



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MILENA OLIVEIRA DE FARIA

**O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR:
(IR)RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR**

Salvador
2015

MILENA OLIVEIRA DE FARIA

**O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR:
(IR)RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Luciano Lima Figueiredo

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MILENA OLIVEIRA DE FARIA

O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: (IR)RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica de enquadramento da perda do tempo livre do consumidor enquanto dano indenizável, bem como identificar a natureza do denominado "dano temporal". Para tanto, aplica-se o método dedutivo, realizando-se uma pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial sobre o tema. Primeiramente, faz-se uma investigação histórica acerca da evolução da tutela consumerista, destacando-se os contornos da sociedade de consumo a partir das evoluções sociais que acentuaram a vulnerabilidade do consumidor diante do mercado, o que resultou no surgimento do Código de Defesa do Consumidor no Direito pátrio, a partir de um fundamento constitucional. Nesse contexto, aborda-se a relação consumerista e seus elementos, discorrendo ainda sobre os princípios gerais que a regem e, no âmbito desse microsistema de proteção ao consumidor, os direitos básicos que lhe são assegurados e a vedação às práticas abusivas por parte dos fornecedores. Em seguida, aborda-se o instituto da responsabilidade civil, cotejando-se suas funções e tecendo-se considerações acerca dos pressupostos para a sua caracterização. Nesse sentido, distingue-se o dano moral de seu gênero, o dano extrapatrimonial, discutindo-se ainda o papel da culpa enquanto elemento geral da responsabilidade civil e como se deu a evolução desse instituto, com o advento da responsabilidade objetiva, que conta, hoje, com a teoria do risco como um de seus maiores expoentes. Ainda nessa seara, com ênfase num perfil funcional da responsabilidade civil, identifica-se a existência de novos danos, que se acumulam na sociedade contemporânea. Discute-se, então, a possibilidade jurídica e relevância do "dano temporal" diante da usurpação indevida do tempo útil do consumidor, decorrente da má prestação de serviço do fornecedor no mercado de consumo e consequente desídia no tratamento com o vulnerável dessa relação. A partir de uma análise principiológica do microsistema de direito consumerista e da tutela do tempo enquanto bem jurídico, verifica-se a possibilidade jurídica da responsabilização civil do fornecedor pela perda de tempo útil do consumidor, bem como o seu reconhecimento nos Tribunais pátrios e a natureza deste "dano temporal". Por fim, são tecidas considerações acerca da importância dessa tutela em prol do sujeito consumidor.

Palavras-chave: sociedade de consumo; Código de Defesa do Consumidor; responsabilidade civil; desvio produtivo do consumidor; dano temporal; dano moral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
Min.	Ministro(a)
ONU	Organização das Nações Unidas
PROCON	Proteção e Defesa do Consumidor
SAC	Serviço de Atendimento ao Consumidor
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DO DIREITO DO CONSUMIDOR: ALGUMAS NOTAS PERTINENTES	11
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
2.1.1 Da evolução da tutela consumerista	12
2.1.2 Do fundamento constitucional da tutela consumerista	20
2.1.3 Da relação de consumo	23
2.1.3.1 Do conceito de consumidor	23
2.1.3.2 Do conceito de fornecedor	27
2.2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONSUMO	28
2.3 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	39
2.4 DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA PRÁTICAS ABUSIVAS	48
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	51
3.1 CONCEITO E FUNÇÕES DO INSTITUTO	51
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE	59
3.2.1 Da conduta humana	64
3.2.2 Do dano	66
3.2.3 Do nexo de causalidade	73
3.2.3.1 Excludentes de responsabilidade	77
3.2.4 Da culpa enquanto elemento accidental	82
3.3 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO: DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA PARA A OBJETIVA	84
3.4 DOS NOVOS DANOS: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DANO INDENIZÁVEL	90
4 DO DANO TEMPORAL: DA USURPAÇÃO DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR	96
4.1 DO TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO	96
4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	101
4.2.1 Do fato do produto ou serviço	104
4.2.2 Do vício do produto ou serviço	110
4.2.3 Excludentes de responsabilidade	116

4.3 DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR	118
4.3.1 Do tratamento jurisprudencial da matéria	127
4.4 DA IMPORTÂNCIA DA TUTELA DO DANO TEMPORAL EM PROL DO CONSUMIDOR	134
5 CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

Com o agigantamento do consumo na sociedade moderna, fenômeno desencadeado pela Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, e intensificado pela Revolução Tecnológica e posterior Globalização, fez-se necessária a intervenção jurídico-estatal para tutelar a relação consumerista, garantindo ao consumidor, parte vulnerável da relação, especial proteção.

A nova estrutura social que se desenhava desencadeou uma série de problemas, que o ordenamento jurídico veio tentar solucionar a partir de uma tutela mais específica e efetiva para o consumidor. O fornecedor ocupa posição privilegiada na relação consumerista, seja por seu domínio técnico sobre o produto ou serviço oferecido ou ainda pelo maior poder econômico e social que normalmente detém, fazendo-se necessária uma força jurídica de equilíbrio entre esses polos.

O direito privado clássico não foi suficiente para regular as situações que se apresentavam, pois fundado na máxima da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, decorrente de uma presunção de igualdade de forças entre as partes, o que não servia ao propósito de tutela consumerista. O Estado, então, começa a sair de uma postura puramente liberal para intervir no mercado de consumo.

Assim, em 1988, a Constituição Federal outorgou à defesa do consumidor status de direito fundamental, ao determinar expressamente no art. 5º, XXXII que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, fazendo surgir, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Ao trazer tal determinação, a Carta Magna retrata, implicitamente, a fragilidade do consumidor na relação jurídica em que se insere. A constitucionalização do direito do consumidor e sua elevação ao patamar de direito fundamental são mecanismos de equalização de uma relação jurídica concretamente desigual.

O Código de Direito do Consumidor, inserido no microssistema de proteção ao sujeito vulnerável, positiva diversas ferramentas de tutela ao consumidor, com destaque para a criação de um sistema principiológico, a instituição de direitos básicos de instrumentalização das relações de consumo e a vedação a práticas abusivas perpetradas pelo fornecedor, bem como sua responsabilização decorrente de quaisquer vícios ou defeitos existentes nos produtos e serviços por ele ofertados

no mercado.

O Diploma Consumerista atribui responsabilidade ao fornecedor pelos danos causados ao consumidor, prevendo, inclusive, o direito básico deste à efetiva reparação de danos patrimoniais e morais. E, partindo dessa responsabilidade, delineiam-se as premissas do presente trabalho.

