



ÂNGELA RAMOS PINHEIRO

**FATO DO PRODUTO:
análise da responsabilidade civil do comerciante**

BRASÍLIA
2011

ÂNGELA RAMOS PINHEIRO

FATO DO PRODUTO:

análise da responsabilidade civil do comerciante

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP” Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado, Contratos e Responsabilidade Civil, no curso de pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BRASÍLIA

2011

Dedico esta Monografia aos meus super-avós, Tereza e Ubirajara, por serem meu referencial de família e um exemplo a ser seguido. Aos meus “grandes” tios, Bira e Maú, e minha prima Júlia, por representarem, ainda que duas vezes no ano, uma alegria em minha vida. Ao meu padrasto, Omar, pela convivência diária, pelo apoio e por ter tomado essa família como sua. A minha irmã “quase gêmea”, Andréia, por me mostrar todos os dias como podemos ser tão diferentes e, ainda assim, me preocupar e amá-la da mesma maneira.

Por fim, e mais importante, dedico este trabalho a minha mãe, Mayara, pela pessoa que sempre me mostrou ser, batalhadora, amável, que muitas vezes abdicou de seus sonhos para que eu pudesse realizar os meus. A você, mãe, por me dar a vida e me ensinar os valores que hoje tenho comigo. Tudo que tenho, tudo que sou, você que me deu, você que me ensinou.

Primeiramente agradeço a Deus, pelas bênçãos concedidas e por todas as pessoas colocadas em meu caminho.

Agradeço ainda aos que muito contribuíram para minha jornada acadêmica e profissional: meus bons professores, os que são ou foram meus chefes e colegas na Procuradoria do IBAMA, no Superior Tribunal de Justiça e, por último, mas não menos importante, na Roque Khouri Advogados Associados, em especial ao professor, coordenador desse curso pós-graduação e também meu chefe, Paulo R. Roque A. Khouri, a todos pela compreensão e aprendizado.

Ao meu namorado e melhor amigo, André Luís, pelo carinho e companheirismo, e para que saiba como tem sido fundamental à minha tranquilidade.

A todos aqueles que passaram por minha vida, meus familiares, amigos, colegas e companheiros, ainda os que hoje ausentes, pois a pessoa que me tornei tem um pouco de cada um de vocês.

RESUMO

O objeto de estudo desta monografia é a dimensão da responsabilidade dos fornecedores no caso de acidente de consumo. Mais especificamente aborda a diferença de interpretação da doutrina no que diz respeito aos artigos 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a principal análise é a cerca da possibilidade do comerciante responder subsidiariamente, adentrando nos aspectos da teoria objetiva e subjetiva no que tange a culpa, bem como as implicações para o comerciante na cadeia de fornecedores e, é claro, para o próprio consumidor, inclusive aquele consumidor equiparado que apenas é atingido pelo acidente de consumo sem fazer parte desta relação.

PALAVRAS- CHAVE: responsabilidade civil; código de defesa do consumidor; responsabilidade do comerciante; subsidiariedade e solidariedade; teoria objetiva e subjetiva; conseqüências gerais, aspecto social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	5
1.1 A nova concepção da Responsabilidade Civil	5
1.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva	13
1.3 A subsidiariedade e a solidariedade	19
2 DIREITO CONSUMIDOR.....	23
2.1 Sujeitos da relação de consumo	23
2.2 O Vício do Produto	26
2.3 Fato do produto	28
2.4 Consumidor <i>bystander</i>	32
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO COMERCIANTE.....	37
3.1 Do CDC e do posicionamento da doutrina	37
3.2 Da visão dos Tribunais.....	45
3.3 Conseqüências gerais.....	52
3.4 No que tange ao consumidor <i>bystander</i>	57
3.5 Quanto às excludentes de responsabilidade	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

Tema muito corriqueiro posto à baila nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Natural que com dois anos de estágio em gabinetes de Ministros componentes das Turmas de direito privado, mais especificamente no gabinete do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa e, após seu falecimento, no gabinete do Ministro Sidnei Beneti, e atualmente advogada em um escritório de advocacia onde o sócio majoritário é advogado e doutrinador em Contratos e Consumidor, Paulo R. Roque A. Khouri, fossem despertados interesses e dúvidas no que tange ao tema.

O direito do consumidor, além de ativamente presente no cotidiano das pessoas, vai, muitas vezes, em sentido oposto de outros direitos positivados. Evidente, assim, sua relevância. Se o próprio consumidor se via muitas vezes desamparado no que tange a defeitos nos produtos e serviços oferecidos, imagine então aqueles que nem mesmo faziam parte dessa relação, sofrendo apenas os danos em decorrência de defeitos nos produtos ou serviços.

Além da discussão jurídica a respeito da aplicação, há também o âmbito social de incidência. Verifica-se que a aplicação ou não do Código em questão muitas vezes é de tão relevância para a lide que inclusive determina se os danos sofridos serão ou não ressarcidos. Não pelo fato do dever de ressarcir, que sempre esteve expresso no Código Civil, mas pelas possibilidades de recebimento de valores estipulados, como no caso de ser possível a desconsideração da personalidade jurídica, em contramão do direito comercial vigente.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas do que tange a clara redação dada ao artigo 17 do próprio Código, ante a aplicação deste àqueles consumidores que não fazem parte da relação de consumo. Contudo, o mesmo consenso não ocorre quando se caracteriza um consumidor e quando há um

acidente em uma relação entre fornecedores. Assim, além de julgados, há posicionamentos, ainda que divergentes, da doutrina.

O tema deste projeto de monografia surgiu de um julgado daquele Tribunal Superior, onde os ministros decidiram pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor a uma lide na qual figurava uma empresa revendedora de fogos de artifício no pólo passivo e, no pólo ativo, se encontravam pessoas que tinham perdido suas casas por conta de uma explosão ocorrida no estabelecimento comercial da ré.¹ O fundamento da empresa que revendia os fogos, a qual seria mera comerciante do produto, baseava-se em um defeito de fabricação, enquanto o argumento da outra parte tinha fulcro na responsabilização do comerciante pelo fato de negligência no armazenamento do produto.

Normalmente, quando se escreve a respeito da caracterização do consumidor há grande foco nas teorias existentes, quais sejam: finalistas, maximalistas e, atualmente, o chamado finalismo aprofundado. Contudo, não se vislumbra necessidade de adentrar o tema ante a pacificação da própria jurisprudência no que tange a vulnerabilidade no caso concreto para se caracterizar a relação consumerista.

Dessa forma, a monografia focará a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relações entre fornecedores, mais especificamente o comerciante. Além, adentrará o campo do acidente de consumo, a fim de se buscar solução jurídica que atenda o bem social nesses casos específicos onde há lesado em razão de acidente que não participava da relação de consumo propriamente dita.

Contudo, a problemática surge no que tange à cadeia de fornecedores. Aquele que comercializa o produto pode ser responsabilizado. Como o próprio código em seu artigo 88 veta a denúncia a lide, é importante, principalmente

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma, REsp 181.580. Relator: Castro Filho. Brasília, DF, 09 dez. 03. DJ 22.03.04.

para as próprias empresas, verificar se podem ou não ser responsabilizadas direta ou indiretamente.

Conforme explicitado, alguns autores defendem a responsabilização solidária de todos os fornecedores, onde o consumidor poderia demandar qualquer um da cadeia de fornecedores. Ainda, alguns defendem a responsabilidade solidária do comerciante apenas nos casos expressamente previstos no Código, ficando isento de qualquer outro tipo de responsabilidade quando não sejam uns desses casos. Outros autores, mais ponderados, defendem a responsabilidade subsidiária, onde o comerciante só poderia ser responsabilizado solidariamente em casos específicos, necessitando de comprovação de culpa. Mais ainda, no que tange a discussão de culpa, seria adotada no caso do comerciante a teoria objetiva ou a subjetiva?

O primeiro capítulo deste trabalho tende a situar o leitor no novo quadro da responsabilidade civil exposto tanto no Código de Defesa do Consumidor como no Código Civil. Mais que isso, o capítulo adentra na conceituação e características da responsabilidade objetiva e subjetiva, diferenciando as duas, e na responsabilidade subsidiária e solidária de modo geral. Ainda que se trate de amplos conceitos, válidos para todos os ramos do direito, estes serão de grande valia ao final da pesquisa, tendo em vista que as conseqüências concluídas no que tange ao consumidor deverão advir dessas conceituações.

O capítulo dois já está situado no Código de Defesa do Consumidor onde versa a respeito dos possíveis sujeitos como consumidor, dando ênfase ao consumidor *bystander* previsto no artigo 17 do Código em epígrafe. Ainda nesse capítulo há a diferenciação entre o vício do produto e o fato do produto, apenas a título de esclarecimento, visto que a questão importante para este trabalho será o próprio fato do produto.

O capítulo três pode ser considerado como o capítulo principal desta Monografia, tendo em vista que a tese central está nela contida, adentrando na

responsabilidade dos fornecedores em geral e do comerciante. Assim também, as conseqüências para os consumidores das considerações feitas anteriormente estarão expostas em linhas gerais nesse mesmo capítulo.

A monografia teve o objetivo de estudar tanto o Código de Defesa do Consumidor como a jurisprudência e a doutrina. A conclusão conterá referências sociais, em atenção à justiça social. Contudo, o objeto principal do tipo de pesquisa a classifica como dogmática.

Apesar do tema da monografia partir de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, como já dito, ele adentra especialidades que em nada influenciaram o Acórdão e vai além do que se trata no voto do relator. Assim, o método adotado como procedimento da monografia será o método monográfico, com uma estrutura mais tradicionalista, levando em conta principalmente a bibliográfica, o posicionamento dos autores e dos Tribunais.

Dessa forma, indaga-se a respeito da conseqüência prática aos próprios consumidores havendo diferença no tipo de responsabilidade a ser adotada. Mais especificamente no que tange a responsabilidade solidária ou subsidiária. Contudo, ainda há a importância da classificação da responsabilidade como objetiva ou subjetiva, pois a discussão ou não da culpa é de extremo interesse ao consumidor.

Mais ainda, havendo excludentes de responsabilidade, o consumidor se verá desamparado e arcará, sozinho, com as lesões sofridas ante um inadimplemento total ou parcial do responsável? Estas são as importantes indagações que se pretende responder durante o trabalho em epígrafe.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 A nova concepção da Responsabilidade Civil

Fazendo menção ao Direito Romano, o contrato pode ser definido como um acordo de vontades que cria obrigações para aqueles que o estabelecem. Na época, havia diferenciação no que tange ao pacto e ao contrato. No pacto, caso não fossem cumpridas as obrigações, não poderia o credor exigí-las forçadamente. Já no contrato, quando inadimplida a obrigação, poderia ser exigida de forma coercitiva. Hoje, apesar do costume entender os pactos como contratos acessórios, o termo contrato e pacto são utilizados como sinônimos.²

Ainda no que tange ao Direito Romano, as formalidades eram de grande importância nos contratos. Apesar de não haver definição clara a respeito da definição da *causa civilis*, esta pode ser considerada como o adequamento formal, com o cumprimento das solenidades devidas. Assim, acordo de vontade sem *causa civilis* não poderia ser exigido, o que implica que o contrato celebrado entre as partes sem cumprir todas as formalidades necessárias, não poderiam ser exigidas em caso de descumprimento obrigacional.³

Em linha contrária ao direito romano, por influência do direito canônico, os contratos não mais observavam os formalismos e começaram a apoiar a declaração de vontade. Nos dias atuais as solenidades a serem obedecidas são exceção e não mais regra. É desta nova linha de raciocínio que se têm a eficácia do contrato verbal, aquele exteriorizado mas não formalizado por documento

² KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed.. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 153/169.

³ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed.. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 153/169.

formal.⁴

Hoje, aquele que descumpra contrato ou mesmo preceito de lei, ou seja, praticando ilícito, prejudicando alguém, deve ser responsabilizado e tem o dever de reparar os danos. Nesse contexto de responsabilidade civil, há também que se falar em evolução do direito.

Em breve resumo, os principais fatores que ensejaram a nova concepção de responsabilidade civil foram a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica. Com o crescimento populacional, o êxodo rural em busca de trabalho e o desenvolvimento do maquinismo na indústria, houve uma elevação significativa no número de acidentes de trabalho.⁵

Do mesmo modo, o crescimento populacional levou ao caos o sistema de transporte urbano, o que também ocasionou um elevado aumento do número de acidentes. Dessa forma, os juristas observaram a insuficiência da teoria subjetiva da culpa. Verificaram que caso a vítima precisasse provar a culpa do causador do dano, restaria prejudicada e desamparada, ocasionando outros problemas sociais.

6

Assim, a revolução francesa, como marco no direito contratual, trouxe a liberdade de produção e, em conseqüência, a liberdade de contratar por parte dos burgueses revolucionários. O princípio da autonomia da vontade se destacou com esta revolução histórica diante de seus ideais liberais.

