

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR PELO FATO E VÍCIO DO PRODUTO**

Gilberto Fernandes Brito Júnior

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR PELO FATO E VÍCIO DO PRODUTO**

Gilberto Fernandes Brito Júnior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2012

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELO FATO E VÍCIO DO PRODUTO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves
Examinadora

Aline de Aguiar Koto Telles
Examinadora

Presidente Prudente/SP, 23 de novembro de 2012.

Não ajuntei para vós tesouros na terra, onde a ferrugem e as traças corroem, onde os ladrões furam e roubam. Ajuntai para vós tesouros no céu, onde não os consomem nem as traças nem a ferrugem, e os ladrões não furam nem roubam.

Porque onde está o teu tesouro, lá também está teu coração.

Mateus 6, 19-21

Para toda minha família.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, base de toda minha vida que dedicaram todo seu tempo e esforço para que eu pudesse estar hoje realizando esta obra em minha vida.

À minha irmã, por todos os momentos vividos e que sempre soubemos valorizar a amizade e companheirismo.

À Amanda que sempre esteve ao meu lado nos momentos de alegria e não obstante de tristeza, ajudando com suas opiniões, compreensões e principalmente o carinho.

A meu orientador pelos conhecimentos e considerações transmitidas para que eu pudesse alcançar este mérito.

As Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, por toda estrutura, professores e demais envolvidos na educação por prezar a tradição de formar grandes profissionais do âmbito jurídico, no qual tive a honra de fazer parte.

RESUMO

Para a compreensão do tema, objeto deste trabalho, foi de bom grado a análise da responsabilidade civil desde o seu nascedouro até a evolução histórica do tema, inclusive os elementos constituintes deste instituto, os quais diante das perspectivas sociais foram objetos de intenso estudo e evolução, merecedores de discurso. A influência tratada na história foi capaz de mudar os ditames mundiais, onde o ser humano pôde migrar de uma era onde o mais forte sobreviveria para aquela onde prevalece a busca da pacificação social através de leis. A diante se passou ao estudo do Código de Defesa do Consumidor, atinente aos princípios norteadores, bem como ao da responsabilidade civil aplicada as relações de consumo, tratando exclusivamente do fato e vício do produto e suas consequências jurídicas. Ademais, de extrema importância trazer à tona a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos prazos para o exercício do direito do consumidor, de maneira especial o prazo contemplado no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Consumidor. Fato do produto. Vício do produto. Responsabilidade Civil. Prazo decadencial. Prazo Prescricional.

ABSTRACT

To understand the subject, object of this work was willingly analysis of liability from its birth to the historical evolution of the subject, including the constituents of this institute, which in the face of social perspectives were objects of intense study and development , worthy of discourse. The influence treated in the story was able to change the world dictates where humans could migrate from an era where the strongest survive for that prevails where the pursuit of peace through social laws. The front has passed to the study of the Consumer Protection Code, relating to the guiding principles, as well as to civil liability applied consumer relations, dealing exclusively addiction and the fact the product and its legal consequences. Also, very important to bring out the doctrinal and jurisprudential discussion about the deadlines for exercising the right of consumers, especially the period contemplated in Article 27 of the Consumer Protection Code.

Keywords: Consumer. Fact of the product. Addiction product. Liability. Statutory limitation period. Limitations period.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ap.	-	Apelação
art./arts	-	Artigo (s)
Ap.	-	Apelação
CF	-	Constituição Federal
CC	-	Código Civil (Lei 10.406/02)
CPC	-	Código de Processo Civil (Lei 5.869/73)
CP	-	Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40)
Des.	-	Desembargador
j.	-	Julgado em
p.	-	Página
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)
REsp	-	Recurso Especial
RE	-	Recurso Extraordinário
rel.	-	Relator
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
t.	-	turma
v.	-	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 LINHAS HISTÓRICAS	13
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	21
3.1 Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil	23
3.1.1 Conduta	23
3.1.2 Dano	26
3.1.2.1 Das perdas e danos	28
3.1.2.1.1 Dano emergente	29
3.1.2.1.2 Lucro cessante	29
3.1.2.2 O dano indireto e o dano reflexo	31
3.1.2.3 Da perda de uma chance	33
3.1.3 Nexo de causalidade	38
3.1.3.1 Teoria da equivalência das condições ou <i>conditio sine qua non</i>	39
3.1.3.2 Teoria da causalidade adequada	41
3.1.3.3 Teoria da causalidade imediata	43
3.1.4 A culpa	45
3.1.4.1 Dever de cuidado	48
3.1.4.2 Erro de conduta	49
3.1.4.2.1 Dolo	51
3.1.4.2.2 Culpa em <i>stricto sensu</i>	52
3.1.4.3 Espécies de culpa	54
3.1.4.3.1 Graduação da culpa	54
3.1.4.3.2 Culpa contratual e culpa extracontratual	55
3.1.4.3.3 Culpa <i>ineligendo, in vigilando, in custodiando, in comittendo e in omittendo</i>	56
3.1.4.3.4 Culpa presumida e a culpa contra a legalidade	57
3.1.4.3.5 Culpa exclusiva e a culpa concorrente	59
3.1.5 O dever de indenizar	60

4 PRIMEIRAS IMPRESSÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	63
4.1 Visão Histórica	63
4.1.1 No Brasil.....	67
4.2 Definições Iniciais.....	70
4.2.1 Consumidor	70
4.2.2 Fornecedor	71
4.2.3 Produto.....	72
4.2.4 Serviço	73
4.3 Considerações sobre o Consumidor, Consumidor por Equiparação e o Fornecedor	73
5 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	77
5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.....	77
5.2 Do Dever do Estado	78
5.3 O Abuso	79
5.4 Serviço Público.....	80
5.5 Harmonia.....	80
5.6 Educação	81
5.7 Qualidade.....	82
5.8 Mercado	83
6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELO FATO E VÍCIO DO PRODUTO	85
6.1 Considerações Iniciais da Responsabilidade Civil Aplicada no Código de Defesa do Consumidor: delimitação do tema.....	85
6.1.1 Do produto.....	86
6.2 Fato	87
6.3 Vício	90
6.3.1 Distinção entre o vício redibitório e o vício do produto	91
6.4 Dever de Informar com relação ao Risco Inerente.....	92
6.5 Do Responsável	94
6.5.1 Fabricante	94
6.5.2 Comerciante	96
6.5.3 Fabricante e comerciante - solidariedade.....	99
6.6 Do Prazo Legal para o Exercício do Direito e Controvérsias.....	101

7 CONCLUSÕES 114

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 118

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar os aspectos da responsabilidade civil aplicada no Código de Defesa do Consumidor, com fulcro desta ciência aplicada ao fato e vício do produto, com intuito a situar o leitor, inclusive, através do tempo, sobre a evolução da matéria e sua aplicabilidade prática.

Primeiramente, a técnica desenvolvida no trabalho, no primeiro capítulo, é a delimitação das linhas históricas da responsabilidade civil, as quais não se podem deixar de lado. A partir da compreensão de como se desenvolveu o tema ao longo dos séculos, o leitor estará capacitado para adentrar com mais clareza nos aspectos substanciais deste instituto, ou seja, não adiantaria simplesmente fazer leitura de início dos aspectos estruturais da responsabilidade civil sem antes conhecê-la. A responsabilidade civil é um fruto nascido da evolução social, a qual guarda em sua essência algo de mais precioso do direito que é a reparação do dano e, contudo, há de se observar, diante a linha história que nem sempre ocorreu da maneira que se observa disposta em organizações de Leis num Estado democrático de Direito.

Em outro momento, os elementos constitutivos da responsabilidade civil são alvo de destaque, pois nada é mais relevante do que além de conhecer o tema historicamente é poder conhecê-lo como é visto e aplicado nos tempos atuais, sendo que suas bases foram consolidadas por séculos pela humanidade em busca de igualdade.

Voltado para o estudo do tema propriamente dito deste trabalho, os critérios de pesquisa se basearam unicamente em responsabilidade de fato e vício pelo fornecedor, figura definida no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – o fornecedor – em destacamento por um de seus bens colocados a disposição do consumidor para a satisfação de sua necessidade pessoal – o produto, definido no § 1º do art. 3º do referido diploma legal.

Porém, antes mesmo de adentrar ao mérito, houve a necessidade de apresentar ao leitor os pontos em que o Código de Defesa do Consumidor

primeiramente procurou priorizar a cerca do sujeito consumidor pela sua vulnerabilidade, chamados estes de princípios. Sem dúvidas, o tema é de grande valia a ser abordado com a finalidade inclusive de transmitir ao leitor os conceitos da responsabilidade civil a serem aplicados neste diploma legal, além disso, as partes da relação consumerista, em primeiro plano não estão dotadas de harmonia entre si e por esta razão, visando a pacificação, inclusive com o intuito de nivelar esta relação, que o CDC foi criado com este objetivo.

Ademais, trata-se com maior destaque no último capítulo deste trabalho a respeito da essência do tema, delimitando a dissertação ao fato e vício do produto e suas consequências jurídicas. Baseando-se o negócio jurídico das partes envolvidas na relação consumerista, a figura do fornecedor sobre desdobramentos compreendidos nas pessoas do fabricante e do comerciante e muito embora o CDC trate no art. 3º de uma só pessoa, em seu corpo legal há previsão desta diferenciação, onde em prática se pode ver a real aplicabilidade das normas atinentes à relação. Em verdade, o CDC teve este cuidado de tratar dessa diferenciação para, inclusive, dar melhor segurança na relação jurídica, não só expondo um direito certo em proteção a uma das partes, mas equilibrar o negócio jurídico.

Em diga responsabilidade, o CDC em seu art. 26, permite ao consumidor buscar a reparação pelo vício dentro do prazo de trinta ou noventa dias dependendo da natureza do produto. No entanto como se vê ao longo do discurso aqui trazido pelo estudo da legislação e ilustre doutrina, estes prazos são meramente decadenciais em que se preze caso seja ele não respeitado, o consumidor não poderia mais invocar seu direito, pois perdeu a oportunidade no tempo hábil.

Por fim, o CDC contempla outro prazo, o prescricional. Este prazo está voltado à ideia de ação de reparação pelos danos casados pelo acidente de consumo e apesar de apresentado pelo Código, o entendimento doutrinário não é pacífico. O que se apresenta na vasta e ilustre doutrina é que este prazo não é pacífico, cabendo menções quanto a sua aplicabilidade residida em conflito de leis, onde alguns renomados autores invocam o princípio da especialidade da norma.

Estes são os pontos a serem abordados no presente trabalho e de forma específica, o quanto seguem, poderá se notar.

2 LINHAS HISTÓRICAS

Nos primórdios da civilização, o ser humano vivia espalhado de seus semelhantes na face terrestre, onde não havia consciência da união. Com o passar do tempo, o homem nota que para se manter protegido seria necessário conviver com aqueles de sua mesma espécie, pois só aí com o somatório de suas forças poderiam vencer o inimigo, o que era uma boa escolha, visto que neste momento histórico quase viva rodeado de predadores. Esse primário dinamismo fez com que o esse pequeno grupo evoluísse e adquirisse formas de organização, facilitando a vida social. Ensina o grande mestre Cesare Beccaria em sua obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), diz que “constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si”, ou seja, mesmo se reunindo em grupos começara ali as primeiras divergências de ideias, por isso geralmente quem era contra um dos integrantes daquele grupo simplesmente o deixava e formava o seu, sem contar é claro em seguindo este raciocínio, este seria um dos estopins para a rivalidade de tribos surgidas durante a história antiga.

Pois bem, a marca predominante na neste inicio de civilização era sem dúvida retribuir o mal com o mal, não se podendo negar que era uma forma de se fazer justiça embora marcada com a presença forte da auto-tuleta – o mais forte prevalecia sobre o mais fraco. “Nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”. (DINIZ, 2007, p. 10)

Então, uma simples invasão de território de um grupo seria pretexto para se começar um conflito e derramamento de sangue. Óbvio em ao se falar que essa medida para repelir a ofensa do rival era desenfreada e não condizente com que se imaginaria ser. O “extermínio do inimigo” é o termo mais correto ao descrever o pensamento.

Ademais, ainda explica a professora Maria Helena Diniz (2007, p. 10), “evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada”. O homem, com o

passar do tempo, “apresenta uma evolução pluridimensional”, conforme explica Arnold Wald, citado por Maria Helena Diniz (2007, p. 10), isto é:

quanto à sua história, aos seus fundamentos, à extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação).

Em resumo torna-se mais individualista de seus conflitos.

A vingança passou a ser na forma privada, não obstante dos tempos atuais. Para se estabelecer apenas um ponto em comum, dá-se o exemplo de que apenas as partes legitimadas figuram nos polos da demanda, pleiteiam perante Juízo para dirimir a pretensão resistida. Como dito, esta passagem da vingança coletiva para a privada, as pessoas começaram a realizar a chamada “justiça com as próprias mãos”, tendo ainda a forte presença da autotutela. Então, como antes o ser humano agia de forma extintiva e coletiva para se vingar de seu ofensor, passou a agir de forma racional e individual e como explica o professor Frederico de Ávila Miguel (2006), nem sempre era possível ter imediatidade nesta repressão, desta forma, para retribuir a ofensa era preciso aguardar. O ser humano passou a raciocinar sobre seus atos para que conseguisse levar o dano ao agente ofensor. A partir disso nasceu a necessidade de regulamentação desta reprimenda, a chamada Lei de Talião.

Neste período esta Lei incidia grande influência nesta sociedade primária. Talião vem do latim *talio*, o qual significa “tal”, ou seja, causar àquele de tal forma como ocorreu ao lesionado. Em contrapartida, a ideia de proporcionalidade ou equilíbrio, como descreve Melina Duarte (2009, p. 76), passada por esse código de conduta caiu por terra, uma vez que a maioria dos atos eram muito piores e não obedeciam os critérios de igualdade entre o que foi praticado pelo autor e sofrido pela vítima. Tinha-se na verdade atos que extrapolavam a essência desta *Lex*. Pode-se dizer que esta Lei foi uma espécie de direito consuetudinário, nascido dos costumes da sociedade, porém banalizada ao longo de sua existência, ferindo assim seu ideal. Observa-se, então, que a responsabilidade civil é posterior a responsabilidade penal e evolui desta tornando-se parte integrante do direito privado.

Assim, tempos depois a história relata a existência de vários escritos capazes de explicar a origem do termo responsabilidade, regulando a vida do homem em sociedade.

O Código de Hamurabi foi instituído na Babilônia a cerca de 1.700 anos A.C., num grande momento comercial para época e feito sob a égide da máxima da Lei de Talião – “olho por olho e dente por dente”. Foi o primeiro código escrito de leis criado pelo rei Hamurabi de ascendência amorita. É um monumento rochoso de dois metros e vinte e cinco centímetros de altura em formato de circunferência. Na parte superior mede um metro e meio e de base um metro e noventa centímetros. Enfim, na época os reis procuravam expressar seu poder através de esculturas e não seria diferente com este código. Desta forma impunha condutas a serem seguidas e no mais das vezes quando não era a morte o meio de sanção, outra pena de retaliação corporal o era. Baseando-se nisso, alguns exemplos são importantes para elucidar o mencionado acima. Como é o caso do artigo 14 deste citado *codex* – “Se alguém rouba o filho impúbere de outro, ele é morto”, ou ainda, artigo 22 – “Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto”. Assim, nota-se que havia mais incidência das normas regulamentadoras no campo penal do que no campo civil.

Surge, tempos depois, a composição voluntária. A qual dava ao ofendido a oportunidade de optar pela compensação econômica ao invés da retaliação. Como explica Frederico de Ávila Miguel (2006), o ofendido passa a “perceber as vantagens advindas desta mudança de conduta junto ao causador do dano”. Com isso então se começava a usar o dinheiro ou qualquer outro bem de valor para compensar o dano.

Com essa evolução surgiu a necessidade de se ter uma autoridade que se posicionasse acima das partes para dirimir a lide, substituindo o lesionado para a dosagem da pena. Essa autoridade passaria agora a tornar a composição obrigatória, afastando qualquer incidência de retaliação. Nota-se, portanto, no Código de Ur-Nammu, a cerca de 2.040 anos a.C na Suméria, mas que coexistiu com posterior Código de Hamurabi e trouxe a tarifação de cada tipo de lesão com conteúdo que se diga por passagem, idêntico ao entendimento de direito consuetudinário. Vale lembrar: é o direito que emana dos costumes de uma sociedade e não obedecem aos critérios de criação de lei, no entanto os costumes é que se transformam em leis.

Neste *codex* houve o destaque para as penas pecuniárias tendo lugar a das penas *talianas* e interessante se faz mencionar, foi o pioneiro em regular a matéria de dano moral, abordando em alguns de seus artigos princípios conhecidos de responsabilidade civil. Neste mesmo tempo já havia surgido inclusive o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas e esta última merece especial atenção.

A Lei das XII Tábuas ou *Lex XII Tabularum* ou *Lex XII Tabulae* foi responsável pelos princípios basilares dos sistemas jurídicos que se tem na atualidade. Surgiu em Roma no período compreendido como Republicano no ano de 450 a.C., o qual se realizou a transição do poder do rei para os cônsules e gerou a revolta da plebe contra o domínio dos patrícios, exigindo reivindicações políticas. Também há se falar no surgimento dos tribunos da plebe, resultado desse acirrado conflito onde os representantes desta camada social mais baixa representavam perante as autoridades de Roma.

Estas leis foram elaboradas pelos decenviros, os quais eram de classe patrícia e compunham o número de dez. Tinham poder ilimitado em ordem penal e civil e também imunidades. Todo o poder da magistratura da plebe e dos patrícios ficava concentrada as mãos dos decenviros. Depois de certo tempo, criada as doze tábuas com os dispositivos, os decenviros cumpriram, mas ainda se mantinham no poder e começou um questionamento do povo a respeito da manutenção deste poderio. Antes cumpriram com todo rigorismo a tarefa delegada e logo o povo se revoltou novamente e os retirou do poder, nomeando assim dois cônsules, Marco Valério Públicola e Marco Horácio Pulvilo, que foram responsáveis pela publicação das doze tábuas em material de bronze e colocados em local público, na qual, cada tábula tratava de matérias denominadas: chamamento a juízo; do julgamento; da execução em caso de confissão ou condenação; do pátrio poder; do direito hereditário e da tutela; da propriedade e da posse; do direito dos edifícios e terras; dos crimes; do direito público; do direito sagrado e da apreensão do penhor. Por nota, devido a um maremoto, segundo relatos históricos, a décima tábua se perdeu.

No direito Romano foi delineado uma diferenciação da pena e da reparação, sendo um mero esboço é de grande importância para se entender o ponto de partida de qualquer matéria jurídica, especialmente a tratada nesta abordagem sobre a responsabilidade civil, como ensina Frederico Ávila Miguel (2006), “enquanto nestes a autoridade intervinha apenas para fixar a composição,

naqueles, por serem as ofensas consideradas graves e perturbadoras da ordem, o réu deveria recolher a pena a favor dos cofres públicos”, ou seja, uma responsabilidade objetiva.

A *Lex Aquilia*, que surgiu por volta do fim do século III e começo do século II a.C também em Roma e foi considerada um divisor de águas, por pura e simplesmente realizar a concepção da ideia da responsabilidade civil extracontratual. Levada a plebiscito, conforme a leitura da obra de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p.19):

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C, que possibilitou a atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído o deteriorado seus bens.

Foi um ato bem sucedido pelo qual levou leis anteriores, inclusive a mencionada Lei das XII Tábuas, a uma conclusão, conferindo à vítima de um injusto o pagamento pecuniário pelo seu causador, afastando a incidência de retribuição do mal pelo mal, não ligada a uma obrigação já pré-existente. Interessante observar que era o escravo visto como coisa e se ocorresse danos ou morte, o seu dono seria indenizado.

Descreve a professora da USP Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, citada por Tartuce (2010, p. 306): “a culpa do direito romano é diferente da culpa atual, pois a última ao contrário da anterior traz em seu conteúdo a ideia de castigo, por forte influência da Igreja Católica”.

Em essência, os romanos eram pragmáticos e, portanto, tudo era motivo de indenização, assim “é incorreto usar a expressão aquiliana para denotar a culpa atual, costumeira na prática”. (TARTUCE, 2010, p. 306)

Observa-se então que estes códigos apresentados e percorridos, Código de Hamurabi, Código de Ur e a Lei das XII Tábuas e mesmo outros que poderiam ter surgidos na época, previam a responsabilidade na forma objetiva. Deste modo, qualquer pessoa ligada a certo autor do dano, seja pelo parentesco, seria compelida a pagar por aquilo que não cometeu, sem ter o cuidado de análise mais aprofundado do fato, e foi no século XVII, que a concepção da *Lex Aquilia*

ganhou novo enfoque, sendo aplicada no caso em concreto, através do entendimento emanado da Escola do Direito Natural, conforme transmite Martinho Garcez Neto, citado por Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 19).

E a partir do Código Napoleônico ou *Code Civil des Français*, publicado em 21 de março de 1.804, enfim século VXIII, os aplicadores do direito começaram a entender que para haver a responsabilidade civil deveria haver a ruptura da harmonia patrimonial ocasionada pelo dano, em outras palavras:

a teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. (VENOSA, 2010, p. 19).

Os artigos 1.382 e 1.383, situados no Capítulo II, de título: Crimes e Responsabilidade Civil (*des délits et des quasi-délits*) do *codex* francês diziam:

Article 1.382

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Em resumo – todo e qualquer ato do homem que cause dano a outrem, obriga-o, por quem é a culpa, a repará-lo.

Article 1.383

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Em resumo – cada um é responsável pelos danos que causar não só por seu próprio ato, mas também pela sua negligência ou imprudência.

Através da leitura destes artigos, pode-se extrair o entendimento que os franceses procuram aperfeiçoar as ideias das leis romanas, estabelecendo uma

análise da culpa no caso concreto, sem contar é claro, abrangendo a lógica da negligência e da imprudência. O agente estaria, nesta concepção, abarcado por sua culpa também nos casos em que fora negligente e imprudente.