Isto porque, a despeito desse sistema tão bem arquitetado em prol da defesa do consumidor, a realidade vivenciada no mercado do consumo é de completo desrespeito ao sujeito vulnerável, que é diariamente obrigado a tolerar a péssima qualidade do serviço que lhe é prestado ou produto que lhe é fornecido por parte daquele que deveria lhe amparar. Afinal, apesar de se concentrarem em polos opostos da relação jurídica apresentada, consumidor e fornecedor se interligam simbioticamente, numa relação de interdependência e complementariedade em função da própria lógica de oferta e procura da sociedade capitalista.

A massificação do consumo trouxe uma série de contrariedades ao consumidor na tentativa de solucionar os problemas decorrentes da relação de mercado. São cada vez mais comuns situações como: enfrentar filas intermináveis em estabelecimentos nos quais, dos dez guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público; telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor de uma empresa, repetindo sempre a mesma história, tentando incessantemente cancelar um serviço ou uma cobrança indevida, passando horas ou até mesmo dias até solucionar o problema; esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico, que ocorre apenas horas após o horário marcado.

À revelia da lógica consumerista, o sujeito vulnerável da relação é ainda obrigado a conceder demasiada parcela de seu tempo na tentativa, muitas vezes infrutífera, de solucionar problemas a que sequer deu causa. E isso lhe gera um dano. Pois o tempo é irrecuperável. Trata-se de bem primordial para a vida de cada um, não permitindo desperdícios, tampouco ser objeto de usurpação ilegítima por parte do fornecedor.

O tempo não encontra tutela jurídica adequada à importância que lhe é intrínseca. O ordenamento jurídico brasileiro não o tutela expressamente enquanto bem jurídico autônomo, apenas enquanto instrumento necessário à manutenção de sua estrutura. Todavia, apesar de fundamentalmente intangível, inquestionável é a sua expressão

econômica e relevância. Sendo assim, não há como negar sua importância enquanto instituto componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Afinal, o tempo é a expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano.

Nesse contexto, surgiu a teoria do “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, simplesmente, “desvio produtivo do consumidor”, desenvolvida pelo doutrinador Marcos Dessaune¹, construção que se fez necessária diante dos insistentes abusos perpetrados contra o consumidor brasileiro, que se vê vilipendiado em seus direitos mais básicos ao ingressar no mercado. A referida teoria propõe a responsabilização do fornecedor pelo desperdício do tempo útil do consumidor, decorrente da oferta de um produto ou serviço de má qualidade ou, ainda, da prática de conduta abusiva contra o mesmo.

Diante deste cenário, a monografia que se deslindará será dedicada à solução do seguinte tema-problema: a perda do tempo livre do consumidor representa de fato um dano indenizável apto a responsabilizar civilmente o fornecedor?

Busca-se analisar se o instituto da responsabilidade civil, a partir de sua evolução, permite a compreensão do tempo enquanto bem jurídico tutelável e, conseqüentemente, sua usurpação indevida enquanto dano indenizável. No presente trabalho, analisar-se-á a possibilidade jurídica de enquadramento da responsabilização do fornecedor pelo “dano temporal” ocasionado ao consumidor, bem como o enquadramento deste novo dano na responsabilidade civil, verificando se existiria um dano temporal autônomo ou se ele corresponderia a mais uma expressão de dano moral ao consumidor.

Para tanto, o presente trabalho se dividirá em três capítulos. No primeiro capítulo de desenvolvimento, “Do Direito do Consumidor: Algumas Notas Pertinentes”, se fará uma investigação histórica acerca da evolução da tutela consumerista, destacando-se os contornos da sociedade de consumo a partir das evoluções sociais que acentuaram a vulnerabilidade do consumidor diante do mercado, o que resultou no surgimento do Código de Defesa do Consumidor no Direito pátrio, a partir de um fundamento constitucional. Nesse contexto, a relação consumerista e seus

¹ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

elementos serão abordados, discorrendo-se ainda sobre os princípios gerais que a regem e, no âmbito desse microssistema de proteção ao consumidor, os direitos básicos que lhe são assegurados e a vedação às práticas abusivas por parte dos fornecedores.

O segundo capítulo, por sua vez, "Da Responsabilidade Civil", abordará o próprio instituto, cotejando suas funções e tecendo considerações acerca dos pressupostos para a sua caracterização. Nesse sentido, distingue-se o dano moral de seu gênero, o dano extrapatrimonial, discutindo-se ainda o papel da culpa enquanto elemento geral da responsabilidade civil e como se deu a evolução desse instituto, com o advento da responsabilidade objetiva, que conta, hoje, com a teoria do risco como um de seus maiores expoentes. Ainda nessa seara, com ênfase num perfil funcional da responsabilidade civil, identifica-se a existência de novos danos, que se acumulam na sociedade contemporânea.

Por fim, o terceiro capítulo de desenvolvimento, "Do Dano Temporal: da Usurpação do Tempo Útil do Consumidor", discutirá a possibilidade jurídica e relevância do "dano temporal" diante da usurpação indevida do tempo útil do consumidor, decorrente da má prestação de serviço do fornecedor no mercado de consumo e conseqüente desídia no tratamento com o vulnerável dessa relação. Far-se-á uma análise principiológica do microssistema de direito consumerista e a tutela do tempo no ordenamento brasileiro, verificando a possibilidade jurídica da responsabilização civil do fornecedor pela perda de tempo útil do consumidor, bem como o seu tratamento jurisprudencial e a natureza deste "dano temporal".

2 DO DIREITO DO CONSUMIDOR: ALGUMAS NOTAS PERTINENTES

O Direito equivale à exigência essencial e indispensável de uma convivência ordenada, uma vez que nenhuma sociedade poderia perdurar sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. O Direito existe para garantir a tutela de comportamentos humanos através das normas como instrumento de salvaguarda e amparo da convivência social².

Assim, embora a sociedade humana possa prescindir de quase todas as instituições de que se vale para preservar-se, não no pode do Direito, uma vez que este traça as normas obrigatórias de conduta para estabelecer uma ordem apta a obter a coexistência pacífica no meio social³. E a isso se prestam as normas de proteção ao consumidor, que, conjuntamente consideradas, compõem o sistema jurídico consumerista.