Como se sabe, o modelo clássico de contrato, o qual fora estabelecido por este marco histórico em pleno capitalismo diante da revolução industrial, tinha por base apenas a autonomia da vontade. As partes deveriam submeter-se, de

⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed.. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 153/169.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p.142/ 148.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 142/ 148.

qualquer forma, aquilo que fora contratado entre elas.⁷

Nas palavras de Sílvio Venosa, “na liberdade de manifestação de vontade situa-se o baluarte da autonomia da vontade e, portanto, do direito privado.”⁸

Já Sílvio Rodrigues, no que tange a conceituação do princípio da autonomia da vontade, afirma que “consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.”⁹

Em consonância com a orientação trazida por Caio Mário da Silva Pereira, divide o princípio da autonomia da vontade em três momentos: 1) todo cidadão tem a liberdade de contratar ou não, onde não deve existir a imposição de contrato, 2) todo cidadão pode escolher com quem contratar, 3) todo cidadão pode escolher o que contratar, ou seja, as cláusulas objeto do contrato.¹⁰

Hoje, com a preocupação gerada pelas injustiças que podem ser causadas pela autonomia da vontade, o estado vem intervindo nos contratos. Com o que chamam de relativização do *pacta sunt servanda*¹¹ é possível rediscutir cláusulas leoninas e abusivas, principalmente quando se tratar de contratos de adesão. Observa-se que a intervenção não teria o escopo de negar a vontade das partes que contrataram, e sim evitar injustiças impostas pelo mais forte. O Estado

⁷ SANT'ANNA, Valéria Maria. **Manual Prático dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005. p. 50.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2006. p. 359.

⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. Volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19/21.

¹¹ VASCONCELOS, Breno. A relativização do princípio da força obrigatória dos contratos e a resolução por onerosidade excessiva. **UNESC em revista**. nº 15. Espírito Santo: Revista do Centro Universitário do Espírito Santo. p.43/54

Social trouxe uma revolução ao direito contratual e, como consequência da revolução, surge o Código de Defesa do Consumidor, CDC.¹²

Os princípios clássicos da relação contratual seriam a autonomia da vontade, já explicitada na vontade das partes de contratarem; a obrigatoriedade dos contratos, ou seja, o conhecido *pacta sunt servanda*, onde o contrato teria força de lei entre as partes; a relatividade dos efeitos, onde vincula apenas as partes que contratam; e a boa-fé subjetiva, a qual se refere aos aspectos internos dos sujeitos, relativa à compreensão ou desconhecimento a respeito do fato.¹³

Após, o princípio social ligado a teoria moderna surge para complementar os já existentes, qual seja a função social do contrato, onde se levará em conta a função social econômica, regulatória e social, já que os contratos são um meio de circulação de riquezas, reunindo direitos e obrigações, onde se deve observar a satisfação dos interesses sociais da sociedade como um todo.¹⁴

Assim, não mais colocando o princípio da autonomia da vontade como basilar a teoria dos contratos, existindo a proteção dos legítimos interesses dos contratantes em oposição a força do *pacta sunt servanda*, o Código de Defesa do Consumidor é um exemplo desta nova mentalidade jurídica.¹⁵

Antes do CDC as normas que se referiam a limitações contratuais eram pontuais, ou seja, eram específicas para tipos de relações jurídicas. Temos como

¹² BRASIL. LEI Nº 8.078 de 11.09.90. **Dispõe sobre a proteção do consumidor dá outras providências**. DOU de 12.0.90. Retificado no DOU de 10.1.07. (Código de Defesa do Consumidor)

¹³ SANT'ANNA, Valéria Maria. **Manual Prático dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 52. Observa-se que a autora não coloca os princípios citados divididos em princípios clássicos e modernos como acima exposto, ela apenas conceitua cada um deles e tece um panorama geral a cerca dos princípios. Desse modo, a divisão ora relatada não se encontra expressa na obra.

¹⁴ Observa-se que a autora não coloca os princípios citados divididos em princípios clássicos e modernos como acima, ela apenas conceitua cada um deles e tece um panorama geral a cerca dos princípios. Desse modo, a divisão ora relatada não se encontra expressa na obra. (SANT'ANNA, Valéria Maria. **Manual Prático dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005, página 53.)

¹⁵ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos de Acordo com o Novo Código Civil. Doutrina- Prática – Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004. p. 63.

exemplo o caso da locação, com a Lei de Locação¹⁶ e os juros, como é o caso do decreto conhecido como a Lei de Usura¹⁷. O CDC, ao contrário, não se limitou a contratos específicos, incorporou todos os contratos e, mais que isso, as relações, onde estivessem presentes consumidores.

Antigamente, valia apenas o que estava no contrato, pois tinha por base apenas o Código Civil. Muito comum em imobiliárias era prometer modos de pagamento quando na realidade o contrato não versava sobre isso. Dessa forma, o CDC passou a proteger qualquer negociação preliminar, conforme artigo 30 do Código Consumerista. .

Além disso, o Direito Consumidor trouxe proteções e facilidades processuais que podem facilitar e, inclusive, ensejar o conhecimento da pretensão do autor da ação, como se verifica no caso de inversão do ônus da prova. Ao contrário do previsto no artigo 333 do CPC que versa a respeito do ônus do autor de provar os fatos alegados, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, permite que a defesa do consumidor seja facilitada pela inversão do ônus da prova, nos casos de hipossuficiência deste ou verossimilhança das alegações.

O Código Civil, mais precisamente no artigo 421, versa a respeito da liberdade de contratar, impondo restrições a essa liberdade em razão e nos limites da função social do contrato. A origem da função social, pela Constituição Federal de 1988, é no Estado Social. Observa-se via de mão dupla, ao mesmo tempo em que se protegem os contratos e seus fins sociais, as partes não podem contratar de modo a ferir a ordem social, que nada mais é do que as necessidades humanas dos contratantes.

¹⁶ BRASIL. LEI Nº 8.245 de 18.10.91. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.** DOU 21.10.91.

¹⁷ BRASIL. DECRETO Nº 22.626. **Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D22626.htm>. Acesso em: 06.10.09

O contrato viabiliza a circulação de riquezas. No entanto, este não pode causar um aumento desproporcional da concentração da renda. Assim, não podem os contratos incentivar uma desigualdade social.

A Carta Magna trouxe a proteção ao consumidor em seu artigo 170. Melhor, tratou dos direitos consumeristas entre os direitos fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, XXXII. Apesar do congresso nacional não ter atendido o prazo de 120 dias para elaboração do CDC, conforme preceituava o artigo 48 da ADCT¹⁸, ele foi elaborado, representando uma grande evolução no direito de proteção aos consumidores.

O direito do consumidor engloba tanto o contratual como o extracontratual, todas as relações onde estariam presentes um fornecedor profissional e um consumidor não profissional.

Com todo o exposto, até parece que a autonomia da vontade está perto do fim. Contudo, o dirigismo contratual¹⁹ não atinge a todas as relações, como acontece na doação, mandato, sociedade, contratos de compra e venda onde não se vislumbra relação de consumo, pois estas ações são entre particulares e exprimem desejos pessoais onde não pode haver intervenção, via de regra.

Até onde o dirigismo contratual atinge, atinge com restrições e ressalvas. Verifica-se que a autonomia da vontade está preservada, só havendo intervenção nos casos de manifesta desigualdade entre as partes. Assim, a autonomia da vontade está ligada com a boa-fé das partes.

¹⁸ ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Visavam garantir a transição da Constituição de 1967 para a de 1988. Após implementadas, acaba sua eficácia. O STF entende pela natureza transitória, não considerando como norma permanente. ADCT tem natureza transitória e não é considerada norma permanente. Mais ainda, o STF afirma a dependência da ADCT à norma permanente atrelada. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 829. Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 14 abril 93. DJ 16.09.94.)

¹⁹ BERTELLI, Mariana de Oliveira. O suposto conflito entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual novo Código Civil. **UNIVERSITAS/Jus**. nº12. Brasília: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, janeiro a Junho/2005. p.137/144.

O interesse do Estado é intervir apenas no interesse social, e não na vontade das partes propriamente dita. Como já explicitado, é nos contratos de adesão onde há um maior cuidado, onde a autonomia da vontade é evidentemente relativizada.

O objetivo da intervenção contratual é o equilíbrio das relações. Assim, o CDC trata desigualmente os desiguais buscando o equilíbrio e dando caráter concreto ao princípio constitucional da igualdade. A vulnerabilidade do consumidor é a motivação para aplicabilidade do CDC. Protege-se o consumidor porque ele é vulnerável.

A vulnerabilidade não pode ser entendida como hipossuficiência, visto que a primeira diz respeito ao direito material e a segunda ao direito processual. Enquanto a vulnerabilidade²⁰ é comum a todos os consumidores perante o fornecedor, a hipossuficiência, mais complexa, deve ser observada diante da individualidade e no caso concreto.

O Código Civil vindo sendo mitigado por leis especiais. E nessa linha que podemos afirmar que o Código de Defesa do Consumidor possui um alcance muito maior que qualquer lei pontual. O Direito do Consumidor é autônomo, pois pode ser aplicado a qualquer relação de consumo, colocando o Código Civil²¹ como uma fonte subsidiária.

Parte da doutrina coloca o CDC como um microsistema jurídico. Contudo, é possível observar que nenhum direito é totalmente autônomo, onde é

²⁰ “Principalmente nas três últimas décadas, o consumidor tem deixado de ser uma pessoa para se tornar apenas um número. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e, em proporção inversa, abusam de métodos sofisticados de marketing, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens e serviços absolutamente supérfluos. Os contratos [...] são previamente elaborados pelo fornecedor e, invariavelmente, contêm disposições que traduzem em vantagens exageradas e desproporcionais para o comerciante, produtor, fabricante, importador.” (BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito Consumidor**. Nº 61. São Paulo: Revista de tribunais, janeiro/maio 2007.)

²¹ BRASIL. LEI Nº 10.406 de 10.02.02. **Institui o Código Civil**. DOU de 11.01.02. (Código Civil)

possível, e muitas vezes necessária, a aplicação de dois ramos de direito, duas fontes distintas de direito, ao mesmo caso concreto. Essa flexibilização dos ramos do direito, onde exista a complementação de normas ou subsidiariedade destas é chamada pela doutrina como diálogo das fontes.²²

Sabe-se que o CDC não revogou o Código Civil de 1916, isto é, havendo uma relação jurídica em que uma das partes seja consumidor, aplicar-se-ia primeiramente o CDC. No entanto, ao mesmo tempo em que se aplica o CDC, há aplicação simultânea do Código Civil, pois o primeiro não trata de alguns assuntos, tais como a avaliação dos elementos de um negócio jurídico como agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, entre outros.

O diálogo das fontes, considerando fontes como os diplomas legais, é a idéia de que o ordenamento jurídico se relaciona com a finalidade de buscar uma coerência entre os conflitos legais, encontrando uma solução para os mesmos. Como afirmado por Cláudia Lima Marques²³, a partir da análise de outros diplomas é que se definem os direitos subjetivos do consumidor.

A idéia do diálogo das fontes foi utilizada pelo STF na ADIN 2591²⁴, que concluiu que a aplicação do CDC às instituições financeiras é constitucional. Além, os direitos previstos no CDC não excluem outros previstos em tratados internacionais, leis internas ou quaisquer outras fontes de que o Brasil seja signatário, como se extrai do artigo 7º do próprio CDC.²⁵

²² BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual De Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87.

²³ BENJAMIN, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual De Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI 2591 ED. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 14 dez 06. DJ 13.04.07.

²⁵ Código de Defesa do Consumidor. Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

As qualidades específicas das partes devem ser observadas a fim de caracterizar uma relação de consumo. Não há preocupação com o tipo contratual, ou seja, com o objeto e sim com os sujeitos dessa relação, pois, como já exposto, o objetivo do CDC é o equilíbrio das relações entre fornecedor e o consumidor, buscando a igualdade material. A desigualdade entre eles, antes do CDC, sempre favoreceu ao fornecedor.

1.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Aquele que descumpre um contrato ou uma relação obrigacional prevista em lei, causando algum prejuízo, tem o dever de indenizar. Conforme Sérgio Cavaliere Filho, são dois os deveres jurídicos: o originário, que nada mais é que o dever a ser cumprido, e o secundário, também chamado de sucessivo, que só nasce com a violação do dever originário.²⁶

Para que haja o dever de indenizar se faz necessário observar alguns requisitos, quais sejam, a comprovação do dano, o ato ilícito - o qual pode ser verificado no próprio descumprimento de obrigação - a culpa e o nexo causal - onde se têm o dever de mostrar que o dano foi proveniente da quebra do dever jurídico.

Ainda, há autores que dizem haver um outro pressuposto necessário, que estaria entendido como nexo de imputação, que seria o vínculo entre o defeito do produto e atividade desenvolvida pelo fornecedor. Entende-se que o dever de indenizar o consumidor deve ser proveniente do vício em relação à atividade desempenhada pelo fornecedor.²⁷ Contudo, não se verifica necessidade em adentrar ao tema, tendo em vista que em nada influenciará o resultado desta pesquisa.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed.. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 30.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 112.

Voltando ao Código Civil, verifica-se que seu artigos 186, 187 e o 927 se referem a uma reparação de danos fundada na culpa, ou seja, na conduta subjetiva do devedor. No Código de Defesa do Consumidor há previsão de reparação de danos fundada na responsabilidade subjetiva como exceção, com é o caso dos profissionais liberais como médicos.

O Código Civil de 1916 se filiou a teoria subjetiva (art.159), convivendo com a teoria objetiva que era aplicada apenas em casos específicos onde a teoria tradicional se mostrou insuficiente. Com o advento do Código de Defesa de Consumidor, se impôs como regra a teoria objetiva para todas as relações de consumo. Já o Código Civil de 2002 trouxe previsão para as duas teorias (arts. 186 e 927), ampliando os domínios da responsabilidade objetiva.

Assim, atualmente, no que tange a responsabilidade civil, tanto o Código Civil (artigos 186 e 927), como o próprio Código de Defesa do Consumidor, têm previsão da teoria subjetiva e da teoria objetiva, no que diz respeito à culpa.