Ademais, ainda na leitura no próprio Título do Capítulo II, observa-se a preocupação que legislador teve ao editar este *codex*. Colocou o título: Crimes e Responsabilidade Civil (*des délits et des quasi-délits*), mostrando total aprofundamento na concepção dos estudos da responsabilidade civil e a penal, estabelecendo a diferença entre elas. Com isso, esse entendimento fora ganhando espaço e influenciando diversos países para elaboração de um ordenamento jurídico mais sofisticado, pois então, trazendo princípios gerais de responsabilidade civil. Conforme o exemplo trazido pelo professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 8), fica mais claro a ideia dos princípios que este Código transmitia isto é:

- 1º) o direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado);
- 2º) a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Exatamente neste segundo exemplo que se observa o que foi passado pelo artigo 1.383 e a partir deste momento, os tribunais franceses começaram a atualizar os textos jurídicos, bem como estabelecendo uma jurisprudência digna de grandes elogios, conforme explica o professor Carlos Roberto Gonçalves.

Tomando outro salto na história à época da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), envolvendo as grandes potências mundiais, a sociedade ocidental viveu um grande abalo social seja ela pela implantação de novas teorias a respeito da existência humana graças ao avanço tecnológico, aceleração da indústria bélica entre outras e sem contar é claro o imenso número de mortos deixados em campos de batalha ou nas cidades atacadas. Pode-se notar, além disso, grandes efeitos observados no ramo dos contratos e principalmente no dever de indenizar.

Neste diapasão, há uma constante luta pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de molde a não deixar o Direito alheio à realidade social. As soluções indenizatórias, dentro ou fora do processo judicial, devem ser constantemente renovadas para estarem adequadas às necessidades práticas do homem contemporâneo. (VENOSA, 2010, p. 19).

Sendo assim, em primeiro lugar se fez necessário a compreensão de como foi criada a ideia da responsabilidade civil nos primeiros séculos de existência sociedade e destacar assim, dentre esta herança evolucionar, traços que são notáveis mesmo passados tantos anos e considerados bases para a maioria dos sistemas jurídicos atuais. Ressalta-se a ideia da proporcionalidade e equilíbrio, as quais foram decisivas para a dosagem das sanções, mas na prática aplicadas de forma desordenada, ocasionando uma disparidade com aquilo que fora criado. Essencialmente, estas bases entendidas como uma das raízes do Direito trouxe significativamente um norte para a compreensão do raciocínio jurídico a cerca de responsabilidade, no entanto incidente na cultura de cada povo. Como dito, a responsabilidade civil é posterior a responsabilidade penal e a partir desse marco, forte na antiga cultura romana é que se teve a diferenciação de pena e reparação.

Foi o direito francês o precursor do raciocínio jurídico para a organização das ideias das leis romanas, trazendo assim, enfim no século XVIII, o Código Napoleônico. Diante deste *codex*, os juristas franceses começaram intensos estudos das normas jurídicas, atualizando, contudo os textos legais e os tribunais passaram a editar jurisprudências a partir de suas atividades. Claramente este direito foi o marco na história, pois serviu de base para vários sistemas jurídicos do mundo, trazendo no cerne - os princípios da responsabilidade civil evidenciada a ideia da culpa que deve ser aplicada ao caso concreto, além de compreender a responsabilidade penal separada da responsabilidade civil.

Diante o processo de aceleração histórica, observada na Segunda Guerra Mundial, apesar do grande abalo que a nação mundial viveu, foi marcada pelo dinamismo jurídico o qual foi incidentemente refletido no direito contratual e no dever de indenizar. Assim o Direito fora compreendido como aquele que não se pode deixar às margens da realidade social, mas sim tem o dever de acompanhar a evolução da sociedade atendendo as suas necessidades. É por isso que ele é considerado dinâmico.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Superada a parte histórica, cabe agora entender o que venha a ser responsabilidade civil propriamente dita, delineando seu conceito.

O termo “responsabilidade” tem raiz no latim *responsus; responsedere* - significa responder. “Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vincula, no direito romano, o devedor nos contratos verbais”. (DINIZ, 2008 p. 33).

O domínio moral é mais extenso do que o do direito, de sorte que este não abrange muitos problemas subordinados àquele, pois não haverá responsabilidade jurídica se a violação de um dever não acarretar dano. A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. (DINIZ, 2008, p. 22)

Os renomados autores forenses definem responsabilidade civil como sendo a seguir:

Para a professora Maria Helena Diniz (2008, p. 34):

a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato coisa ou animal sob a guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

A partir da prática de um ato que cause dano a outrem, incide sobre aquele as medidas para que restaure o *status quo ante*, tanto na esfera patrimonial quanto na moral.

Na visão de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 20), apresenta-se: “... como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico”. Pois então, nota-se que deve existir uma ação voluntária de alguém para haja violação de um dever jurídico.

Já para o desembargador e professor Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 2), com visão mais didática, apresenta distinção entre obrigação e a responsabilidade. Conforme seu ensinamento, assim se tem: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro”.

Com isso, tem-se a responsabilidade civil que surgirá a partir de uma obrigação que foi violada. O seu não cumprimento gera então o dever jurídico de indenizar e na mesma linha posiciona os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 44) – “A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico lato sensu”.

Silvio Rodrigues entende da seguinte forma:

A responsabilidade civil vem definida por SAVATIER como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. (RODRIGUES, 2002, p. 6)

O termo responsabilidade segundo o dicionário online *Michaelis* é “qualidade de responsável; dever jurídico de responder pelos próprios atos e os de outrem, sempre que estes atos violem os direitos de terceiros, protegidos por lei, e de reparar os danos causados”.

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 13) diz que a responsabilidade nasce de uma “conduta violadora” e a partir disso gera um dever jurídico, isto é, conforme diz o autor, “é a prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”.

A partir das definições supracitadas, nota-se que a responsabilidade civil é sem dúvida ampla e não se restringe apenas a pessoa diretamente. Em outras palavras, seguindo este raciocínio, a responsabilidade civil é, portanto, aquela decorrente de uma infração de norma jurídica, através da aplicação de uma conduta voluntária, ou seja, um ato jurídico que viole um dever jurídico originário e que gera um dever jurídico sucessivo, obrigando a reparação do dano causado a outrem através

da aplicação de medidas, seja por fato próprio ou de pessoas ou coisas ligadas a ela, desde que na qualidade de responsável, sendo o ato lícito ou ilícito.

Para melhor compreender como surge esse dever jurídico sucessivo a partir do descumprimento de uma norma jurídica, é preciso antes de tudo explicar a respeito dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, para aí sim se entender, em caso concreto, a vontade da lei.

3.1 Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, como descrita em suas linhas históricas, foi uma ideia que se desenvolveu a partir da evolução da sociedade, onde o Direito com seu dinamismo necessário, visando atender as necessidades das pessoas em uma aceleração histórica, adquiriu forma mais coesa e aplicabilidade mais concentrada aos casos em concreto, dirimindo melhor a lide. A partir da ideia aprimorada do antigo direito romano, pelo direito francês, certos princípios gerais da responsabilidade civil começaram a emanar para se entender melhor a questão.

No atual Código Civil (Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), no Capítulo V, Título III, dispõe no artigo 186 o que vem a ser ato ilícito.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A partir disso temos os chamados pressupostos de responsabilidade civil, que nada mais são que seus elementos constitutivos, chamados também pela doutrina de requisitos, ou fundamentos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: conduta, dano, nexos causal e culpa. Cabe agora defini-los.

3.1.1 Conduta

A doutrina apresenta certa resistência ao definir o termo conduta. Parte dela entende que a conduta se traduz em dois tipos, ação e omissão e outra parte diz que não. Entende, então, que no termo ação engloba tanto a omissão quanto a comissão.

Ao primeiro olhar parece confuso tentar definir este elemento, visto que alguns autores o definem como sendo apenas ação, entendido pelo sentido *lato senso* e logo depois se reportam para a *ação stricto sensu* e a omissão para explicarem.

O esforço da doutrina faz entender que o termo conduta é o gênero, cujas espécies são ação e omissão, bem como fala o professor Sergio Cavaliere Filho (2007, p. 23 -24), manifestando preferência neste termo “porque abrange duas formas de exteriorização da atividade humana”.

Conforme diz o professor Flávio Tartuce (2010, p. 355) – “a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa)” e mais, explica ainda que, a ocorrência de algo no mundo dos fatos sempre é desencadeada, em regra geral, por uma ação. Entenda-se conduta positiva. Ao contrário, na omissão “é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada”. (TARTUCE, 2010, p. 355). “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 24)

Veja-se que o termo ação é empregado para conduta positiva e para o dicionário online *Michaelis*, ação sempre é um ato positivo e ao pé da letra pode ser definido como: “Resultado de uma força física ou moral; Ato, feito, obra; Faculdade ou possibilidade de executar alguma coisa”. O mesmo se aplica ao termo comissão, o qual é sinônimo e traduz como: “Ato positivo de cometer ou de encarregar (neste sentido é antônimo de omissão)” e *omissão* é empregada para conduta negativa, se diz: “Ato ou efeito de omitir; Aquilo que se omitiu; falta, lacuna; Preterição”. (*Michaelis*). Para esta corrente não há de se mesclar o termo conduta como sinônimo de ação.

Então ação é o termo pelo qual indica movimento, atitude, algo positivo, isto é, “ação de um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 24). Por exemplo: danificação de um carro. A omissão apresenta relevância jurídica, pois ao analisar o cerne da palavra, não é capaz de produzir materialmente dano a outrem, no entanto, o omitente responsável, assim chamado por Sergio Cavalieri Filho, nasce a partir do momento que ele tem o dever de agir, evitando um resultado ou impedir que a causa se opere.

Já para a professora Maria Helena Diniz (2008, p. 37), a responsabilidade requer “existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente”. Deste modo se extrai o entendimento do termo ação, que para esta parte da doutrina, capitaneada por esta renomada autora, indica sempre um ato. Porque mesmo o agente não procedendo de forma comissiva, age do mesmo jeito, isto é, se o indivíduo deveria agir para evitar um dano e não agiu, ele optou por aquela forma e esta opção trouxe para o mundo dos fatos uma consequência, em outras palavras, “Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato”. (DINIZ, 2008 p. 39)

Disso se pode chegar a conclusão de que o termo ação, para esta corrente, é um ato que sempre trará uma modificação no mundo dos fatos e mescla com o termo omissão, de forma que o agente sempre estará agindo mesmo na forma de omissiva, pois como dito é ato voluntário e controlável pela vontade.

Em verdade são termos trazidos pela doutrina, que nada mais é do que uma divergência didática e expressam no fundo a mesma ideia, porém é preciso diferenciá-los quando se descreve em sentido *lato sensu* ou em sentido *stricto sensu*. O indivíduo que agiu ou deixou de agir, sempre gerará um desencadeamento no mundo dos fatos e isso basta. Pois tendo a proibição de não agir e age, isso é uma escolha, daí é que se conclui pela presença do elemento volitivo, ao passo que também responderá pela sua omissão sendo requerida determinada conduta e ele mesmo assim não age, então se houver prejuízo, arcará com as consequências. Então, seja conduta ou ação, a tradução é a mesma.

O professor Flávio Tartuce (2010, p. 355) ainda diz – “para alguns autores a conduta humana e a culpa podem ser fundidas como um só elemento subjetivo da responsabilidade civil”, pois se a culpa fosse considerada de forma isolada só teria relevância conceitual, conforme complementa Sergio Cavalieri Filho

(2007, p. 23), “a culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana”.

Desta forma, singularmente a conduta humana e a culpa só teriam aplicabilidade teórica, pois na prática não se poderia ter considerada se ao menos a esta estivesse agregada àquela e por assim dizer, configurar-se-ia propriamente a conduta.

3.1.2 Dano

Sem dúvidas, esse é o mais importante elemento, pois sem ele não há de se falar em reparação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ao se ler o artigo 186 do Código Civil, nota-se a lógica passada pelo legislador. Toda conduta que infrinja direito alheio produzirá um dano – denomina-se ato ilícito. De fato, não se pode falar em responsabilidade civil sem dano, pois cabe ao lesionado prová-lo e isso decorre por força do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 1973), *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

[...]

Através da exposição feita nas linhas históricas deste tema, a evolução da responsabilidade sempre se baseou no dano, pois é um pressuposto para que exista reparação. Assim “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 70), pois sem dano não há o que reparar. Para Sergio Cavalieri Filho, o dano é elemento preponderante.

“Tanto é assim que, sem dano, não haveria o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”. (2007, p. 70)

Neste sentido Pablo Stolze Galiano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 78) definem – “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

É um elemento essencial para a responsabilidade, pois o próprio cerne da palavra já indica um acontecimento que deve existir no mundo dos fatos e não simplesmente existir no campo imaginário como uma coisa dotada de incerteza, a qual poderia ou não existir.

Didaticamente explica o professor Silvo de Salvo Venosa (2010, p. 40) que mesmo tendo a concepção de dano, pode-se chamá-lo de lesão a um interesse, devido ao vulto que a responsabilidade tomou. Nisso, havendo dano ou interesse, “este deve ser atual e certo”, pois sem a sua existência, não se “corporifica a indenização”. Sendo assim, o interesse incidirá em uma indenização, mas a indenização não incide sem o interesse.

Apenas para fins comparativos, ao analisar superficialmente o *ius puniendi*, o Estado-juiz só terá direito de punir alguém a partir do momento que ocorra a violação de uma norma jurídica, em outras palavras, o Estado-juiz, inerte de natureza, só poderá punir o indivíduo quando este transgrida norma jurídica, ou seja, provoque-o e realizada toda faze processual ao final se aplica a pena. Da mesma maneira se dá no ramo cível, pois não se fala em reparação quando não há comprovação do dano. Com isso se ele ocorrer nascerá para aquele que sofreu o prejuízo o direito de ter ressarcido o seu prejuízo, mas não afasta a possibilidade daquele provar que não foi o causador, daí pra frente são questões meramente de direito processual.

Pelo artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil já mencionado, a princípio o dano deverá ser demonstrado pelo lesionado, mas há quem entenda como o próprio professor Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 40), que o prejudicado deve provar o dano, mas não necessariamente aferir valor, pois dependerá de provas na liquidação.

Desde sempre a ideia do dano foi econômica, precisaria existir uma afetação na esfera patrimonial para ter reparação. São nada menos que as tradições

herdadas do direito romano, como já exposto, porém a aceção de dano foi muito além do que se esperava. Passou-se a ter o dano moral como uma expansão da responsabilidade e pela leitura do artigo 186 do Código Civil, nota-se tal previsão – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ou seja, é qualquer conduta que possa ter repercussão na esfera de interesses, gerará reparação.

O saudoso Clóvis Beviláqua disse – “Dano, em sentido amplo, é toda diminuição dos bens jurídicos da pessoa”. Então pode-se definir dano como sendo toda e qualquer afetação na esfera de interesse da pessoa e que sendo certo e atual, gera repercussão na diminuição dos bens jurídicos da pessoa e cabe a ela prova-lo para ter restabelecido o *status quo ante*.

Cabe ainda mencionar no *dano* suas duas espécies: dano emergente e lucro cessante, as quais se passa a expor.

3.1.2.1 Das perdas e danos

Não se poderia deixar mencionar este ponto importante dentro do elemento dano, pois é a partir dele que se compreenderá a ideia prática de transmitida, ou seja, observa-se o que diz o artigo 402, presente no Título IV, Capítulo III do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Pois bem, entende-se que o prejudicado teria direito a receber por aquilo que efetivamente perdeu e por aquilo que deixou de ganhar, os chamados danos emergentes e lucros cessantes respectivamente, os quais compreendem as perdas e dano se se passa a expô-los abaixo.

3.1.2.1.1 Dano emergente

Segundo o professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 343) – “Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima”, isto é, é aquele que em razão do ato ilícito, provoca diretamente diminuição patrimonial do prejudicado. É aquilo que se pode constatar fisicamente no momento, por isso que se diz que o no deve ser atual e certo. Dá-se exemplo de caso de acidente veicular, onde o dono do veículo desembolsará para consertá-lo.

Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo, etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar. (DINIZ, 2008, p. 67)

Para a professora Maria Helena Diniz (2008, p. 67), o dano emergente é aquele dano positivo que representa um “*déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado”. Assim se liquida o *quantum* e se estima o valor a ser indenizado, definindo dano emergente pelo seguinte formula:

Patrimônio inicial – Patrimônio final = *quantum* devido.

3.1.2.1.2 Lucro cessante

Conforme Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 72) é “reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima”. Neste segmento, não se exclui a possibilidade do que pode vir a perder em razão daquele dano, é a diminuição esperável nascida do ato ilícito praticado, o qual paralisa a atividade rendável da vítima. No entanto se deve ter muito cuidado ao considerar esse reflexo futuro, pois deve ser excluído qualquer dano hipotético ou imaginário.

Para auxiliar nessa mensuração, o Código Civil consagra no artigo 402 o princípio da razoabilidade quando diz “... além do que ele efetivamente perdeu, o

que razoavelmente deixou de lucrar”. Com isso deve ser feito um juízo de probabilidade para se analisar com maior rigor o que viria ocorrer, no desenrolar normal dos fatos, ou seja, averiguar se através daquela conduta o prejudicado teria estendido o dano sofrido para diante. É constatar se ele continuaria perdendo em razão daquele ato praticado.

Os exemplos trazidos pela doutrina demonstram com maior clareza o que vem a ser o lucro cessante, seja aquele taxista que utiliza de seu meio de transporte para se auferir renda em proveito próprio ou sustentando sua família. Ocorrendo um dano em seu veículo, ele teria que levá-lo ao conserto e o tempo que ficaria em reparos estaria deixando de receber pelo seu trabalho concomitantemente.

E, se o acidente ocorreu, digamos, em período de Carnaval, quando, pela afluência de turistas, há maior movimento e melhores gorjetas, não será descabido admitir-se em favor do proprietário do taxi, além da renda normal, um plus, um lucro extra, porque isso é o que normalmente ocorreria se não tivesse o acidente. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 73)

A lógica é que o dano se procrastinará no tempo, levando o prejudicado a maior déficit de seu patrimônio. Chamado também de dano negativo pela doutrina – Maria Helena Diniz (2007, p. 68) e Flávio Tartuce (2010, p. 385) – é necessário o juiz realizar um juízo de razoabilidade, pautando-se no hipotético. Veja bem, não é deixar se basear pelo hipotético puro e simplesmente, mas sim usá-lo de forma racional para se chegar a um desencadeamento lógico advindo daquele dano, isto é, seria analisar os fatos caso o dano não tivesse ocorrido.

Reporta-se à expressão do dano *imediate* e *direto*, e seu significado transmite que deve ter uma relação de causalidade. O dano deve ser uma consequência da conduta do indivíduo, “não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta e remota do dano”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 74), em outras palavras, o dano não pode se fundamentar em causa indireta exclusivamente e sim seguir uma lógica, pois senão se teria o famoso dano ricochete ou dano em cascata, ou seja, levar-se-ia qualquer tipo de abalo a imputação ao dano e isso é vedado pelo Código, pautado sempre no princípio da responsabilidade e merece atenção especial.

3.1.2.2 O Dano indireto e o do dano reflexo

Ao explicar o que venha a ser o dano reflexo, deve-se tomar como comparativo o dano indireto.

O dano indireto é aquele suportado pela vítima dentro de uma cadeia lógica, porque ao sofrer um dano direto, seja no caso o exemplo citado acima do taxista que teve seu carro envolvido num acidente veicular, observa-se que o abaloamento é o dano direto, mas, no entanto, o que ele deixou de ganhar, por isso se diz lucro cessante, foi o dano indireto.

Já o dano em reflexo, denominado também de dano em ricochete ou dano em cascata, é aquele que repercute seus efeitos além da esfera pessoal de interesses da vítima, atingindo uma terceira pessoa. Veja que o dano transcende a esfera particular e atinge outra pessoa, ligada à vítima ou não.

Então se tira daí a diferença entre as duas espécies. O dano direto pode causar também dano indireto e tem esta denominação desde que estes sejam suportados pela mesma pessoa, ao contrário do dano em ricochete em que o dano indireto afetaria terceira pessoa.

Contudo, ao autor também cabe o ônus da prova em demonstrar para o juízo o *quantum* deixou de auferir, seguindo a disposição do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil. Um empregado poderia utilizar da sua Carteira de Trabalho, por exemplo, e provar o que deixou de receber em razão da lesão.

Ante, pautado no princípio da razoabilidade, algumas jurisprudências tem adotado o seguinte critério para se chegar a um patamar razoável, conforme se vê abaixo:

CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVASÃO DA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO - COLISÃO COM VEÍCULO QUE TRAFEGAVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - ALEGADA CULPA DE TERCEIRO QUE NÃO EXONERA O CAUSADOR DIRETO DO DANO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, MAS APENAS LHE CONCEDE O DIREITO DE REGRESSO - EXEGESE DO ARTIGO 930 DO CÓDIGO CIVIL -

LUCROS CESSANTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DANOS MORAIS DEVIDOS.

1. Veículo que invade a contramão de direção, colidindo com outro que trafegava na pista em sentido contrário. Fato incontroverso. Alegada culpa de terceiro que não exonera o causador direto do dano da obrigação de indenizar, mas, apenas lhe concede o direito de regresso. Inteligência do art. 930 do Código Civil.

2. Ainda que admitida a existência de prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável, e sim pelo provado.

3. No que pertine ao dano moral, inequívoco o sofrimento da autora, pois a própria condição de matrimônio estabelece uma presunção de lesão psíquica, eis que é certa a dor com a perda do marido, sobretudo considerando-se a ocorrência de um acidente trágico. Este sofrimento causa aflição que independe de demonstração objetiva, sendo a perda do marido uma dor que somente o tempo pode minorar.

4. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso da ré, improvido em parte e na outra parte prejudicado.

(Apelação Cível 0001396-14.2007.8.26.0019 SP, rel. Des. Artur Marques, 35ª Câmara de Direito privado, j. 30/07/2012). (grifo nosso)

Como se nota, ainda que seja admitido por lei o lesado ter seus prejuízos ressarcidos causados por dano indireto ou por dano reflexo, o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo diz que eles devem ser provados, demonstrando a partir do desenrolar normal dos fatos, as consequências surgidas, em melhores palavras, o renomado Agostinho Alvim, citado por Carlos Roberto Gonçalves em sua obra Direito Civil Brasileiro – volume IV reflete sobre o que vem a ser a expressão razoável, então:

... ele (o advérbio razoavelmente) não significa que se pagará aquilo que for razoavelmente (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz a cerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade, Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado. (GONÇALVES, 2009, p.344)

O entendimento transmitido pelo termo razoável se pauta na ideia do provado, pois servindo de norte para o magistrado, o direcionará para a quantificação daquilo que realmente existiu no desenrolar dos fatos e não em critérios futuros, isto é, não poderia se admitir aquilo que provavelmente poderia ocorrer, mas sim quantificado pelo provado.