No presente capítulo, far-se-á uma análise histórica acerca da evolução da tutela consumerista, destacando-se os contornos da sociedade de consumo a partir das evoluções sociais que acentuaram a vulnerabilidade do consumidor diante do mercado, o que resultou no surgimento do Código de Defesa do Consumidor⁴ no Direito pátrio, a partir de um fundamento constitucional. Nesse contexto, aborda-se ainda a relação consumerista e seus elementos, discorrendo sobre os princípios gerais que a regem e, no âmbito desse microsistema de proteção ao consumidor, os direitos básicos que lhe são assegurados e a vedação às práticas abusivas por parte dos fornecedores.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O denominado direito do consumidor é um novo campo do direito, disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que objetiva proteger o

² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2 *passim*.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

consumidor, sujeito de direitos, em todas as suas relações jurídicas travadas com o fornecedor.⁵

O consumo é parcela intrínseca da rotina do ser humano. É verdadeira a assertiva de que todas as pessoas são consumidoras. Independentemente da classe social e condição financeira, as pessoas consomem desde o nascimento e em todos os períodos de sua vida. Por motivos diversos, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo supérfluo, o consumo pelo consumo. E é fato inequívoco que as relações consumeristas evoluíram expressivamente nos últimos tempos.⁶

Há muito, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transmutando-se, especialmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de o fornecedor ser desconhecido. Surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais. Com a mecanização da agricultura, a população rural migrou para a periferia das capitais, provocando o inchaço populacional. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série e os serviços se ampliaram em vasta medida. O mercado experimentou um crescimento espantoso, acentuando a utilização da publicidade como ferramenta de divulgação. E a produção em massa e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, em toda a sua complexidade. E toda essa alteração das relações de consumo findou por influenciar na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessitava, portanto, de resposta legal protetiva.⁷

2.1.1 Da evolução da tutela consumerista

Com o agigantamento do consumo na sociedade moderna, fenômeno desencadeado pela Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, e intensificado pela Revolução Tecnológica e posterior Globalização, fez-se necessária a

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

⁶ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2.

⁷ *Ibidem*, p. 2.

intervenção jurídico-estatal para tutelar a relação consumerista, garantindo ao consumidor, parte vulnerável da relação, especial proteção.

O advento da Revolução Industrial do aço e do carvão provocou intensa migração da população domiciliada nas áreas rurais para as áreas urbanas. Esse novo grupo começou a mostrar-se historicamente interessado pelo consumo de novos produtos e serviços capazes de satisfazer suas necessidades materiais. E, diante do novo modelo de sociedade que se apresentava, os fabricantes, produtores e prestadores de serviços começaram a se preocupar em atender a crescente demanda em seu aspecto quantitativo, mas descuidaram do caráter qualitativo. Modelo de mercado que ganhou força com a Revolução Tecnológica decorrente do período Pós-Segunda Guerra Mundial, na medida em que os avanços na tecnologia facilitaram a produção e o atendimento desse tipo de expectativa⁸.

Os processos de capitalismo e liberalismo desregrado provocaram uma significativa exploração da mão de obra. E, nesse contexto, a Revolução Industrial tem papel fundamental no surgimento e concretização dos direitos do trabalho e do consumidor, em função da intensa exploração. O ínfimo salário contribuía para a manutenção da péssima qualidade de vida, atraindo as mulheres e crianças para as indústrias, em absurdas jornadas de trabalho. E essa conjuntura de fatores, aliada à urbanização e convivência dos trabalhadores dentro das empresas, permitiu o diálogo. Os trabalhadores se associaram e logo reclamavam por melhores condições de trabalho e, mais adiante, melhores condições de consumo.

A sociedade de consumo, com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas, é o que justifica a existência do direito do consumidor, que possui como marca característica a regulação desse complexo sistema de trocas econômicas massificadas, sob a ótica da parte vulnerável: aquele que apenas consome os produtos e serviços oferecidos no mercado, motivo pelo qual não possui o domínio ou a expertise sobre essa relação. Compreender o direito do consumidor, portanto, perpassa pela constatação da necessidade de regulação dos comportamentos que se desenvolvem na sociedade de consumo a fim de proteger a parte vulnerável⁹.

⁸ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 27-28.

⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

Fabrício Bolzan¹⁰ pontua, de forma elucidativa, que a nova sociedade de consumo substituiu a característica da bilateralidade de produção pela unilateralidade da produção. O consumidor participativo, intimamente envolvido no processo de discussão das cláusulas do contrato ou eventual matéria-prima utilizada na fabricação de determinado produto, cedeu espaço ao fornecedor, responsável exclusivo por ditar as regras da relação de consumo sem a participação efetiva do consumidor, a quem restava apenas aderir ao contrato previamente elaborado ou adquirir o produto fabricado com material de origem e qualidade, na maioria das vezes, desconhecidos.

Já se foi o tempo em que a autonomia privada era situada como "espaço de imunidade" dos particulares, no sentido de uma zona completamente subtraída do controle do ordenamento jurídico. O conceito clássico do contrato, fundado na condição de paridade entre sujeitos que definem o conteúdo normativo da regulação de seus interesses, há muito não guarda conexão com a realidade do mercado. Aliás, a intervenção do sistema nas relações negociais é uma óbvia demonstração da ficção da tendencial igualdade entre os parceiros contratuais, considerando-se a assimetria entre o poder empresarial e a posição dos sujeitos singulares, especialmente os consumidores.

A ruína dos pressupostos da concepção liberal oitocentista do princípio da autonomia privada é fruto de um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas, cenário ideal para o estabelecimento de relações negociais pautadas pela desigualdade do poder negocial das partes, cujo principal instrumento contemporâneo de contratação é o contrato de adesão. A essência deste modo de contratar repousa na disparidade do poder negocial entre o predisponente e o aderente.¹¹

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltam três características do contrato de adesão: a pré-disposição das cláusulas, a unilateralidade e a rigidez. No contrato de adesão, um dos contratantes não dispõe de liberdade para estipular o conteúdo das cláusulas, restando-lhe somente a liberdade de aceitar ou não a contratação.¹² Contudo, em que pese essa modalidade de contrato não seja objeto de discussão quanto ao conteúdo pelas partes contratantes, nada impede que a contratação seja precedida por um período pré-contratual de tratativas. A particularidade aqui encontrada, em relação aos contratos paritários, é que as tratativas não envolverão a discussão do conteúdo clausular, mas tão somente o

¹⁰ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 27.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito dos contratos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 4, p. 299.

¹² *Ibidem*, p. 97.

convencimento entre as partes dos benefícios do negócio.¹³

Toda essa nova estrutura social desencadeou uma série de problemas, que o ordenamento jurídico veio tentar solucionar a partir de uma tutela mais específica e efetiva para a proteção da parte vulnerável da relação de consumo: o consumidor. O fornecedor ocupa posição privilegiada na relação consumerista, seja por seu domínio técnico sobre o produto ou serviço oferecido ou ainda pelo maior poder econômico e social que normalmente detém, fazendo-se necessária uma força jurídica de equilíbrio entre esses polos.

O direito privado clássico não foi suficiente para regular as situações que se apresentavam, pois fundado na máxima da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, decorrente de uma presunção de igualdade de forças entre as partes, o que não servia ao propósito de tutela consumerista. O Estado, então, começa a sair de uma postura puramente liberal para intervir no mercado de consumo.