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha como principal aplicação a teoria objetiva, onde se quer é discutida a culpa, ele possui exceções no que tange ao erro médico, por exemplo, onde deverá ser comprovada a culpa pelo dano causado. Essa nova concepção é decorrente de uma série de eventos históricos. A mudança da fase subjetiva para objetiva não ocorreu de forma rápida e facilitada. Em um primeiro momento, os tribunais começaram a facilitar a prova de culpa.²⁸

Após, passaram a admitir a culpa presumida, onde há a inversão do ônus da prova, aquele que causa o dano seria culpado até que provasse o contrário, favorecendo a vítima. Com a ampliação do número de casos de responsabilidade contratual, chegaram a admitir a responsabilidade sem culpa em alguns casos, responsabilidade objetiva, onde aquele que dá causa ao dano só se exime da

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed.. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 142/148.

responsabilidade quando prova alguma das causas de exclusão do nexo causal.²⁹

Em linhas gerais, o problema em torno do ônus da prova foi justamente o que ocasionou a mudança da teoria subjetiva para a objetiva, ante o desamparo das vítimas com as mudanças sociais da época que não possuíam meios para provar o que de fato ocorreu e acabavam por criar uma situação injusta onde elas não eram ressarcidas pelos danos sofridos.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, aquele que coloca um produto no mercado ou presta um serviço tem o direito de usufruir dos bônus de tal atividade, leia-se os lucros dela provenientes, bem como será o responsável pelos ônus, quais sejam todos os danos que tais produtos ou serviços venham a causar, é o chamado Risco Proveito.

O Estado também pode ter o dever de indenizar, é o que tratam alguns doutrinadores a respeito do Risco Administrativo, sendo que tal responsabilidade não é fundamentada no proveito econômico que o Estado tira da atividade e sim no risco de administrar.³⁰

Entende-se que o dever de indenizar decorrente do abuso do direito independe de culpa, ou seja, adota-se a teoria objetiva. Conforme já exposto, o Código Civil de 2002 elevou o abuso de direito ao nível de princípio geral. A crítica a esse respeito se dá ante o argumento de que o juiz, com a liberdade de sindicância discricionariamente sobre o mérito de exercício do direito subjetivo do titular, enseja insegurança para as relações jurídicas.

De outro lado, é possível considerar, assim como ressaltado por Sérgio Cavalieri na obra já mencionada³¹, que com considerável aumento dos poderes do

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed.. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 142/148.

³⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 153/169.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed.. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 141.

juiz, os negócios deverão ser interpretados com mais cautela, levando em conta a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.

O Código Civil em seu artigo 113 prevê a função interpretativa da boa-fé, o artigo 421 do mesmo Código prevê a função social e o artigo 187 remete a função limitadora da boa-fé. Assim, resta claro que a lei estabeleceu vários parâmetros para a decisão do juiz, quais sejam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da ponderação de valores.

O texto legal que diz respeito ao abuso do poder ³² trás a expressão “excede manifestamente” a fim de que haja uma certeza quando o titular exceder um direito, evitando assim o subjetivismo exarcebado de alguns juízes. Assim, quando se pensa em caracterizar um excesso não é possível apenas levar em conta um mal a outro, pois isto muitas vezes é inevitável, como na ação de cobrança, por exemplo.³³

O que realmente caracteriza um abuso de direito é o exercício anômalo de um direito. Entendido como exercício anômalo aquele que ultrapassa a ética e a finalidade social do próprio direito, incluindo até a situação onde ocorre a usurpação da finalidade econômica do direito.³⁴

O art. 187 impõe limites, sendo eles o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. O fim econômico ou social são limites a serem preenchidos especificamente e em cada caso concreto. Já a boa-fé e os bons costumes são limites gerais, que devem ser respeitados em todo direito subjetivo.

A amplitude pode ser tão grande que todo aquele que exercer qualquer

³² Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 146.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 146.

atividade de risco poderá responder objetivamente, pois na sociedade atual todas as atividades implicam em certo risco. Dessa forma, as expressões contidas na lei deverão ser trabalhadas pela doutrina e jurisprudência a fim de manter a razoabilidade jurídica.

Conclui-se, portanto que o artigo 927 contempla todos os serviços que geram risco para a sociedade. A responsabilidade prevista em tal artigo é baseada na teoria do risco do empreendimento. O fato gerador é o defeito do serviço, que só é configurado quando este não oferece a segurança esperada.

Ainda, verifica-se uma sintonia na aplicação do art. 927 do Código Civil e do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. As duas versam a respeito da responsabilidade objetiva sobre o mesmo assunto, o fato do produto, levando em conta os mesmos princípios norteadores.³⁵

Além, o artigo 931 do Código Civil, que versa a respeito da responsabilidade dos empresários e empresas por danos causados por produtos, tem o intuito de proteger o consumidor. Ainda, como trás a expressão “independente de culpa”, evidencia mais uma cláusula geral da responsabilidade objetiva.

Mais uma vez, há dois ramos de direito em harmonia, pois é possível a aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 931 do Código Civil. Assim, conforme exposto, o artigo 931 contém uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, contemplando todos os produtos que geram risco para a sociedade.

A responsabilidade prevista em tal artigo é baseada na teoria do risco do empreendimento. O fato gerador é o defeito do produto, que só é configurado quando o produto não oferece a segurança esperada.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 161.

É possível verificar uma sintonia na aplicação do art. 931 do Código Civil e do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, pois os dois tratam da responsabilidade objetiva pelo fato do produto. Além, tem objetivos em comum, bem como tomam por base os mesmos princípios.³⁶

Em breve resumo, a responsabilidade objetiva pode ser considerada aquela que prescinde de culpa enquanto a teoria da responsabilidade subjetiva preceitua que para alguém ser responsabilizado deve ser imputada a ele alguma ação ou omissão que seja contrária ao direito, ou seja, antijurídica. A culpa restaria caracterizada ante negligência, imperícia e imprudência, sendo que para esta teoria esta culpa deverá ser demonstrada.³⁷

Em linhas gerais, o Código Civil prevê a responsabilização subjetiva, dependente de culpa, em seus artigos 186, 187 e 927. Tais artigos também prelecionam a responsabilidade extracontratual. Já o artigo 389 versa a respeito da responsabilização contratual. A responsabilidade objetiva, independente de culpa, encontra guarida no parágrafo único do referido Código.

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade objetiva é regra prevista ao longo de todo texto legal. Já a responsabilização subjetiva, vista como exceção do Código, encontra previsão no artigo 14, §4º, no que tange aos profissionais liberais como médicos e dentistas.

Além, no que tange ao comerciante, há divergência doutrinária a respeito da subsidiariedade ou a solidariedade da responsabilidade deste perante o fornecedor, discutindo-se, assim, também a responsabilização subjetiva ou objetiva do comerciante, visto que o fornecedor será responsabilizado objetivamente, de acordo com a letra do *caput* artigo 14 do mesmo Código. Tal

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 126/171.

³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 223.

discussão será objeto de estudo desta monografia, bem como suas conseqüências, conforme adiante se discorrerá.

1.3 A subsidiariedade e a solidariedade

A responsabilização solidária e subsidiária tem como foco a maneira com que múltiplos devedores devem responder perante àquela obrigação contraída. Assim, há primeiro que se falar em pluralidade de devedores para então adentrar nesta diferenciação.

Num primeiro momento, cabe a conceituação de cada uma delas. Na responsabilidade solidária há que se falar em unidade de causa, ou seja, uma corresponsabilidade entre os interessados.³⁸

Quando os credores são responsabilizados solidariamente implica que todos são coobrigados pelo valor total da dívida, da obrigação. Assim, o credor poderá cobrar a totalidade de qualquer um dos credores. Mesmo que seja possível determinar a quota parte de cada um, todos eles respondem pelo inteiro ante o credor. É possível ainda, que aquele que extinguiu a dívida mediante quitação cobre a quota parte de cada um.

Um dos pontos de grande relevância, principalmente no que se refere ao tema que será abordado adiante, é que as relações existentes entre os múltiplos devedores em nada afeta o credor. Ou seja, para aquele que cobra, a relação jurídica interna entre os devedores não tem relevância direta.³⁹

Nada mais lógico quando se trata de solidariedade passiva, afinal, todos se responsabilizam pela dívida em sua totalidade e da mesma forma. Para o credor, então, cabe a faculdade de escolher de quem irá cobrar. Mais ainda,

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111.

observa-se que a finalidade da responsabilização passiva solidária é de assegurar a solvência fortalecendo o vínculo. Assim, ante a maior facilidade de recebimento por parte do credor, o qual no caso a ser tratado será o próprio consumidor lesado, este terá maior garantia de recebimento.

O direito positivado que trata da solidariedade está designado no artigo 265⁴⁰ do Código Civil de 2002, antigo artigo 896 do Código Civil de 1916, o qual afirma que a solidariedade não pode ser presumida. O artigo ainda versa a respeito das possibilidades de responsabilização solidária, quais sejam, a vontade das partes de assim pactuarem e aqueles casos previstos em lei.

Com este artigo e tomando por base a doutrina nacional, vê-se que a solidariedade é tida como uma exceção dentro do sistema. Assim, na regra geral, não havendo previsão contratual a respeito nem lei obrigando as partes a responderem solidariamente, o devedor será obrigado apenas a sua quota-parte.

Todo o texto exposto neste subitem tem por base a solidariedade passiva, ou seja, a solidariedade entre os devedores. Contudo, há que se ressaltar a possibilidade de solidariedade ativa, onde o recebimento da dívida em sua totalidade por parte de um dos credores já a extingue.⁴¹

Além, é cediço que aquele que pagou poderá requerer dos demais o pagamento de cada quota-parte correspondente. Contudo, a solidariedade ativa não será objeto de estudo deste trabalho, tendo em vista que a responsabilidade a ser observada é a dos fornecedores e comerciantes em caso de acidente de consumo, sendo a solidariedade passiva a parte relevante do tema.

No CDC como um todo se consagra a teoria objetiva, onde a culpa não é pressuposto para a responsabilização civil. Mais ainda, como se busca o ressarcimento completo do consumidor por todos os danos por ele

⁴⁰ Código Civil. Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111/112.

experimentados, verifica-se a solidariedade entre aqueles que respondem perante o consumidor.

Mais especificamente nos artigos 7º, 18 e 25 a solidariedade é mais evidente. No artigo 7º, parágrafo único, o legislador afirma que, havendo mais de um ator da ofensa eles deverão responder solidariamente. O artigo 18, localizado na Seção III do referido Código, a qual versa sobre a responsabilidade do vício do produto ou do serviço, aplica mais uma vez a solidariedade.⁴² Ainda, o artigo 25, §1º reafirma o artigo 7º, ainda presente na mesma seção.

No que tange a responsabilidade subsidiária quem responde é um responsável secundário. Este poderá ser demandado quando o obrigado principal não puder ser alçando ou não conseguir honrar a obrigação. É possível usar como exemplo o caso de insolvência do devedor principal. Este tipo de responsabilidade, além de muito fácil de ser compreendida, é muito utilizada no seara trabalhista, haja vista que esta justiça especializada visa a proteção e a garantia de recebimento por parte do trabalhador.

Ainda, no caso da subsidiariedade, aquele que quita a obrigação, em nome do devedor principal, poderá demandar ação regressiva contra este a fim de reaver os valores os quais quitou em nome daquele. Assim preceitua a doutrina.⁴³

Quanto a responsabilização no CDC, pode se falar até em certa similitude com a seara trabalhista, que vê no trabalhador a figura do hipossuficiente assim como o CDC contempla o consumidor vulnerável.

A responsabilidade subsidiária não passa de uma forma especial de

⁴² Código de Defesa do Consumidor. Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

⁴³ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p 171.

solidariedade, onde se verifica um benefício de ordem entre os coobrigados. Enquanto na responsabilidade solidária passiva existem duas ou mais pessoas atreladas pelo mesmo débito, na responsabilidade subsidiária se observa que o débito originário é de apenas uma pessoa, sendo que outra poderá vir a ser responsabilizada por ele. Por isso se falar em benefício de ordem ou preferência, pois primeiro serão demandados os bens do devedor principal e apenas quando não adimplido integralmente o débito é que se passará a excussão do responsável subsidiário.⁴⁴

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2003. p. 168.

2 DIREITO CONSUMIDOR

2.1 Sujeitos da relação de consumo

Para aplicação do CDC deve restar caracterizada a relação de consumo, com um consumidor como destinatário final do produto ou serviço. Não basta, portanto, apenas comprar e vender produtos ou serviços no mercado. O fornecedor, para caracterização da relação de consumo, deve fornecer os bens ou serviços de maneira habitual e profissional.

O primeiro elemento a ser observado para se aplicar o Código em questão é a existência de um fornecedor e um consumidor. O segundo se exterioriza no objetivo da aquisição do bem ou serviço, ou seja, o fim. Ainda, parte da doutrina afirma haver terceiro o elemento, objetivo, que seria o próprio bem ou serviço.

Corrente maximalista diz que consumidor é todo aquele que, mesmo pessoa jurídica, adquire bens. Não dependendo da sua força econômica. Essa corrente, portanto, não leva em conta o elemento teleológico, ou seja, o fim a que se destina o consumo. Verifica-se que os maximalistas interpretaram literalmente a norma do art. 2º, como sendo uma norma geral sobre o consumo, devendo ser aplicado a todos em geral, não havendo que se falar em qualquer restrição. Pelo contrário, os maximalistas interpretam a norma o mais extensamente possível.⁴⁵

Os finalistas defendem a idéia de que não é toda pessoa jurídica que pode ser considerada consumidor. Leva em conta a vulnerabilidade. Assim, tal corrente leva em conta o elemento teleológico, ou seja, o fim a que se destina o consumo.