3.1.2.3 Perda de uma chance

Maria Helena Diniz fala que não seria apenas uma perda de benefícios, mas sim perda de uma chance. Ao tocar neste ponto, pode-se sem dúvida imaginar aquelas hipóteses em que o prejudicado obteria êxito ou lucro se não ocorresse o dano. É muito fácil confundir esse ponto com o dano em reflexo, pois há de se voltar atenção mais para o aspecto prático do que o teórico.

Explica ainda Maria Helena Diniz (2007, p. 68) – “A chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de converter-se em certeza”.

A perda de uma chance é uma teoria advinda do direito francês (*perte d'une chance*), nascida na década de 60, onde a vítima teria restringida sua oportunidade de melhorar sua situação. Esta teoria guarda íntima relação com o lucro cessante e não poderia deixar de ser mencionada neste trabalho científico.

Conforme dito acima, é fácil confundi-la com dano em reflexo, porém é complexa para constata-la e haver indenização, pois a vítima não terá mais aquela chance.

Segundo o entendimento do professor Sérgio Cavalieri Filho:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 75)

O professor Sílvio de Salvo Venosa orienta que se deve ter olhar de ponderação ao considerar este ponto da matéria, porque:

ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano

certo, embora os lucros cessantes não fujam muito dessa perspectiva. (VENOSA, 2010, p. 325)

Ainda podem ser citados os ensinamentos do professor Flávio Tartuce elucidam:

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. (TARTUCE, 2010, p. 421)

Ainda, Flávio Tartuce cita em sua obra as lições de Rafael Peteffi que são dignas de destaque:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver, objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, 'a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada'. Os ordenamentos da Common Law também demonstraram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas. Em *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor requeria a existência da perda de uma chance 'substancial'. A decisão citada, como rara ousadia, chega a afirmar que as demandas das vítimas que perderam menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encaradas com rigor redobrado, já que as demandas de natureza especulativa não devem ser encorajadas (Responsabilidade..., 2007, p. 134). (TARTUCE, 2010. p. 422)

Na prática é fácil de vislumbrar a perda de uma chance no caso de interposição de recurso. O advogado deixa escoar o prazo para tomar as providências necessárias ou tardiamente apresenta o recurso à defesa dos direitos de seu cliente e com isso, seu cliente, perde oportunidade de vitória naquela demanda. Conforme julgados abaixo, pode-se notar:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA

PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp. 1190180 / RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 16/11/2010)

Com isso, pode-se extrair do respeitoso julgado apresentado acima da 4ª turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no qual o Senhor Ministro Relator Luis Felipe Salomão, esclarece de maneira simples, mas de grande valia o entendimento da Teoria da Perda de uma chance, veja-se o destaque do julgado:

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

Interessantíssimo julgado apresentado por Flávio Tartuce (2010. p. 425), o STJ, REsp 788.459/BA, Rel, Min. Fernando Gonçalves, 4.^a Turma, j. 08.11.2005, DJ 13.03.2006, p. 334, diz respeito à participação de uma candidata da Bahia que no programa televisivo “Show do Milhão” do SBT que foi ao ar no dia 15 de julho de 2000, na prova final, valendo um milhão de reais, fora surpreendida pela seguinte questão:

A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?

- 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10%

Não sabendo responder a questão, a participante deixou o programa levando R\$ 500 mil reais. Ela ingressou em juízo requerendo R\$ 500 mil. Os Tribunais de 1^a e 2^a instancias proveram sua demanda e o STJ confirmou, aduzindo no Relatório:

No especial interposto a empresa, com arrimo nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta violação aos arts. 118 e 1.059 do Código Civil de 1916, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta ser descabida a condenação no importe relativo ao prêmio máximo, porquanto a recorrida fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, em consequência, qualquer dano apto a justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes. Aduz ainda que, mesmo na hipótese de questionamento susceptível de resposta adequada, haveria apenas simples possibilidade de êxito, devendo, em consequência, a ação ser julgada improcedente ou, alternativamente, reduzido o valor da indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) que melhor traduz a perda da oportunidade.

O voto do Ministro Relator se fundou no fato de que a questão foi mal formulada e conseqüentemente deu a entender que na Constituição estaria a resposta, mas na realidade a questão se baseou em informação da Enciclopédia Barsa, demonstrando má-fé e não “pegadinha”.

Pois bem, então dentro desta lógica os fatos ocorreriam normalmente sem que externamente a eles houvesse interferência de um terceiro. Por ocorrência do ato ilícito praticado pelo terceiro, o lesionado teria obstado sua possibilidade de auferir uma vantagem advinda de sua própria prática lícita, isto é, a partir do momento que há privação da vítima em se conseguir alcançar um êxito, pode-se

falar em perda de uma chance, muito embora, demonstrado pelos doutrinadores forenses que a chance deve ser vista de modo cauteloso e também pelos respeitosos julgados dos Egrégios Tribunais que se extrai grande conhecimento, ressalta-se o aspecto de certeza, afastando os hipotéticos, na medida em que seja a chance razoável, real e séria, pois se assim não fosse poderia se ter uma insegurança jurídica.

Depois de realizada esta consideração, cabe ressaltar que o dano emergente e lucro cessante foi uma influência do Código Civil Alemão por aperfeiçoar a ideia no século XIX e ganhar força no começo do século XX, trazidas sob o manto da Escola Histórica e da Jurisprudência do Conceito. Foi publicado em 18 de agosto de 1896 e sua vigência se deu no ano de 1900. Alguns juristas, estudiosos em direito privado, dizem que o século XIX foi o período da influência do Direito Alemão e na mesma égide, o Código Civil Brasileiro de 1916 teve como espelho o tal Direito por ter sua confecção praticamente no mesmo período entre a grande difusão das teorias jurídicas da época.

Sendo assim, o § 252 do Código Alemão dispõe:

§ 252 Entgangener Gewinn

Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangener Gewinn gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Compreende-se: § 252. Perda de Lucros. A compensação a pagar por danos inclui também a perda de lucro. Considerado como escapou de lucro, o que especial no curso normal das coisas, ou para as circunstâncias, sobretudo após as instituições as medidas e acordos com probabilidade poderia ser esperado.

Encontra-se no ordenamento jurídico alemão um texto próximo do artigo 402 do Código Civil Brasileiro ao regular a matéria tocante a perda e o que realmente deixou de lucrar, o qual cabe apontamento

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Como bem lembrado pela Professora Maria Helena Diniz, é preciso destacar ainda a Súmula 562 do Supremo Tribunal Federal, conforme *in verbis*:

Súmula 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária.

Também atenção especial para o artigo 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/81, o qual diz:

Art. 1º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

Por fim, o artigo 404 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Portanto:

a correção ou atualização monetária, na composição de perdas e danos consequentes de ato ilícito, visa tornar justa a indenização, ante a desvalorização da moeda, pois do contrário a vítima teria o seu patrimônio desfalcado. (DINIZ, 2007, p. 71).

Pois bem, inerente às perdas e danos, o prejudicado tem o direito a correção monetária em vista a adequar o valor diminuído de seu patrimônio aos índices de mercado para que não sofra, inclusive, pela desvalorização da moeda.

3.1.3 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade, conforme o dicionário online *Michaelis*, significa – “Conexão, ligação, união, vínculo”. É o elemento pelo qual serve de ponte, isto é, liga a conduta do agente e o resultado danoso.

Chamado de “nexo etiológico” ou “relação de causalidade” (VENOSA) ou “liame da causalidade” (GONÇALVES e RODRIGUES) é elemento importantíssimo na configuração da responsabilidade, sem ele não há de se falar em ressarcimento ou dever de indenizar, por constar expressamente do dispositivo do Código Civil, artigo 186 – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Deverá existir uma relação de causa e efeito e como dizem os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 128) – “somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo”. Para explicar melhor o nexo de causalidade, existem três teorias que merecem destaque, são elas: teoria da equivalência de condições; teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

No entanto Sergio Cavalieri Filho através de seu douto conhecimento diz:

Cumprido, entretanto, alertar que nenhuma teoria nos oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo nexo causal. Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom-senso e da equidade. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 47)

Neste sentido, deve ser aplicada, de acordo com os princípios da probabilidade, razoabilidade, bom-senso e da equidade, a melhor solução, deixando a critério do julgador, visto que as teorias dão apenas sentidos norteadores, não podendo ser encaradas como obras prontas e acabadas.

3.1.3.1 Teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*

Foi desenvolvida por Maximilian Von Buri na segunda metade do século XIX e seu conteúdo diz respeito a tudo que concorre para o resultado danoso é considerado causa, não realizando diferenciação entre os antecedentes e o resultado, daí o nome equivalência das condições. O resultado não pode ser dividido em partes, é único, e seus defensores sustentam a equivalência de suas condições.

Esta teoria possui aspecto amplo e considera todo antecedente como causa a produtora do dano. Tomando-a como destaque, verificar-se-á presente no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940), disposto no artigo 13, *in verbis*:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Na parte final do citado artigo se encontra uma espécie de fórmula que afasta a incidência do hipotético, isto é, ao dizer – “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Então, consoante Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 129), é causa “todo o antecedente que, se eliminado, faria com que o resultado desaparecesse”.

Esta teoria é problemática, pois a partir do momento a considerar causa tudo aquilo que resulta no dano. Sem maiores esforços poderia se chegar a uma espiral infinita ou como diz Cavalieri Filho – “regressão infinita” – de modo a tornar o “homem praticamente responsável por todos os males que atingem a humanidade”. (TEPEDINO, 2002, p. 9)

Deste modo, se um indivíduo dirige seu carro pela avenida, atropela e deixa tetraplégico um pedestre, seria considerado causa, não só o atropelamento e o evento morte, mas sim ele dirigir o carro, ter comprado o carro com suas economias, se não tivesse habilitação, se o fabricante não tivesse colocado o produto no mercado para venda... , ou seja, tudo seria causa responsabilizaria o agente pelo dano.

Comparando com as espécies dano em reflexo ou em cascata, parte-se de um ponto comum, isto é, próprio dano. Descendendo este dano, ter-se-ia o dano reflexo e antecedendo a ele, teria o englobamento de todas as causas assim pregadas por esta teoria que contribuíram para o dano. Abaixo a esquematização prática.

Fabricação do veículo - Ter habilitação - Compra do carro - Dirigir o carro = (causas)

Atropelamento e invalidez = (dano)

Despesas médicas e hospitalares – não consegue mais exercer a profissão – perda do emprego – com isso não pode pagar por cursos profissionalizantes ou até faculdade - não tem mais capacidade para se sustentar – viverá dependente de seus ascendentes = (conseqüências)

Neste passo os penalistas adotaram esta teoria fundamentando seus entendimentos no dolo e na culpa como limitadores e aqueles agentes de forma indireta não seriam responsabilizados por não terem a necessária previsibilidade do dano, em outras palavras, o fabricante, como no exemplo acima, não poderia imaginar que seu produto aliado a conduta negligente do motorista ocasionaria homicídio culposo. Aos olhos dos civilistas, por ser dotadas de tantas incertezas, por este não fora adotada.

3.1.3.2 Teoria da causalidade adequada

Foi criada por Johannes Adolf von Kries, um psicólogo e filósofo alemão e é mais requintada do que a teoria anterior por não conter tantas imprecisões e controvérsias.

Realiza-se nesta teoria um juízo de probabilidade com a finalidade de apurar antecedente abstrato e idôneo à produção do efeito danoso, em outras palavras, “causa para ela, é o antecedente não só necessário mas, também adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 48)

Mas o que seria causa adequada?

Causa adequada é “apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais” (CAVALIERI FILHO) e “segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO)

Os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2010, p. 131) citam em sua obra o exemplo do desembargador Antunes Varela do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual expõe.

se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

E neste mesmo caminho, revela o professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 332) esclarecimento entre a primeira (equivalência das condições) e segunda teoria (causalidade adequada), conforme o exemplo abaixo destacado *in verbis*:

A deu uma pancada ligeira no crânio de B, que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser B portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isto lhe causou uma fratura de que resultou sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto.

De forma esmiuçada Gonçalves explica, citando Cardoso Gouveia:

Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição sine qua non do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada. Diz ainda que a teoria da causalidade adequada é muito utilizada para se definir qual conduta foi a causadora de sinistro num acidente de veículos: “se a do motorista que invadiu a preferencial, não respeitando a placa ‘PARE’, ou se a do que transitava por esta, em velocidade excessiva.

Portanto, é aquela causa que poderá ser considerada exclusivamente dentre as demais por apresentar maiores certezas e precisões, em meio as probabilidades, para efetivação do resultado e no caso do exemplo supracitado, do atropelamento de pedestre, a fabricação e compra do carro não seriam causas adequadas, seguindo a lógica da probabilidade e razoabilidade, para o resultado invalidez. Mas alerta os professores Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 132) que esta demasiada busca para se considerar a causa mais plausível para a certeza e precisão no resultado, acarretaria de forma absurda o afastamento das considerações na situação concreta, visto que o juiz terá de proceder de forma balanceada e equilibrada para se chegar a efetiva responsabilização.

3.1.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata

Esta última teoria tem origem no Brasil pelo professor Agostinho Alvim e é chamada também de teoria da interrupção do nexos causal ou teoria da causalidade necessária, não sendo ela extremista como as outras já apresentadas.

Prega este douto ensinamento que a causa é apenas um antecedente fático que une o resultado danoso com consequências, em melhores palavras pode ser dito “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010, p. 132).

De forma mais expandida, os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 132) citam em sua obra o saudoso professor

Agostinho Alvim que, através de seu discurso, remete a essência de sua teoria evidenciando sua ideia, a qual “A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá”.

E Agostinho diz mais:

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

Neste ensinamento essa teoria busca, na realidade, dar um tratamento mais sofisticado na apuração do dano, pois é a partir dele que, obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, se chegará ao tão esperado *quantum*. De certa maneira, considera-se mesmo havendo causa próxima ou remota aquela que intimamente se liga ao dano, estabelecendo um vínculo e conforme diz Agostinho é necessário que a remota seja ligada de forma direta.

O raciocínio que guia o entendimento deste ponto é o de que ao analisar mais a fundo, observa-se que a causa próxima é aquela que enseja o dano, sem maiores esforços, pois é imediata. No entanto a causa remota deve ser trabalhada de forma mais cautelosa, pois o que prega esta teoria, ela (causa remota) deve ser única e exclusivamente ensejadora do dano. Não adianta estar apenas juntamente ao evento dano, considerando o fato dela estar ali ser hábil de tê-lo causado, mas sim ser ela capaz e dotada de convicção em sua essência para causar o dano, isto é, a causa remota deve estar ligada diretamente ao dano e pelo exemplo abaixo pode se notar:

A, motorista, dirigindo seu veículo pela avenida, não vê o ciclista ‘B’ que estava cruzando a pista. Há uma colisão ‘B’ foi jogado cerca de 10 metros do local, tendo múltiplas fraturas. A ambulância da cidade foi acionada para remover ‘B’ para uma cidade vizinha, a qual possui melhores condições para o atendimento. Na estrada, o motorista ‘C’ da ambulância adormece e cai de uma ribanceira. ‘B’ e o motorista ‘C’ da ambulância morreram no local.

A partir disso, salienta-se no enquadramento desta teoria, ora estudada, o seu ensinamento. A é o causador direto do dano em B e no exemplo, demonstrando sua preocupação, aciona o serviço de ambulância. Até então o nexo causal já está evidenciado. Porém, o fato de B morrer em acidente causado pelo sinistro com a ambulância que o transportava, interrompe o nexo de causalidade com A, porque é uma causa remota, não sendo A responsável pelo evento, vez que seu comportamento apenas determinou, de forma direta e imediata, a lesão corporal de B. É o que a doutrina chama de causa superveniente.

O desembargador Carlos Roberto Gonçalves, explica através de sua citação que fez da doutrina francesa, de não se confundir com o dano reflexo ou imediato, ou seja:

POTHIER fornece o exemplo de alguém que vende uma vaca que sabe pestilenta e que contamina o rebanho do adquirente. Deve, em consequência, indenizar o valor do animal vendido e também o daqueles que morreram em virtude do contágio. Mas não responde pelos prejuízos decorrentes da impossibilidade do cultivo da terra, por terem sido atingidos pela doença também os animais que eram utilizados nesse serviço. É que esses danos, embora filiados a ato seu, acham-se deste muito distantes. (GONÇALVES, 2009, p. 334)

De certo, ao considerar que o agente seria responsabilizado apenas pela causa direta e imediata, o legislador agiu de forma correta ao decidir pela adoção de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro, pois não seria cabível para este agente ser responsabilizado ilimitadamente pelo primeiro dano, porque isso, para a maioria da doutrina, geraria uma insegurança jurídica.

3.1.4 A culpa

A culpa é o elemento divisor de águas da responsabilidade civil e seguindo a mesma lógica, não falta deste não haveria qualquer possibilidade de indenização.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho científico, a essência da reparação do dano estava fortemente fincada na conduta do agente, de modo que agindo de qualquer maneira e desde que o resultado surgisse, seria responsabilizado – característica objetivista. Este pensamento caiu por terra, vez que no Direito Romano, através da *Lex Aquilia*, admitiu-se a ideia de culpa passando a exigir elemento subjetivo para caracterização e imputação do dano ao agente.

O ordenamento jurídico brasileiro, de forma geral, rege-se através do dever de indenizar pela prática de atos ilícitos decorrentes da culpa.

O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. (DINIZ, 2007, p. 39)

Esperar-se-ia do agente uma conduta diferente diante de determinada situação, porém pelos seus próprios motivos, acaba agindo de forma a ocasionar através do ato ilícito, o dano. Cavalieri Filho, no mesmo sentido da professora Maria Helena Diniz, diz ser uma dificuldade caracterizar a culpa, pois:

por essência o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que sempre coincide com a violação da lei. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 32)

A culpa com o evoluir do raciocínio jurídico passou a ser compreendida como erro ou desvio de conduta e não mais como estado de ânimo. Dessa forma, embasou-se forte parâmetro objetivo em sua noção.

Nas palavras do ilustre mestre Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 26) – “O modelo a ser seguido ainda é o do homem médio”. Para maioria da doutrina, há de maneira plausível e desde a lógica, fundamentar a ideia no plano do homem médio. Cita em sua obra a definição de culpa de dois doutrinadores que merecem destaque, quais sejam:

José de Aguiar Dias:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, o esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS, 1979, p. 136)

Rui Stoco:

a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. (STOCO, 1999, p. 66)

Diz Sílvio Rodrigues em sua obra:

Para se verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto, culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta. (RODRIGUES, 2002, p. 146)

E diz mais ao comparar duas correntes doutrinárias a cerca da culpa:

A primeira corrente transmite a culpa fundada na moral de culpabilidade:

mister se faz não só que haja ele violado uma regra de conduta, mas que, agindo dentro de seu livre-arbítrio, tenha o agente tido a possibilidade de prever, de agir diferentemente, impedindo, se lhe aprovesse, o evento danoso. (RODRIGUES, 2002, p. 145)

Já a segunda corrente se afasta da consideração moral, afiliando-se ao evento danoso como fator social, advinda da conduta do autor do dano.

Assim, dentro da análise comportamental do homem médio ou também chamado de homem padrão é que se poderia chegar a conclusão se houve ou não erro de conduta e assim, conseqüentemente, ressaltar o dever de reparação.

Pois bem, a culpa decorre de aspectos trazidos pelo direito e, como mencionado acima, compreendeu a passagem do ânimo individual para o erro ou desvio de sua conduta, tornando assim a análise mais científica e precisa na apuração da responsabilidade.

É nada mais do que a doutrina chama de conduta do homem médio. Este conceito foi estudado e trazido a tona, pois havia necessidade de se chegar, de maneira mais justa e correta a reparação do dano. Deste modo, o magistrado analisará, pelas circunstâncias do caso concreto, as causas que acarretaram no evento danoso e assim haverá aquele obrigado a repará-lo.

Ressalta-se, portanto, os aspectos de que a culpa deriva.

3.1.4.1 Dever de cuidado

O dever de cuidado está intimamente ligado a questão do homem médio, sem dúvidas. Trata-se da maneira com que na sociedade o indivíduo se comporta. Seu comportamento deve se basear sempre na cautela, não devendo causar dano ao seu próximo e conforme o professor Sergio Cavalieri Filho diz, convencionou-se chamar essa cautela de dever de cuidado objetivo.

Primeiramente, o agente, através de seu intelecto, é posto diante de uma situação e é forçado a descobrir qual comportamento é mais adequado para aquele propósito.

Como diz Fernando Pessoa Jorge (Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Lisboa, 1968, p. 98-99), citado por Cavalieri Filho (2007, p. 32):

O esforço de vontade exerce-se sobre a própria inteligência, levando-a a conhecer as diversas atuações possíveis que perante o agente se deparam e a concentrar-se na ponderação das vantagens e inconvenientes de cada uma, provocando, assim, um estado de vigilância e atenção ao cumprimento do dever.

O indivíduo tem em suas mãos várias possibilidades e diante das situações apresentadas em sua vida, deverá ponderá-las de forma a encontrar a mais cabível, provocando sua atenção, o qual se chama dever de cuidado. Quando se supera este primeiro momento, parte-se para aquele no qual o indivíduo, munido de sua vontade, realiza a escolha do comportamento mais adequado e é destacada a presença da vontade do agente nestes dois momentos, sempre pautada no esforço médio.

O professor Cavalieri Filho chama atenção não só para vontade do agente decisiva no dever de cuidado, mas diga-se, no entanto, além dela, leva-se em conta “os conhecimentos e a capacidade ou aptidão exigíveis da pessoa”. Esse padrão é estendido segundo o autor, pois não é apenas uma questão de cuidado a pessoa ter tais características diante de uma situação a proceder de forma mais inteligível, mas unido a isso, deve-se contemplar na seara dos conhecimentos, o intelecto e a aptidão para que unidos, possam ser capazes de configurar o homem médio. Quem não possui essas características deveria se abster de praticar qualquer ato.

Deste modo, a doutrina de modo geral e a jurisprudência tem admitido o enquadramento dessa falta de conhecimento e aptidão – assim entendida como dever de cuidado subjetivo – como caracterização da culpa em conjunto com o dever de cuidado objetivo.

