimento, a angustia, entre outros sentimentos, mas pode ser detentora de idoneidade, imagem positiva, credibilidade, entre outros fatores positivos. Razão pela qual a doutrina leciona:

[...] para essa doutrina, a possibilidade de reconhecimento da indenizabilidade extrapatrimonial em decorrência da difamação, por ter sido atingida a boa fama e reputação da empresa, por exemplo. Restringiu, portanto, ao dano à imagem a possibilidade de ressarcimento de ordem moral. (CIANCI, 2007, p. 16)

No caso da pessoa jurídica, leva-se em consideração para efeitos de dano, a violação da honra objetiva, que tange a imagem, o nome e a reputação da empresa.. Esta não é titular de honra subjetiva. Tanto que preceitua a Súmula nº 227 do STJ: “Pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

São notórias as dificuldades para avaliação do valor justo para a indenização no caso de dano moral. Não se pode aplicar o princípio da reparação integral (ressarcir o prejuízo como um todo), porquanto inexistem elementos de comutação entre o valor agredido e o *quantum* satisfatório. A solução que se revela com maior justiça é reparação *in natura*, ou seja, aplicar a imposição de medidas que restabeleçam o *statu quo ante*. Aplicando-se a reparação pecuniária apenas nos casos de impossibilidade de reversão efetiva. (CIANCI, 2007, p. 77)

Há doutrinadores como Reis (1998, p. 104) que utilizam valores tabelados para servirem como critérios orientadores do quantum indenizatório. Sabe-se que em se tratando de dano moral, a extensão do dano é variável de acordo com as características (de personalidade, valores...) de cada pessoa. Motivo que permite a crítica na utilização de valores tabelados.

Como expressa Barbosa:

O principal motivo é que, na prática, não existe um valor exato do dano moral, seja em que circunstância for. Por isso mesmo que não é fácil aceitar a questão das “tabelas” propostas por alguns legisladores ou doutrinadores. (BARBOSA, 2008, p. 215)

Não fazendo uso da objetividade das tabelas de valores indenizatórios, não significa que o magistrado poderá arbitrar valores sem qualquer parâmetro. Deste modo, para imposição das reparações pecuniárias, faz-se necessário que se adotem critérios para a aferição do quantum indenizatório, já que a lei consumerista não menciona valores. O magistrado no momento da lavratura da sentença deve se pautar por determinados critérios que incidiram na valoração da indenização. De modo a tornar o quantum o mais justo possível. Os critérios para uma formação de juízo da apuração de valores referentes às indenizações por danos morais são discriminados por Nunes (p. 324, 2009):

a) a natureza específica da ofensa sofrida; a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido; b) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido; c) a existência de dolo – má fé – por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; d) a situação econômica do ofensor; e) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; f) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido; g) necessidade de punição.

Todos os critérios para dimensionamento da indenização são calcados a garantir valores e direitos constitucionalmente estabelecidos, como a dignidade da pessoa humana, o respeito à vida, o direito à intimidade, à vida privada, à imagem e a honra. Percebe-se que a soma destes critérios devem incidir de maneira satisfatória nas garantias constitucionais (NUNES, 2009, p. 324).

Os magistrados no momento de sentenciar podem ser conduzidos a um valor subjetivo, mas orientados por preceitos palpáveis que com certeza possibilitam uma ponderação de valores suficientes à indenização no mínimo justa.

Quanto à **natureza específica da ofensa**, como explica Nunes (2009, p. 325), deve-se levar em consideração o fato real causador do dano, com os reflexos jurídicos diretos e indiretos. Por exemplo, a diferença do fato de um avião cair e causar a perda de um familiar em contra partida o fato do lançamento do nome do consumidor no cadastro de

inadimplentes. São distintos os fatos, como também são distintos os danos. Sendo que o mesmo fato pode gerar diversos danos, como no caso da queda de um avião.