No tocante à origem do direito do consumidor no cenário internacional, informa Cláudia Lima Marques¹⁴ que se considera como início da reflexão jurídica mais profunda sobre o tema um discurso de John F. Kennedy, em 1962, em que o presidente norte-americano listou os direitos do consumidor e os contemplou como novo desafio necessário para o mercado. A novidade, segundo a doutrinadora, foi considerar que "todos somos consumidores", que, em algum momento durante a vida, desempenhamos o mesmo papel social e econômico, temos direitos e interesses legítimos, que são individuais, mas também pertencentes a todos que ocupam aquela posição de consumidor. Do seu surgimento nos Estados Unidos, o direito do consumidor conquistou facilmente a Europa e todos os países de sociedade capitalista consolidada à época, levando algum tempo para surgir legislativamente no Brasil.

Em 1985, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução n. 39/248 sobre a proteção ao consumidor, positivando o princípio da vulnerabilidade no plano internacional e influenciando a criação, em vários países do mundo, de normas a nível nacional de direitos do consumidor. As diretrizes integravam um modelo

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito dos contratos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 4, p. 301.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

abrangente, detalhando oito áreas de atuação para os Estados com o fim de promover proteção ao consumidor. Dentre elas: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para a sua saúde e segurança, b) informação adequada, c) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, d) educação, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem. Essas diretrizes propiciaram um importante conjunto de objetivos básicos internacionalmente reconhecidos, delineados especialmente para os países em desenvolvimento, a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor. A partir dessa Resolução, diversos países passaram a enfrentar a questão da proteção do consumidor, incluindo o Brasil, que, juntamente com a Argentina, apresenta as melhores e mais avançadas legislações nesta matéria dentro do MERCOSUL.¹⁵

No Brasil, surgiram primeiramente algumas legislações esparsas, que começaram a disciplinar o direito do consumidor nas mais diversas áreas. E sob a nova perspectiva que se atribui ao direito privado, a Constituição atuou como centro irradiador e marco de reconstrução no Brasil de um direito privado mais social e preocupado com os vulneráveis¹⁶.

Assim, em 1988, a Constituição Federal¹⁷ outorgou à defesa do consumidor status de direito fundamental, ao determinar expressamente no art. 5º, XXXII que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, fazendo surgir, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

Nas palavras da doutrinadora Claudia Lima Marques¹⁸,

Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes:

¹⁵ ABREU, Paula Santos de. A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul. **Revista Jurídica da Presidência**. Jun./Jul. 2005, v. 7, n. 73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/PaulaAbreu_Rev73.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2015.

¹⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 3.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

Eugênio Facchini Neto¹⁹, em seu artigo "A revitalização do direito privado brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor", assinala com precisão a razão de ser de dois códigos diversos, um civil e outro consumerista. Essa necessidade decorre do fato de que há muito se vem abandonando o paradigma da igualdade formal e se buscando cada vez mais a igualdade material. Ou seja, a mera afirmação de que as pessoas são formalmente iguais em liberdades e direitos é insuficiente quando as condições materiais de existência dessas mesmas pessoas são tão distintas a ponto de tornar inócuo o sentido de tais liberdades e direitos. Diante de condições substanciais tão diversas entre os indivíduos concretos, impõe-se a intervenção legislativa para proteger os mais vulneráveis, dentre os quais estão os consumidores, reconhecendo-lhes e atribuindo-lhes direitos e prerrogativas a fim de reestabelecer o equilíbrio de sua posição contratual.

Nesse sentido, explica Jorge Mosset Iturraspe:

Se habla de un "nuevo modelo de Derecho Privado", que afecta particularmente a los contratos, ubicados entre "intereses individuales, sociales y derechos fundamentales". Para quienes prefieren hablar de crisis, y no de la "decadencia" del contrato tradicional, o de la "aparición de un nuevo rostro de contrato", se trata de una crisis de confianza o de crecimiento de ésta figura. [...] En la aludida crisis contractual tiene mucho que ver el Derecho del Consumidor tal como aparece en los tiempos pos modernos: una dogmática nueva, con preocupaciones sociales, orientadas a la tutela de las personas a la hora de "consumir" bienes y servicios, en relaciones jurídicas equilibradas, entre civiles y comerciantes. La meta debe ser, ante el aumento de los litígios y la desconfianza entre los agentes económicos, "valorizar el paradigma de la confianza". Prestar especial atención, se recomienda en la doctrina Europea, a las "condiciones generales de la contratación", para evitar abusos y usuras.²⁰

¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. A revitalização do direito privado brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p.34-35.

²⁰ "Fala-se de um "novo modelo de Direito Privado", que afeta particularmente os contratos, situados entre "interesses individuais, sociais e direitos fundamentais". Para aqueles que preferem falar de crise, e não da "decadência" do contrato tradicional, ou o "surgimento de uma nova face do contrato", se trata de uma crise de confiança ou de crescimento dessa figura. [...] Na referida crise contratual temos que enxergar o Direito do Consumidor tal como aparece nos tempos pós-modernos: uma dogmática nova, com preocupações sociais, orientadas à tutela das pessoas na hora de "consumir" bens e serviços, em relações jurídicas equilibradas, entre civis e comerciantes. O objetivo deve ser, dado o aumento dos litígios e desconfiança entre os agentes econômicos, "valorizar o paradigma da confiança." Prestar especial atenção, se recomenda na doutrina Europeia, nas "condições gerais da

Sabe-se que nas relações privadas de direito civil há uma presunção de que aqueles que querem contratar estão em igualdade de condições e transmitem o elemento subjetivo volitivo, transmudado em dado objetivo num pedaço de papel. Proposições estas que, organizadas em forma de cláusulas impressas, originam o contrato escrito. É a tentativa de um delineamento objetivo de uma vontade. E é a escrita que o direito privado tradicional pretende controlar. O direito civil possui uma interpretação objetiva dos contratos firmados. Mas isso não serve para as relações de consumo, porque o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais, estando em situação de desigualdade²¹.

Da constitucionalização do direito civil, desenrola-se a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais está, como fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. E disso decorre, necessariamente, a denominada *repersonalização* ou *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, o ser humano e suas emanções passam a compor o centro do direito civil. O patrimônio cede espaço, em termos de preocupações privativas, sendo substituído pela consideração com a pessoa humana.²²

A expressão direito civil constitucional compreende "este novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa nas suas mais diferentes dimensões fundamentais integrado pela Constituição". De modo que, para compreender sua estrutura interna, a norma civil deve ser lida a partir da legalidade constitucional, modificando, se necessário, seus contornos, consequências e seu próprio alcance, e não apenas interpretá-la em consonância com a Constituição. Assim, hoje, é possível afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais se dá igualmente nas relações privadas, na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²³

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, o STF, sob a relatoria da

contratação" para evitar abusos e usuras". (tradução livre). ITURRASPE, Jorge Mosset. Del "micro" al "macro" sistema y viceversa. El "diálogo de las fuentes". Consumidores y usuarios frente el derecho privado. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

²¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

²² FACCHINI NETO, Eugênio. A revitalização do direito privado brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.37-38.