Desse modo, para a teoria finalista, a pessoa jurídica só será considerada consumidora quando aquilo que adquire é com a finalidade de uso próprio, e não

⁴⁵ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

para revenda.

Não se vislumbra razão para estender essa discussão a respeito da teoria a ser aplicada, pois o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, apesar de se dizer finalista, se utiliza do critério de vulnerabilidade *in concreto*.⁴⁶

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, na análise de aplicação do CDC às Pessoas Jurídicas, têm afirmado que o entendimento exposto pelo STJ seria o mais adequado, a teoria adotada é denominada pela doutrina como finalismo aprofundado, entendido como o finalismo que analisa a vulnerabilidade *in concreto*.⁴⁷

Os artigos 17, 29 e o parágrafo único do 2º do Código trazem mais conceitos de consumidor. São os chamados de consumidor equiparados.

O artigo 29 trata de sujeitos equiparados a consumidores. Não são consumidores em si, pois ainda não adquiriram bens ou serviços, só se expuseram a uma prática abusiva. Sabe-se que não é necessário haver relação jurídica para incidência do CDC. Quando tratamos de consumidor equiparado estamos incluindo até aquele que não participaram da relação jurídica.

O artigo 29, ao proteger inclusive aquele que não é o destinatário final, pois protege também o consumidor em potencial, estaria englobando as pessoas jurídicas. Dessa forma, poderia haver aplicação do CDC nas relações entre dois comerciantes.

O artigo 17 equipara a consumidores as vítimas do acidente de consumo. Aqui também se vê a proteção extracontratual cedida pelo legislador. Mesmo que

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma, REsp. 661145. Relator: Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 22 fev.05. DJ 28.03.05. p. 286, e 3ª Turma, REsp 733.560. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 abr. 06. DJ 02.05.06. p. 315.

⁴⁷ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.75.

não haja relação de consumo, quando houver acidente proveniente de fato ou vício do produto/serviço, deverá ser aplicado o CDC para todos aqueles atingidos.

Arruda Alvim versa a respeito das situações onde há que se falar em abrangência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Para ele, o conceito de consumidor às vezes se torna insuficiente para preencher todas as relações de consumo que necessitariam do devido amparo legal. O autor afirma que na Seção II do CDC há esta lacuna, onde se verifica insuficiência não abrangendo todas as relações que necessitariam de amparo.⁴⁸

Para ele, o artigo 17 vem para completar o conceito de consumidor, onde há a extensão do referido código a um leque maior de situações em que pode ocorrer o dano. No caso, o autor versa a respeito do artigo 17 do CDC, onde conceitua o consumidor *bystander* como pessoas físicas ou jurídicas que mesmo não sendo partícipes da relação de consumo são contempladas pelo CDC no que tange a proteção de sua saúde ou segurança no defeito do produto.⁴⁹

O grande ponto dessa aplicação é que, diferentemente do Código Civil, aqui não há necessidade de comprovação de culpa, ou seja, a responsabilidade é objetiva, da qual trataremos mais adiante no trabalho. Mais ainda, havendo a aplicabilidade do CDC ao invés do Código Civil, as chances de ver seu crédito sendo ressarcida é superior, tendo em vista as regalias expostas pelo CDC, como o caso de desconsideração da personalidade jurídica.

No que tange ao fornecedor, ele é conceituado no artigo 3º do CDC. Observa-se, contudo, não ser um rol exaustivo e sim exemplificativo no que tange as atividades desenvolvidas. A profissionalidade, intuito de lucro ou onerosidade, deve ser observada a fim de caracterizar o fornecedor. Além, a atividade deve ser explorada continuamente, o que configura a habitualidade.

⁴⁸ ALVIM, Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.139/140.

⁴⁹ ALVIM, Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.139/140.

Conclui-se, dessa forma, que se faz necessário a presença tanto da habitualidade quanto da profissionalidade para caracterizar um fornecedor, podendo ser pessoa jurídica ou física, estrangeiro ou não.

Como na relação de consumo não é o objeto que importa e sim as partes, os sujeitos, nem todos os vendedores ou prestadores de serviços podem ser considerados fornecedores.

Apesar da onerosidade ser tida como requisito para caracterizar o fornecedor, não é possível dizer que todos aqueles que prestam serviços gratuitamente não possam ser responsabilizados. Como exemplo pode-se vislumbrar os estacionamento de supermercados e shoppings, pois como recebem remuneração indireta, quando o estacionamento é inclusive atrativo para o consumidor, devem assumir os riscos provenientes da atividade.⁵⁰

2.2 O vício do produto

Tudo aquilo que torne o produto inadequado ao consumo ou ao uso que se pretende fazer dele, ou seja, sua real finalidade, pode ser considerado como vício do produto. Também é considerado vício inerente ao produto a existência de informações errôneas ou, ainda, a ausência delas na embalagem do produto.⁵¹

Assim, em consonância com o disposto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, os vícios dos produtos podem ser divididos em três: aqueles que fazem com que o produto não funcione como deveria, seja por conta de má-fabricação ou por ausência de informações que o fariam funcionar adequadamente; aqueles que diminuam o valor do bem/produto adquirido; ou ainda aqueles que apenas apresentam disparidade entre o anunciado, pode ser na embalagem ou no anúncio comercial, e a real situação do produto.

⁵⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula 130: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

⁵¹ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 166.

Carlos Alberto Bittar afirma que a responsabilidade no caso do artigo 18, ante os vícios do produto, é solidária entre os agentes, envolvendo tanto bens duráveis como não duráveis, concentrando-se naquele fornecedor imediato quanto à colação do bem *in natura*. Porém, impõe como exceção a possibilidade de quando claramente identificado o produtor, com fulcro no §5º do referido artigo.⁵²

Diferente do vício redibitório, previsto no Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não exige que tal vício seja oculto. No instituto do vício redibitório, o vício só pode ser descoberto com o passar do tempo, não havendo possibilidade de detectá-lo no momento da compra. Ao contrário deste instituto civil, o ramo do Direito Consumerista protege inclusive aquele que adquire o produto com vícios aparentes.⁵³

Conceituando os vícios, de acordo com sua previsão no Código, podem ser chamados de intrínsecos ou extrínsecos. Têm-se como vícios intrínsecos os defeitos de fabricação e os vícios extrínsecos os defeitos de informação, que consistem na ausência de informação, clara, adequada e necessária, ao consumidor, sobre a forma de utilização do produto, de forma a evitar eventuais acidentes.

O vício extrínseco encontra-se previsto na parte final do art. 12, bem como o artigo 6º, III do mesmo Código prevê o direito básico do Consumidor de ser informado.

Para Antônio Herman V. Benjamin, o vício do produto estaria na segunda órbita de proteção ao consumidor, sendo que esta busca regradar a incolumidade econômica do consumidor. Para ele, os vícios seriam considerados como incidentes, e não acidentes como no caso do fato do produto. Ressalta ainda, que mesmo quando o fato do produto, do qual tratar-se-á a seguir, esteja atingindo a

⁵² BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 38.

⁵³ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 142/146.

incolumidade físico-psíquica do consumidor, estará também adentrando a incolumidade econômica, ainda que de modo reflexo.⁵⁴

2.3 Fato do produto

O Código de Defesa do Consumidor dedicou a seção II inteira a tratar da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. O fato do produto, também chamado de defeito⁵⁵ por alguns doutrinadores, só existe se houver o vício. Contudo, a recíproca não é verdadeira. Vejamos: fato do produto é o acidente que ocorre em decorrência do vício existente no produto. O acidente de consumo, o fato do produto como chamado pelo Código, será o vício com acréscimo de um problema maior. Problema esse que causa um dano ao consumidor que ultrapassa o simples mau funcionamento do produto.⁵⁶

Dessa forma, verifica-se que enquanto o vício é apenas aquele que determina o mau funcionamento da coisa ou a faz perder seu valor, o defeito ou fato do produto é aquele que ocorre em decorrência deste mau funcionamento, ou seja, deste vício. Por este fato é que se afirma ser possível o vício sem o defeito. Contudo, a recíproca não é verdadeira, não havendo defeito sem o vício.

O defeito do produto pode ser considerado como toda falha que ocasione a um acidente de consumo. Contudo, mesmo existindo o defeito, mas que não acarrete nenhum dano, é chamado então de vício, tratado pelo art. 18 do CDC e não o artigo 12 como até agora versamos.⁵⁷

Conforme já exposto quanto aos vícios, o produto deve cumprir sua função econômica. Quando não o cumpre, perdendo seu valor, podemos

⁵⁴ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 100/101.

⁵⁵ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

⁵⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

⁵⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 173.

classificá-lo como vício de quantidade ou de qualidade por inadequação.⁵⁸

Os produtos e serviços devem ser adequados para o uso. Há que se verificar uma garantia de segurança, garantia está que deve ter como base a segurança que se espera desses produtos e serviços. É possível afirmar a existência de um novo dever que foi instituído pelo CDC, um apêndice as atividades dos fornecedores.⁵⁹

Seguindo a nova dinâmica contratual, preocupando-se com o coletivo e o bem estar social, o Código de Defesa do Consumidor previu a necessidade de segurança que deve ser oferecida por todo e qualquer produto ou serviço disponibilizado. Nesse caso, estaremos tratando do vício de qualidade por insegurança.⁶⁰

A relevância desta diferenciação para a definição de fato do produto se insere na idéia que teremos de risco. Resta claro o dever do fornecedor/fabricante de oferecer todos os meios e informações para que não comprometa a segurança do consumidor.

Quando este não cumpre seu dever, seja por um vício que poderá ocasionar um acidente ou simplesmente pelo fato de omitir informações que ajudariam a evitá-lo, estaremos tratando de um vício de qualidade por insegurança. No caso de tal risco ocasionar realmente um acidente, estaremos à luz do fato do produto ou serviço. Conforme já exposto, podemos colocar o fato do produto como o próprio acidente de consumo.

A responsabilização pelo fato do produto ocorre no caso de dano a saúde

⁵⁸ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114.

⁵⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222.

⁶⁰ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114.

ou segurança do consumidor em razão de produto defeituoso inserido no mercado. Além, essa proteção não será restringida apenas a integridade pessoal daquele que consumiu o produto defeituoso, mas abrangerá também a proteção patrimonial.⁶¹

Como já explicitado há a diferenciação dessas lesões pelo Código. No que diz respeito às lesões patrimoniais que ocorrem em decorrência de não funcionamento do bem ou no caso deste não cumprir a finalidade que dele se espera, a proteção do consumidor estará prevista na seção que versa a respeito dos vícios de qualidade por inadequação, qual seja, a que se refere aos vícios e não ao fato do produto.⁶²

Diferentemente do *caput* do artigo 18, onde legislador afirma que os fornecedores respondem solidariamente no caso dos vícios de qualidade e quantidade, no que tange ao fato do produto o Código de Defesa do Consumidor elenca as situações onde o comerciante será responsabilizado em seu artigo 13.

Odete Novais Carneiro Queiroz afirma que o legislador ofereceu maior proteção à segurança do consumidor no que tange ao fato do produto, pois foi mais rígido no texto legislativo do que foi nos artigos referentes aos vícios. Diz isso pois no artigo 12 há a expressão “independente de culpa” que, para ela, traduz expressamente uma responsabilidade objetiva geral, comum a todos.⁶³

Como há divergências quanto à interpretação do artigo 13 do referido Código, bem como se a idéia da culpa nesse caso se mostra de maneira subjetiva ou objetiva, vale tecer algumas considerações a respeito.

Antônio Herman Benjamin, coloca a segurança como um conceito relativo.

⁶¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66.

⁶² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66.

⁶³ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da Responsabilidade Por Vício do Produto e do Serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 44.

De fato, seria mesmo surreal que fosse possível erradicar toda insegurança do mercado, pois é óbvio que todos os produtos, em linhas gerais, vão oferecer algum risco, por mínimos que sejam.

Para ele, os riscos inerentes à sociedade de consumo, ou seja, a insegurança que já se encontra na expectativa do consumidor comum, não deve ser considerada como vício. Assim, o conceito de segurança poderá ser interpretado de acordo com o que o consumidor podia esperar a respeito da capacidade do produto de causar algum acidente. Evidente, portanto, o caráter subjetivo da noção do risco.

Sérgio Cavalieri resume a Teoria do Risco afirmando que todo aquele que lucra com uma atividade que expõe a sociedade a determinado perigo, deve assumir os riscos dela decorrentes. Mais ainda, tem o dever de reparar os danos dela advindos. Assim, segundo essa teoria, a partir de um risco assumido ao desenvolver uma atividade perigosa, têm-se o dever de reparar todos os danos que advirem dela.⁶⁴

Conclui-se que a responsabilização deve observar às normas técnicas e de segurança, bem como a boa-fé. Quem fornece o produto passa a ser também responsável por sua qualidade e segurança. Como o consumidor não pode arcar com os riscos advindos da relação de consumo, os riscos devem ser socializados. Assim, há a repartição dos riscos inerentes as atividades entre todos. Tal se dá através de mecanismos de preços e de seguros sociais, como já mencionados.

Observa-se, portanto, no que tange a relação de consumo o fundamento da responsabilidade civil em regra é o risco-proveito, que consiste, como já exposto, no dever de arcar com os bônus e com os ônus da atividade desenvolvida.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 128.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri “entende-se por fato do produto o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito do produto.”⁶⁵

Assim, são os vícios que os produtos possuem que fazem o empresário responder objetivamente pelos danos causados. No que se refere ao fato do produto, segundo o mesmo autor, o CDC é mais detalhado, pois o art. 12 refere-se expressamente ao defeito do produto.