Percebe-se que o fato da perda de um familiar soa bem mais grave, pois está se referindo à vida da pessoa, enquanto o lançamento no cadastro de inadimplentes o bem lesado é a honra, a imagem da pessoa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, arbitrou a indenização por lançamento indevido de nome do consumidor no cadastro de inadimplentes:

Ementa: [...] AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS CUMULADA COM DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. [...] INSCRIÇÃO DO NOME DO DEMANDANTE POR DÍVIDA QUE NÃO CONTRAIU. NEGLIGENCIA DA EMPRESA CONTRATANTE. ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS. [...] Consideradas as peculiaridades do caso concreto, em especial a conduta reprovável da ré e a extensão dos danos acometidos ao autor, que restou negativado por aproximadamente um ano, obtendo o expurgo de seu nome de rol de inadimplentes apenas após o ingresso da ação, a quantia arbitrada na sentença se mostra insuficiente, razão por que vai majorada para R\$ 6.220,00 (equivalente a 10 salários mínimos atuais), a fim de melhor atender os aspectos punitivo/pedagógico/reparatório da sanção pecuniária. [...] (Apelação Cível Nº 70039333208, Décima Segunda Câmara Cível, TJRS, Relator: Ana L. C. P. V. Rebout, Julgado em 12/04/2012) Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>.

Neste caso concreto, em decorrência do fato do lançamento indevido do nome do consumidor no rol de devedores, que ocasionou o dano à imagem e a honra do mesmo, a Câmara Cível arbitrou o valor da indenização no montante de R\$ 6.220,00 (seis mil duzentos e vinte reais).

Já quanto à lesão física sofrida por consumidor em razão do fato de desprendimento da tampa da garrafa que veio a atingir o globo ocular do consumidor, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu:

Ementa: [...]ACIDENTE DE CONSUMO - DESPRENDIMENTO DE TAMPA DE GARRAFA DE CERVEJA - LESÃO OCULAR - ENGARRAFADORA CONDENADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE R\$ 18.000,00 (DEZOITO MIL REAIS) - RESSARCIMENTO DAS DESPESAS MÉDICAS NO IMPORTE DE R\$ 820,50 (OITOCENTOS E VINTE REAIS E CINQUENTA CENTAVOS), ALÉM DO CUSTO DE TRATAMENTO DO GLAUCOMA SUPERVENIENTE. [...] – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL [...] SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível número:

2008.070763-4(Acórdão); Relator: Luiz Fernando Boller Origem: Blumenau Orgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil Data: 30/03/2012; Juiz Prolator: Jorge Luiz Costa Beber) Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaAv.do>

Neste caso, em decorrência de um defeito de segurança no produto, o fato causou um dano à saúde do consumidor, que consistiu em uma lesão física no globo ocular. O que motivou uma majorante no quantum indenizatório, comprando-se com o primeiro acórdão citado.

Ao analisar a natureza específica da ofensa sofrida, percebe-se quanto maior a proteção jurídica ao bem lesado, e quanto mais gravoso for o dano, maior será o valor da indenização.

Quanto à intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido, como a própria nomenclatura menciona, é necessário apurar caso a caso, a real intensidade do dano. Mesmo assim é de grande dificuldade saber o que cada indivíduo sentiu subjetivamente. Em cota disto, Nunes (2009, p. 326) explica:

Sem outra alternativa, é de se trabalhar com presunções fundadas em máximas de experiência relacionadas a casos similares anteriores.(...) Ou, em outros termos, após a colheita direta das provas capazes de apontar a dor sofrida pela vítima, o magistrado utilizará os outros elementos mais gerais (*standarts*), mais abstratos, obtidos pela experiência e tomados de outros feitos análogos já julgados para fixar a real intensidade da dor sofrida.

O fato de apenas o indivíduo que sofre o dano moral ter o real conhecimento da dimensão do abalo e do sofrimento, dificulta a aferição do valor indenizatório. Mas não é impossível a estipulação de um valor justo, pois todo o ser humano calcado por um instinto natural de experiência de vida, tem noção do nível de sofrimento que cada fato pode gerar. Com essa base empírica do sofrimento adicionado com o relato do consumidor lesado, o Magistrado fará o juízo de valores para apuração do total da indenização. Isso levando-se em conta o critério da real intensidade do sofrimento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgo:

Ementa: CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. RESIGNAÇÃO DA RÉ QUANTO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA ACERCA DA

CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. [...]INSURGÊNCIA ACERCA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO (R\$ 15.000,00). MANUTENÇÃO. VALOR QUE DIANTE DO CASO CONCRETO SE MOSTRA JUSTO E PEDAGOGICAMENTE EFICAZ. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.[...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível, n. 2012.008571-3 (Acórdão); Relator: Marcus Tulio Sartorato Origem: Orleans; Orgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil; Data: 12/04/2012; Juiz Prolator: Paulo da Silva Filho. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaAv.do>).