A conduta do agente se torna reprovável a partir do momento que viola o dever de cuidado, pois em face de determinada situação ele deveria ter optado em agir de outro modo e assim não o fez e com isso caracteriza sua culpa.

3.1.4.2 Erro de conduta

Diferentemente do dever de cuidado, o qual antecede a prática de qualquer ato, o erro de conduta aparece em momento posterior. Como dito no item anterior, há dois momentos. O primeiro é aquele que o agente usará do esforço mental para buscar, dentro das possibilidades reais, a melhor forma de agir e no

segundo momento ele, utilizando de sua vontade, realizará a escolha da melhor conduta, não obstante a sustentação do subjetivismo, ou seja, os conhecimentos e aptidão para proceder em suas atitudes.

Sem dúvidas, feita a escolha, a partir desse momento o agente chama para si a responsabilidade e neste ponto o erro de conduta poderá saltar as vistas. No entanto, só se poderá caracterizar erro de conduta se esta escolha causar um ato ilícito e como Sergio Cavaliere Filho diz – “é, antes, a vontade de praticar ato ilícito, mas o agente, por não adotar a conduta adequada, acaba por praticar ato ilícito”. (2007, p. 33)

O agente, de modo geral, visa sempre o lícito, porém há uma impropriedade quando, de forma convicta ou não, pratica algum ato resultante em dano. No momento que realiza a escolha da conduta, por no seu intelecto estar convicto de que aquela é a mais acertada, clamou para si a responsabilização. Tocante a isso – “há na culpa uma conduta mal dirigida a um fim ilícito” (CAVALIERI FILHO), ou no mais, seguindo o conceito do homem médio, seria aquela que este não praticaria.

Claro, não poderia deixar de se mencionar que toda conduta há em seu íntimo um dever de cuidado, ou seja, chega-se a conclusão quanto maior o risco da atividade, maior deverá ser o dever de cuidado. Como é vasto o campo das condutas humanas e de seu intelecto, por óbvio que para o ordenamento jurídico seria impossível abordar todas elas. Chegar-se-ia a condição de infinito ou, caso ocorresse uma tabelamento das condutas e suas respectivas sanções, tornaria o rol taxativo por demasia, uma vez que as condutas humanas podem ser as mais diferentes possíveis.

Protagonizado pelo conceito do homem médio, o Código Civil usou de forma simplificada a busca para a apuração da responsabilidade, forçando a análise de cada caso em concreto, o que mais adequado ao ver da segurança jurídica.

Assim pela análise do artigo 186 do Código Civil, quando diz – “violar direito” – é de forma ampla, não se restringindo a violação de lei apenas. Pois bem, na realidade o erro de conduta estaria simplesmente na constatação do pós-fato, ou seja, o indivíduo teve oportunidade de tomada de raciocínio, mas optou pela determinada conduta, crente ele que viria a calhar naquele momento, entretanto sua

opção se desenvolveu de forma errônea, ocasionando o evento dano. Por fim, a ideia de culpa esta ligada a norma. Assim pela análise do artigo 186 do Código Civil, quando diz – “violar direito” – é de forma mais ampla, não se restringindo a violação de lei apenas.

Para o Direito Civil, “sendo o desrespeito a um dever preexistente” (TARTUCE, 2010, p. 358), ao falar de responsabilidade civil, é compreendida a culpa no sentido *lato sensu* englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*.

3.1.4.2.1 Dolo

O dolo é tratado no artigo 186 do Código Civil como sendo a ação ou omissão voluntária e não há que se confundir, segundo Tartuce, “o dolo da responsabilidade civil com o dolo do negócio jurídico, como vício de vontade ou do consentimento”. (2010, p. 357)

O primeiro não está ligado a nenhum negócio jurídico e não há nenhuma hipótese de anulabilidade. Caso haja um negócio jurídico, haverá apenas direito do lesionado as perdas e danos. Já o segundo tem como causa a celebração do contrato. O dolo é essencial e gerará anulabilidade, conforme os artigos 171, II do Código Civil.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – [...]

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

O prazo para anulação do negócio jurídico é de quatro anos, conforme o artigo 178, II do Código Civil, *in verbis*.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – [...]

II – node erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – [...]

Tartuce ainda diz que o dolo “merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima” (2010, p. 357), sendo a conclusão extraída da máxima culpa lata dolo *aequiparatur* descendente do Direito Romano.

Observa-se o artigo 944, *caput*, do Código Civil.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Extrai-se pelo que é apresentado, o “princípio da reparação integral dos danos”, no qual para o Direito Civil não importa a classificação que o dolo venha a apresentar, sempre o agente causador do dano será responsável a repará-lo de maneira integral.

3.1.4.2.2 Culpa em *stricto sensu*

Por esta forma, na culpa o agente deseja apenas a conduta – ação ou omissão – mas não almeja o resultado. Isso caracteriza a diferença com o dolo. No dolo o agente pretende além da conduta, o resultado, “a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 59)

A culpa em *stricto sensu* é chamada também de culpa aquiliana e diz respeito a elemento subjetivo do agente, isto é, baseia-se ela em três modelos jurídicos usados pelo Direito Penal, quais sejam: Imprudência, Imperícia e Negligência.

O professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 299), faz um apanhado destes modelos. Portanto:

Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato.

De forma interessantíssima, para completar a compreensão destes modelos, o professor Tartuce (2010, p. 358) traz o seguinte esquema prático:

Imprudência: falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC);

Negligência: falta de cuidado + omissão (também constante no art. 186 do CC);

Imperícia: falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar uma determinada função (própria dos profissionais liberais, consta do art. 951 do CC, para os que atuam na área da saúde).

Com isso, a conduta positiva ou ação é aquela em que o agente não poderia praticar ou pratica de forma precipitada e a faltar com o dever de cuidado. A isso se dá o nome de imprudência. Na negligência, a conduta é negativa ou chamada omissão. Neste caso o indivíduo falta com o dever de cuidado e somado ao requerido pela essência obrigação, a qual também não observa, acaba incorrendo na culpa. Já na imperícia, a pessoa simplesmente é despreparada para tomar qualquer atitude. Trata-se da falta de capacidade ou falta de conhecimento e aptidão.

Posto desta forma por estes saudosos doutrinadores, chega-se a conclusão que a Imperícia, Imprudência e Negligencia, são modelos que dizem respeito ao subjetivo, ou seja, na conduta da pessoa. Nesta seara se observa, contudo, o descrito nos itens anteriores – O Dever de Cuidado e Erro de Conduta – em que o indivíduo tendo a oportunidade explorar seu campo de intelecto e de acordo com seus conhecimentos adquiridos, seria incapaz de provocar um dano se da forma escolhida não restar dolo ou culpa.

No mais, quando se pratica um ato, de modo geral nunca se almeja prejuízo a outrem, porém, conforme os conhecimentos transmitidos até então, ao

agente causador incumbirá o dever de reparação, a partir do momento que age de forma imprudente, imperita ou negligente, em outras palavras, descuidada (dever de cuidado) e conseqüentemente venha causar dano a outrem (erro de conduta).

3.1.4.3 Espécies de culpa

As espécies de culpa são trazidas pela doutrina de acordo com a análise do caso em concreto. Elas podem ser:

3.1.4.3.1 Graduação da culpa

A culpa por sua vez pode ser graduada. De acordo com a doutrina, ela se divide ela pode ser: grave, leve ou levíssima.

Baseado no padrão do homem médio, conforme explanado anteriormente, esta graduação dependerá exclusivamente da análise deste modelo padronizado para se chegar as conclusões necessárias.

A culpa grave é a violação grosseira do dever de cuidado, resultante da negligência ou da imprudência. É aquela que nenhum homem mediano estaria passível de praticar, pois necessitaria de um ato extremado. É “impróprio ao comum dos homens”. (CAVALIERI FILHO 2007, p. 37). Exemplo: dirigir veículo sob a influência de bebida alcoólica.

Será leve a culpa quando “puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um bônus pater famílias”. (DINIZ, 2007, p. 43). Por isso de acordo com o dever de cuidado, a atenção às várias possibilidades é uma forma cautelosa para não se incorrer no evento dano.

Agora, na culpa levíssima todos estariam sujeito a ela. Neste caso, conforme diz a doutrina, apenas aqueles com aptidões apuradas evitariam a ocorrência do dano. De acordo com Cavalieri (2007, p. 37) – “caracteriza-se pela

falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular”.

Para o Direito Civil não há qualquer diferenciação entre o dolo e a culpa. Ainda que o agente tenha praticado o ato de forma dolosa ou culposa e esta tenha sido levíssima, haverá o dever de indenizar.

Observa-se pela leitura do artigo 944 do Código Civil que “a indenização se mede pela extensão do dano”, então mesmo o agente praticando com dolo ou culpa ainda que levíssima, estaria sujeito ao dever de indenizar, mas limitado apenas em responder pela extensão do prejuízo acarretado, em melhores palavras, “mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa”. (GONÇALVES, 2009, p. 301)

Com isso o dever de indenização necessariamente terá de atender a extensão do dano, não podendo excessivamente ou irrisoriamente ser fixado pelo juiz, devendo atender a disposição do parágrafo único do referido artigo, o qual diz:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Contraoendo-se a ideia da indenização integral e proporcional, alguns doutrinadores, conforme exposto pelo professor Carlos Roberto Gonçalves, entendem que não seria considerada maneira justa nos casos em que a culpa se demonstra extremamente leve, podendo o *quantum* ser fixado abaixo do valor do dano.

3.1.4.3.2 Culpa contratual e culpa extracontratual

Será contratual quando derivar de uma relação obrigação manifestada pelas partes. Quando no contrato restar inadimplemento, o devedor responderá pelas perdas e danos, consoante aos termos do artigo 389 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Neste caso, o credor deverá provar a mora, mas não se fará necessário a demonstração da culpa, pois no inadimplemento, em princípio, ela é presumida. Conforme será mais a frente, poderá o devedor apresentar alguma causa que exclua a responsabilidade a fim de mitigar tal presunção.

Tratar-se-á de extracontratual quando violar o preceito do artigo 186 do Código Civil, de forma que a responsabilidade se baseará na violação geral ou genérica, caso em que a vítima terá de provar seu prejuízo, ressalvando os casos de responsabilidade civil sem culpa, previstos nos artigos 927, parágrafo único, 933 e 938 do mesmo diploma legal.

3.1.4.3.3 Culpa *in eligendo*, *in vigilando*, *in custodiando*, *in comittendo* e *in omittendo*

Nestas outras espécies, observa-se a aplicação dirigida a cada caso.

Será *in eligendo* a culpa quando decorrer da má escolha de preposto. Conforme expõe Cavalieri Filho (2007, p. 38) – “A culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto, consoante a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, em razão da má escolha do mesmo”.

In vigilando quando emana da falta de cuidado ou atenção com aquele que está sob a guarda de outrem. Neste caso, pode-se citar o exemplo dos pais os quais são responsáveis pelos atos de seus filhos menores, conforme diz o artigo 921, inciso I e o artigo 933 do Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – [...];

III – [...];

IV – [...];

V – [...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Quando se diz culpa *in elegendo*, refere-se aquela em o agente falta com o dever de guarda sobre animal ou coisa que está sob seus cuidados. Segundo Gonçalves (2009, p. 302), poderá haver a inversão do ônus da prova, a fim de “provar culpa da vítima ou força maior com o objetivo de elidi-la”.

In comittendo ou *in faciendo* e a culpa *in omittendo*, decorrem respectivamente de uma ação e uma omissão, tendo esta última importância quando o agente não deveria se abster.

3.1.4.3.4 Culpa presumida e a culpa contra a legalidade

Tem por principal a inversão do ônus da prova, cabendo a vítima provar a culpa do agente ofensor e por sua vez, caberá de se contrapor a prova realizada. Um dos objetivos desta espécie de culpa é a busca da justa indenização, vez que havia sempre a dificuldade de se buscar amparo ao lesado e sempre cravado pelo insucesso. Não se mudara o fundamento da responsabilidade civil, apenas foi uma transferência de ordem processual a vítima, para que esta prove o acontecimento.

Na realidade, como diz Gonçalves (2009, p. 303) a vítima – “não terá de provar a culpa psicológica, subjetiva, do agente, que é presumida. Basta a prova da relação de causa e efeito entre o ato por este praticado e o dano experimentado”.

Um exemplo desta presunção de culpa está no artigo 936 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

A parte final do dispositivo aborda a possibilidade do dono do animal ou detentor de produzir uma contraprova com a finalidade de mitigar sua responsabilidade, provando a culpa da vítima. Assim também no caso do artigo 937 do mesmo diploma legal, o qual diz:

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Caberá a vítima provar que o imóvel estava em condições deploráveis e acarretou em danos provenientes de sua ruína. Por esta razão, para se elidir a responsabilidade, terá o dono do imóvel a possibilidade de provar a inexistência de sua culpa.

Há, contudo, uma parte da doutrina que se manifesta dizendo que com o advento do Código Civil de 2002 não mais existiria a responsabilidade com culpa presumida, mas sim, pelo que diz o seu artigo 933, a responsabilidade é na verdade objetiva.

A culpa contra a legalidade é uma criação colocada pela doutrina como aquela resultante de violação de preceito legal ou regulamento. Nota-se, por exemplo, o caso das regras de trânsito referente aos veículos motorizados – obediência as sinalizações – ou no caso de regras específicas para o exercício de uma profissão – exercício da advocacia.

No caso concreto, pode-se notar a aplicação destes princípios, conforme o julgado abaixo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Atropelamento. Culpa contra a legalidade. Alta velocidade. Sinal desfavorável para o pedestre. Culpa concorrente. Solidariedade do condutor e do proprietário do veículo. Entendimento sedimentado no STJ. Exclusão de responsabilidade de quem contratou o seguro, porquanto não-proprietário do veículo. Dano material demonstrado. Prolongado padecimento da vítima a justificar as verbas arbitradas, a título de dano moral. Dano estético em grau médio. Redução segundo a proporção da culpa concorrente. Denúnciação da lide. Apólice. Cobertura de danos corporais, os quais

compreendem o moral. Cláusula restritiva que exige destaque. Dedução do valor do seguro obrigatório da indenização judicialmente fixada. Resistência à extensão do direito reversivo. Hipótese que enseja a imposição de ônus sucumbenciais na ação regressiva. Parcial provimento dos recursos.

(Apelação Cível 29657 RJ, rel. Des. Carlos Eduardo Passos, j. 10/06/2009)

O relator abordou no relatório o argumento de que as testemunhas arroladas afirmaram que o motorista estava com velocidade em torno de 100 Km/h, demonstrando a credibilidade desses depoimentos em sede policial, por haver no local marca de frenagem a cerca de 30 (trinta) metros, demonstrando velocidade muito acima da permitida na via, cerca de 70 km/h a mais. Relatou ainda que, além de caracterizada a culpa contra a legalidade pela não observância do limite máximo permitido na via, exigia-se do motorista “atenção redobrada por ser área de praia, ciclovia e enorme fluxo de pedestres, inclusive crianças, especialmente no horário do evento danoso. Indubitável, destarte, o dever de indenizar do motorista”.

De certo, as circunstâncias do local requeriam do motorista atenção mais apurada, pois é previsível que em locais onde a aglomeração de pessoas é mais acentuada por conta até da movimentação dos transeuntes, deve se ter no mínimo observância às regras de trânsito e, aliás, desde sempre.

3.1.4.3.5 Culpa exclusiva e culpa concorrente

A culpa exclusiva, sem grandes esforços, pode ser definida como aquela que a vítima, por ela só, produz o resultado danoso. Não há de se falar em nexo de causalidade e muito menos em agente causador do dano, uma vez que foi a própria vítima a produtora do evento. Os exemplos trazidos pela doutrina merecem destaque, e por eles se pode enxergar a ideia transmitida por esta espécie de culpa.

Quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade ou quando o motorista dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. (GONÇALVES, 2009, p. 305)

Neste caso, embora exista a figura do motorista, ele funcionaria como mero instrumento e, portanto não teria nexos causal entre seu ato e o resultado.

Quando o dano não decorre de um só ato, tem-se a outra modalidade de culpa, a qual é denominada de culpa concorrente. Compreende tal culpa concorrência entre a conduta do autor e a conduta da vítima e neste sentido há particularidade interessantíssima, avaliação da proporção da culpa.

Assim como dito no item anterior, quando foi analisada a graduação da culpa, aqui se aplica, pois de acordo com avaliação da conduta de cada concorrente é que se chegará ao *quantum debeatur*. Não é coerente falar em compensação de culpas, vez que a compensação é termo utilizado para extinguir obrigação e aqui não se tem exclusão da culpa. Um não exclui a culpa do outro pela compensação.

Quando há essa concorrência, de acordo com o grau de culpa, repartir-se-á as responsabilidades, podendo ser reduzida pela metade, caso em que a vítima tenha concorrido com 50% da conduta, bem como 25% ou 10%. No caso o magistrado, realizará um juízo de valores, quantificando a conduta de cada envolvido e ao final fixando os valores. Isso depende, é claro, da análise de cada caso em concreto e das provas que são realizadas.

O ordenamento jurídico brasileiro se baseou na jurisprudência e doutrina francesa para criação do artigo 945, suprimindo assim a omissão do Código Civil de 1916, qual seja:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Então, em caso de concorrência entre o autor do dano e a vítima, ter-se-ia sopesado, na medida da gravidade da culpa, o montante da indenização.

3.1.5 O dever de indenizar

Superados esses pontos substanciais da matéria de responsabilidade civil, como dito se pode notar que só se irá ter o dever de indenizar a partir do momento que forem totalmente preenchidos os pressupostos da responsabilidade. Assim, como pode ser observado, sem dano não se pode falar em reparação, bem como se não tiver um liame entre a causa e o efeito, se tornaria inútil em sustentar qualquer tipo de reparação.

Há, no entanto, a diferenciação entre responsabilidades, a responsabilidade subjetiva e a objetiva, as quais poderão ser apreciadas no capítulo seguinte deste título. Numa delas, os quatro pilares do dever de indenizar, quais sejam: conduta, dano, nexos de causalidade e culpa, deverão estar demonstrados para se intentar reparação. Noutra, dispensa-se a culpa, pois neste caso ela já é presumida pelo fato gerador, fundamento ou relativo ao agente.

O fundamento do dever de indenizar se encontra no ressarcir o prejuízo. É o que diz o saudoso Silvio Rodrigues (2008, p. 185) – “tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”. Dessa forma abrange os danos emergentes, aqueles que notoriamente diminuíram em seu atual patrimônio e também os lucros cessantes, assim colocados como aqueles que o lesado deixou de lucrar, os quais se acrescentariam ao seu patrimônio sem que tivesse ocorrido o evento danoso. Disposição esta tratada no artigo 402 do CC.

Tomando em nota o artigo 942 do CC, nota-se:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

O agente causador terá de responder pelos prejuízos causados com seu próprio patrimônio e nesse mesmo segmento, caso ocorra de o dano ser causado por mais de um autor, a parte final do dispositivo revela – “se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Nisso, o juízo de acordo com as provas trazidas chegará a uma porcentagem de aferição de culpa para os agentes envolvidos, quantificando o valor de cada indenização.

A equidade é elemento capaz de afetar o montante da indenização, como diz Silvio Rodrigues e deverá atender todo o prejuízo sofrido pela vítima. Por

isso independerá da análise do grau de culpa do causador do dano, porque quer sua culpa levíssima ou grave, terá de suportar a reparação da vítima. É o entendimento extraído da *Lex Aquilia* qual diz – “*Lex Aquiliaet levíssima culpa venit*”, isto é, por maior que seja o dano, a indenização deve ser completa.

Com isso esse supracitado dispositivo remete a ideia tratada no artigo 932 do CC e incisos, nas hipóteses de culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*, *in custodiendo*, o qual apresenta rol exemplificativo, remetendo ao que concerne o artigo 933 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Então, toda a extensão do dano causado deve ser suportada pelo agente causador, mas sempre com a cautela e observando o que já foi discorrido até o momento com embasamento nos ensinamentos de brilhantes doutrinadores. Sempre aquele dano, dentro da teoria adotada pelo Código Civil, qual seja teoria da causalidade adequada, deverá ser reparado e também ser observado as ramificações que esse dano poderá adquirir, pois seria insustentável e de forma ilimitada ao agente ser responsabilizado infinitamente por causa de sua conduta, portanto há limites como bem demonstrado.

4 PRIMEIRAS IMPRESSÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1 Visão Histórica

Começa-se a análise pelo grande marco histórico da sociedade moderna, qual seja a Revolução Industrial.

A Revolução Industrial, sem dúvidas, apresentou uma grandiosa evolução à sociedade no século XVIII. Sem antes visto, os direitos abordados pelo ordenamento jurídico francês tomaram novo rumo, como antes falado no primeiro Capítulo deste trabalho, serviram de base para quase todos os sistemas jurídicos mundiais, visto para acompanhar a direção social que se estava criando.

Por antes, a responsabilidade civil emanada da justiça privada e agora da regulamentação de regras representou um marco, mas principalmente na Revolução Industrial é que se pode notar a aplicabilidade prática, porém rústica, mas de extrema importância, de como também o direito do consumidor fora criado.

Nenhum dos direitos de que se tem conhecimento surgiu por acaso. Foi um resultado de intensas modificações sociais aliadas ao avanço tecnológico e científico, nunca imaginada pelos juristas das quais também exigiam modificações no ordenamento jurídico.

Os grandes juristas imaginaram que estavam criando obras eternas, perfeitas e inalteráveis, mas com o decorrer do tempo isso se revelou contrário, de modo que novos anseios surgindo da necessidade de se regular novas relações fáticas, puseram abaixo a ideia de durabilidade dos grandes códigos.

Por assim se revelar, os direitos do consumidor, como qualquer outro direito na linha do tempo, seguiu da mesma lógica da responsabilidade civil como demonstrada anteriormente. Havia a necessidade de regulamentar uma nova relação fática surgida do avanço social e nunca imaginada pelos juristas.