Os vícios subdividem-se em de concepção, aqueles advindos da criação do produto, de produção, aqueles provenientes da forma de montagem ou fabricação, e de comercialização, que nada mais são do que as informações úteis e necessárias que devem ser passadas ao consumidor.

Como já exposto, o fato do produto nada mais é do que o próprio acidente de consumo, que é considerado como materializado quando atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.

O fato que gera o dever de indenizar não é a conduta culposa e sim o defeito do produto. Ainda, vale ressaltar que deverá ser comprovado o nexo de causalidade.

2.4 Consumidor *bystander*

O Código de Defesa do Consumidor foi inspirado em legislações estrangeiras e criado em atenção aos dispositivos constitucionais, artigo 5º, XXXII e artigo 170, IV. Assim, o Direito do Consumidor, com base constitucional, surgiu para proteger o mais fraco da relação, em razão da vulnerabilidade (fragilidade) do consumidor, dando concretude ao princípio da isonomia.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 163.

Verifica-se que não é possível tratar igualmente os sujeitos quando esses se encontram em desigualdade. Desse modo, com tratamento diferenciado, com certa proteção, equilibram-se as relações entre os desiguais.

São classificados como consumidores *bystander* aqueles equiparados pelo artigo 17 do Código. Verifica-se, pois, que não se trata de relação consumerista propriamente dita, pois tais vítimas seriam terceiros que não fazem parte da relação.⁶⁶

No caso dessas vítimas serem de fato consumidores nem ao menos há que se discutir a respeito da aplicação do referido Código, ante a prevalência deste sobre os outros ramos do direito. A problemática se dá quando houve um acidente em decorrência de um serviço e há dúvidas no que tange as partes que celebraram tal contrato. No caso de comerciantes, alguns autores defendem a responsabilidade subsidiária, enquanto outros autores de grande renome no meio acadêmico, em principal aqueles essencialmente consumeristas, defendem a solidariedade absoluta.

Conforme previsto no art. 8º do CDC, os produtos oferecidos no mercado devem possuir um padrão de qualidade e de segurança que não ofereçam riscos à saúde ou a segurança dos consumidores. É o que diz o princípio da garantia da adequação, onde o produto deve se adequar aos padrões ora citados. Contudo, não há produto ou serviço inofensivo, pois existem riscos normais em razão da natureza ou fruição de determinado produto ou atividade.

Com relação aos riscos normais citados nas linhas anteriores, é dever daquele que põe no mercado tal produto ou serviço dar todas as informações necessárias a respeito do mesmo.

⁶⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Do conceito ampliado de consumidor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4984>>. Acesso em: 12.10.08.

Quando o produto, mesmo que passe nos testes de segurança ou qualidade da empresa, causar dano ao consumidor, segundo Paulo R. Roque⁶⁷, resta clara a violação do princípio da garantia da adequação, já mencionada. O dano causado é proveniente de um defeito no produto: fato do produto ou do serviço, os quais já foram devidamente diferenciados.

No Código Civil seria necessário, além de vislumbrar o dano, verificar a conduta culposa ou dolosa do agente, ora fornecedor. Com o CDC, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço não necessita de comprovação de culpa. É o que chamamos de responsabilidade objetiva, ou seja, não há necessidade de comprovação da culpa, via de regra.

Conforme o CDC, todas as vezes que o produto ou serviço prejudicar, no sentido de causar algum dano ao consumidor ou, inclusive a terceiros que fazem parte da relação de consumo, não sendo nem consumidor nem fornecedor nesta relação, haverá o dever de indenizar aquele prejudicado, de acordo com o artigo 17 que prevê que as vítimas do evento (acidente de consumo) equiparam-se aos consumidores.

Contudo, surge uma indagação: a quem responsabilizar pelo fato do produto? O caput do art. 12 do CDC não determinou que toda a cadeia de fornecedores deve ser responsável pelo acidente de consumo. Ainda, para efeito da responsabilização, versa a respeito de duas espécies de fornecedor: 1) Real: fabricante, produtor e o construtor e 2) presumido: importador do produtor.⁶⁸

No que diz respeito ao importador, que será presumido como fornecedor, mesmo não sendo responsável pela fabricação do produto e sim um comerciante, observa-se que já não há dúvidas, inclusive expresso no código, que este deve responder objetivamente por ele, tendo em vista que assumiu o risco ao introduzi-

⁶⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo.** 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p.167/168.

⁶⁸ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo.** 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p.167/168.

lo no mercado interno. É inviável que o próprio consumidor lesado tenha identificar o fornecedor e buscar a reparação dos danos causados no exterior.

Contudo, interpretando literalmente o texto do referido artigo, seria possível entender que apenas aquele que introduziu o produto no mercado é que estaria responsável objetivamente, sem necessidade de demonstração de culpa, por aquela mercadoria ou serviço.

Portanto, via de regra, aquele que comercializa o produto não é responsabilizado pelo acidente de consumo, a não ser quando se tratar das condutas indicadas no artigo 13 do CDC. Dessa forma, não podendo identificar aquele que deveria ser responsabilizado, não havendo identificação clara de seu fabricante ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos, deverá responder pelos danos causados subsidiariamente. Tais situações versam sobre responsabilidade subjetiva, ou seja, com culpa, uma exceção também a responsabilidade objetiva adotada pelo Código.

Segundo Paulo Roberto Roque A. Khouri⁶⁹, a única hipótese em que é possível responsabilização solidária entre o fornecedor (fabricante) e o comerciante é quando este não tenha “conservado adequadamente os produtos perecíveis”, aplicando-se o art, 25, §1º do CDC ante a conduta negligente tomada pelo comerciante.⁷⁰

Para que haja tal responsabilização se faz necessário que o produtor, fornecedor, informe com cautela todas as ações adequadas para a conservação

⁶⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 171.

⁷⁰ Código de Defesa do Consumidor. Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

de determinado produto. Não havendo tal cautela por parte do produtor, o comerciante continuará respondendo subsidiariamente.⁷¹

Como já observado, quando tratamos de responsabilidade civil por ato ilícito ou responsabilidade contratual se faz necessário observar três elementos: conduta culposa ou dolosa, o dano e nexos de causalidade entre os dois primeiros.

No CDC, a responsabilidade é objetiva e, portanto, bastando apenas a ocorrência do dano, não necessariamente havendo que se falar em culpa. Contudo, ressalta-se que mesmo não havendo que se falar em culpa, se faz necessário a comprovação do nexo causal, devendo demonstrar que o dano tem como causa um defeito no produto ou serviço.

⁷¹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 171/172.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO COMERCIANTE

3.1 Do CDC e do posicionamento da doutrina

Em princípio, ao ler o *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, não se observa intenção do legislador em conferir a responsabilidade por um acidente de consumo a toda uma cadeia de fornecedores e sim àquele que fabrica, monta ou importa determinado produto.⁷²

É de se entender a colocação da importação entre o rol deste artigo, visto que um produto que seja produzido fora do país dificulta qualquer questionamento junto ao fabricante. Dessa forma, aquele que lucra trazendo um produto de outro país para dentro do Brasil, tem o dever de se responsabilizar pelos acidentes por ele causados.⁷³

Verifica-se que o legislador se preocupou em enumerar aqueles que devem se responsabilizar e, apenas no próximo artigo, expôs a possibilidade onde o comerciante será responsabilizado.

⁷² Código de Defesa do Consumidor. Art. 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.”

⁷³ Código de Defesa do Consumidor. Art. 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.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 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 inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Para que se fale em responsabilidade deve ser necessariamente verificada, além do dano e do nexo causal entre este último e o produto, a existência do vício que deu causa ao dano. Além, observa-se que o ônus *probandi* será daqueles sujeitos expostos no rol do *caput* do artigo mencionado, visto que esses deverão provar que inexistia defeito para se eximirem da responsabilidade.⁷⁴

Têm-se como lógico o posicionamento do legislador, porque se o produto não possuía qualquer vício ou defeito que ocasionou determinado acidente, não há que se falar em responsabilidade, pois restaria ausente o próprio nexo causal. Ora, se o que deu causa ao acidente não foi propriamente o produto e sim algo que o consumidor tenha feito, não seria possível responsabilizar outro se não aquele que deu causa ao próprio dano. Observa-se, então, caso de excludente de ilicitude, pois são causas excludentes de responsabilidade civil⁷⁵, considerando ausente conduta ilícita, ainda que se fale em responsabilização extracontratual.

Como já exposto no capítulo a respeito da responsabilidade objetiva e subjetiva, o direito brasileiro, ao redistribuir os riscos para que aumentasse a possibilidade do consumidor ver seu dano sendo ressarcido, ainda que se abdique da idéia de culpa, no caso da responsabilidade objetiva, não deixa de lado a antijuricidade da conduta ou do fato. Ou seja, para que seja indenizável nesses casos de fato do produto, deve haver o defeito, o próprio acidente de consumo, que nada mais é do a conduta danosa. Sem ela, não é possível se falar em

⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222/225.

⁷⁵ “[...] Trata-se de matéria com importantes efeitos práticos, uma vez que, com freqüência, é argüida como matéria de defesa pelo réu (agente causador do dano) no bojo da ação indenizatória proposta pela vítima. Cuidaremos, pois, das seguintes excludentes: 1 Estado de necessidade; 2. legítima defesa; 3. exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; 4. caso fortuito e *foca maior*; 5. culpa exclusiva da vítima; 6. fato de terceiro.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil -Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2003. p. 111.)

responsabilidade.⁷⁶

O artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, em seus incisos I e II⁷⁷, preceitua a faculdade de responsabilizar o comerciante nos casos de impossibilidade ou dificuldade de identificação do fabricante, produtor, construtor ou importador do produto ou serviço. De fato, se não há como responsabilizar aquele que fabricou o produto com defeito, deve-se responsabilizar aquele que esta inserindo no mercado, ou seja, o comerciante, pois ele não poderia comercializar um produto sem antes se preocupar com a sua procedência.

Ainda, no inciso III⁷⁸, há a previsão de responsabilização quando não houver por parte do comerciante o cuidado de conservar adequadamente aquele produto. Observa-se que o referido inciso trata de casos onde o próprio comerciante foi negligente quanto ao armazenamento do produto, não observando as instruções oferecidas ou não agindo conforme a conduta que se almeja de um homem comum.

A problemática surge principalmente ante a negligência ora especificada por este ultimo inciso, pois restaria configurada a culpa do comerciante. Dessa forma, indaga-se, conseqüentemente, a respeito da verificação da teoria subjetiva no caso específico.

Quanto à responsabilização do comerciante em razão de acidente de consumo, o entendimento de Paulo R. Roque⁷⁹, é pela responsabilidade subjetiva, ou seja, pela necessidade de demonstração da culpa do comerciante.

⁷⁶ KHOURI, Paulo R. Roque A. Khouri. Artigo: **Distribuição de Risco, responsabilidade Civil e quebra de dever**. Ainda não publicado.

⁷⁷ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

[...]
⁷⁸ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: [...]

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

⁷⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p.171 e ss.

Resta claro, ao vislumbrar o referido artigo, que é necessário verificar a impossibilidade de identificação do produtor, bem como a negligência ou imperícia do comerciante nos casos previstos, não sendo possível se falar em ausência de comprovação de culpa, como é a regra da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Provavelmente o advogado entenda a responsabilidade do comerciante como sendo, em todos os casos previstos no artigo 13 do Código do Consumidor, subsidiária em razão da sua atuação na advocacia conjugada à academia. O autor ora mencionado trata de vários temas de direito consumidor com certa cautela, ponderando os lados a que se refere.

Na mesma linha desse entendimento, Zelmo Denari, autor do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, se posiciona pela subsidiariedade da responsabilização do comerciante em casos de acidente de consumo. Os obrigados principais seriam os fabricantes, produtores, construtores e importadores, elencados no artigo 12 do referido Código.⁸⁰ Contudo, no que diz respeito à discussão da culpa, não se posiciona o doutrinador a respeito da teoria a ser aplicada.

Assim também, Pablo Stolze, em consonância com a orientação de Carlos Roberto Gonçalves⁸¹, destaca que o referido artigo conferiu natureza jurídica subsidiária a responsabilidade do comerciante em face dos obrigados já citados anteriormente.⁸²

A doutrina presente no livro *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* afirma que o artigo 13 impõe a aplicação do artigo 12 também para o comerciante. Conclui, dessa forma, que o comerciante será responsabilizado

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio H. de Vasconcellos, *et alli*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 169.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo:Saraiva,2002. p. 392.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2003. p. 293.

solidariamente em conjunto com o fabricante. Mais ainda, imputa uma responsabilidade objetiva nesses casos, onde dependerá apenas do nexo causal entre o defeito e o dano.⁸³

Contudo, no mesmo comentário ao artigo 13, reconhece que o comerciante não será obrigado a reparar o dano quando ele provar “que não ajudou a colocar o produto no mercado, que não existe ou existia defeito no produto, mesmo que tenha havido nexo causal entre o produto e o dano.”⁸⁴

Observa-se que as duas hipóteses elencadas anteriormente pelos doutrinadores versam a respeito da prova no qual é incumbido o comerciante a fim de se eximir de qualquer responsabilidade pecuniária. Ora, se há que se falar em discussão de culpa, não restaria prejudicada a afirmativa que diz se tratar de responsabilidade de imputação objetiva? Segundo o já mencionado Paulo R. Roque, existindo possibilidade de discussão de culpa, necessariamente estaríamos afirmando que a teoria seria subjetiva.