O consumidor ao ter seu direito de tratamento de saúde negado teve um abalo psíquico. Sendo um plano particular de saúde, o contrato firmado previa de maneira expressa a garantia do tratamento ora pleiteado. Mesmo assim a empresa negou o tratamento. É notável que qualquer ser humano em uma situação similar ficaria realmente abalado psicologicamente e acometido por sofrimento. Agrava a situação o fato da saúde do consumidor estar debilitada. Como supramencionado no Acórdão, no momento da estipulação do valor da indenização pelo danos morais foram levados em consideração a angústia sofrida pelo consumidor lesado.

Outro aspecto importante que é verificado no acórdão citado (Apelação Cível, n. 2012.008571-3) é o estudo das condições econômicas do responsável. Parte-se da premissa que determinado valor pode ser irrisório para um, pode ser demasiadamente alto para outro. O erro na quantificação das indenizações pode gerar a incapacidade no adimplemento da obrigação, a impunidade do responsável pelo dano, a insatisfação do consumidor lesado, ou até mesmo o enriquecimento ilícito deste.

A doutrina esclarece: “é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica de responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mais se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro.” (NUNES, 2009, p. 331).

Para realizar um juízo punitivo, a situação econômica do responsável pela indenização é imprescindível, sob pena de torná-la irrelevante ou inexecutável.

No caso do Acórdão supracitado a indenização pode chegar a patamares elevados, decorrente da capacidade econômica da empresa do pólo passivo.

Já no que se refere a situação econômica da vítima, esta é irrelevante, conforme aponta a doutrina: “Sequer se deve perguntar a situação econômica daquele que sofreu o dano, porque não é em função disso que se vai fixar o valor da indenização.” (NUNES, p. 331, 2009).

No que tange a existência do dolo (ou grau de culpa) por parte do ofensor na prática danosa, é de grande valia o Acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: [...] DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. [...] A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando, a indenização a esse título, 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70000144626, Nona Câmara Cível, TJRS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/10/2003)

Em um primeiro momento, é perceptível a intensidade do dano causado, que se trata da perda de uma vida humana, em face do consumo do produto posto no mercado pelo fornecedor. A quantificação do valor do dano moral alcança patamares elevados pela presença da relevância do bem lesado e também pelas condições econômicas do ofensor, como acima estudado. Mas o ponto principal analisado neste acórdão, é o agravante pela conduta da indústria de cigarros, em omitirem-se das verdadeiras informações sobre os verdadeiros efeitos do tabagismo (câncer, enfisema pulmonar...), e utilizar-se de propagandas enganosas que levam o telespectador ao pensamento de poder, embelezamento, status, com o consumo do fumo. Neste caso, de acordo com a interpretação dos Desembargadores responsáveis pelo Acórdão, configurou o dolo da empresa de tabaco, em persuadir o consumidor para obter elevadas vendas e conseqüentemente lucros em demasia. Todos esses motivos culminaram em uma indenização por danos morais de elevada monta, exatos 3.200 (três mil e duzentos) salários mínimos.

Em consideração ao Acórdão citado (Apelação Cível Nº 70000144626), vê-se que outro fator observado é a **capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso**, quando cita que: “A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males do consumo do fumo”. Mesmo assim, a indústria do tabaco não tomou qualquer atitude para informar dos

malefícios do tabaco no organismo humano. Além do mais, já sofreu diversas sações por casos assemelhados pelo dano e pelo fato em proporções mundiais.