Quanto à finalidade, é preciso ter em mente que o direito do consumidor foi concebido para eliminar as desigualdades criadas nas relações de consumo pela Revolução Industrial – Revolução essa que aumentou quase que ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 448)

Conforme o professor Cavaliere diz, este marco social do século XVIII que foi a Revolução Industrial, aumentou sem tamanho a capacidade do ser humano. Antes a produção era toda manual, havendo o dispêndio de uma só pessoa em buscar a matéria-prima correta, extraí-la, dar-lhe forma e coloca-la a venda para a pessoa que muitas vezes este artesão sabia quem era, ou seja, ele já tinha conhecimento de pessoa determinada que precisasse de seu produto. Concentravam-se nele todas as funções possíveis, desde a produção até a venda e muitas vezes, atendiam a necessidade familiar – a subsistência – não obstante, essa atividade envolvia toda a família, por exemplo, a atividade agropastoril.

Entretanto, com a explosão industrial houve a cisão desta produção manual para atender a grande necessidade social. A história revelou neste campo o crescimento demográfico, quase sempre desordenado, onde culminou em respostas rápidas para a sociedade, as quais, em primeiro momento pareciam grandes soluções, mas em segundo plano demonstraram prejudiciais.

Com o aparecimento das primeiras máquinas a vapor, sob o domínio daqueles que detinham grande parte de capital na época, colocaram como desatualizada a atividade familiar, forçando a um ato transitório do manual para o manufaturado; da produção singular para produção em escala; daquela que levava mais tempo para aquela que o diminuía significativamente. Melhor dizendo, em sede de Direito do Trabalho, o professor Sérgio Pinto Martins descreve muito bem esta passagem.

Com o surgimento da máquina a vapor, houve a instalação das indústrias onde existisse carvão, como ocorreu na Inglaterra. Bem retrata o trabalho abusivo a que eram submetidos os trabalhadores nas minas Émile Zola, em *Germinal*. O trabalhador prestava serviços em condições, desmorações, prestando serviços por baixos salários e sujeitos a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas

praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores eram sujeitos a multas, que absorviam seu salário. Isso só terminou por meio dos decretos parlamentares de 1774 e 1779, quando foram suprimidas essas questões nas minas escocesas. (MARTINS, 2010, p. 6)

As atividades familiares eram na maioria das vezes extraídas do campo e com essa transitoriedade, deixando para trás essa ideia de manual, onde atendia de forma particularizada e singular os clientes, foi derrubada por aquela capaz de atender um grande número de pessoas, de acordo com sua necessidade em geral. Por óbvio, não dava para se competir com algo tão grandioso e desse modo, aqueles investidores, procuraram direcionar seu capital para montagem de grandes fábricas, mas dependiam das pessoas para operar as máquinas. Visto isso, as famílias não tiveram outra saída a não ser fazer parte deste universo, entregando sua força de trabalho em contrapartida de um salário, conforme explica o professor Martins.

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada. (MARTINS, 2010, p. 5)

A mentalidade da época forçou um êxodo rural, no qual as famílias por gerações fixadas no campo marcharam para os grandes centros em busca de vida melhor e acumulação de riqueza, encontraram decepção, pois a realidade era outra. Em melhores palavras:

com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo. Inicia-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. (MARTINS, 2010, p. 6).

As fábricas no intuito de atender a demanda populacional visto também no campo da exportação marítima produziam em larga escala ultrapassando até mesmo a ideia vinda do direito do trabalho que se conhece hoje.

a jornada de trabalho era muito longa, chegando até a 18 horas no verão; porém na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. A partir do momento em que foi inventado o lampião a gás, em 1792, por William Murdock, o trabalho passou a ser prestado em média entre 12 a 14 horas por dia. Várias indústrias começaram a trabalhar no período noturno. (MARTINS, 2010, p. 5)

As pessoas eram submetidas a regime laboral de doze a dezoito horas por dia em troca de misero e indigno salário. E como bem disse o ilustre professor Martins na maioria das vezes o trabalhador era submetido a multas pelas quais absorviam quase todo o seu salário (2010, p. 6). Na grande maioria, esses trabalhadores não tinham conhecimento das técnicas a serem empregadas nas máquinas e ocasionavam, quase sempre, os acidentes de trabalho. Como a renda era pouca em meio as dificuldades, como a fome, as famílias procuraram empregar também sua prole nestes grandes centros industriais para auxiliar no orçamento.

A partir disso, aquele pequeno artesão, sabedor das técnicas passadas por gerações e conhecedor das pessoas que atendia, teve suas atividades limitada a uma linha de produção, na qual efetuava apenas uma das partes de um produto, resultando na soma daqueles inúmeros trabalhadores um resultado final. Desta forma, não se conhecia quem seria o indivíduo final dessa cadeia de produção – antes determinado e agora indeterminado.

Uma das problemáticas que se pode levantar é que os produtos anteriormente passados nas mãos dos artesãos, tendo de certa maneira um controle de qualidade, perderam este foco, pois o crescente capitalismo demandava uma escala de produção maior em despreocupação com a qualidade. Assim ilustra o Cavalieri Filho (2007, p. 448):

Se antes era o próprio fabricante que se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia –, a partir de um determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade, pelos mega-atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.

Embalados com esse novo dinamismo, os fabricantes viram oportunidade, em meio ao seu poderio monetário, para a criação de instrumentos que os beneficiariam. Um exemplo disso é o contrato de adesão, através do qual uma das partes apresentam cláusulas pré-constituídas sem qualquer vista a outra parte para discussão. Neste ponto, a doutrina diz que isso representou a caducidade dos códigos da época, visto que os juristas criam as leis embasadas no eterno, porém não pensaram na possibilidade de evolução social, na qual o próprio ordenamento jurídico romano previa e fora esquecido por eles.

Aproveitando este ensejo, os fabricantes também estabeleceram todas e quaisquer formas para a proliferação de práticas abusivas possíveis, como também a cláusula de não responsabilidade e não indenização, visando eliminar qualquer tipo de concorrência no mercado. Sem dúvidas, isso se tornou um insuportável à época, gerando grandes desigualdades econômicas e legais na relação de consumo.

Como discorrido nos elementos da responsabilidade civil, a culpa é uma de suas determinantes e vista em meio as desigualdades, era uma enorme barreira para ser ultrapassada, pois o fornecedor, detentor de capital, tecnologia e grande influência na sociedade, acaba se esquivando do dever de responder por seus atos.

Este problema fora arrastado por longos anos na história, até o momento em que os grandes pensadores juristas notaram não ser apenas caso de reforma pontual no ordenamento jurídico, mas sim uma adoção de postura em relação a estes novos fenômenos nascido da evolução social, fundando-se em novos e eficazes princípios. Deste modo, vários países vendo a necessidade da atualização de sua base jurídica, editam leis específicas para regulamentar a relação entre o fornecedor e o consumidor.

4.1.1 No Brasil

O que fora estudado até então sobre responsabilidade civil e a aplicabilidade do art. 186 do CC para apurar as relações que incorriam em prejuízo para uma das partes, se aplicava também nas relações de consumo, antes do advento do CDC e conforme aponta o professor Silvo de Salvo Venosa (2010, p. 265) – “impunha ao consumidor o ônus de provar a culpa subjetiva do demandado”.

Ademais, neste caso o consumidor ficava restrito ao dispositivo legal do art. 178, § 2º do CC de 1916 (Capítulo IV, Dos Prazos da Prescrição), o qual dizia:

Art. 178. Prescreve:

§ 1º [...]

§ 2º Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago, mais perdas e danos.

O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – foi determinação expressa da Constituição Federal de 1988, prevendo como direito e garantia constitucional no art. 5º, inciso XXXII

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

De acordo com o art. 48 do ADCT, foi determinando a imposição ao Congresso Nacional do prazo de cento e vinte dias a partir da promulgação da Constituição Federal, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, como se pode notar:

Art. 48. O congresso Nacional, dentro do prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição Federal, elaborará Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, em no ano de 1990 o ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado com a mais nova criação para defesa do consumidor e ocupou o posto de princípios gerais da Ordem Econômica, elencados no art. 170 do CF.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

A entrada em vigor ocorreu em março de 1991, sendo uma das legislações mais avançadas do país considerada à altura daquelas legislações dos países desenvolvidos. Seu objetivo é estabelecer igualdade na relação de consumo, na qual, conforme discorrida, encontrava-se atormentada diante de sua hipossuficiência em relação ao fornecedor, em outras palavras explica Cavalieri Filho (2007, p. 450) – “A vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor”.

Em razão dessa desvantagem, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou novo tipo de contrato, onde não mais a vontade das partes era seu elemento essencial, no entanto, agora está aliada a situação jurídica, econômica das partes, bem como os rumos sociais que esta relação poderá tomar. A disparidade nessa relação se justifica pela posição do fornecedor que é detentor de informações, tecnologia e é um litigante habitual, ao contrário do consumidor, o qual não é detentor de informações, tecnologia e ocasionalmente litiga.

Com o advento do CDC fez surgir a ideia, sustentada por alguns autores, da criação de um minissistema jurídico, conforme explica o professor Sergio Cavalieri Filho, no qual criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, isto é, nas relações que envolvam consumidor, aplicáveis serão as normas do CDC. Importante frisar, nos dias de hoje, a maioria das relações jurídicas são acentuadas pela presença de ordem consumerista e dessa forma, pela lógica da sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, haveria soma de princípios. Nos contratos, a vontade das

partes, boa-fé e o mutualismo, continuam presentes, entretanto sob o manto dos princípios do CDC.

Alguns doutrinadores sustentam com razão no tocante o CDC ser um *codex* principiológico, no qual traz apenas regras gerais e princípios. De certa forma, o pensamento está acertado porque não se vê no corpo desta lei qualquer regulamentação específica a contratos de compra e venda, por exemplo, mas apenas regulações gerais e conceitos indeterminados, por isso que se diz sobre-estrutura multidisciplinar.

O CDC é aplicável em todos os ramos do Direito em se tratando de relação de consumo, portanto não é simplesmente uma lei geral e sim uma sobre-estrutura e também restrita a sua matéria, é uma lei específica e exclusiva, pois regulamentou, num minissistema jurídico, de maneira uniforme as relações de consumo, tendo recebido da Constituição Federal tal imposição – art. 5º, XXXII; art. 170, V e art. 48 do ADCT.

4.2 Definições Iniciais

Em primeiro lugar, antes de se prosseguir com o estudo da responsabilidade civil aplicada ao CDC, cabe fazer as definições iniciais quanto aos sujeitos e objetos envolvidos nas relações de consumo. Como anteriormente dito, sendo um minissistema jurídico, o CDC se preocupou também defini-los, encontrando-as nos primeiros artigos da Lei 8.078/90 para que assim se tenha uma base fundamental no entendimento da matéria. Quais sejam:

4.2.1 Consumidor

A definição de consumidor está descrita no art. 2º, *caput* do CDC.

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

Considera-se consumidor aquele indivíduo que é destinatário final, isto é, aquele que retira da cadeia de produção produto ou serviço para satisfazer sua vontade ou a de terceiro. A palavra retirar está no sentido de retirar da cadeia de produção sem reintroduzi-lo ou agrega-lo com outro produto com o fim de lucro.

4.2.2 Fornecedor

Diante os dizeres do art. 3º, *caput* do CDC:

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

A atividade do fornecedor se pressupõe no ramo empresarial, no sentido geral de ser atividade habitual e voltada a fins lucrativos. Podem-se ter casos de que o fornecedor atue uma vez por ano naquele segmento almejando lucro, desta forma não há problema na caracterização desta pessoa da relação de consumo, porque mesmo ele atuando uma vez todo ano, por exemplo, é habitual. Desta forma, agregada a esta atividade – ou como chamada pelo Código de participação – é a intenção lucrativa. No entanto o termo fornecedor é empregado pela doutrina para comerciante e nos dizeres do supracitado artigo se refere a fabricante.

De fato, como se demonstra, a ideia de fornecedor ultrapassa o que é trazido pelo art. 966, CC, isto é:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Então o *caput* desse mencionado artigo se refere apenas a empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços. Contudo, este conceito é limitado a vista da defesa dos direitos do consumidor, pois de forma negativa o seu parágrafo único afirma que não é considerado empresário aquele que exerce profissão intelectual, seja de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, sendo ressalvada a presença do elemento de empresa.

Como sobre-estrutura que é, o CDC complementa esta lacuna, dizendo ser fornecedor todo aquele que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços e deste modo “muito embora não sejam empresários, situam-se como fornecedores quando inserem no mercado produtos e serviços”. (ROLLO, 2011, 22).

Portanto, trata-se de fornecedor quando este insere no mercado produtos ou serviços, de forma habitual, almejando levantamento de riqueza resultado satisfatoriamente econômico.

4.2.3 Produto

Art. 3º. [...]

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

“Proveniente do termo latino *productu*, representa aquilo que é produzido pela natureza, ou o que se constitui em resultado de qualquer atividade humana (física ou mental)”, assim é definido por Roberto Norris (1996, p. 36).

A palavra produto, segundo o CDC, está empregada no sentido de resultado de uma produção, ou seja, é o esforço físico ou mental empregado pelo

ser humano para se chegar a um resultado economicamente viável capaz de satisfazer a necessidade. Como o conceito de bem é muito amplo, o CDC direciona o seu conceito, para aqueles objetos produzidos pelo esforço humano, colocados em comércio – então se tem a presença do elemento remuneração – para satisfação alheia.

4.2.4 Serviço

Art. 3º. [...]

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

Serviço é “exercício ou desempenho de qualquer atividade, material ou intelectual, pública ou particular, da qual seja esperado algum proveito”. (SIDOU, 2011, p. 784).

Portanto, extrai-se deste conceito legal que serviço é uma atividade, também colocada em mercado, na qual se almeja satisfação humana, mediante uma contrapartida – a remuneração.

4.3 Considerações Doutrinárias sobre o Consumidor, Consumidor por Equiparação e o Fornecedor

Assim, como anteriormente tratado, o consumidor é toda pessoa física ou jurídica, visando a satisfação de sua esfera de interesses, que busca através da aquisição de um bem, saciar sua necessidade.

A doutrina adianta depois de passados vários anos da criação do CDC, que o entendimento sobre consumidor ainda não é pacífico por conta das considerações a cerca deste sujeito. É o que chamam de “nebulosidade do conceito

de consumidor”, pois deve ser analisada com cautela, mesmo se tratando de fornecedor – a qualidade do consumidor é no sentido de pessoa capaz de adquirir algo para sua satisfação.

Muito embora haja certa disparidade em primeiro plano ao diferenciar estes dois sujeitos da relação, pois têm características próprias, a doutrina aponta que não se pode estar atrelado ao conceito primário, uma vez que o próprio fornecedor pode sim ser consumidor. Nisso, o art. 2º, *caput* do CDC fala em consumidor ser também pessoa jurídica e não apenas física.

Em razão disso, vários autores apontam a Lei Sueca de proteção ao consumidor do ano de 1973, a qual conceitua em seu art. 1º o consumidor como “a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante”. Por isso, boa parte deles apontam, sem dúvidas, que é a relação mais comum neste âmbito, mas “isso não significa, entretanto, que possam ser invertidos os papéis, ou seja, encontrar uma pessoa física fazendo o papel de fornecedor e uma pessoa jurídica fazendo o papel de consumidora” – conforme esclarece Arthur Luis Mendonça Rollo (2011, p. 4).

Explica ainda o citado doutrinador:

Toda vez, entretanto, que a pessoa jurídica adquirir bens que não estejam diretamente relacionados com sua atividade nas mesmas condições das pessoas físicas, restará configurada a relação de consumo, ainda que, em função do porte da venda, a responsabilidade do fornecedor possa ser limitada, nos termos do art. 51, I, última parte do CDC. (ROLLO, 2011, p. 4)

Nesta linha, explica o Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (2008, p. 9):

A doutrina não considera consumidora a empresa que adquire bens, produtos ou serviços para utilizá-los como insumos, bens de produção ou instrumentos de trabalho, porque nesse caso não haverá destinação final, mas intermediária, isto é, emprego do produto ou serviço como meio para obter outro produto ou serviço, por sua vez destinado a voltar para o mercado.

Portanto a empresa, no caso fornecedor, que adquire bens, produtos ou serviços, com intuito de complementação de sua produção para reinseri-la no mercado, não estará sob o manto do CDC, uma vez que figurará como intermediária da relação de consumo.

Desta forma, surge o questionamento diante do apresentado a respeito se não seria caso de ser esta empresa uma consumidora por equiparação?

Em primeiro lugar, antes de adentrar a resposta da questão, cabe dizer: o que vem a ser consumidor por equiparação?

Conforme dispõe o próprio CDC no art. 2º, parágrafo único - "Equiparase a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Pois bem, a doutrina mais uma vez se encontra dividida neste mérito, porque alguns autores entendem não ser limitado o conceito de consumidor pelo Código a não ser pela fruição. Por outro lado, há aqueles que dizem ter limitações implícitas.

Em outras palavras, a doutrina tenta explicar através destas duas correntes que o consumidor seria exclusivamente apenas aquele que usufrui do produto ou serviço, não existindo outras pessoas envolvidas, ao revés da limitação a fruição, a qual se entende por ser a mais completa. Assim, as pessoas envolvidas iriam além do que aquela que apenas usufrui o bem.

Neste sentido, James Marins esclarece conforme a ótica do art. 18 do CDC:

se o produto apresenta, p. ex., vício de quantidade ou de disparidade entre a indicação e o conteúdo, desvalorizando-o (art. 18), e não sendo o vício sanado no prazo de 30 dias (art. 18, § 1º) podem exigir a reparação devida, estando então legitimados concorrentemente, tanto o adquirente, ou seja, aquele que comprou o produto, como aquele que embora não o tenha comprado o estivesse usando como destinatário final (usuário). (MARINS, 1993, p. 67)

De acordo com isso, o consumidor não se limita apenas aquele que utiliza o bem para a satisfação pessoal, mas também engloba neste âmbito aquele que o adquiriu, isto é, podem ocorrer hipóteses de que a pessoa do consumidor fique dividida entre aquela que adquiri e aquela que o usufrui. Portanto, não restam

dúvidas que poderão acionar o fornecedor para sanar uma irregularidade, inclusive judicialmente, pois fica evidenciado o caráter de destinação final.

Para tanto o CDC elencou em seus artigos 17 e 29 a possibilidade de se considerar tais pessoas – aquelas que apenas adquiriram o bem – também como consumidores. Então, este ponto se encontra superado, *data venia* a posição daqueles autores que prezam pela limitação implícita do conceito de consumidor, pela razão, *in verbis*, dos artigos mencionados:

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

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Contemplado então neste ápice, o CDC considerou todos aqueles que pereceram em razão do fato danoso, equiparando-os a consumidores, mesmo que sejam eles determináveis ou não, expostos as práticas da relação de consumo.

5 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como em todo ordenamento jurídico, os princípios são a base de qualquer estrutura normativa, pois sem eles não se teria nenhum tipo de lógica baseada em direitos e garantias. Por isso, não deixando de seguir este caminho e como apresentado anteriormente, o CDC é qualificado como minissistema jurídico e é fato em seu cerne ter uma base principiológica, a qual se passa a expor, denominada de Princípios Fundamentais nas Relações de Consumo consagrada no art. 4º do CDC e pelo Estado deve ser promovida.

5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

É considerado pela doutrina o princípio mais importante das relações de consumo, pois justamente por isso que o consumidor se encontra numa posição mais desvantajosa que o fornecedor. Está abordado no inciso I do art. 4º do CDC – “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

O fornecedor é o detentor de tecnologias, ciência avançada e litigante habitual como apresentado anteriormente e o consumidor apenas adquire um bem para satisfação de sua necessidade.

Por esta razão, é necessário equiparar os sujeitos dessa relação de consumo para que em posições igualitárias possam discutir a lide que eventualmente possa se formar no decorrer do tempo.

Marins (1993, p. 38) diz:

É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.

Ensina a doutrina que a vulnerabilidade não pode ser tomada em comparação com a hipossuficiência, de modo que esta representa uma condição individual do consumidor, o qual se encontre atravancado na situação de carência cultural ou material, ou seja, nunca poderá ser encarada com uma característica objetiva do consumidor.

5.2 Do Dever do Estado

Está previsto nos incisos II, art. 4º do CDC, *in verbis*:

Art. 4º. [...]

I - [...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Chamado também de princípio do dever governamental, o inciso II indica que o Estado como ente superior deve propiciar a organização, portanto atuar com poder de polícia, de mecanismos capazes de proteger o consumidor, seja por iniciativa direta (alínea “a”); por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas (alínea “b”); pela intervenção do Estado no mercado (alínea “c”) ou pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (alínea “d”).

Neste aspecto ao Estado é transferida confiança da sociedade para que ele promova a regulamentação da vida social e isso está disposto no art. 24, inciso VIII da CF *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I-[...]

II-[...]

III-[...]

IV-[...]

V-[...]

VI-[...]

VII-[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Juntamente com o dispositivo art. 5º, inciso XXXII, também da CF, o qual diz – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” – em atenção ao art. 48 do ADCT, pois logo promulgada a Constituição Federal, já se previa no prazo de cento e vinte dias a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Atente-se no caso que a CF não limitou a matéria a ser regulada. O Estado deverá regular no que for necessário para a garantir a defesa do consumidor, ou seja, mecanismos capazes de buscar com maior eficiência melhores resultados práticos. Então, observa-se o Decreto nº 2.181/97, responsável pela criação do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) e com ele se nota a presença do PROCON; o Decreto nº 6.523/08 regulamentador do SAC (Serviço de Atendimento ao Consumidor); Lei 12.529/11 – lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto por três órgãos – a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Ainda se pode citar a Lei 12.291/10 que será abordada logo mais a frente.

5.3 O Abuso

Como o Estado é o responsável pelo zelo e promoção da proteção ao consumidor, o próprio CDC garante sua intervenção, quando necessária, nos casos

para coibir e reprimir abusos praticados no mercado de consumo, isto é, através do SNDC, o Estado é legitimado a intervir nessas relações para regula-las para eliminar a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações de marcas, nomes comerciais e signos distintivos capazes de causar algum prejuízo aos consumidores, ludibriando-os na boa fé, consoante o inciso VI do CDC.

5.4 Serviço Público

Por fim, sempre deverá o Estado dispor da racionalização do serviço público para que alcance sempre um fim almejado, qual seja a proteção ao consumidor. Ademais, informa inclusive em matéria de Direito Administrativo, o Princípio da Eficiência da Administração Pública, o qual procura melhorar os resultados do serviço público, dispondo da racionalização de recursos.