Considerando como comerciante aquele que desempenha função de simples colocação de produto no mercado, Carlos Alberto Bittar, ao escrever a respeito do Código de Defesa do Consumidor, se expressa em favor da teoria objetiva no que diz respeito à culpa, vejamos:

[...] chegou-se então a um regime próprio de responsabilização para o produtor, já enunciado (art.12 e segs.) e fundado na teoria objetiva da responsabilidade civil, sob a consideração de que, no fluxo normal do mercado, na denominada “economia de escala”, os setores secundário e terciário desempenham simples funções de colocação de produtos (vendedores) e, na relação jurídica entre produtor ou fornecedor e consumidor, deve aquele responder por vícios, ou defeitos, dos produtos

⁸³ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240.

⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240.

(responsabilidade pelo fato do produto), independentemente da existência de relacionamento direto e de culpa em sua fundamentação.⁸⁵

Claudia Lima Marques, acadêmica consumerista, no que tange aos comentários a respeito dos artigos 13 e 18 do referido Código, já não compartilha da mesma orientação exposta por Paulo R. Roque. Para ela, o Código fora criado com o intuito de dar ao consumidor a oportunidade de cobrar de qualquer um os danos causados em decorrência do vício ou fato do produto. Assim, o consumidor poderia intentar ação quanto a qualquer um da cadeia de fornecedores.⁸⁶

Mesmo sem expor explicitamente qual seria a teoria adotada no que tange a culpa, objetiva ou subjetiva, a autora mencionada aceita como exceção da responsabilidade solidária os artigos 12 e 13 do referido código. Apesar de reconhecer não se tratar de responsabilidade solidária, critica essa hierarquização de culpa, pois afirma que no sistema do direito consumidor a imputação da responsabilidade é objetiva.

Observa-se que para esses autores, ainda que entendam a responsabilidade do comerciante como sendo subsidiária a regra da solidariedade não pode ser afastada, pois o artigo 13 é expresso ao colocar que o comerciante será igualmente responsável.

Daí porque a crítica. Se o código é expresso nesses casos, então naqueles previsto no mencionado dispositivo a responsabilidade será solidária. Cabe então discutir os casos não previstos nesse dispositivo. A responsabilidade será subsidiária ou se quer haveria que se falar em responsabilidade do comerciante?

Claudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes afirmam que ainda nos casos previstos nos incisos do artigo mencionado, o comerciante não será o único

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

responsável, pois o próprio fabricante ainda será responsabilizado solidariamente.⁸⁷

Mais ainda, os doutrinadores afirmam ser subsidiária a responsabilidade dos comerciantes no que tange ao fato do produto, ressaltando como importante esta abordagem visto que, para ele, quanto ao vício do produto a responsabilidade do comerciante é plena e não somente subsidiária.⁸⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso entende pela responsabilização subsidiária do comerciante. Os obrigados principais seriam aqueles elencados no artigo 12, quais sejam, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Ainda afasta a responsabilidade desses obrigados principais apenas em razão da culpa exclusiva do comerciante⁸⁹

Para aqueles autores que defendem a responsabilização subsidiária do comerciante, os responsáveis diretos estariam expressos no artigo 12 do Código. Afirmam ainda que esta responsabilidade só poderá ser considerada solidária no caso do comerciante ter agido com negligência, desde que provada sua culpa na conduta danosa.⁹⁰

Assim, verifica-se que as correntes adotadas pelos autores podem significar a influência do meio em que aplicam seu trabalho. Aqueles mais voltados ao ambiente acadêmico tendem a ver a responsabilização do comerciante como algo apenas para beneficiar o consumidor.

⁸⁷ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140/143.

⁸⁸ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140/143.

⁸⁹ “Já se vê que a responsabilidade do comerciante é subsidiária e exsurge tanto na hipótese de ficar afastada a responsabilidades dos obrigados principais, em virtude de culpa exclusiva do comerciante (v.g., não se preocupou com o fato de o produto ser omissivo quanto à identificação da origem, ou, ainda, não conservou a mercadoria em lugar fresco e seco, como vinha expressamente indicado).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.55.

⁹⁰ HKOURI, Paulo Roberto Roque A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 171.

Por outro lado, aqueles que ponderam as relações, levando em conta a responsabilidade efetiva daquele que vende o produto, bem como a possibilidade dos fornecedores, comerciantes e empresários, tendem a colocar o comerciante como responsável subsidiário nos casos de acidente de consumo.

O que se verifica é uma diferenciação na visão acadêmica dogmática e a visão prática. Aqueles consumeristas mais engajados com a academia tendem a defender a ferro e o fogo o consumidor. Mesmo quando admitem que o comerciante é o responsável subsidiário tendem a se abster no que tange a comprovação da culpa ou discussão da própria culpa no caso, não diferenciando se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Já os mais voltados para a advocacia tendem a ponderar e levam em conta a visão prática, entendendo que só pelo fato de poder ser discutida a culpa, o caso específico estaria relacionado no mínimo com uma culpa presumida. Ora, vale lembrar que na responsabilidade objetiva se quer se discute a culpa.

Quanto à letra da lei, ainda em aulas ministradas, professores renomados como Ricardo Morishita e Roberto Freitas defendem a solidariedade da responsabilidade do comerciante nos casos expressamente previstos no artigo 13.

Para eles, a responsabilidade seria solidária somente nos casos de não identificação do fornecedor ou não conservação adequada do produto por parte do comerciante e sequer haveria que se falar em qualquer responsabilidade do comerciante fora dessas possibilidades. Isso sob o argumento de que o código expõe que o comerciante será “igualmente responsável”, o que entendem se tratar de responsabilidade solidária e independente de culpa.

Contudo, com todo o respeito aos ilustres professores, não se verifica que essa era a intenção do legislador. Não é possível que um comerciante possa trazer um produto ao mercado, mesmo que plenamente possível identificar o fabricante e perfeitamente conservado, e, no caso desse produto vir a causar um

acidente de consumo, o consumidor não vir a ser ressarcido diante da impossibilidade do fabricante.

Vejamos um exemplo concreto, um grande hipermercado comercializa um doce, produzido por uma pequena empresa no interior de algum estado do país. Esse fabricante pode ser perfeitamente identificado e o produto foi armazenado de forma perfeitamente regular. Ainda assim, um dos doces em questão continha uma bactéria super-resistente que acaba por ocasionar a morte de uma consumidora. Diante da insuficiência de recursos financeiros dessa pequena empresa fabricante do doce, o consumidor estaria desamparado? Não poderia ele recorrer ao próprio hipermercado que inseriu o doce no mercado?

Daí porque dizer que a responsabilidade do comerciante é subsidiária. Primeiro deveria sim ser demandado o real fabricante e, diante de sua insuficiência, o próprio comerciante poderia ser demandado, com o intuito de garantir o devido ressarcimento do consumidor, sujeito a ser protegido pelo Código em questão.

No máximo, ao se falar em solidariedade, esta se daria de maneira que, nos casos expressamente previstos no artigo 13, a responsabilidade do comerciante e do fornecedor seria sim solidária entre si. Fora desses casos, ou acaso não comprovada à culpa do comerciante quanto a identificação do fabricante ou da conservação do produto, ele responderia apenas subsidiariamente, por ter inserido o produto do mercado, tratando-se de risco do empreendimento, o qual já fora mencionado em capítulos anteriores.

3.2 Da visão dos Tribunais

O Tribunal do Rio Grande do Sul, como revolucionador que é, algumas vezes se manifestou a respeito da responsabilização do comerciante, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. VÍCIO NO TELEFONE MÓVEL. ACIDENTE DE CONSUMO. COMERCIANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor expressa que o comerciante é responsável subsidiário por vício do produto, devendo compor a lide apenas nos casos em que vier como litisconsorte do fabricante ou quando este não puder ser identificado. Assim, quando ajuizada ação apenas contra o comerciante, tendo em vista possível a identificação do fabricante, aquele deve ser considerado parte ilegítima. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA, PREJUDICADA A APELAÇÃO DA AUTORA.⁹¹

Conforme se infere deste julgado, a responsabilização do comerciante seria subsidiária. O artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor versa a respeito da solidariedade pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornam o produto impróprio para o consumo ou que diminuam seu valor. Ainda que não seja mencionado no referido Acórdão, é provável que a Relatora tenha se utilizado do §5º do artigo 18, que pode ter interpretação similar aos artigos 12 e 13 do Código Consumerista.

No que diz respeito ao vício do produto verifica-se que o Código não é expreso a respeito do comerciante como o fez no artigo 13, na seção referente à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. O mencionado artigo engloba todos os fornecedores e não elenca qualquer um deles especificamente como faz o artigo 13.

Observemos o trecho do voto do Acórdão ementado acima transcrito:

O Código de Defesa do Consumidor traz dois tipos de responsabilidade civil, ambas de natureza subjetiva, prescindindo culpa. São elas: pelo fato do produto e do serviço e por vícios do produto ou do serviço.

A inviabilidade de utilização do aparelho celular é acidente típico de consumo, porém relativa a vício do produto, tendo em vista que tornado defeituoso ou impróprio por apresentar defeito. E, segundo o art. 12, §1º, do CDC, é defeituoso aquele produto que pecar quanto à segurança dele esperada.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70023532963. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, RS, 03 set. 08. DJ. 09.09.08.

Há, portanto, a responsabilidade civil por vício do produto, art. 18, do CDC, entretanto esta é exclusiva do fabricante, respondendo o comerciante, subsidiariamente, quando aquele não puder ser identificado, conforme o art. 13, da norma supracitada. Porém, o consumidor pode ajuizar a ação de indenização contra o comerciante e o fabricante em litisconsórcio passivo.

No entanto, o autor pecou ao ajuizar a ação inserindo no pólo passivo da demanda apenas o comerciante, pois era plenamente identificável o fabricante, visto que há inscrição na nota fiscal dada pelo comerciante ao consumidor o nome do fabricante do produto, LG (fl. 11).

Nesse passo, conclui-se que o fabricante é objetivamente responsável por eventual vício de seu produto, somente sendo atribuída responsabilidade subsidiária ao comerciante nos casos de impossibilidade de identificação da fábrica ou má conservação de produtos perecíveis.

Por tais razões, merece reforma a sentença que julgou procedente a ação, pois o pólo passivo deveria ter sido integrado apenas pelo fabricante ou por este somado ao comerciante.

Assim, há de ser desprovido o apelo, e nesse sentido invoco os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. DEFEITO DO PRODUTO. ACIDENTE DE CONSUMO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REVELIA. O artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor reputa subsidiária a responsabilidade do comerciante pelo acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), o qual poderá compor a lide apenas quando o fabricante não puder ser identificado. Uma vez ajuizada a demanda contra o comerciante e sendo plenamente identificável o fabricante, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva é medida que se impõe. O decreto de revelia não apaga a possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70009153677, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 11/11/2004).

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL POR VÍCIO DO PRODUTO. **ACIDENTE DE CONSUMO**. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. **ILEGITIMIDADE** PASSIVA. O artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor expressa que o **comerciante** é responsável subsidiário por vício do produto, devendo compor a lide apenas nos casos em que vier como litisconsorte do fabricante ou quando este não puder ser identificado. Assim, quando ajuizada ação apenas contra o **comerciante**, tendo em vista possível a identificação do fabricante, aquele deve ser considerado parte ilegítima. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70006728950, Nona Câmara Cível, Tribunal de

Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 26/05/2004).⁹²

A Desembargadora Marilene Bonzanini afirma restar presente dois tipos de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. Mais ainda, consigna que tanto no vício do produto como no fato do produto, essa responsabilidade adota a teoria subjetiva, na qual importa a discussão da culpa.

Contudo, conforme se insere do julgado, trata-se o caso de mero vício do produto, pois se verifica apenas um defeito em um aparelho celular, não se falando em qualquer acidente em decorrência deste. Como já exposto em outras linhas, a lesão ao consumidor é patrimonial originária de mero incidente.

A afirmação da Desembargadora a cerca da aplicabilidade da teoria subjetiva no que diz respeito a culpa do comerciante em ambas as seções do referido Código gera dúvidas. Verifica-se que no que se refere aos vícios o legislador não utilizou a expressão “independente de culpa” como fez em relação ao fato do produto. Além, quanto à diferenciação do comerciante, ela encontra-se inserida nos acidentes de consumo. O artigo referente ao vício coloca o fornecedor em linhas gerais, como já mencionado.

Data vênia, parece que a posição da Desembargadora é contrária a disposição expressa do código, quando aponta as duas responsabilidades gerais como subjetiva, pois, como já explicitado, o artigo 12, que se refere ao acidente de consumo, coloca a cadeia de fornecedores expressa e consigna a expressão “independente de culpa”, o que remonta a teoria objetiva, contrária ao exposto pela Desembargadora.

Contudo, raciocínio diverso, como o da Desembargadora, pode até ser entendido, diante das excludentes de responsabilidade previstas no mesmo artigo,

⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70023532963. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, RS, 03 set. 08. DJ. 09.09.08. (grifos do texto não contidos no original; grifos do último precedente presente no original.)

até mesmo porque, no que diz respeito ao artigo 18, §5º, é possível fazer interpretação semelhante, podendo remeter a uma culpa, onde seria a teoria subjetiva aplicada, ou até uma presunção de culpa.⁹³

Fica a ressalva de que a diferenciação, em breve síntese, dos vícios do produto/serviço para o fato do produto/serviço se dá exatamente em que o fato do produto só poderá ocorrer quando houver acidente em decorrência do vício⁹⁴, como já mencionado em capítulo anterior.