Mesmo o dano moral sendo uma espécie subjetiva, os critérios utilizados na avaliação para indenizá-lo, podem ser eficientemente manejados pelo Poder Judiciário para cada caso específico. Com o uso simultâneo, dos mecanismos de quantificação da indenização, sendo eles cumulados ou não, é evidente que os valores são justificados. A vida do ser humano tem valor singular e incalculável, mas como é impossível o *status quo ante*, o estudo sobre as maneiras de indenizá-lo é essencial, sob pena de impunidade dos ofensores.

3.1.2.3 Dano à imagem

O dano à imagem é recorrentemente confundido com o dano moral, todavia deste distingue-se. Observa-se que uma das causas do dano moral pode ser o dano à imagem, mas apenas quando este último causar sofrimento ao lesado, como explica a doutrina:

Existe uma confusão entre dano moral e o dano à imagem. [...] Ora, vimos que o dano moral é a dor, cuja origem é variada (dano físico, perda de ente querido, ofensa pessoal etc.) Uma das causas possíveis do dano moral é o dano à imagem – imagem-retrato e imagem-atributo; no entanto, quando alguém sofre dano moral por essa via, esta na verdade, sofrendo dois tipos de danos diferentes: o dano à imagem e o dano moral. (NUNES, 2009, p. 343)

O dano à imagem pode ser o único sofrido pela vítima, como também pode vir acompanhado do dano moral, este último, apenas é cabível quando o primeiro causar dor, sofrimento ao lesado.

Um exemplo descrito por Nunes (2009, p. 344), que esclarece a situação, é o caso de uma revista utilizar sem autorização, a imagem de uma pessoa conhecida. A revista enaltece as qualidades da pessoa e a elogia. Percebe-se que não há qualquer dano moral, pois a pessoa não tem sofrimento algum ao receber elogios, mas cabe ação de indenização pelo uso indevido da imagem.

Na ocorrência de dano à imagem os critérios para fixação do valor da indenização, podem ser os mesmo dos utilizados ao dano moral. Com uma ressalva no caso de uso indevido da imagem, que tem como parâmetro do lucro que o infrator auferiu.

Menciona Nunes (2009, p.344):

No que tange ao puro dano à imagem, parece-nos que os mesmos critérios já apresentados para a fixação da indenização por dano moral podem servir de parâmetro. Mas, no caso do uso indevido à imagem, parece-nos que são os dois caminhos: a) o da utilização dos mesmo parâmetros acima indicados; b) outro parâmetro condizente com o próprio ato ilegal é o benefício que o infrator dele auferiu.

Este último critério (de acordo com o lucro do infrator) é bem mais palpável e goza de maior objetividade que o primeiro, pois é possível fazer um levantamento de lucros decorrentes do uso indevido da imagem para repassar ao lesado.

3.1.2.4 Danos estéticos

O dano estético configura-se pela mudança física externa e permanente do indivíduo. Mas não basta a modificação externa, ela deve ser para piorar estética do indivíduo. No caso de melhorar o aspecto físico do indivíduo, poderá gerar dano moral, pelo sofrimento experimentado pela vítima.

Como segue:

O dano estético para fins de indenização na órbita civil há de estar a penas relacionado a uma modificação de ordem física exterior – com ou sem dano moral ou material. A doutrina fala em alteração para “pior” e esse tem sido o sentido adotado de dano estético: modificação física que gere uma alteração permanente no indivíduo, piorando-lhe a aparência. (NUNES, 2009, p. 340)

Ocorre o dano estético, por exemplo, quando em virtude de um acidente de consumo, o consumidor ficou com a face (rosto) desfigurada, seja por uma explosão, seja por um produto que causou uma reação inesperada e causou-lhe os ferimentos com sequelas permanentes.