²³ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 58-59.

Min. Ellen Gracie, reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua limitação sob o prisma da constitucionalização do direito civil, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita²⁴:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (*grifos nossos*)

No presente processo, a União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, que integra a estrutura do ECAD, procedeu a exclusão de sócio do seu quadro social sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional. O Supremo entendeu que a conduta da sociedade onerou consideravelmente o recorrido. Ademais, a vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Relator(a) para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

defesa. Pelo que foi desprovido o recurso manejado pela sociedade.

E o nascimento do direito do consumidor se dá dentro dessa nova perspectiva constitucional e publicista do direito privado, incorporando os novos valores e direitos fundamentais positivados no Diploma de 1988, consoante se extrai da própria disposição do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor²⁵, que prevê: "O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

2.1.2 Do fundamento constitucional da tutela consumerista

No Brasil, o direito do consumidor tem evidente matriz constitucional. Em que pese antes do atual texto constitucional existissem regras esparsas sobre a tutela do contratante vulnerável, foi a partir da Constituição de 1988 que ocorreu a primeira tratativa ampla e satisfatória da tutela das relações consumeristas e sua tipificação legal²⁶.

Segundo Fernando Rodrigues Martins²⁷,

A consagração do direito do consumidor na Constituição Federal partiu de duas estratégias: a primeira elevando-o como direito fundamental inerente a qualquer pessoa *humana* e exigente da *proteção* do Estado (arts. 1º, III, e 5º, XXXII da CF); a segunda particularmente com princípio de ordem econômica com vistas à formação de limites à livre iniciativa pelo valor social, tutelando não apenas a pessoa física do consumidor, mas as pessoas jurídicas consumidoras e o próprio mercado (CF. arts. 170, V, e 175, parágrafo único); já que esse último é ambiente difuso por excelência.

O art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna, ao determinar a promoção da defesa do consumidor pelo Estado, retrata, implicitamente, a fragilidade do consumidor na relação jurídica em que se insere. A constitucionalização do direito do consumidor e sua elevação ao patamar de direito fundamental são mecanismos de equalização de

²⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

²⁶ NALIN, Paulo; XAVIER, Pedroso Marília. A efetividade do direito do consumidor como direito fundamental em 20 anos: problematizações a partir da Súmula 381 do STJ. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

²⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

uma relação jurídica concretamente desigual.

Claudia Lima Marques²⁸ é precisa ao afirmar que "a Constituição seria a *garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e o *limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral!".

Os direitos fundamentais são instrumentos para a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. E defender o consumidor é proteger esse princípio diante das relações humanas. Assim, como bem colocou o doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia²⁹, erigido à categoria de princípio fundamental, a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea, não podendo ser suprimida ou restringida pelo legislador.

A Constituição estabelece ainda, em seu art. 170, que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor". O dispositivo informa que a ordem econômica do país está a serviço da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional do ordenamento jurídico. Não bastasse, o texto constitucional determina ainda que se observe uma série de princípios, dentre os quais está a defesa do consumidor.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, então, previu em seu art. 48: "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor". Ou seja, o Diploma Consumerista nasceu por expressa imposição constitucional.

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios que se destina a cumprir com este triplo mandamento constitucional: a promoção da defesa dos consumidores; a observação e garantia da necessária defesa do sujeito de direitos "consumidor" como princípio maior da atividade econômica; e sistematização e ordenamento de uma tutela especial infraconstitucional, por meio de um Código,

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

²⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 11.

que associe e organize as normas tutelares, de direito privado e público.³⁰

Em obediência ao mandamento exarado pela Constituição Federal, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de intervir nas relações consumeristas para a proteção do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, a fim de preservar o equilíbrio e a desigualdade nas contratações³¹.

A origem constitucional e a estabilidade proporcionada pela Carta, por consequência, fizeram do CDC, talvez, o código de leis brasileiro mais legítimo, do ponto de vista da eficácia social, em comparação a tantas outras leis de mesmo grau hierárquico. É o melhor exemplo de que a lei, por vezes, consegue estimular a sociedade, aperfeiçoando e expandindo suas relações, ao contrário do que usualmente se passa com o Direito positivo, que segue a reboque dos eventos sociais.³²

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de *função social*, abarca normas de direito privado, mas de ordem pública (indisponível), e normas de direito público. É um diploma de ordem pública econômica e lei de interesse social, como cristalinamente especifica seu artigo 1º³³, retro mencionado, em razão da origem constitucional da lei.³⁴

O caráter instrumental da defesa do consumidor revela-se como proteção da pessoa humana em condição de peculiar vulnerabilidade, intentando a promoção de seus valores existenciais. De fato, verifica-se nas escolhas político-jurídicas do constituinte a legitimidade da interpretação das normas de consumo, processo no âmbito do qual o princípio da dignidade da pessoa humana revela particular relevância. Trata-se de princípio capaz de reformular o conceito de ordem pública, que passa a se respaldar na solidariedade social e na plena realização da pessoa. Ou seja, a ordem pública, antes restrita à proteção do cidadão em face do Estado,

³⁰ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

³¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 8.

³² NALIN, Paulo; XAVIER, Pedroso Marília. A efetividade do direito do consumidor como direito fundamental em 20 anos: problematizações a partir da Súmula 381 do STJ. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93.

³³ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

³⁴ MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

principalmente em matéria de direito penal e de direito administrativo, passa, doravante a consagração do princípio da dignidade humana como valor fundamental do ordenamento, a recair diretamente nas relações privadas.³⁵

2.1.3 Da relação de consumo

Impede definir os sujeitos e a própria relação abarcada pela incidência da legislação em comento, no fito de consolidar a compreensão em torno desta. Pertinentemente, afirma Bruno Miragem³⁶ que a identificação da relação consumerista e seus elementos é o requisito primordial na determinação do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, das normas consumeristas. Constatase, aliás, que uma das mais recorrentes alegações de fornecedores para se esquivar da aplicação das normas protetivas do consumidor é de que a relação objeto daquele determinado processo não pode ser enquadrada como relação de consumo. Nesse sentido, frise-se a importância do estudo da definição do que se deva entender como relação de consumo, bem como a identificação de seus elementos para fins de aplicação das normas do diploma consumerista.