5.5 Harmonia

Na relação de consumo, a vulnerabilidade do consumidor é presumível a ponto do CDC valorizar a sua nivelção. Incessantemente, observa-se na entre o fornecedor e o consumidor uma disparidade de poderes, facilitando assim divergentes tratativas no consumo. Então por este princípio, abordado no inciso III do art. 4º do CDC, compete ao Estado, através da Política Nacional das Relações do Consumo a:

Art. 4º [...]

I – [...]

II – [...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição

Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Com isso, a Lei 8.078/90 coloca em mesmo patamar o consumidor e fornecedor para que em mesmo grau na relação possa seus direitos e deveres atendidos e em caso de eventual lide, recebam o mesmo tratamento.

5.6 Educação

O princípio da educação está não apenas ligado apenas ao direito a informação sobre o produto, mas também sobre seus direitos e deveres. Diz o inciso IV do art. 4º do CDC:

Art. 4º [...]

I – [...]

II – [...]

III – [...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

A educação deve estar priorizada no mercado de consumo para que o consumidor tenha ideia de como proceder na realização de requisição para sanar uma problemática existente, seja ela, por exemplo, pelo fato do produto.

Recentemente no ano de 2010 foi editada a lei 12.291, que impôs:

Art. 1º São os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços obrigados a manter, em local visível e de fácil acesso ao público, 1 (um) exemplar do Código de Defesa do Consumidor.

Convenha-se que foi uma criação totalmente desnecessária, pois a educação do consumidor é bem mais do que disponibilizar um exemplar do CDC em todos os estabelecimentos comerciais. Ainda mais, o art. 2º diz:

Art. 2º O não cumprimento do disposto nesta Lei implicará as seguintes penalidades, a serem aplicadas aos infratores pela autoridade administrativa no âmbito de sua atribuição:

I - multa no montante de até R\$ 1.064,10 (mil e sessenta e quatro reais e dez centavos);

Claramente, foi uma criação totalmente desnecessária, pois é notório no Brasil que a população não tem hábito de leitura e não adentrando no mérito da educação em si, os termos trazidos no CDC só poderiam ser entendidos por aqueles que cursaram uma faculdade de Ciências Jurídicas. Ora, então para que serviria esta manutenção do exemplar em estabelecimento comercial, se a sociedade não tem interesse em leitura? Ainda mais corre o risco do comerciante, na vida do dia-dia ser autuado no montante até R\$ 1.064,10 (mil e sessenta e quatro reais e dez centavos) por uma coisa sem importância.

Surge então outro questionamento: é através disso que o Estado entende estar promovendo o direito do consumidor?

Mais uma vez se diz que foi uma criação inútil, pois há tantos outros caminhos para se educar o consumidor de seus direitos que entregando ao fornecedor este encargo não se resolveria nada. Precisaria adaptar a condição ao meio.

Ter conhecimento dos direitos e deveres de ambas as partes é fundamental no âmbito consumerista, pois a partir disso é que se visa a mitigação dos problemas encontrados muitas vezes pela ignorância do consumidor em relação aos seus direitos e deveres. Por ser a parte considerada vulnerável pelo Código e para a solução dos problemas que eventualmente poderão ocorrer na relação de consumo, o Estado deve atender a exigência legal para promoção de tais direitos.

5.7 Qualidade

Disposto no inciso V do art. 4º do CDC

Art. 4º [...]

I – [...]

II – [...]

III – [...]

IV – [...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Por este princípio, o Estado deve promover o incentivo por meios de controle de qualidade e durabilidade dos produtos ou serviços. É, contudo, garantir durabilidade e confiabilidade aos produtos e serviços colocados no mercado de consumo para que, atendendo a sua destinação, sejam aptos a satisfazer as necessidades do consumidor. Nota-se então a existência de órgãos reguladores de qualidade como, por exemplo, o INMETRO e grupo de normas técnicas como ISO 9000 e 9001.

5.8 Mercado

Art. 4º [...]

I – [...]

II – [...]

III – [...]

IV – [...]

V – [...]

VI – [...]

VII – [...]

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Este princípio indica o constante estudo que se deve ter das modificações do mercado para adequar às necessidades de consumo, isto é, aquela gama apresentada no início deste trabalho, no qual a sociedade está em constante

evolução e por isso o Direito deve acompanhá-la, trazendo assim soluções para a pacificação social.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PELO FATO E VÍCIO DO PRODUTO

6.1 Considerações Iniciais da Responsabilidade Civil Aplicada no Código de Defesa do Consumidor: delimitação do tema

O mundo o qual se vive está em constante mudança e isso é inegável. Muito embora se cumpra de boa fé os contratos firmados e as diversas relações jurídicas que evidentemente surjam, não se refuta a ideia de incorrer na responsabilidade pelos prejuízos que a conduta humana pode ocasionar – a responsabilidade civil como até então discorrida.

O consumidor, ocupando posição menos privilegiada que o fornecedor ou o fabricante, vê-se numa situação delicada porque depende exclusivamente daquilo que é posto à venda para sua subsistência. De fato, compara-se bem nos primórdios da sociedade, onde a presença destes indivíduos não existia, o consumidor, no caso o simples sujeito, era o responsável pela sua própria subsistência. De forma rudimentar confeccionava as ferramentas que seriam usadas em sua plantação, escolhia as melhores sementes, plantava-as e depois colhia seus frutos. Todo o procedimento passava por este sujeito, tendo ele o pleno conhecimento da procedência do produto que tinha em suas mãos.

Com o passar dos séculos, o crescente avanço tecnológico e o homem moderno cada vez mais sem tempo para cuidar do campo, local de onde provem sua vida, por estar mais ligado agora aos grandes centros comerciais, ocupado em juntar riquezas, depende neste momento de outro para fornecer o alimento em sua mesa e nesta ocasião, o homem passou a ser considerado consumidor, o qual deposita sua fé no fornecedor, acreditando que os produtos são confiáveis.

No mundo contemporâneo, não se pode negar que as pessoas estão mais preocupadas com o ter do que com o ser e deste modo isso acaba influenciando de alguma maneira nos produtos. Parece até loucura em se falar desta

maneira, no entanto não se afasta o fato de que os produtos mais antigos, por volta do começo do século XX, são mais resistentes do que os colocados hoje no mercado. Prova disso é a chamada Luz do Centenário – é considerada a lâmpada mais antiga do mundo e está acesa desde 1901 num quartel do corpo de bombeiros dos Estados Unidos no Estado da Califórnia.

Inegavelmente, o CDC é considerado também como um excelente meio para a solução de eventuais problemas no âmbito de consumo que anteriormente a sua vigência eram resolvidos nos termos do art. 186 do CC.

Finalmente, chega-se ao mérito deste trabalho. Depois de construída toda esta fundamentação, cabe agora abordar o caminho que é percorrido quando o consumidor se encontra prejudicado em seu direito. Neste ponto, o CDC traz o seguinte tratamento: tanto o produto quanto o serviço, podem ocasionar ao consumidor prejuízo a sua integridade física ou estar ligado a qualidade do produto.

6.1.1 Do produto

Delineando-se o mérito deste trabalho científico, o produto como bem, é colocado no mercado de consumo, a partir do esforço físico ou mental humano, visa atender as necessidades do indivíduo. Contudo, pode ocorrer nesse trâmite que o produto possa apresentar riscos a integridade física do consumidor, bem como ser de qualidade inferior a mencionada, como se verá no decorrer deste capítulo.

Observar-se-á quais são as consequências para o fornecedor ou fabricante quando constatada a lesão ao direito do consumidor que teve por causa o fato ou o vício e quais as características destes acontecimentos. Ainda mais, como se resolve a situação jurídica estabelecida na busca do restabelecimento do *status quo ante*.

Pois bem, cabe então dentro desse raciocínio lógico, primeiramente discorrer sobre o que vem a ser o fato e o vício do produto.

6.2 Fato

Para Roberto Norris (1996, p. 40), o fato deve ser compreendido como sendo “a repercussão externa do defeito do produto e o seu conseqüente dano sobre a esfera do consumidor”, deste modo, representa o fato uma interferência na esfera de interesse do ser humano. Em sua obra Norris (1996, p. 37) cita Arruda Alvim que entende:

O fato do produto, estrito senso, é a repercussão externa do defeito do produto, ocasionando dano na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor, ou seja, é a causa objetiva do dano causado ao consumidor em virtude do defeito do produto.

Para o professor Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 461) é um defeito e por sua conta é capaz de causar na esfera do consumidor, um acidente, isto é, o “fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto”.

Já para Arthur Luis Mendonça Rollo (2011, p. 94), “a responsabilidade pelo fato do produto é a responsabilidade pelo acidente de consumo decorrente do produto, isto é, pelo defeito do produto”.

Por esse entendimento, extrai-se que o fato é um defeito capaz de gerar repercussão externa na esfera jurídica protegida do consumidor e por ser um acidente lhe provoca de forma grave, um dano tanto material quanto moral. Por assim dizer, Norris esclarece que “o mero defeito, analisado sob o seu aspecto intrínseco, não representa fato do produto, mas sim vício observado bem”. Então se pode afirmar com a máxima certeza que o fato sempre causará dano e a sua repercussão sempre será externa e ainda na maioria das vezes o consumidor será sempre o principal lesionado.

O fato do produto se encontra disposto no art. 12 do CDC, o qual ser observa:

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.

Pela leitura deste artigo, o assim chamado defeito (fato), pode ocorrer da seguinte forma: pela fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento, informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos. Resume-se então em três níveis: a concepção, a produção e a comercialização.

O fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas sim o defeito do produto. Bastará o nexos causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 462)

A relação entre o fornecedor do produto e o consumidor está por afastada à ótica do Código Civil, uma vez, como já dito, a relação de consumo obedece a regras próprias e assim não se tem a relação de vínculo contratual, mas sim a materialização de outro vínculo. Como explica o professor Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 462), este vínculo se constitui pelo “produto defeituoso lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente, consoante o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor”.

A cerca da responsabilidade, como já discorrido, há certos elementos que devem ser preenchidos para que se possa caracterizar a obrigação do dever de indenizar. Não obstante, no CDC, como a relação entre o consumidor e o fabricante se liga através do produto, este último deve estar maculado.

Entenda-se por maculado o produto ou o serviço que apresenta defeito.

O defeito, como bem define o ilustre professor Cavalieri Filho (2007, p. 462), “é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar sua utilidade”. O Código diz no § 1º do art. 12:

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.

Deve se observar, antes de realizar qualquer juízo de valor, que todo objeto tem em seu intrínseco um risco inerente. Isso é característico de cada bem colocado em circulação ou não, mas quando se fala voltado para a esfera consumidor, há de se mensurar dois pontos importantes: o risco inerente na ótica de sua afastabilidade e o uso do próprio consumidor, o qual será verá adiante.

Apesar do objeto (produto) ser colocado em circulação no mercado de consumo pelo fabricante, haja vista sua intenção de lucrar, deve ser por ele utilizado qualquer meio a sua disposição para afastar completamente ou parcialmente os riscos da fruição daquele determinado produto – aqueles que se pode esperar. Por exemplo, o xampu que é item indispensável na higiene diária das pessoas, não pode oferecer nenhum risco à saúde dérmica, na qual se há primeiro contato. Estes consumidores esperam que o uso do produto traga benefícios em seu favor, pois diante do valor pago ao fabricante, se espera no mínimo resultados que satisfaçam suas necessidades. Como saponáceo direcionado a limpeza dos cabelos, pode-se se esperar que eventual contato com os olhos causar irritação, a qual é resolvida pela simples lavagem em água corrente.

Em verdade, o caminho objetiva chegar é que o Código adotou a responsabilidade objetiva do fabricante, conforme o art. 12 do CDC e nem sempre os riscos dos produtos são capazes de serem erradicados. Por vez cabe ao fabricante, diante dos recursos em mãos, afasta-los ou ameniza-los para que sua utilização não comprometa a integridade física ou a saúde do consumidor. É lógico que no mesmo exemplo dado, se estiver se tratando de crianças, é normal que os xampus não causem irritação aos olhos.

Portanto, não há como se falar em bens – produto e considerando inclusive o serviço – sem que haja relação com os riscos trazidos em sua essência e

de acordo com isso, há primeiramente o dever do fabricante em afasta-los ou caso diminui-los para que não cause nenhum prejuízo ao consumidor. Qualquer que seja o bem se espera um risco próprio, mas caso seja o protagonista de lesão, responderá o fabricante objetivamente pelo resultado danoso ao consumidor, se constatado o defeito no produto.

6.3 Vício

Pode ocorrer também na esfera do consumo a responsabilidade pelo vício do produto, significando o referido termo, para o dicionário online *Michaelis*, “falta, defeito, erro, imperfeição grave”. Em verdade não há segredos em torno deste acontecimento, simplesmente não fora observado pelo fabricante antes de inseri-lo no mercado.

O notório saber de Sergio Cavaliere Filho explica a distinção entre o fato e o vício:

O primeiro (defeito) é vício grave que compromete a segurança do produto ou do serviço e causa dano ao consumidor, como o automóvel que colide com outro por falta de freio e fere os ocupantes de ambos os veículos; o segundo (vício) é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mau funcionamento, como a televisão que não funciona ou que não produz boa imagem, a geladeira que não gela etc. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 480)

Em outras palavras, tanto o fato quanto o vício são resumidos, pelo professor Cavaliere Filho, em um único termo – vício, mas dependerá da proporção tomada, isto é, caso ele (vício) irradie seu efeito fora da esfera do produto, atingindo o consumidor e lhe causando danos à saúde ou a segurança, caracterizará fato. No entanto, caso estes efeitos fiquem adstritos ao produto, sem que irradie seu efeito fora da sua circunscrição, será apenas vício e por este raciocínio, complementando deste modo o discorrido no item anterior, o mero defeito no aspecto intrínseco não é capaz de ser titularizado como fato, mas apenas vício.

Os moldes colocados pelo CDC não fazem menção ao vício como dependente do subjetivo. Isso quer dizer que mesmo não sendo colocado de forma expressa no artigo correspondente ao vício, não há dúvidas de se tratar de responsabilidade objetiva. Explica-se, art. 18 do CDC *in verbis*:

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 as 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.

Novamente o professor Sergio Cavalieri Filho expõe:

Conquanto não tenha a lei repetido nos arts. 18 e 20 a locução independentemente da existência de culpa, inserida nos arts. 12 e 14, não há dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista que o texto dos citados arts. 18 e 20 não faz nenhuma referência à culpa (negligência ou imprudência), necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI, 2007, p. 480-481)

Desta maneira, ao vício do produto se aplica as regras da responsabilidade objetiva, pois independentemente da comprovação de culpa, o produto que tenha defeito – seja ela por qualidade ou quantidade –, por ele responderá o fabricante.

6.3.1 Distinção entre vício redibitório e vício do produto

Primeiramente, o vício redibitório está disposto na Seção V do Capítulo I do Título V do Código Civil, o qual recebe o nome de: Dos Vícios Redibitórios. Ressalta-se neste caso que o CC dispõe em seu corpo legal os contratos e muitas outras situações jurídicas reguladas, mas nenhuma menção a relação de consumo.

De fato, a Lei 10.406 de 2002 dispôs regulamentar a vontade entre as partes, onde numa situação jurídica elas assumem o mesmo nível, capaz de fazer valer suas pretensões em relação a outra, desde que haja o consentimento acordado entre as partes – isso a grosso modo explicando –, pois se sabe que o CC vai mais além do que se pensa – é o que se chama Princípio da Autonomia da Vontade. Entretanto, o referido diploma legal não trouxe reguladas aquelas situações onde não se está presente a vontade das partes para se firmar o contrato e sim aquela onde uma depende da outra para satisfazer a sua necessidade pessoal.

Como já visto a relação de consumo se firma por isto. O consumidor, por lei, é presumido como parte mais fraca da relação e por isso depende do mecanismo legal para a sua equalização diante o fabricante/fornecedor.

A partir disso se pode chegar a distinção principal entre o vício redibitório e o vício do produto, ou seja, este é proveniente da relação de consumo e aquele deriva de prática contratual. Apesar de estes dois institutos serem tratados em situações e notoriamente leis diferentes, são praticamente iguais porquanto de terem em comum o tratamento de defeito oculto. Porém em relação ao vício do produto, defeito pode também ser aparente.

Para a maioria da doutrina, o vício redibitório deve ser grave e contemporâneo a celebração contratual e não é afetado o princípio de garantia, pelo qual o alienante garante o perfeito estado da coisa, bem como a qualidade e incolumidade anunciadas se se tratar de defeito ínfimo e posterior a realização contratual.

Ao revés, o CDC não tratou distinguir esta situação, pouco importando se o defeito é de grande ou pequena monta. Como dito, a responsabilidade é objetiva e, portanto, seja antes, no momento ou depois da entrega do bem, se houve ou não contrato, responderá o fabricante/fornecedor nos termos do art. 18 do CDC e seguintes.

6.4 Dever de Informar com relação ao Risco Inerente

Em se tratando do dever de informar, o qual está enraizado nos princípios do CDC, especificamente no princípio da educação, é um direito do consumidor e um dever do fornecedor em vista do risco que cada produto pode apresentar.

Mais uma vez mencionando este termo (risco inerente), há se observar claramente agora o seu emprego através do âmbito da informação. Singelamente, pode-se dizer que o fornecedor é obrigado a prestar informações e inclusive dos riscos de seus produtos.

Veja o que diz o art. 8º do CDC:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

De maneira impositiva o *codex* rege que os produtos colocados no mercado não poderão causar riscos à saúde ou a segurança dos consumidores e excepcionalmente aqueles considerados normais e previsíveis de risco em razão de sua essência, obriga o fornecedor a prestar as informações necessárias. Em outras palavras “a regra é que o fornecedor não responde pelos danos decorrentes do risco inerente, por não ser defeituoso um produto ou serviço nessas condições” (CAVALIERI FILHO, p. 465).

Então, se o produto apresentar riscos inerentes de sua natureza à saúde ou a segurança do consumidor, ao fornecedor não será incumbido o ônus de por eles responder, porém caberá outro dever jurídico disposto no CDC – o dever de informar – art. 9º, *in verbis*.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

A inteligência do art. 9º do CDC já fala por si. Todos aqueles produtos e serviços que oferecem riscos à saúde ou a segurança deverão constar em informações de maneira ostensivas e adequadas para que o consumidor tenha total conhecimento dos perigos que estará exposto quando da aquisição ou utilização de determinado produto, a exemplo disso são os inseticidas usados em residências. Além disso, o referido art. 9º do CDC cumpre a forma estabelecida inclusive no parágrafo único do art. 8º “em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto”.

Por fim, o fornecedor caso viole o dever de informações ou não as preste de maneira ostensiva e adequada como exige a lei, poderá responder pelo defeito na informação, incorrendo em infração prevista no art. 63 do mesmo diploma legal, o qual diz:

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Portanto, o produto ou serviço apresentado ao mercado para consumo não poderão, conforme exigência legal, oferecer nenhuma periculosidade a saúde ou segurança do consumidor. Como exposto, em regra o fornecedor não responde pelo defeito se eram previsíveis ou inerentes ao bem, mas concomitante a isso, ele terá o dever de informação, podendo inclusive responder, nos termos no art. 63 do *codex* caso não as expor de maneira ostensiva e adequada.

6.5 Do Responsável

6.5.1 Fabricante

A doutrina reforça a existência de três responsáveis elencados pelo CDC quais sejam: o real, o presumido e o aparente. Dentro dessa classe disposta no entendimento do art. 12 do referido diploma legal, observar-se-á a responsabilização do fabricante, construtor, produtor, importador, mas excluído o comerciante, pois este não tem o controle direto dos produtos que por ele são colocados à disposição dos consumidores vindos do fabricante. Em outras palavras o comerciante:

nas relações de consumo em massa, não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias. Recebe os produtos fechados, embalados, enlatados, como ocorre, por exemplo, nos super e hipermercados, nas grandes lojas de departamentos e drogarias, e assim os transfere aos consumidores. Em suma, o comerciante não tem o poder para alterar nem controlar técnicas de fabricação. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 466)

Por isso, o Código sabiamente decidiu expor como principal responsável o fabricante, porque através dele é que se emana as técnicas e ciências das quais habitualmente ele está acostumado a se envolver e por ter mais vantagens em relação ao consumidor, que mais uma vez se diga parte esta considerada mais fraca da relação de consumo, poderá ser acionado em caso de eventual defeito no produto.

Em termos de solidariedade, o CDC nos arts. 7º parágrafo único, 18 e 25 traz tal disposição tratando em caso de existir mais de um fabricante, todos respondem pelo prejuízo. Nas palavras do Código, primeiramente remete ao entendimento que haverá mais de um responsável se pelo mesmo produto tiver mais de um fabricante, isto é, serão aqueles participantes do produto final ou parte componente deste, chamado de fornecedor real. Melhor explica Marins (1993, p. 99) – “fornecedor real é toda pessoa física ou jurídica que participa da realização e criação do produto acabado ou de parte componente do mesmo, inclusive a matéria-prima”. De acordo com isso, observa-se o dispositivo abaixo do CDC.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Em consonância com isso, o *codex* ainda aborda em mais duas passagens, conforme se nota abaixo, sobre a solidariedade na obrigação de reparar o prejuízo, nas quais deixa clara a intenção do legislador em se buscar maior eficácia nos termos de responsabilidade civil voltada ao consumo para que o menos avantajado consiga tratamento igualitário perante o fabricante. Sejam eles:

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 as 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.

[...]

Art. 25. [...]

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

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

Em termos de acionamento, ao consumidor assiste o direito de reclamá-lo a qualquer um dos fabricantes ou contra todos eles de determinado produto. Assim pelo que o legislador pôde transmitir, todos aqueles participantes do produto final, entendido desde a matéria prima até outros componentes agregados a ele, são responsáveis pelos eventuais riscos à saúde ou a integridade física do consumidor. Entretanto quando os fabricantes não puderem ser identificados, surge a responsabilidade subsidiária do comerciante, a qual será vista a seguir.

6.5.2 Comerciante

Em regra o comerciante não poderá ser acionado para responder pelo defeito no produto, pois ele é retirado da via principal e mantido como subsidiário. Em seu art. 13, o CDC apenas atribuiu ao comerciante a responsabilidade secundária quando, nos moldes do artigo, o “fabricante, construtor, o produtor ou o importador não puder ser identificados” (inciso I); “o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador” (inciso II) e “não conservar adequadamente os produtos perecíveis” (inciso III).