Diferentemente do que ocorre com o dano à imagem, o dano estético compulsivamente é atrelado ao dano moral, os dois somando-se, como exemplificado abaixo:

Em termos de indenização, no entanto, entendemos que pela via do dano moral sempre se terá de fixar um *quantum*, ainda que, como resultado do evento danoso, não remanesça um dano estético (conforme hipótese dos danos levantados). Isso porque o dano estético é sempre aferível *a posteriori*, quando a vítima já sentiu a dor. Ainda que não fique marca física definitiva ou mesmo que esta, ao invés de piorar, gere uma melhora no aspecto físico exterior, o dano moral já terá sido consumado. E esse é sempre indenizável. (NUNES, 2009, p. 342)

Percebe-se que o dano estético é a soma do dano moral com o dano estético, ou seja, o dano moral pode existir independentemente do dano estético, mas o inverso é falso. Verifica-se que os Tribunais tem mensurado o valor indenização com fulcro: na extensão do dano; no juízo de reprobabilidade da conduta; na punição para educar e reprimir os fatos análogos; e nas condições do responsável (fornecedor/ prestador de serviço). Tendo configurado dano estético, a indenização será com base no dano moral, estético para chegar ao *quantum* indenizatório.

Outra situação de apuração do dano estético é o caso de pessoas que dependem a beleza em decorrência da vida profissional. Como explica Diniz (2007, p.81), nesse caso o dano estético pode ser determinado como dano moral e dano patrimonial. Por exemplo, se a vítima de deformação fosse uma atriz de cinema, uma bailarina, uma modelo publicitária, uma cantora, que para exercerem sua profissão necessitam aparecerem ao público. E em virtude do dano estético tenha sua atividade prejudicada ou até mesmo encerrada. Neste caso os danos têm natureza econômica, pois são patrimoniais indiretos.

Na situação em que o dano estético impeça ou diminua a capacidade da vítima de exercer seu ofício ou profissão, aplica-se o ³⁸art. 950 do Código Civil, para complementar a apuração do ³⁹*quantum debeatur* da indenização, incluindo no cálculo a pensão correspondente a importância do trabalho.

Quanto a cumulação do danos pra efeito da apuração da devida indenização, Gonçalves (2011, p. 443) entende:

³⁸ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. (CÓDIGO CIVIL)

³⁹ *Quantum debeatur*: O quanto se deve. (MULTCARPO)

Há situações em que o dano estético acarreta dano patrimonial à vítima, incapacitando-a para o exercício de sua profissão (caso da atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da cantora que, em virtude de um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a acumulação do dano patrimonial com o estético, este como aspecto do dano moral.

Diante do dano estético que atinge de maneira negativa a vida profissional da vítima, que por sua vez depende da sua própria imagem, acontece à cumulação do dano estético mais o dano patrimonial.

O que tem grande valia além de uma quantificação justa da indenização, são os fatores preventivos. Já que nem sempre a quantificação do dano para efeitos indenizatórios, é suficiente para a reparação ou recuperação do ⁴⁰*statu quo ante* da vítima. Por exemplo, a perda de um ente querido, não existe valor capaz de suprir a falta, ou a amputação das mãos para um pianista profissional consagrado. Isso leva a conclusão de que entes como o Ministério Público, o PROCON, o DPDC, são de extrema importância na tutela dos direitos consumerista, principalmente como políticas voltadas à prevenção.

⁴⁰ *Statu quo (ante)*: No estado em que se encontrava anteriormente.(MULTCARPO)

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea que pode ser denominada de sociedade do risco, por apresentar característica essencialmente comercial, está suscetível a aquisição de produtos ou contratação de serviços com defeitos de qualidade ou de segurança. Que pode como consequência, causar um acidente de consumo. O que agrava essa situação é a ligação com o consumismo. Este consumismo gerado pela sociedade do espetáculo, instiga o cidadão à consumir bem além do necessário para a subsistência. O consumo é decorrente da ânsia de demonstrar uma imagem que possa ser aceita pelos demais membros da sociedade.

Com a globalização, os defeitos de mercado, atingiram dimensões mundiais. Este cenário dificultou ainda mais a fiscalização da qualidade dos produtos e serviços postos no mercado de consumo.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor em 1990, toda a relação de consumo tornou-se protegida pela égide de um direito especial. O direito do consumidor é considerado um micro sistema legislativo, que é integrado às demais áreas legislativas, tais como, direito civil, direito penal e como ápice a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para relações consumerista, a legislação é própria e possui características que permitem tornar efetiva a defesa dos direitos do consumidor, que é a parte mais frágil da relação. Uma das tutelas inseridas no campo de atuação da legislação consumerista, é a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Essa modalidade de responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde de comprovação de dolo ou culpa. Os requisitos são:

comprovação do lançamento do produto ou serviço no mercado de consumo, ou qualquer participação na produção; defeito no produto ou serviço; dano e nexos causal entre o produto ou serviço defeituoso e o dano gerado.