O vício, por si só, enseja apenas as possibilidades elencadas nos incisos do artigo 18, quais sejam, a troca do produto por outro da mesma espécie, a restituição daquilo que foi pago com a devida atualização ou o abatimento proporcional do valor pago.⁹⁵ Assim, o equívoco aparente estaria na aplicação do artigo incorreto ao caso concreto, pois utilizou do artigo relativo ao acidente de consumo quando na realidade trava-se de mero vício do produto. Contudo, pode a Desembargadora na verdade ter relacionado as duas seções, como já mencionado, não havendo que se falar em equívoco.

Também quanto à responsabilização do comerciante em acidente de consumo, o Tribunal do Rio Grande do Sul proferiu Acórdão, assim ementado:

⁹³ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor

⁹⁴ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

⁹⁵ “As opções conferidas ao consumidor para a hipótese de não ser o vício sanado no prazo máximo de 30 dias têm como intento, única e exclusivamente, propiciar a restauração do negócio jurídico segundo os ditames da lealdade e boa-fé ou desfaze-lo mediante a recomposição patrimonial pertinente. O exercitamento de alguma das alternativas dos incisos I, II e III do 1º do art. 18 não alforria o fornecedor do dever de reparar eventuais perdas e danos causados pelo vício de qualidade, prevalecendo nesse caso a regra geral do art. 6º, VI.” (OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de defesa do consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2004. Página 144)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA VENDEDOR SUPERMERCADO. ESTOURO DE GARRAFA DE ESPUMANTE CUJOS ESTILHAÇOS CAUSARAM LESÕES NA PERNA DO AUTOR. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Havendo nos autos elementos suficientes à identificação da origem da lesão causada estouro de garrafa é da responsabilidade do fornecedor (comerciante) a indenização dos danos comprovadamente sofridos. O supermercado disponibilizou aos seus consumidores produto que oferecia riscos em potencial, ocorrendo dano. Conforme as regras consumeristas, presume-se a imperfeição do produto, cabendo ao fornecedor o ônus de demonstrar sua inexistência. Somente haveria a exclusão da responsabilidade objetiva do réu, como comerciante, se cabalmente provado que o acidente de consumo não decorreu de qualquer defeito no produto ou na sua armazenagem, o que não logrou comprovar. Comprovado o dano, o nexo causal e a culpa, resulta o dever de indenizar. Quantum indenizatório fixado aquém do patamar adotado por esta Turma para casos semelhantes, mas que não se modifica tendo em vista a falta de insurgência da parte interessada. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.⁹⁶

Conforme se vê, o Acórdão traduz o entendimento de que o comerciante que disponibiliza produtos que oferecem riscos aos consumidores, devem ser responsabilizados pelos danos que deles decorrerem. Mais ainda, determina a responsabilidade objetiva de tais comerciantes, afirmando esta poder ser excluída apenas no que tange a prova de que o acidente não se deu por defeito no produto ou em casos onde o defeito se dê na forma de armazenamento. Ora, se está poderá ser excluída em caso do comerciante fizer prova que não existiu defeito, muito menos por culpa dele, não estaríamos desde o começo a versar a respeito da teoria subjetiva, já que será admitida a discussão da culpa?

O voto que ensejou a referida ementa afirma que o supermercado disponibilizou a seus consumidores uma bebida espumante que oferecia risco. Consignou que ao fornecedor caberia o ônus de demonstrar que inexistia imperfeição do produto, conforme artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, afirmou que somente não haveria responsabilidade objetiva do comerciante se demonstrado que o acidente não ocorreu em razão de defeito no produto ou defeito no armazenamento.

⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Turma Cível. Recurso Cível Nº 71001526433. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, RS, 18 jun. 08. DJ 23.06.08.

Verifica-se que o referido Acórdão coloca o ônus probatório como do próprio comerciante. Sabe-se que a inversão do ônus da prova não ocorre de plano, é uma faculdade conferida aos magistrados quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando ele for hipossuficiente, característica essa que vai além da vulnerabilidade presente em todos os considerados consumidores.⁹⁷ Dessa forma, não havendo a inversão desse ônus, o que se infere do artigo 13 não é o ônus probatório do próprio consumidor.

Vejamos trecho do referido voto:

O supermercado disponibilizou aos seus consumidores bebida espumante que oferecia riscos em potencial, ocorrendo dano. Conforme as regras consumeristas, presume-se a imperfeição do produto, cabendo ao fornecedor o ônus de demonstrar sua inexistência. Dessa forma, somente haveria a exclusão da responsabilidade objetiva do réu, como comerciante, se cabalmente provado que o acidente de consumo não decorreu de qualquer defeito no produto ou na sua armazenagem, o que não logrou comprovar.

Nas ações de responsabilidade dessa natureza, ao consumidor incumbe apenas a prova do dano e do nexos de causalidade entre esse e o fato do produto, encargo do qual se desincumbiu a contento, conforme demonstrado documentalmente pelo boletim de atendimento médico, boletim de ocorrência e auto de exame de corpo de delito (fls. 12/18) e pela prova testemunhal colhida.⁹⁸

Verifica-se que esta discussão não cabe em face dos fornecedores principais. Estes devem responder solidariamente e independente de culpa. Ao máximo, poderão reaver o valor pago do verdadeiro responsável. O código garante ao consumidor o recebimento da indenização nesses casos.

Mais ainda, ainda que a responsabilidade seja subjetiva, inserida está à noção de subsidiariedade e não excludente de responsabilidade. Tal noção é na prática muito importante, pois caso houvesse exclusão de responsabilidade, ante um acidente de consumo onde deve ser responsabilizado um comerciante de um

⁹⁷ BENJAMIM, Antônio Herman. BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Turma Cível. Recurso Cível Nº 71001526433. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, RS, 18 jun. 08. DJ 23.06.08.

pequeno mercado com pouca expressão financeira, o consumidor poderá exaurir todas as medidas cabíveis e, ainda assim, não ver seu crédito adimplido.

Este foi o caso tratado no Recurso Especial 181580/SP⁹⁹ julgado no Superior Tribunal de Justiça, onde uma explosão em uma loja de fogos de artifício acabou por destruir algumas casas ao seu redor. Ainda que se trate de culpa exclusiva do comerciante, não se poderia cobrar o montante dele. Como ficaria nesse caso o consumidor *bystander* lesado que acabou por perder sua própria casa? Resta clara a função social do referido Código, pois evidente a necessidade no caso concreto de buscar todos os meios possíveis a fim de que o prejudicado tenha de volta recursos para voltar a reestruturar a vida.

3.3 Conseqüências gerais

Além, o que pode ser vislumbrado ante a dicotomia levantada é a possibilidade daquele que sofreu o dano a ser ressarcido. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor muitas vezes fará com que haja a possibilidade de ressarcimento, o que não ocorria no Código Civil.

Como já explicitado, um produto será considerado defeituoso quando não tiver a segurança que dele se espera.¹⁰⁰ A noção de insegurança deve acompanhar a razoabilidade. Assim, será considerado defeituoso, com vício, quando ultrapassar a normalidade e a previsibilidade.¹⁰¹

Contudo, verifica-se que existem riscos inerentes ao serviço, intrínsecos

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma, REsp 181.580. Relator: Castro Filho. Brasília, DF, 09 dez. 03. DJ 22.03.04.

¹⁰⁰ “A inviabilidade de utilização do aparelho celular é acidente típico de consumo, porém relativa a vício do produto, tendo em vista que tornado defeituoso ou impróprio por apresentar defeito. E, **segundo o art. 12, §1º, do CDC, é defeituoso aquele produto que pecar quanto à segurança dele esperada.**” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70023532963. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, RS, 03 set. 08. DJ. 09.09.08. Grifos não contidos no original)

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 126/171.

ao modo de funcionamento do serviço, por exemplo uma cirurgia em uma pessoa já com idade avançada, onde o risco de alguma complicação ocasionar a morte ou seqüelas é maior do que de uma pessoa normal.¹⁰² Dessa forma, impossível a transferência desses riscos àquele que presta o serviço.

Deve-se ter em mente o risco adquirido¹⁰³, quando bens e serviços tornam-se mais perigosos do que normalmente são por apresentarem algum defeito, o que nos leva a noção de imprevisibilidade e anormalidade, sempre exaltando a razoabilidade para o caso concreto.

Via de regra, conclui-se que os danos que decorrem de periculosidade inerente não ensejam indenização. Contudo, quando se tratar de risco adquirido há de se falar em indenização. O que se busca é uma segurança dentro dos padrões normais, aquilo que o consumidor normal espera do produto, dentro de uma concepção coletiva e não apenas individual.

Enquanto o Código Civil responsabiliza os empresários que colocaram os produtos em circulação, o Código de Defesa do Consumidor responsabiliza somente o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador. O Código de Defesa do Consumidor excluiu o comerciante, pois ele não teria controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias.

Na opinião de Sérgio Cavalieri, o comerciante não teria como alterar e nem controlar as técnicas de fabricação do produto. Aqui, caso não fosse dessa maneira, estaríamos falando de risco integral, onde estaríamos responsabilizando

¹⁰² BARRETTO JUNIOR, Valter Pedrosa. **Responsabilidade civil médica empresarial**. Disponível em (<http://jusvi.com/artigos/806>). Acesso em: 23.05.09

¹⁰³ O risco adquirido pode ser entendido como aquele que advém de produtos e serviços que se tornam perigosos em decorrência de vício. Assim, ante a inexistência desses vícios, não poderia ser considerado perigoso o produto ou serviço. Isto porque esse produto não apresentaria risco superior aqueles já esperados pelo homem comum. Assim, o risco adquirido deve ser entendido como um perigo além daquele esperado normalmente, implicando em imprevisão e anormalidade. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed.. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 126/171)

aquele que não deu causa ao dano.¹⁰⁴

O CDC prevê casos em que o consumidor poderá ser responsabilizado quando, por exemplo, não for possível identificar aquele que produziu o produto ou quando o comerciante não conservar adequadamente o produto.

Assim, via de regra, o comerciante não será responsabilizado pelo acidente de consumo, a não ser quando se tratar das condutas indicadas no artigo 13 do CDC. Assim, não podendo identificar aquele que deveria ser responsabilizado, não havendo identificação clara de seu fabricante ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos, deverá responder pelos danos causados subsidiariamente.

Em tais situações não é possível afirmar a inexistência de discussão a respeito da culpa. Caso não seja admitida a teoria subjetiva, ao menos há que se falar em presunção de culpa.

São consideradas como excludentes de responsabilidade as previstas no art. 12, §3º, do CDC, quando o fornecedor que vem sendo responsabilizado não é aquele que colocou o produto no mercado, quando inexistente o defeito; e quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Para Antônio Lindberg C. Montenegro¹⁰⁵, cabe ao fornecedor provar que não foi ele quem colocou determinado produto no mercado, que se quer existia defeito, que este ocorreu por culpa do consumidor ante a errada utilização do produto ou por culpa de terceiro alheio a relação. Para ele, nos três casos previstos no parágrafo supramencionado, se opera a culpa de terceiro prevista no

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed.. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p.130.

¹⁰⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos: Pessoais e Materiais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 1999. p. 400.

último inciso¹⁰⁶.

Mais ainda, afirma que por qualquer ângulo que se verifique a lei é redundante nesse sentido, não aplicando a presunção da culpa que atua contra o fornecedor, mas sim de uma responsabilidade objetiva, onde havendo qualquer fato excludente de responsabilidade, este deve ser provado pelo fornecedor.¹⁰⁷

O mesmo autor entende que no que tange ao comerciante, este têm posição secundária na cadeia, exonera-se de responsabilidade provando que nada tem a ver com o defeito da coisa alienada. Pelo que se entende para o autor, ainda que o comerciante seja considerado como secundário, também caberá a ele a prova de que nada tem a ver com o bem consumido.¹⁰⁸

No direito consumidor a solidariedade prevalece sobre a subsidiariedade. Como se sabe, no Código de Defesa do Consumidor, via de regra, todos aqueles que fazem parte da cadeia de produção, circulação e distribuição dos produtos respondem solidariamente. Contudo, a responsabilidade pelo fato do produto exclui o comerciante na opinião de Paulo Luiz Neto Lobo, respondendo apenas em casos excepcionais.¹⁰⁹

Podemos entender que Antonio Lindbergh C. Montenegro vê como taxativo o rol do artigo 13, onde só no que tange as possibilidades trazidas pelo

¹⁰⁶ § 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 inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

¹⁰⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos: Pessoais e Materiais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 1999. p. 400.

¹⁰⁸ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos: Pessoais e Materiais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 1999. p. 400/401.

¹⁰⁹ “No sistema do Código do Consumidor, prevalece a solidariedade passiva de todos os que participam da cadeia econômica de produção, circulação e distribuição dos produtos ou de prestação de serviços. São todos fornecedores solidários. [...] Este é o sentido dos arts. 18, 19 e 20 do CDC, ao contrário da responsabilidade por fato do produto (art. 12) que, ao tipificar o fornecedor, exclui o comerciante, salvo em casos excepcionais.” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade por Vícios nas Relações de Consumo. **Revista de Direito de Consumidor**. Nº 14. São Paulo: Revista de tribunais, abril/junho 1995).

artigo é que o comerciante poderá ser responsabilizado. Mais ainda, seria possível afirmar que neste caso também se trata de responsabilidade subjetiva, pois será necessário comprovar a culpa do comerciante.

Caso o comerciante seja considerado como responsável subsidiário ele só poderá ser demandado após a inadimplência do devedor principal. Mais ainda, esta possibilidade coloca que o comerciante só poderá responder nos casos previstos, taxativamente, no artigo 13, quais sejam: nos casos onde o real fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Verifica-se que no ultimo caso a responsabilidade subjetiva é evidente visto que será necessário comprovar que o comerciante agiu negligentemente ao não conservar adequadamente os produtos. Assim, ante a culpa exclusiva do comerciante, os demais fornecedores em nada influenciaram para contribuir ao fato do produto, ou seja o acidente.