Pois bem, o Código apresenta uma igualdade da responsabilidade do comerciante pelos moldes do art. 12, quando incorrer em uma ou mais hipóteses trazidas pelo art. 13. Ressalta-se, contudo, que esta será subsidiária e neste sentido alguns autores entendem como é o caso de James Marins, na liberação do comerciante após a identificação do fabricante quando não puder ser identificado de imediato ou no produto não o dispuser, ou seja, pela ideia transmitida pelo inciso I e II diz o autor:

Por esta interpretação se o comerciante, mesmo e já ocorrido o dano, puder fornecer identificação e domicílio do fornecedor original, se desvencilha da responsabilidade civil, pois cumprida a exigência de identificação. Esta exegese nos parece acertada, pois o inc. I não exige prévia identificação, mas a impossibilidade de identificação. (MARINS, 1993, p. 105)

As palavras do autor merecem total atenção, porque seu entendimento aponta nada mais do que a lei tratou, isto é, já posicionada como responsabilidade subsidiária, não teria sentido manter o comerciante no polo passivo de uma eventual demanda judicial se caso ele tiver contribuído para a identificação do fabricante. Desde modo, só haveria sua responsabilidade de incorresse em algum dos dispostos dos incisos I e II do art. 13 do CDC. Neste sentido confirma as jurisprudências abaixo:

AGRAVO RETIDO - Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais Estouro de pneu Ação dirigida contra o fabricante e comerciante do pneu Rejeição de preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo comerciante Inconformismo Faço do produto - Aplicação do artigo 12 do CDC - Recurso provido. APELAÇÃO Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais Estouro de pneu Impossibilidade de realização de perícia pela não apresentação do pneu estourado que fora entregue pelo consumidor ao fabricante - Sentença de procedência Inconformismo - Recurso desprovido.

(Apelação Cível Nº 0160359-74.2007.8.26.0002, Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 11/09/2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVELIA NÃO-CONFIGURADA. COMPRA DE TELEVISOR COM DEFEITO. RELAÇÃO DE CONSUMO (CDC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE. Revelia não-configurada. Prazo em dobro para contestar, havendo litisconsórcio passivo, e sendo diversos os procuradores das partes (inteligência do disposto nos arts. 191 e 241, incisos I e III do CPC). Caso em que o autor adquiriu um televisor junto ao comerciante local, de fabricação da demandada, e que apresentou defeito. Fabricante do produto identificado. Ilegitimidade passiva do comerciante que, no caso, resta mantida. Hipótese de responsabilidade objetiva do fabricante, decorrendo do simples fato de ter colocado no mercado de consumo produto que não oferece a segurança e a qualidade que dele se espera. A indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atenção às particularidades das circunstâncias fáticas e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Valor da indenização fixada na sentença reduzido. Apelação provida em parte. Decisão unânime.

(Apelação Cível 70047722376 RS, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 03/05/2012) (grifo nosso)

No segundo julgado, de modo especial, uma das demandadas é uma famosa rede de hipermercados e dela fora requerida a responsabilidade pelo fato do produto juntamente com a fabricante. Diante disso, o Desembargador Relator decidiu que a primeira demandada, a rede de hipermercado, assistia a preliminar que arguiu de ilegitimidade de parte, pois consoante o art. 13 do CDC, se o fabricante puder ser identificado pelo comerciante, este último não será responsabilizado e dessa forma se apresentou no processo nos termos trazidos nos autos.

Portanto sendo considerada subsidiária pelo Código, pode-se entender de uma facilidade para o consumidor para através do comerciante de se chegar ao fabricante, visto que em sede do comércio, este profissional estaria em melhor sintonia com o fabricante do que o consumidor em razão de sua proximidade e contato que na maioria dos casos é impossível para o considerado hipossuficiente. Ressalta-se novamente, a partir do momento da identificação do fabricante, conforme exposto, o comerciante estaria eximido de responder pelos prejuízos experimentados pelo consumidor.

6.5.3 Fabricante e comerciante – solidariedade

Neste capítulo pôde ser delineado o tocante a responsabilidade de cada um dos figurantes da relação de consumo, no entanto o CDC ainda contempla a possibilidade desses dois sujeitos responderem conjuntamente pelo prejuízo do consumidor, ou seja, a chamada solidariedade passiva.

Nos moldes do item 6.5.1 foi exposto que havendo mais de um fabricante para o mesmo produto, seja ele desde a matéria prima até os componentes que serão agregados ao produto final, poderão ser acionados e responderem na medida de sua culpa, isto é, caso se comprove, inclusive, que o defeito partir de inobservância de um deles. No entanto, cabe realizar o seguinte questionamento: será que o fabricante e o comerciante poderão solidariamente responder por eventual prejuízo ao consumidor?

A resposta é positiva, pois se comprovado que o defeito persiste e que ainda não foi solucionado em tempo pelo fabricante, poderá acionar inclusive aquele que adquiriu diretamente o produto.

Ora, se de um produto o consumidor espera satisfazer suas expectativas pessoais, tal objeto deverá estar de acordo com o que se espera. Caso apresentar defeito e este frustrar o uso e fruição, estar-se-á diante de vício de adequação, conforme é chamado pela doutrina. Observa-se que foi o caso do julgado abaixo apresentado.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BEM MÓVEL INDENIZAÇÃO VÍCIO OU DEFEITO DO PRODUTO NÃO SANAÇÃO NO PRAZO DE 30 DIAS SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO ART. 18, § 1º, I, DO CDC SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL SOLIDARIEDADE RECONHECIDA ENTRE FABRICANTE E FORNECEDOR - RECURSO NESTA PARTE NÃO PROVIDO. Constatado o vício ou defeito de adequação do produto, causadores de frustração de expectativa do consumidor, sem que tenha sido reparado no prazo legal, tem o consumidor o direito potestativo de exigir a sua substituição, sendo responsáveis solidários pela obrigação, tanto o fabricante como o fornecedor do produto. DANOS MORAIS AUSÊNCIA DE PROVAS IMPROCEDÊNCIA RECURSO NESTA PARTE PROVIDO. Inexistindo nos autos qualquer prova que indique tenha o autor,

em razão dos fatos narrados nos autos, sofrido qualquer abalo emocional, impõe-se o indeferimento do pedido de compensação por danos morais.

(Apelação Cível 0016475-79.2010.8.26.0002 SP, rel. Paulo Ayrosa, j. 25/09/2012).

Neste julgado o consumidor adquiriu um aparelho celular vindo do mostruário do comerciante elogo após constatou que não funcionava ao liga-lo. Procurou o comerciante para solucionar o problema, onde na ocasião este alegou por ser um produto do mostruário apresentaria defeito, recusando-se realizar a troca do produto. Foi acionado o PROCON, formalizando sua reclamação, mas não fora resolvida a lide optando pelo Poder Judiciário para tentar soluçona-la.

Diga-se de passagem, o consumidor exerceu direito potestativo – aquele que não se admite contestação – e, por conseguinte exigia a troca do aparelho. Na decisão o Relator citou o ensinamento do doutrinador Zelmo Denari, o qual se faz a honra de destaca-lo nesse trabalho.

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros.

Partindo-se desse conceito, um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete a sua prestabilidade ou servilidade. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de adequação do produto ou serviço.

Por outro lado, um produto ou serviço é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou serviço.

Ontologicamente, não há diferença entre os conceitos de defeito e vício de qualidade, pois ambos significam a qualificação de desvalor atribuída a um bem ou serviço. De resto, a julgar por diversos julgados do STJ, o pretendido descrime não tem sido acolhido em nossos tribunais. (DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª. ed., Forense Universitária, p. 183-184).

O produto teve comprometida sua prestabilidade ou servibilidade por não atender as necessidades do consumidor e em razão disso, valendo-se da tutela jurisdicional, o consumidor pôde ter reconhecido seu direito e provido em seu favor decisão que condenou tanto o fabricante quanto o comerciante. Destarte, por força do art. 18 do CDC, foi reconhecida a solidariedade do fabricante e do comerciante,

vez que o comprador do produto de marca renomada no mercado, mesmo sendo ela de mostruário, não esperava embaraço no uso e fruição por defeitos, mas visava que o produto atenderia suas necessidades pessoais. No momento, diante da pretensão resistida, o consumidor usando do direito potestativo, requereu nos moldes do art. 18, § 1º, I do CDC a substituição do produto em perfeitas condições de uso.

6.6 Do Prazo Legal para o Exercício do Direito e Controvérsias

Neste capítulo, cumpre-se expor o ponto de extrema relevância dentro da relação consumerista. Recai-se análise sobre o prazo legal para o exercício do direito, garantia legal e contratual e as controvérsias existentes a respeito do tema. Inicialmente se expõe:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

[...]

Consoante o art. 26 do CDC, os prazos são de trinta dias se tratando de produtos e serviços não duráveis (inc. I) e noventa dias se tratando de produtos ou serviços duráveis (inc. II). São prazos decadenciais e se não exercitados dentro do lapso legal, o direito do consumidor caduca. O termo inicial, por força do § 1º do mesmo artigo se inicia com a entrega efetiva do produto e caso seja serviço, será do termino de sua execução. Nota-se então que o Código preconizou critério da durabilidade para a fixação de tais prazos.

O *caput* do aludido artigo se refere ao direito de reclamar não tratando de direito subjetivo. A prova disso, se o direito de reclamar fosse um direito subjetivo

o consumidor não poderia ter atendida sua pretensão, pois não a exercitou no prazo estipulado pela lei. Entretanto não poderia se tratar de direito subjetivo, porque desde logo o consumidor o exerce, não podendo ser posto como um direito já morto, isto é, nas palavras da professora Claudia Lima Marques (2010, p. 592) – “Ora, se a decadência fosse efetivamente do direito de reclamar, este já teria sido usado, exercitado como direito; logo, não poderia morrer, decair, caducar, como se queira”.

Em verdade, a crítica a ser levantada é de que o legislador optou por um prazo de trinta ou noventa dias, dependendo da natureza do produto ou do serviço, que por sinal é prejudicial ao consumidor. Veja-se inicialmente, o prazo é curto e por muitas vezes não é capaz do consumidor exercer seu direito dentro deste lapso temporal legal por circunstâncias alheias a sua vontade. O tribunal de Justiça de São Paulo, conforme aponta a doutrina, foi o pioneiro em dizer que estes prazos prescricionais só começam a correr da data experimentação e não da tradição do produto ou da realização do serviço e pela máxima expressada pelo Ministro Relator Carlos Thompson Flores do STF, cita-se:

para prevalecer o Direito, acima da própria lei, é obra de jurisprudência, é trabalho dos Tribunais, verdadeiros legisladores no caso concreto, aos quais é atribuída hoje a função relevantíssima social, mais do que a mera função jurisdicional, na clássica concepção tríplice dos Poderes.

E mais, na parte do relatório do Recurso Extraordinário abaixo, diz o ministro:

Mas, em certas situações de fato, conforme a natureza da coisa ou do defeito que porte, não seria possível o exercício da ação dentro nesse prazo exíguo, se contato da tradição, não tanto pela exiguidade, mas pela impossibilidade da revelação do defeito embuçado dentro do referido prazo. Neste caso, se atendermos a lei na sua letra fria, estaríamos condenando a um abortamento inapelável o direito dos adquirentes, contra todos os princípios de direito e do bom senso. (RE, 76233 GO, rel. Min. Carlos Thompson Flores, segunda turma, j. 28/09/1973).

Daí a justificativa:

tais prazos seriam incompatíveis com as necessidades da vida atual, praticamente anulando o direito do comprador; logo, propugnava uma

interpretação adequada às exigências sociais e aos ditames da boa-fé (MARQUES, 2010, p. 593)

Com razão se funda este posicionamento, porque nos tempos atuais a sociedade se vê mudada pelo fato da explosão tecnológica, científica e principalmente o nascimento de novos direitos. A cada dia surgem novos desafios que devem ser superados, entretanto se a legislação não os acompanhar e permanecer estanque, não haverá o crescimento social e conseqüentemente não existiria sociedade porque *ubi societas ibi jus e ubi jus ibi societas*, ou seja, não existe sociedade sem direito e direito sem sociedade, ambos estão intimamente ligados. Com isso, pode-se dizer que o prazo disposto no CDC sofreria de certa forma relativização, pois conforme abordado seria prejudicial ao consumidor.

Conforme trata a lei, esse direito incorre em prazo decadencial e aponta o conhecimento de Marques (2010, p. 592) que “refere-se à decadência do direito de reclamar judicialmente, isto é, decadência do direito a satisfação contratual perfeita, obstada por um vício de inadequação do produto ou serviço”. Por conta disso, o consumidor poderia não ter atendida sua pretensão pela manifestação da inadequação do produto ocorrer fora do prazo dito legal.

O termo inicial para a contagem desse prazo estaria também sobre questão controversa, mas conforme diz o autor Ozéias J. Santos, permaneceria de acordo com os valores transmitidos pelo CDC, ou seja:

A data inicial para a contagem do prazo de reclamação também é controversa, mas coerente com o espírito do CDC, que dá ao juiz margem para interpretações favoráveis ao consumidor, cabendo, assim, ao magistrado determiná-la, de acordo com a natureza do produto ou serviço e visando sempre sua finalidade social (SANTOS, 2009, p. 361)

Então seria o caso do magistrado ter em mãos uma flexibilidade *in dubio pro* consumidor, podendo aplicar de acordo a conferir interpretações mais favoráveis ao consumidor por atenção ao princípio da vulnerabilidade, muito embora a própria lei trate de maneira específica em cada caso como é a do já mencionado art. 26 caput, especificadamente em seus incisos I e II.

Neste sentido Claudia Lima Marques também posiciona:

Mister destacar que a posição do CDC representa a acolhida de uma evolução jurisprudencial de lege ferenda, evolução esta que teve como base os fins sociais a que se destinam as normas jurídicas, como preleciona o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. (MARQUES, 2010, p.593)

Isto é, nada mais do que uma interpretação favorável ao consumidor diante de situações que lhe tragam certa desvantagem, mas ao se proceder pela forma mais favorável se estaria, enfim, atingindo o fruto de evolução jurisprudencial – a interpretação *pro* consumidor – e por isso então que a doutrina e a jurisprudência lecionam naqueles casos onde o hipossuficiente estaria, por exemplo, em conflito com o prazo do art. 26 caput e incisos para a reclamação de vício aparente do produto ou do serviço. Neste caso, não se aplicaria a disposição do § 1º do referido artigo – “inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou término da execução dos serviços” – mas sim a partir do momento da constatação do vício ou defeito – § 3º – pois o vício era oculto e por bem o legislador decidiu abordar como prazo inicial quando de sua evidência, conforme pode ser observado pelos julgados dos Egrégios Tribunais de Justiça abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. PRELIMINAR REJEITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FABRICANTE E DO FORNECEDOR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 18. SUBSTITUIÇÃO DO VEÍCULO. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. DANOS MORAIS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Inexistência de ofensa ao artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Caso em que as razões recursais enfrentam suficientemente a fundamentação lançada na sentença. Preliminar rejeitada. 2. A regra é que o prazo decadencial - em se tratando de vícios no fornecimento de produtos duráveis - é de 90 dias (inciso II, art. 26, CDC), sendo que, quando o caso envolver vícios ocultos, o prazo somente se iniciará a partir da data em que o vício for efetivamente constatado pelo consumidor (§3º do art. 26 do CDC). No caso dos autos, o veículo foi adquirido pela autora em 13.08.2005. Contudo, o marco inicial conta-se a partir da data em que o defeito se tornou efetivamente constatado a partir da última abertura da ordem de serviço requerida pelo autor, ou seja, em 09.06.2006 (fl. 29). 3. . Tendo em vista que no caso em questão incide a hipótese prevista no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante e o comerciante devem responder de forma solidária, uma vez que ambas as rés estão inseridas no conceito de "fornecedor" (artigo 3º, do CDC), conquanto a parte autora está inserida como "consumidora" do produto. 4. Resta clara a ilicitude e abusividade da conduta das demandadas, que venderam à autora veículo com vícios ocultos que a obrigaram a reiteradamente levá-lo para conserto, colocando, inclusive, em risco a segurança da consumidora. 5. Trata-se de hipótese de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação de sua extensão, sendo evidenciado pelas circunstâncias do fato. 6. Manutenção da indenização fixada pelo sentença, pois quantia que se mostra adequada ao caso e aos

parâmetros adotados por este colegiado. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSOS DESPROVIDOS. UNÂNIME.

(Apelação Cível 70048035364 RS, rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 18/07/2012). (grifo nosso)

CONSUMIDOR. ACIDENTE E CONSUMO. VÍCIO E FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO. CONSERTO E TROCA DE CAIXA DE CÂMBIO DE CAMINHÃO. VÍCIO OCULTO. PRAZO DECADENCIAL QUE SE CONTA DO MOMENTO EM QUE SE EVIDENCIAR O DEFEITO (CDC, ART. 26, § 3º). PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. OBSTÁCULO À DECADÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO PELO CONSUMIDOR. EFEITO RETROATIVO DA INTERRUÇÃO. ARTIGOS 219, §1º, E 220 DO CPC. SERVIÇO E TROCA DE PEÇA EFETUADO POSTERIORMENTE PELO CONSUMIDOR EM OUTRA EMPRESA MECÂNICA. PREJUÍZO RESULTANTE DA DIFERENÇA ENTRE OS ORÇAMENTOS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ. LUCROS CESSANTES. CAMINHONEIRO. PAGAMENTO PELA MÉDIA DE PREÇO DO FRETE PELOS DIAS PARADOS PARA A REALIZAÇÃO DO SEGUNDO CONSERTO. APURAÇÃO DO VALOR EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIBERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DO PREÇO PELO SERVIÇO DEFEITUOSO. EFEITO EQUIVALENTE À RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA (CDC, ARTIGO 18, II). APELO PROVIDO EM PARTE.

(Apelação Cível 70014963714 RS, rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 29/06/2006). (grifo nosso)

RECURSO APELAÇÃO BEM MÓVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AGRAVOS RETIDOS. 1. Agravo retido apresentado pela correquerida Vocal Comércio de Veículos Ltda. Reiteração. Conhecimento. Legitimidade ativa 'ad causam'. Reconhecimento. Ademais, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se apenas no momento em que evidenciado o defeito no produto. Exegese do artigo 26, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Agravo retido apresentado pela correquerida Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda. Reiteração. Conhecimento. Requerida que foi intimada da diligência realizada pelo perito por meio de e-mail. Regularidade. Nulidade da perícia. Inocorrência. Agravos retidos não providos. RECURSO APELAÇÃO BEM MÓVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. 1. Cerceamento de defesa. Não configuração. Existência de elementos de instrução suficientes para solução da controvérsia. Preliminar afastada. 2. Compra e venda de amortecedores. Relação de consumo configurada. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. 3. Responsabilidade civil por vício do produto. Obrigação solidária dos fornecedores de indenizar o adquirente pelos prejuízos suportados. Inversão dos ônus da prova. Incumbia às requeridas provar a eficiência e boas condições de uso dos amortecedores comercializados ao autor. O fato dos amortecedores terem sido retidos indevidamente pela empresa que os vendeu, fez com a perícia fosse feita em amortecedores semelhantes, não exatamente aqueles que apresentavam defeito. Com isso, invertido o ônus probante, não produzida a prova por parte das demandadas, respondem elas por essa conduta, e mais, pela indenização alvitrada. 4. Dano moral. Configuração. Indenização devida. Sentença que arbitrou quantia em conformidade com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sobretudo diante do constrangimento e dor imputados ao autor por ilícito praticado por umas das requeridas. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença mantida. Recursos não providos.

(Apelação Cível 0650453-44.2000.8.26.0100, rel. Des. Guilherme Ferreira da Cruz, j. 19/09/2012).

Observa-se também no § 2º, inciso I, o seguinte:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

[...]

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

[...]

Em resposta, apresenta a doutrinadora Claudia Lima Marques:

Especialmente a reclamação perante o fornecedor tem sido muito usada pelos consumidores, o que é positivo, pois coaduna-se com o espírito de cooperação de boa-fé do CDC e permite ao fornecedor uma chance para reparar o descumprimento contratual. (MARQUES, 2002, p. 1016).

Sem dúvidas o CDC busca o equilíbrio entre as partes da relação jurídica e dessa forma propicia que o fornecedor possa a ter uma oportunidade para reparar o descumprimento contratual. No entanto, explica Paulo Luiz Netto Lôbo (1996, p. 99) – “a reclamação não é ato interruptivo, de cuja data recomeça a contagem do prazo preclusivo. É o próprio exercício da pretensão, no plano extrajudicial, antes da ação processual”. Tal justificativa se funda em extinguir o prazo já iniciado, sendo ele pela tradição ou constatação do vício ou defeito e ainda impede a preclusão do prazo para ajuizamento da demanda reparatória até que sobrevenha a resposta negativa do fornecedor. “A partir da resposta do fornecedor, inicia propriamente o prazo”. (LÔBO, 1996, p. 99).

Inegavelmente então, a lei tratou em seu art. 26 da decadência do direito de reclamar caso o produto ou o serviço apresentar vício aparente ou de fácil constatação e ainda que ele seja oculto, começará a contagem no momento de sua evidencia. Contudo no artigo seguinte, o art. 27, pode-se perceber que a lei deu

tratativa diferente, optou por conferir prazo prescricional quando experimentado pelo consumidor um dano.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado).

Como apresentado pelo autor Paulo Luiz Netto Lôbo, o prazo prescricional começaria a correr a partir do momento da resposta do fornecedor perante a reclamação formalizada pelo consumidor nos prazos elencados em lei e em verdade se tem dois prazos nos quais deve ser observado o momento para manifestação da pretensão. Aliás, o próprio art. 27 do CDC in fine diz – “... iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. Percebe-se então que deve existir uma cumulação para que o prazo se inicie e a simples constatação do dano não autorizaria o ajuizamento de demanda. De acordo com a lei, para que seja possível o exercício da pretensão, primeiramente o consumidor deverá buscar a identificação do fabricante e com a constatação do dano, poderá exercitar seu direito no prazo de cinco anos. Orienta Cláudia Lima Marques:

A jurisprudência também atuou para considerar muito sabiamente que diversos pedidos referentes ao defeito do produto e serviço, mesmo que conectados a contratos – mas abrindo a possibilidade de danos morais – sejam tratados pelo art. 27 do CDC. E ainda esclareceu que o art. 26 do CDC restringe-se ao inadimplemento parcial, sendo o art. 27 do CDC o prazo em caso de inadimplemento total, pois há apenas a possibilidade de indenização pelos danos materiais e morais. (MARQUES, 2010, p. 607)

A jurisprudência entende que o prazo de cinco anos apresentado pelo CDC não é absoluto, pois da combinação do art. 7º com o art. 27, ter-se-ia uma apresentação favorável ao consumidor, ou seja, seria considerado o prazo de dez anos conforme o art. 205 do CC, dependendo de cada caso em concreto. Nota-se então:

Art. 7º, CDC. 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.