Quando um serviço ou produto com defeito gera lesão ao consumidor, tem-se a responsabilidade objetiva por parte do fornecedor para reparar o dano e indenizar o consumidor. O quantum indenizatório varia de acordo com o tipo e a intensidade da lesão sofrida, o juízo de reprovabilidade da conduta enejadora do dano, bem como as condições econômicas do fornecedor. Denota-se que ao reparar o dano material, é utilizado um critério objetivo, que determina o pagamento das despesas obtidas somadas aos lucros cessantes (o que o consumidor deixou de auferir). Quanto à indenização de danos morais, danos à imagem e danos estéticos, além dos juízos de punição e educação, são necessárias a reparação e a indenização, esta última demonstra-se subjetiva e variável a cada caso específico. A reparação nem sempre é possível, assim é utilizado um valor pecuniário como mera compensação, porquanto na esfera mental do indivíduo permanecem os abalos decorrentes do fato.

Sendo assim, a atuação preventiva de competência dos órgãos do poder administrativo, como o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), os Procons estaduais e municipais e Ministério Público, devem ser exercidas de forma intensa e eficiente, de modo a impedir abusos de fornecedores, como a comercialização de produtos e serviços defeituosos, a veiculação propagandas abusivas ou enganosas. Evitando desta forma a ocorrência de danos aos consumidores. Visto que, nem todo o dano é suscetível de reparação. As indenizações são aferidas de acordo com a extensão do dano, porém, dependendo do dano, principalmente os de esfera moral, qualquer que seja o valor arbitrado para reparação, demonstra-se suficiente para oferecer o *status quo ante* ao consumidor lesado. Também há de se levar em consideração, que no caso de danos a diversos consumidores (direitos coletivos, difusos ou homogêneos) nem todos usufruem do conhecimento necessário para obter acesso pleno a Justiça. Muitas vezes o consumidor fica sem qualquer indenização, em decorrência da impossibilidade do Judiciário ter conhecimento de todas as vítimas afetadas pelo fato do produto ou serviço.

A aplicação do princípio da Presença do Estado, com atuação preventiva realizada pelo Poder Executivo e pelo Ministério Público gera benefícios mútuos. Tanto para o

consumidor que terá seus direitos protegidos não sofrendo danos decorrentes das relações de consumo, quanto para o Estado, pois diminuirão demandas no Poder Judiciário, serão reduzidos os custos previdenciários com cidadãos incapazes para o trabalho por terem sofrido dano em virtude de acidentes de consumo, o ganho de credibilidade e confiança perante a população entre outros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral**: o problema do *quantum debeat* nas indenizações por danos moral. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BECH, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: A&M, 1998.

DEBORD, Guy; tradução Estela dos Santos Abreu. **A sociedade do espetáculo**. Comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stf.br.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Direito do consumidor**. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º volume: responsabilidade civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRIBERAM. Dicionário. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=globaliza%C3%A7%C3%A3o>

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/ 97.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** (Interpretação e crítica). 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume III.** Responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HUMBERTO, Theodoro Junior. **Direitos do consumidor:** a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do processo civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao direito do consumidor:** os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor. São Paulo: LTr, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Vitor Rozatti. **A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais.** Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. Revista de Direito do Consumidor RDC, Coordenação Claudia Lima Marques. São Paulo. Revista dos Tribunais, Ano 20. vol. 78. abr.-jun. 2011.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Dano moral, dano material e reparação.** 5 ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MULTICARPO. **Dicionário latim.** Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm>.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: À Luz da Jurisprudência do STJ.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Curso de direito do consumidor.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Curso de direito do consumidor.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fonecedor.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Aparecida Sá. **A inversão do ônus da prova.** Como garantia do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Thiago Zuanazzi, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200614892, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura do(a) Estudante