A relação de consumo não se encontra definida pela legislação, que cuidou apenas de conceituar seus sujeitos e objeto. Assim, ela se delinea a partir da interação existente entre o consumidor e o fornecedor, que possuem como elo um produto ou serviço oferecidos no mercado de consumo.

2.1.3.1 Do conceito de consumidor

A definição jurídica de consumidor é determinada pelo CDC por meio do seu art. 2º, *caput*³⁷, que institui o conceito de consumidor padrão como toda pessoa física ou

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71-72.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

³⁷ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do**

jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Esse conceito vai ser complementado por outras três definições, a que a doutrina majoritária denomina como espécies de consumidores equiparados, já que, independentemente de se caracterizarem como tal pela perfectibilização de um ato material de consumo, são assim referidos para possibilitar a incidência da tutela protetiva da legislação consumerista em prol da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo e até mesmo de um contratante vulnerável, exposto ao poder e a abusividade da parte mais forte que integra o negócio jurídico³⁸.

Detalhando o conceito legal disposto no diploma consumerista, João Batista de Almeida³⁹ dispõe que o consumidor há de ser: (a) pessoa física ou jurídica, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira; (b) que adquire (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço; (c) como destinatário final, ou seja, para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que a transmissão não ocorra por revenda.

Pontua o doutrinador que não se incluiu na definição legal, portanto, o intermediário e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. O processo de consumo deve ter fim no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda, que, se ocorrida, terá como consumidor o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não terá, até então, destinação final. Há a possibilidade de reunirem-se ambas as figuras numa única pessoa, como é o caso das montadoras de automóveis. O destino final é, pois, a característica diferenciadora do consumidor.⁴⁰

No entanto, consoante ressalta Fabrício Bolzan⁴¹, a qualificação de "destinatário final", atribuída ao consumidor pela legislação pátria, é um tema controverso e mais complexo do que aparenta, tanto que surgiram duas teorias para explicar o conceito de consumidor "destinatário final" – finalista e maximalista –, existindo ainda uma

Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 136.

³⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40-41.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁴¹ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 64 *passim*.

terceira posição, do Superior Tribunal de Justiça, dominante jurisprudencialmente – teoria finalista atenuada.

Para os finalistas, destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja pessoa jurídica ou física. Ou seja, não é suficiente ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de consumo, fazendo-se necessário ser destinatário final econômico, adquirir o produto para uso próprio e de sua família, e não para revenda ou uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço seria incluído no preço final do profissional que o adquiriu⁴².

Já os maximalistas veem nas normas do Código de Defesa do Consumidor o novo regramento do mercado de consumo brasileiro, nos quais seus agentes podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores, ao invés de normas orientadas para tutelar somente o consumidor não profissional. Segundo essa corrente, a definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, de modo que o destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado, não importando a destinação dada ao produto⁴³.

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002⁴⁴, foi patente a perda de força da teoria maximalista, na medida em que o novo diploma civilista preocupou-se em introduzir em seu conteúdo disposições capazes de proteger o mais fraco numa relação entre "iguais", como, por exemplo, o reconhecimento da boa-fé objetiva. Ao mesmo tempo, uma nova corrente se consolidava nos tribunais, tendo o Superior Tribunal de Justiça como principal expoente. Eis que surge a teoria finalista mitigada, também chamada de teoria finalista atenuada ou aprofundada, fundada na ideia de se enquadrar a pessoa jurídica como consumidora desde que comprovada a sua vulnerabilidade, ou seja, tal posicionamento verificava *in concreto* o conceito de consumidor⁴⁵.

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista

⁴² MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 89-90.

⁴³ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁴⁵ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 72.

diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4.º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado.⁴⁶

Nesse sentido, a interpretação finalista aprofundada se apresenta a partir de dois critérios básicos: o primeiro de que a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no regime do Código de Defesa do Consumidor; e o segundo de que o reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora equiparada é requisito indispensável para essa extensão conceitual⁴⁷.

Destaca-se o posicionamento do STJ no julgamento do Recurso Especial 1.195.642/RJ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, afirmando que, em sua jurisprudência, tem-se evoluído para uma aplicação da teoria finalista aprofundada frente às pessoas jurídicas, identificando-se sua vulnerabilidade no caso concreto e legitimando-lhe, assim, a proteção do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.195.642. Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 21 nov. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2015.

expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). [...] 7. Recurso especial a que se nega provimento. (*grifos nossos*)

Por fim, há os consumidores equiparados. São eles: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, CDC); todas as vítimas de danos ocasionados pelo fornecimento de produto ou serviço defeituoso (art. 17, CDC); todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais ou contratuais abusivas (art. 29, CDC).

A disposição do artigo 2º, parágrafo único pretende garantir a proteção da coletividade de pessoas que possa ser, de alguma forma, afetada pela relação consumerista. Cabendo observar que a hipótese diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, sem ocorrência de danos, já que esta última está abarcada pela previsão do artigo 17. Este dispositivo deixa evidente a equiparação do consumidor às vítimas do acidente de consumo – o qual se analisará oportunamente – que foram atingidas pelo evento danoso, mesmo não tendo sido consumidoras diretas.⁴⁹ Finalmente, o artigo 29 ultrapassa os estritos limites da definição jurídica de consumidor para harmonizar os interesses do mercado, reprimindo os abusos do poder econômico e protegendo os interesses dos consumidores finais. De modo que, aqueles expostos às práticas abusivas, ainda que não sejam consumidores *stricto sensu*, poderão se valer do CDC para combater tais condutas.⁵⁰

2.1.3.2 Do conceito de fornecedor

O conceito de consumidor é relacional e imprescinde da presença de um fornecedor

⁴⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103.

no outro polo da relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual. Daí a definição de fornecedor, determinada pelo art. 3º do Código, ser tão abrangente, para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação da tutela consumerista⁵¹.

Dispõe o art. 3º do diploma normativo: “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”.

Note-se que, diversamente do que ocorre com o conceito legal de consumidor, o de fornecedor é muito amplo. Fornecedor é gênero – seja no que diz respeito ao sujeito em si (pessoa física ou jurídica; pública ou privada; nacional ou estrangeira), seja no que pertine às atividades que desenvolve. E não por acaso. A estratégia do legislador autoriza considerar fornecedores todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica (“entes despersonalizados”), atuam nas várias etapas do processo produtivo (produção-transformação-distribuição-comercialização-prestação), antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Dessa forma, permeiam o conceito de fornecedor as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas, o que leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, visando à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.⁵²

Assim, fornecedor é toda pessoa, *lato sensu*, que vai ao mercado de consumo oferecer seus produtos ou serviços com habitualidade e intuito lucrativo.