Art. 205, CC. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Para melhor evidência, observa-se o julgado abaixo

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido.

(Resp 731.078 SP, rel. Min. Castro Filho, j. 18/05/2010) (grifo nosso).

Neste julgado, o STJ entendeu pela aplicação do prazo mais favorável ao consumidor, porquanto sua pretensão se fundava na reparação pelos danos causados por erro médico. Necessitou ser evidenciada a comprovação de culpa, portanto responsabilidade civil subjetiva, na qual implicaria no prazo estabelecido pelo art. 206, § 3º, inciso V do CC – três anos. Contudo, o STJ, de acordo com a lei 8.078/90, entendeu se tratar de direito do consumidor, aplicando o prazo quinquenal por ser mais benéfico – art. 27 do CDC.

Portanto esta posição sustentada, inclusive pela doutrina consumerista, pode ocorrer nos casos em que o consumidor descobre o vício ou defeito no produto mais de cinco depois de sua aquisição e não estaria acobertado pelo manto de proteção do CDC e como bem dispôs o art. 7º - “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes... da legislação interna ordinária” e com esse permissivo é válido se falar que no CDC é aplicável o prazo dos arts. 205 ou 206 do CC por analogia. Ressalta-se ser necessária a análise de caso concreto. Veja-

se abaixo o exemplo extraído da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

DECISÃO: ACORDAM OS MAGISTRADOS INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. EMENTA: COMARCA DE MARINGÁ 4ª VARA CÍVEL APELANTE: AGUINES DE LIMA APELADOS: ATLANTA VEÍCULOS LTDA, ARAVEL - ARAPONGAS VEÍCULOS LTDA e JORGE ESPADA MEDINA RELATOR: DES. JURANDYR REIS JÚNIOR REVISOR: DES. ARQUELAU ARAÚJO RIBAS APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEÍCULO SINISTRADO (RECUPERADO). 1. DECADÊNCIA. CDC. PRAZO INAPLICÁVEL. 2. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. CDC. NÃO INCIDÊNCIA. PRAZO REGULADO PELO CÓDIGO CIVIL. 1. O prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 26, II, do CDC é inaplicável à pretensão de reparação civil, uma vez que ele esta relacionado apenas ao exercício de direito potestativo previsto no arts. 18, § 1º e 20, do CDC. 2. A prescrição quinquenal prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor possui incidência restrita à responsabilização pelo fato do produto ou do serviço, ou seja, à reparação civil em que há o chamado "acidente de consumo", inexistente no caso em espécie. Logo, ante a inexistência de prazo prescricional específico na legislação consumerista, deve ser aplicado o trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil por se tratar de pretensão de reparação civil. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível 885821-9 PR, rel. Des. Jurandyr Reis Junior, j. 23/08/2012).
(grifo nosso)

Confirmou-se pela apresentação do respeitoso Acórdão que os prazos do CDC são passíveis de relativização, desde que os argumentos trazidos nos autos sejam capazes de evidenciar a existência de benefício ou prejuízo ao consumidor, onde em tal ditame, o magistrado poderá flexibilizar as regras dispostas no CDC para atender ao princípio de vulnerabilidade do consumidor.

Por outro lado há quem entenda que o prazo prescricional é de cinco anos apenas, não cabendo analogia. Por este instituto, sua eficácia só ocorreria nos casos em que a própria lei não previu disposição para determinado caso concreto, autorizando ao intérprete a suprimir este vazio. Porém não foi o que ocorreu, porque nele (art. 27 do CDC) o legislador deixou clara a pretensão fixando prazo de cinco anos para o ajuizamento de ação, visando reparação dos danos.

Outro argumento trazido, pelos defensores desse prazo é que trata o CDC de lei especial não podendo ser aplicado o disposto em lei geral. Ora, se já fora

disposto de maneira específica a proteção dos direitos do consumidor, sendo esta mais benéfica e equilibrado, qual a razão que assistiria possibilitar o julgador optar pelo prazo maior do que trata a lei? Ou melhor, se já fora regulado o prazo de cinco anos no art. 27 do CDC para o ingresso em juízo para reparação dos danos causados pelo fato do produto ou do serviço, qual o poder que o julgador tem em mãos para modificar esta tratativa legal?

Em primeiro lugar diz o art. 205 do CC – “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” – isto é, se não tivesse a lei fixado prazo, por analogia poderia ser considerado o prazo de dez anos, conforme diz o referido artigo do CC ou naquelas hipóteses trazidas nos parágrafos do art. 206 do mesmo diploma legal, por força do art. 7º do CDC. Porém, a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral por ser também dirigida a grupo determinado de pessoas, mas isso não quer dizer que há revogação da lei geral pela lei especial. Em verdade, se assim dispôs o legislador, sustenta esta corrente que deve assim ser consoante os estudos da Teoria Geral do Direito.

Desta maneira, invocando o princípio da especialidade, o professor Sérgio Cavalieri ilustra:

Em nosso entender, o prazo prescricional de três anos estabelecido no Código Civil em nada afeta o prazo prescricional previsto no Código do Consumidor, Este Código, como já vimos, é lei especial em relação ao Código Civil, e pelo princípio da especialidade a lei geral não derroga a especial, Logo, continua sendo de cinco anos a prescrição pelo fato do produto ou serviço (acidente de consumo), conforme art. 27 do CDC. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 489)

Fato curioso trazido pelo ilustre doutrinador em sua obra é que na época, quando o CDC fixou o prazo de cinco anos, estava em vigor o antigo Código Civil de 1916 e nele estava disposto o prazo prescricional de vinte anos. O questionamento insurgido naquele tempo era “como poderia um Código protetivo reduzir drasticamente o prazo prescricional do consumidor?” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 488). Veja-se então o comparativo abaixo. Primeiramente tem-se o art. 177 do CC de 1916 em sua redação original:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas. (grifo nosso)

Logo após, em 1955, a Lei nº 2.437 deu-lhe nova redação, em que passara a conferir:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas. (grifo nosso)

Diz ainda o citado doutrinador que ocorreu de julgados admitirem as hipóteses trazidas tanto pelo CC como do CDC, isto é, em determinados casos se aplicaria para responsabilidade civil objetiva os cinco anos tratados pelo CDC e para a responsabilidade civil subjetiva os vinte anos consoante art. 177 do CC. E ainda ilustra com o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EM VIRTUDE DE ACIDENTE OCORRIDO COM PASSAGEIRA DE ONIBUS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL E NÃO DO ART. 27 DO CDC.

1. A hipótese retratada nos autos, acidente com passageira de transporte coletivo, não diz com vício ou defeito de segurança do serviço. Não há como se possa enquadrar a imperícia, imprudência ou negligência do preposto da recorrida, fundamento da ação reparatória, nesse contexto.
2. A responsabilidade do transportador é contratual e o direito que se persegue é de natureza pessoal, redigido, portanto, pela norma do art. 177 do Código Civil, não se aplicando o artigo 27 do CDC.
3. Recurso conhecido em parte e provido, para afastar o decreto de prescrição.

(REsp. 234725 RJ 1999/0093719-8, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 18/02/2001).

Na mesma sustentação dessa corrente, o professo Silvio de Salvo Venosa ensina:

A ação de indenização pelos danos materiais e morais, decorrentes de acidente de consumo, danos causados pelo (fato do) produto ou pelo (do) serviço (arts. 12 a 14), prescreve em cinco anos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27). Nessa hipótese, cuida-se de prescrição da ação, obedecendo-se o princípio da *actio nata*. (VENOSA, 2010, p. 288)

Por este princípio é contemplado que os prazos só começam a correr a partir do momento que o prejudicado, titular do direito violado, toma conhecimento do dano, extensão e as suas consequências.

Nesse mesmo raciocínio, contempla-se Arthur Luis Mendonça Rollo (2011, p. 114) deixando claro que – “O prazo de cinco anos para a propositura da ação, no caso de defeito, passa a fluir a partir da descoberta do dano e da sua autoria”.

Afirma ainda os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Consumando-se o acidente, estabelece o CDC, em seu art. 27, que o prazo para o ajuizamento da pretensão reparatória de responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço é de cinco anos, iniciando-se a contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Vale registrar que, como se trata de norma especial, prevalece mesmo diante da nova regra geral de prescrição das pretensões de reparação civil, constante do art. 206, § 3º, V do CC-02, que estabelece o prazo de três anos. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010, p. 318)

Os Tribunais também manifestaram seu entendimento, conforme Acórdão abaixo emana tal inteligência.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO NO CASO CONCRETO.

I - Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada apelação inicial no art. 27 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

II - Tratamento do caso como "danos causados por fato do produto ou do serviço prestado" (CDC, art. 27).

III - Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil.

IV - Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico. Recurso especial provido.

(REsp 782433 MG 2005/0154850-7 rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/09/2008). (grifo nosso)

Pode-se contemplar que o Egrégio Tribunal julgou embasando sua decisão na impossibilidade de se aplicar o art. 7º do CDC, pois nele é tratado que os direitos previstos no *codex* não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais, bem como a da legislação interna ordinária. No caso, como demonstrado o entendimento desta segunda corrente, o CDC já previu o prazo de cinco anos, o qual foi aplicado ao julgado acima, afastando a incidência do Código Civil.

Portanto, seguindo o raciocínio desta corrente, em se tratando de lei especial, sabiamente o legislador tratou do prazo fixado em cinco anos e se fosse estendido pela analogia a inteligência do art. 27 do CDC, gerar-se-ia uma insegurança jurídica, porque o legislador prezou pelo equilíbrio das partes na relação de consumo e em contrario senso o consumidor teria mais vantagens em relação ao fabricante ou ao fornecedor se pelo prazo do art. 205 do CC assim fosse aplicado, ou teria ele prejuízo ao se considerar o prazo do três anos do art. 206, 3º, V do mesmo diploma legal. Diga-se, entretanto, o aparecimento da figura do hipossuficiente se transformando em hipersuficiente. Conclui-se então, não existir lacuna a ser preenchida por analogia.

7 CONCLUSÕES

Pelo exposto no presente trabalho científico foi possível chegar às conclusões que abaixo se seguem.

O fruto social da evolução cravada na busca da regulamentação dos direitos pode ser contemplado unicamente pelo fato da sociedade se encontrar existente nos tempos atuais. Deveras importância deve ser levado em consideração a atuação do Direito e a busca da pacificação social para que o homem pudesse estar hoje vivendo e não sobrevivendo em sociedade.

Com exclusividade, a regra predominante de uma primária sociedade era a máxima consagrada “olho por olho e dente por dente” e fundamentada na retaliação. Pode-se dizer que, pelos estudos, unicamente prevalecia um rústico Direito Penal de forma abrupta na tentativa de regular a convivência, o qual era embasado em penas distorcidas e em desconformidade com a relevância do ato praticado. Com isso, grupos insurgiram de forma a resistir aos primeiros pela maneira imposta, acreditando serem outros ideais aqueles que poderiam ser a base do seu desenvolvimento.

Outrora, chamados de tiranos, os governantes contemplados pela história puderam alavancar o projeto de desenvolvimento da ciência jurídica apoiada na flagrante e imensurável relevância moldada aos padrões da época, os quais eram o déficit social. Por conta disso, o homem se fundamentou na busca da certeza e coerência para que fosse aplicado de maneira mais justa àqueles transigentes da norma e necessário também foi a criação de um sistema jurídico capaz de comportar tamanha grandeza diante do clamor das mudanças.

Não obstante, a prática jurídica levou a filosofia da crença de ser mudado a partir de normas mais coesas dotadas de certeza para aplicabilidade e de justiça, onde o Estado, antes despreocupado com o povo, não interferia na vida social, porém vivia a suas custas inegavelmente. Diante desta premissa, observada a necessária formulação de regras que pudessem ser capazes de dirimir conflitos e outros problemas que pudessem surgir, o Estado finalmente pode notar que não era possível mais suportar o passar do tempo com tanto arredo e em face disso, obrigatoriamente, se pôs a criação de normas regulamentadoras.

Não se pode negar a tamanha contribuição do Direito Romano, inclusive o Francês onde sua Escola Jurídica pode difundir os conhecimentos que hoje se trata em quase todos os ordenamentos jurídicos existentes no mundo, enraizada na ótica profunda de análise da conduta humana. O douto conhecimento destes contribuintes foi relevante no momento que, observada necessidade social, souberam, inclusive, adequar através do entendimento de seus tribunais, a criação das primeiras jurisprudências, casos contemplados de maneira genérica ou muitas vezes lacunas legais.

Difundindo-se cada vez mais na linha do tempo, o estudo da conduta humana é de certa forma complexa, pois há de serem analisados os aspectos psicológicos que levaram ao resultado. A ideia da culpa, não existente antes na orla da responsabilidade, foi trazida a tona porquanto havia necessidade de se apurar com maior clareza as razões da conduta pra que fosse imposta uma justa apuração. Então a Ciência Jurídica se dedicou incessantemente a buscar fundamentações para sustentação do fato do ser humano praticar determinada conduta e esta provocar dano a outrem ser dotada de subjetivismo. Nisso surge, aliada a conduta humana, a culpa a ser compreendida no âmbito genérico, englobando também a questão do dolo, isto é, deve ser entendido como culpa lato sensu.

A responsabilidade civil não pode ser interpretada de forma fechada em cada caso que tiver a existência de uma pretensão resistida caracterizada por um dano patrimonial ou intrínseco. Deve, porém, ser aplicada de acordo com a análise e apuração dos elementos que a compõe, pois há pretensão de ser evitado qualquer tipo de disparidade legal, como por exemplo, nos casos em que há danos emergentes em conjunto aos lucros cessantes.

No entanto, apenas a contemplação de um sistema jurídico considerado moderno e eficaz não foi suficiente quando o assunto a ser tratado era as relações de consumo. De forma específica elas não podem ser consideradas como um contrato comum de compra e venda, por exemplo, que é simplesmente regulado pelo CC e em caso de eventual prejuízo, recorrer-se-ia as regras dos arts. 186 e 927 e seguintes.

Na relação de consumo, há disparidade na posição assumida entre fabricante e consumidor, onde um possui mais vantagens em relação ao outro. Por conta do domínio de técnicas, ciências e litigância habitual, o fabricante tem mais

preparo do que o consumidor, sendo que este não domina técnica ou ciência alguma.

Diante desta necessidade, observou-se que esta relação deveria ser tratada de forma específica no ordenamento jurídico em vista ao desequilíbrio instalado naturalmente entre as partes. Ora, se anteriormente o homem tinha suas em suas mãos tudo o que precisava, como as técnicas passadas de geração em geração e sabia com grande excelência da origem das coisas que por ele eram usadas, não se afasta o mérito de ser contemplado, através de uma Lei Especial, a defesa de seus direitos, a partir do momento que a sociedade passou a ser praticamente exclusiva da zona urbana, visando a busca de enriquecimento, não se dedicando mais a prática laboral do campo, dependendo exclusivamente do fornecimento de produtos ou também de serviços que satisfaçam suas necessidades.

Em vista da satisfação de suas necessidades pessoais, o ordenamento jurídico brasileiro cria uma de suas obras primas, consideradas por muitos doutrinadores a excelência das leis, através da qual se pode ter criado um minissistema jurídico dotado de regras próprias capazes de regulamentar a relação de consumo. Primeiramente esta lei, dotada de princípios, destacou um considerado importante – o princípio do equilíbrio – no qual coloca os sujeitos da relação no mesmo patamar e poderá ser tratar eventuais prejuízos em atenção ao critério de igualdade.

A satisfação das necessidades pode ser obstada por problemas decorrentes no que é colocado no mercado de consumo pelo fabricante seja ele produto ou serviço, pelos quais o consumidor poderá sofrer tanto pelo vício ou defeito, sendo este último mais grave. Diz a lei que o fabricante é responsável objetivamente pelos danos causados aos consumidores decorrentes de seus produtos e nesse ponto se observa que o defeito é aquele vai além da esfera do próprio produto caracterizado como vício. Aqui o defeito é disposto como aquele que fere a esfera de interesses pessoas do consumidor propriamente dita, denominado de fato do produto.

Contudo, o CDC prevê em seus arts. 26 e 27 prazos para ter atendido o direito do consumidor. De acordo com a disposição do art. 26, os prazos são de trinta dias ou noventa dias dependendo da natureza do produto, adotados pelo

Código de acordo com sua durabilidade, isto é, para os produtos não duráveis o prazo é de trinta dias e para os produtos duráveis o prazo é de noventa dias, são decadenciais, incorrendo também nesse ditame aqueles defeitos que não puderam ser evidenciados facilmente por se tratar de um vício oculto, porém o prazo começará a fluir a partir da constatação do vício.

Cuidando-se a respeito do fato, recai-se sobre o tema discussão doutrinária e jurisprudencial tangente ao prazo para se ingressar em juízo e requerer a reparação do prejuízo. Sem dúvidas, há um grande esforço da doutrina em parte, em considerar o prazo do art. 27 do CDC aplicável a analogia ao art. 205 do CC, sob a alegação da Lei 8.078/90 não tratar do tema especificamente deixando uma lacuna. A cerca disso, os defensores desta corrente se fundam que o entendimento do art. 7º do CDC dispõe não excluir os direitos previstos em tratados e convenções internacionais, bem como a legislação ordinária e por isso, em benefício ao consumidor, parte considerada pela Lei como hipossuficiente, assistir-lhe-ia o prazo de dez anos trato no art. 205 do CC.

Ao revés, o entendimento da outra corrente é baseado no princípio da especialidade da norma, isto é, pelos estudos de Teoria Geral do Direito, a Lei Especial não derroga Lei Geral e vice-versa, ou seja, se já fora tratado especificamente esta relação jurídica, por ela deve ser regulada, uma vez que o legislador em atenção aos princípios da Lei e especialmente ao princípio do equilíbrio deve ser atendido o prazo disposto no art. 27 do CDC, o qual diz que a ação de reparação de danos causados pelo fato do produto prescreve em cinco anos, não fazendo sentido se usar da analogia para preenchimento de lacuna legal. *Ubi societas ibi jus e ubi jus ibi societas.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/>>.

ALEMANHA. Código Civil (18 de agosto de 1896). Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_\(em_alemao\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_alemao).pdf)>.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 782433 MG 2005/0154850-7. Min. Nancy Andrighi: Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2045501/recurso-especial-resp-782433-mg-2005-0154850-7-stj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível**. 29657 RJ 2009.001.29657. Des. Carlos Eduardo Passos: Rio de Janeiro, 10 de junho de 2009. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4281308/apelacao-apl-29657-rj-200900129657-tjrj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**. 70047722376 RS. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana: Rio Grande do Sul, 03 de maio de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21718880/apelacao-civil-ac-70047722376-rs-tjrs/inteiro-teor>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**. 70048035364 RG. Min. Iris Helena Medeiros Nogueira: Rio Grande do Sul, 18 de julho de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21969615/apelacao-civil-ac-70048035364-rs-tjrs/inteiro-teor>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível**. 858219 PR. Des. Jurandyr reis Junior: Paraná, 23 de agosto de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22354958/8858219-pr-885821-9-acordao-tjpr>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. 139614 2007.8.26.0019 SP. Des. Artur Marques: São Paulo, 30 de julho de 2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22219491/apelacao-apl-13961420078260019-sp-0001396-1420078260019-tjsp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. 0160359-74.2007.8.26.0002 SP. Des. José Aparício Coelho Prado Neto: São Paulo, 11 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22372486/apelacao-apl-1603597420078260002-sp-0160359-7420078260002-tjsp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. 0016475-79.2010.8.26.0002 SP. Des. Paulo Ayrosa: São Paulo, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22413823/apelacao-apl-164757920108260002-sp-0016475-7920108260002-tjsp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**. 70014963714/2006 RS. Des. Paulo Antônio Kretzmann: Rio Grande do Sul, 29 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70014963714&tb=jurisnova&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requirerfields=&as_q=>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. 0650453-44.2000.8.26.0100 SP. Des. Marcondes D'Angelo: São Paulo, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=E6B74A29A077125AD53B7421F4C36D2D?cdAcordao=6205514&vIcAptcha=bpvjK>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 234725 RJ 1999/0093719-8. Min. Waldemar Zveiter: Brasília, 18 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305031/recurso-especial-resp-234725-rj-1999-0093719-8-stj>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 731078 SP 2005/0036043-2. Min. Castro Filho: Brasília, 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/56865/recurso-especial-resp-731078-sp-2005-0036043-2-stj>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 1190180 SP 2010/0068537-8. Min. Luis Felipe Salomão: Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-367399078>>. Acesso em: 10 agos. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. **Código Civil – Lei 10.406/02**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. **Código Civil – Lei 3.071/16**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei 5.0869/73**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

BRASIL. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/40**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

BRASIL. **Lei 6.899/81**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6899.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0341.htm>. Acesso em 10 de ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 562**. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0562.htm>. Acesso em 10 de ago. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21ª ed. rev., e aum. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o Princípio de Igualdade entre Crime e Punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, Pernambuco, nº10, 2009. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/revista%20completa%20-%20revisada.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11ª ed., rev. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2009. 1042 p.

FRANÇA. Código Napoleônico (21 de março de 1804). Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_(em_frances).pdf)>.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Disponível em:<<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

OMISSÃO. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

VÍCIO. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 8ª ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 5.

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

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade Civil: evolução e apanhado histórico. a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto**. Disponível em:<
<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

NEXO. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

NORRIS, Roberto. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2011.

RESPONSABILIDADE. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Ozéias J. **Prática Forense e Administrativa do Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Vale do Mogi, 2009.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de Souza. **Qual a Diferença entre o Dano Indireto e o Dano em Ricochete?**. Disponível em:
<<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2651472/qual-a-diferenca-entre-o-dano-indireto-e-dano-em-ricochete-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. **Revista Jurídica**. Rio de Janeiro, jun. 2002, Seção Doutrina Civil.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.