Ainda, o parágrafo único do artigo mencionado preceitua que nos casos de pagamento por parte do comerciante ele poderá requerer regressivamente dos demais responsáveis o valor pago.¹¹⁰

É exatamente deste último parágrafo que surge a indagação a respeito da solidariedade ou subsidiariedade. Contudo, no caso de comprovação de culpa do comerciante, não há que se falar em ação de regresso, pois ele não terá qualquer direito a ser cobrado.

Observa-se também que o parágrafo único, independente da interpretação

¹¹⁰ Art.13 [...]

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

a respeito da responsabilização do comerciante, garante ao consumidor o recebimento da indenização, pois fala que qualquer um que pagar no caso do artigo 13 pode interpor ação regressiva para reaver o valor. Assim, ele coloca que de qualquer forma o consumidor receberá. No caso deste receber do comerciante quando o comerciante não deveria ser responsabilizado, o comerciante pode requerer dos outros fornecedores da cadeia os valores pagos ao prejudicado.

Se considerando a responsabilidade solidária do comerciante, ele poderá ser demandado sempre e, mais ainda, a responsabilidade retorna a regra do Código, que diz respeito à teoria objetiva da culpa, onde esta não é discutida.

Como já mencionado no item 3.2, ainda há interpretação no sentido de que a solidariedade do comerciante se daria apenas nos casos expressamente previstos no artigo 13. A princípio, essa interpretação se mostra viável, mas não para excluir a responsabilidade do comerciante quando o produto devidamente identificar o fabricante e este for perfeitamente conservado pelo comerciante. Não sendo o caso de uma dessas possibilidades, o comerciante passa a responder somente subsidiariamente, ou seja, quando esgotadas todas as possibilidades do consumidor ser ressarcido pelo fabricante, construtor, produtor ou importador.

3.4 No que tange ao consumidor *bystander*

Como já exposto, o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor prevê a extensão da aplicação da referida norma a todas aquelas pessoas que sejam atingidas por determinado acidente de consumo. Ainda que esta pessoa não faça parte da relação de consumo, ou seja, quando não é de fato quem consome o produto ou serviço, ela será beneficiada com a aplicabilidade do referido código.

Os pontos positivos desta aplicação são muitos, pois o Código de Defesa do Consumidor, além de trazer previsão para a inversão do ônus probatório, tem como regra a responsabilidade objetiva, ou seja, responsabiliza o fornecedor sem

discutir a culpa. Mais ainda, nos casos onde não se efetive o recebimento de devida indenização apenas com os bens da pessoa jurídica, o Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica a fim de satisfazer o débito.

A desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código, mesmo sendo muito criticada por doutrinadores do Direito Comercial, é de grande valia nos casos de acidente de consumo relacionando pequenas empresas com os consumidores. É claro que nos casos de grandes empresas, com enorme capital e empreendimento, pouco faz diferença neste sentido.

Portanto, a aplicabilidade do referido Código àqueles que sofreram com o acidente de consumo já é questão pacífica. Relacionando o tema específico ao tipo de responsabilização do comerciante, verifica-se que pouco importa ao consumidor equiparado. No máximo poderá haver uma demora um pouco maior da demanda no caso da subsidiariedade, tendo em vista que primeiro deverá cobrar do devedor principal para depois, caso não satisfeito seu crédito, cobrar do comerciante.

Ao consumidor, sendo ele equiparado, *bystander* ou qualquer uma das hipóteses previstas do Código de Defesa do Consumidor, é garantida a satisfação do crédito, de uma forma ou de outra. Vislumbrando todas as deixas possíveis para um credor se esquivar do devido pagamento, podemos apenas observar casos onde haverá fraude contra credores ou fraude a execução. Seria o caso onde o devedor subsidiário, ou até mesmo o devedor principal, dilapida seu patrimônio com o único intuito de não poder arcar com a dívida.

3.5 Quanto às excludentes de responsabilidade

No artigo 12 estão previstas as excludentes de responsabilidade. Como já citadas, vão se eximir de responsabilidade o fabricante, o construtor, o produtor ou

importador que provar que não colocou o produto no mercado; que o defeito não existe, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ainda, no que se refere ao comerciante o código trás redação inversa, afirma que ele só poderá ser responsabilizado nos casos previstos, quais sejam, quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados, o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

No que tange as excludentes, Eduardo Arruda Alvim, compartilhando o mesmo entendimento exposto no comentário do artigo 12 no livro Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigos 1º a 74¹¹¹, afirma que o Código, ao que se refere a responsabilidade civil pelo fato do produto, adotou a responsabilidade objetiva mitigada.¹¹²

Entendendo como objetiva ou subjetiva a responsabilidade, ou como subsidiária ou solidária, nenhum dos doutrinadores mencionados entra no mérito da excludente de responsabilidade realmente excluir a responsabilidade total do fato do produto, a não ser quando provado que consumidor deu causa ao acidente.

Deve ser observado, mais uma vez, a função social do referido Código. Ora, imagine situação onde o consumidor ou o consumidor equiparado, atingido pelo acidente, não tenha culpa por nada e sofra vários danos físicos ou patrimoniais como a perda de sua residência ou seu trabalho, única fonte de sustento. Não é possível que o comerciante, mesmo que em nada tenha contribuído para o acidente não possa vir a ser responsabilizado no caso do

¹¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222.

¹¹² ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Consumidor**. Nº 15. São Paulo: Revista de tribunais, jun./set. 1995.

fornecedor ou produtor não conseguir arcar com todo o ressarcimento.

Não pode o consumidor lesado ser prejudicado de maneira irreversível por essas atividades desenvolvidas. Mais uma vez resta evidente a função social do referido Código onde é necessário a ponderação para que não haja prejuízos exorbitantes e seja garantido ao consumidor o ressarcimento das lesões por ele sofridas.

Verifica-se, portanto, que as excludentes de responsabilidade na verdade não podem ser assim consideradas genericamente, tendo em vista muitas vezes se tratar apenas de uma responsabilidade subsidiária, onde mesmo que não tenha culpa pelo evento danoso, irá responder subsidiariamente perante o consumidor. Após poderá se sub-rogar no direito de cobrança do verdadeiro responsável. É óbvio que para um fornecedor ou comerciante, em comparação ao próprio consumidor vulnerável como ele é, será mais simples buscar o adimplemento daquele que realmente deve. O que não é possível é o consumidor assumir sozinho as lesões com o inadimplemento total ou parcial da obrigação.

CONCLUSÃO

Ante a nova realidade civil, mais especificamente colocada em razão do Código de Defesa do Consumidor, observa-se a tendência a proteger juridicamente o vulnerável da relação. Com a presença cada vez maior de contratos de adesão e das práticas abusivas no mercado onde o fornecedor ou produtor visam apenas o maciço lucro, nada mais lógico que surgir uma proteção efetiva a tentar equilibrar esta relação.

Mais ainda, já que o fornecedor lucra com a atividade exercida, este também deve arcar com os danos por ela ocasionados. É o que muitos doutrinadores chamam de risco proveito.

O vício do produto ou serviço, como já exposto, é tudo aquilo que impede o devido funcionamento do bem tendo por base o fim a que se destina, incluindo as informações passadas à menor ou erroneamente a respeito do produto ou serviço. Ainda, qualquer coisa que faça com que o bem tenha seu valor diminuído também será considerada como vício.

Vale ressaltar que a simples existência do vício, ainda que não cause maiores danos ao consumidor, já possibilita, por si só, que o consumidor opte por uma das três opções colocadas pelo Código, quais sejam a troca do produto defeituoso, o abatimento no preço ou seu dinheiro de volta, quando não resolvido o problema dentro do prazo de trinta dias.

Já o acidente de consumo, ou, como indicado pelo próprio Código, o fato do produto, depende de um acontecimento prejudicial ao consumidor. Assim, o vício é anterior ao fato do produto. Quando estamos tratando de um acidente de consumo, o vício já é pré-existente. Porém, a recíproca não é considerada verdadeira, tendo em vista que o vício não depende de qualquer dano àquele que consome ou utiliza-se do produto ou serviço.

No que tange ao vício, o Código de Defesa do Consumidor é expresso no que diz respeito à responsabilização dos fornecedores. Assim também a doutrina tende a afirmar a solidariedade de toda a cadeia de fornecedores.

Destarte, quando tratamos do fato do produto, levando em conta a lacuna interpretativa perceptível no referido Código, mais especificamente em seu artigo 13, a doutrina se posiciona com teorias distintas no que tange a responsabilização do comerciante, um dos fornecedores da cadeia.

Como já mencionado, é possível observar que aqueles doutrinadores com viés acadêmico consumeristas, como é o caso da respeitada Cláudia Lima Marques, defendem a solidariedade inclusive do comerciante, ainda que admita que o Código faz menção a uma suposta subsidiariedade. O argumento versa a respeito de que no Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade é objetiva, não havendo que se discutir a culpa. Portanto, uma hierarquia de responsabilidades, ou seja, a subsidiariedade, não seria possível.

Contudo, doutrinadores mais voltados para a advocacia, como é o caso do Paulo Roque, em consonância com a orientação dos autores do anteprojeto do Código, tendem a ponderar e a defender esta subsidiariedade decepada pelos primeiros.

O argumento desta segunda linha de raciocínio afirma que o rol elencado no artigo 13 é taxativo ao colocar os únicos casos onde o comerciante poderá ser responsabilizado. Entende-se que os obrigados principais seriam aqueles elencados no artigo 12, podendo o comerciante responsabilizado subsidiariamente, sem comprovação de culpa, adentrar em juízo com demanda regressiva contra estes obrigados principais.

Ao consumidor, de pouco importa a responsabilização. Tanto no caso de acidente de consumo direto, como no caso de consumidores equiparados como previsto no artigo 17 do mesmo Código, a estes estarão resguardados o direito de

receber a indenização referente ao fato do produto. Ainda que devam demandar o devedor principal, caso não satisfeita a dívida poderá requerer o valor devido do responsável subsidiário, ou seja, do comerciante.

Além, a respeito da teoria objetiva ou subjetiva, há divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Alguns autores adotam uma nova concepção onde colocam a responsabilidade pelo fato do produto como se tratando de objetiva mitigada. Na verdade, se o código faz menção à culpa do comerciante, não se trata de teoria objetiva e sim subjetiva. Essa saída utilizada por alguns doutrinadores tende apenas a tentar evitar a necessidade de comprovação de culpa no caso em apreço. Contudo, ainda que assim o seja, ao máximo seria caso de uma culpa presumida, pois, mais uma vez, a culpa estará inserida no contexto, não havendo como afastá-la e optar pela teoria objetiva.

Quanto à interpretação do código pela solidariedade do comerciante apenas nos casos expressamente previstos no artigo 13, essa, a priori, se mostra racional, mas não para excluir a responsabilidade do comerciante quando o produto devidamente identificar o fabricante e este for perfeitamente conservado pelo comerciante. Não sendo o caso de uma dessas possibilidades, o comerciante continuará a responder somente subsidiariamente, ou seja, quando esgotadas todas as possibilidades do consumidor ser ressarcido pelo fabricante, construtor, produtor ou importador.

Por fim, no que tange as excludentes de responsabilidade, ainda que sejam assim chamadas, muitas vezes não o são, pois não é possível afastar a responsabilidade por completo, a não ser quando inexistente vício ou defeito. Na realidade, é uma responsabilidade subsidiária, como ocorre na seara trabalhista, onde mesmo que não haja culpa alguma no evento danoso, os agentes poderão ser responsabilizados em caso de inadimplemento total ou parcial do devedor principal, a fim de garantir ao consumidor o ressarcimento pelos danos sofridos. Mais uma vez, estamos diante da importante função social do Código de Defesa do Consumidor. Admitir o contrário poderia significar o não ressarcimento do

consumidor, em total prejuízo desse.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Consumidor**. Nº 15. São Paulo: Revista de tribunais, junho/setembro, 1995.

BARRETTO JUNIOR, Valter Pedrosa. **Responsabilidade civil médica empresarial**. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/806>>. Acesso em: 23.05.09.

BENJAMIN, Antônio Herman. V., BESSA, Leonardo. MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V *et alli*; **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BERTELLI, Mariana de Oliveira. **O suposto conflito entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual novo Código Civil**. UNIVERSITAS/Jus. nº12. Brasília: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, janeiro a junho, 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito Consumidor**. Nº 61. São Paulo: Revista de tribunais, janeiro/maio, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil -Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva,2002.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque A. Khouri. Artigo: **Distribuição de Risco, responsabilidade civil e quebra de dever**. Artigo ainda não publicado.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade por Vícios nas Relações de Consumo**. Revista de Direito de Consumidor.nº 14. São Paulo: Revista de Tribunais, abril/junho 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em juízo**.São Paulo: Saraiva, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Do conceito ampliado de consumidor**. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4984>). Acesso em: 12.10.08.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do Ressarcimento de Danos: Pessoais e Materiais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1999.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de defesa do consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. Volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19/21.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da Responsabilidade Por Vício do Produto e do Serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Manual Prático dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos de Acordo com o Novo Código Civil. Doutrina- Prática – Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

VASCONCELOS, Breno. A relativização do princípio da força obrigatória dos contratos e a resolução por onerosidade excessiva. **UNESC em revista**. nº 15. Espírito Santo: Revista do Centro Universitário do Espírito Santo.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2006.