2.2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONSUMO

Na lição de Robert Alexy⁵³, princípios são normas que determinam que algo seja

⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, dessa forma, mandamentos de otimização, definidos por poderem ser satisfeitos em variados graus e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Dispõe ainda o autor⁵⁴:

(...) a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. [...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento (...).

Nesse sentido, podemos considerar que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica. Nele, os princípios têm duas funções básicas: servem de base para as regras e direitos que tutelam o consumidor; e estão no topo da pirâmide normativa para servir de orientação num aparente confronto de regras.

Consoante leciona Bruno Miragem⁵⁵, os princípios gerais do direito do consumidor, previstos no CDC, incidem sobre as relações jurídicas consumeristas, objetivando a correta interpretação e aplicação das regras que a regulamentam.

Fabrizio Bolzan⁵⁶ destaca como objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a transparência e harmonia nas relações de consumo, a melhoria da qualidade de vida e a proteção dos interesses econômicos. E tais objetivos, a serem alcançados na regulamentação das relações jurídicas de consumo, têm como foco precípua a tutela da parte mais fraca dessa relação, outorgando-lhe direitos e instituindo deveres ao fornecedor.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116-117.

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

⁵⁶ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 200-201.

No capítulo II do Código de Defesa do Consumidor (Da Política Nacional de Relações de Consumo) se encontram os princípios que norteiam o diploma consumerista (art. 4º, CDC⁵⁷) e a política que está por trás desse conjunto de normas. São dispositivos que narram os objetivos do legislador infraconstitucional e os instrumentos que o poder Executivo deve criar para efetivá-los (art. 5º, CDC⁵⁸).⁵⁹

O CDC, Lei nº 11.078 de 11 de setembro de 1990, consagra um aglomerado de princípios de fundamental importância para a compreensão da própria construção do seu microsistema jurídico e proteção do consumidor, cabendo delinear separadamente aqueles de maior relevo.

O princípio básico e até mesmo legitimador do direito do consumidor é o princípio da vulnerabilidade, assente no art. 4º, I do diploma normativo. Em suma, esse princípio estabelece presunção absoluta de desigualdade na relação de consumo, sendo o

⁵⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; 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. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

⁵⁸ Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

consumidor o sujeito frágil da relação, uma vez que não detém os conhecimentos técnicos necessários ao desenvolvimento da cadeia de produção em que está inserido. A doutrinadora Claudia Lima Marques⁶⁰ define a vulnerabilidade como uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação consumerista. Trata-se de uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Consoante lição de João Batista de Almeida⁶¹, a vulnerabilidade nas relações de consumo é a primeira justificativa para o surgimento da tutela consumerista. É a espinha dorsal do movimento, sua principal inspiração, fundamento de toda a sua filosofia, pois, se, a *contrario sensu*, admite-se que o consumidor está ciente de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, figurando de igual para igual face ao fornecedor, então a tutela não se justificaria. Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho⁶², o princípio da vulnerabilidade "é também um princípio estruturante do seu sistema, na verdade o elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo".

Impede distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência, expressões presentes no CDC. A primeira é fenômeno de direito material, enquanto a segunda é instituto do direito processual.

A hipossuficiência, prevista no artigo 6º, inciso VIII do CDC, aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Dispõe a norma em comento ser direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Ou seja, nem todo consumidor será hipossuficiente, devendo essa condição ser identificada pelo magistrado no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende da dificuldade do consumidor de realizar a prova no

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

⁶¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 46.

processo.⁶³

A vulnerabilidade, por sua vez, como asseverado, associa-se à identificação de debilidade ou fraqueza de um dos sujeitos da relação jurídica em função de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito.⁶⁴

Assim, a isonomia é concretizada em seu aspecto material, pois trata o vulnerável no mercado de consumo de forma desigual com o singular objetivo de equipará-lo numa relação jurídica tão desigual.⁶⁵

O segundo princípio a ser analisado é o da intervenção estatal, insculpido no art. 4º, inciso II do diploma consumerista. Esse princípio resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A Constituição Federal, ao legitimar o direito do consumidor como direito fundamental, o faz impondo ao Estado o dever de defendê-lo. Nesse sentido, determina que o Estado intervenha, por meio da lei, no sentido de proteger o interesse do consumidor. Não se exige neutralidade do Estado ao arbitrar, via legislativa ou judicial, as relações entre consumidores e fornecedores. Pelo contrário, o dever estatal de defesa do consumidor faz com que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, nesta condição, estabeleça aos consumidores uma série de direitos subjetivos e aos fornecedores os respectivos deveres de respeitar e realizar tais direitos.⁶⁶

A autorização para a atuação do Estado (ação governamental) como poder-dever é feita por intermédio da instituição de órgãos públicos de defesa do consumidor, a exemplo do PROCON, como também através de incentivos à criação de associações destinadas à defesa desses interesses. Compete ao Estado proteger o consumidor de forma efetiva, intervindo no mercado de consumo para evitar desequilíbrios e distorções, zelando pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de segurança, qualidade, durabilidade e desempenho.⁶⁷

O princípio da harmonia das relações de consumo é previsto no art. 4º, III do CDC. A

⁶³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 114.

⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁵ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 201.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 131.

⁶⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 43.

filosofia insculpida ao Código do Consumidor indica no sentido de uma busca da harmonia das relações de consumo, harmonia não apenas baseada no tratamento das partes envolvidas, como também na adoção de parâmetros até de ordem prática. Assim é que, se é certo que o consumidor é a parte vulnerável nas sobreditas relações consumeristas, não se compreendem exageros nessa perspectiva, a ponto de, por exemplo, obstar-se o progresso tecnológico e econômico. O chamado "interesse difuso" é por si só e intrinsecamente conflituoso, devendo-se sempre buscar o equilíbrio, baseado na natureza das coisas e no bom-senso.⁶⁸

Tal princípio revela que para beneficiar o consumidor não se deve lesar o fornecedor injustificadamente. Harmonizar os interesses é proteger o vulnerável na justa medida em que ele precisa de proteção. O fornecedor também deve ter seus interesses preservados, enquanto o consumidor tem seus direitos resguardados. Isso porque a relação de consumo é dialética, de interdependência entre as partes.

O objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo deve ser a harmonização dos interesses dos fornecedores e consumidores, tornando compatível a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico com a defesa do consumidor. Dessa forma, novos produtos com tecnologias inovadoras somente serão permitidos no mercado de consumo se não apresentarem riscos à saúde e à segurança dos consumidores, bem como se mostrarem eficientes.⁶⁹

O princípio da boa-fé objetiva está previsto expressamente no artigo 4º, inciso III do CDC. Não se trata de princípio exclusivo do direito do consumidor, mas de princípio geral do direito, pois adotado em vários ramos da ciência jurídica, seja na esfera pública, seja na privada.

É necessário diferenciar, todavia, a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que compõe requisito presente no suporte fático de certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. A boa-fé subjetiva, assim, diz respeito, invariavelmente, à ausência de conhecimento sobre

⁶⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79-80.

⁶⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 43.

determinado fato, ou simplesmente a falta da intenção de prejudicar outrem⁷⁰.

Já a boa-fé objetiva, que está presente no CDC, pode ser conceituada como uma regra de conduta, ou seja, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações consumeristas. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Daí que, para chegar a um equilíbrio real, o intérprete deve fazer uma análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais. Logo, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal⁷¹. A boa-fé objetiva impõe um dever de conduta entre consumidores e fornecedores, no sentido de agirem com confiança e lealdade na busca do bem comum, que é o adimplemento do contrato, protegendo, desse modo, as expectativas de ambas as partes⁷².

E três são as suas funções no atual Código Civil: de controle, como limite ao exercício dos direitos subjetivos; interpretativa, como regra de interpretação nos negócios jurídicos; e integrativa, como fonte de deveres anexos dos contratos. A primeira, função de controle, representa o padrão ético de lealdade e confiança que as partes devem dispensar reciprocamente nas relações sociais.⁷³ Já a interpretativa, também chamada função integrativo-interpretativa, tem por objetivo oferecer um critério de determinação para a norma jurídica, sendo relevante a previsão do artigo 113 do Código Civil⁷⁴, que determina que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".⁷⁵

Quanto à função integrativa, por fim, ressalta-se que os deveres de conduta são

⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

⁷¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181.

⁷² GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 49.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁷⁵ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 857.

trazidos pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se insere. Tais deveres se impõem a ambas as partes da relação jurídica, mediante resguardo de seus direitos fundamentais, a partir de uma ordem de cooperação, informação e proteção, em via de facilitação do adimplemento. E o desrespeito a tais regras implica na chamada violação positiva do contrato, provocando inadimplemento, com o conseqüente surgimento da pretensão reparatória ou do direito potestativo à resolução do vínculo. Trata-se do alargamento do conceito de adimplemento a partir da abstração e generalidade do princípio da boa-fé.⁷⁶

Como desdobramento ou consectário legal da boa-fé objetiva, há os chamados deveres anexos ou laterais, novos deveres, além da obrigação principal, que surgem para as partes diante das relações de consumo, relacionados basicamente aos deveres de cooperação, informação e proteção. O dever de cooperação concretiza a harmonia nas relações jurídicas de consumo. No que toca ao dever de informar, impende ressaltar que não basta oferecer informações sobre o conteúdo, qualidade, características, modo de utilização do produto ou do serviço, se tais informações não forem inteligíveis⁷⁷.

Não se exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor. Em relação aos deveres de proteção e cuidado, por fim, o Código de Defesa do Consumidor igualmente prevê este efeito decorrente do princípio da boa-fé ao consagrar os direitos do consumidor a saúde e segurança, e ao estabelecer, em consequência, o dever do fornecedor de respeitá-los (artigos 8º a 10 do CDC).⁷⁸

O equilíbrio nas relações de consumo, expresso no art. 4º, III do CDC, é outro princípio que, somado à boa-fé, realiza a harmonização na relação de consumo. Conforme é cediço, a relação jurídica consumerista seria representada por uma balança que penderia para um dos lados em função da superioridade do fornecedor quando em comparação com o consumidor. Sendo o consumidor a parte vulnerável da relação e o fornecedor o detentor do monopólio dos meios de produção, foi

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito dos contratos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 4, p. 172 *passim*.

⁷⁷ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 219.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 127

imprescindível o nascimento de legislação específica em todo o mundo capaz de tutelar a parte mais frágil dessa relação e, desse modo, materializar uma igualdade não existente apenas no plano formal. Assim, o princípio do equilíbrio decorre naturalmente do contexto histórico de desigualdade em que surgiu a necessidade da defesa do consumidor.⁷⁹

João Batista de Almeida⁸⁰ afirma que, se existe consenso no que tange ao desequilíbrio das relações consumeristas, estando o consumidor em posição de fragilidade em relação ao fornecedor, nada mais justo e correto do que buscar restabelecer o equilíbrio almejado, quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios. Desse modo, as relações de consumo poderão cumprir seus objetivos, com maior harmonia e redução de conflitos.

Pondera ainda o doutrinador⁸¹:

Numa consideração talvez utópica, poder-se-ia dizer que, uma vez alcançado esse tão almejado equilíbrio – ideal –, o consumidor seria alçado à condição de igualdade em face do empresário, e, nesse relacionamento de maturidade e consciência, não haveria mais necessidade de tutela. Ele estaria emancipado: não seria hipossuficiente, nem vulnerável. Mas a realidade é bem outra. E, pelos parâmetros conhecidos no Brasil, com o baixo nível educacional da população e a reduzida conscientização de ambas as partes, o consumidor brasileiro necessitará de tutela por muito tempo.

Há ainda o princípio da educação e informação dos consumidores, disposto no art. 4º, inciso IV do Código do Consumidor. Por esse princípio, é dever de todos – Estado, entidades privadas de defesa do consumidor, empresas, etc. – educar e informar o consumidor acerca de seus direitos e deveres, para que ele possa atuar de maneira mais consciente no mercado, acarretando, por via de consequência, uma sociedade mais justa e equilibrada. Interessante notar que o referido dispositivo coloca lado a lado a educação e informação de consumidores e fornecedores, denotando a sua complementariedade.⁸²

⁷⁹ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 223.

⁸⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

⁸¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁸² GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 51.

José Geraldo Brito Filomeno⁸³ destaca a existência de dois tipos de educação a respeito do tema: a formal e a informal. Afirma o autor que a educação formal deve iniciar nas escolas, desde os primeiros passos da criança, até mesmo porque os direitos do consumidor são uma face dos próprios direitos de cidadania. No tocante à educação informal, devem ser objeto de preocupação não somente dos órgãos de defesa e proteção ao consumidor, mas também de entidades não governamentais e dos meios de comunicação de massa (televisão, jornais, rádios, revistas, etc.). Acerca da informação, entende que deva ser objeto das comunicações de modo geral, feitas pelas entidades, governamentais ou não governamentais, sempre com vistas à melhoria do mercado consumerista.

Quanto maior for o grau de informação existente, menor será o abuso por parte do fornecedor, o que justifica a preocupação com a conscientização de ambos os polos da relação. A experiência mostra que, quando se tem uma sociedade bem informada acerca de seus direitos e deveres, menos abusos são constatados, uma vez que o consumidor passa a ser aliado na busca do equilíbrio, seja ajuizando ações, seja reclamando no PROCON ou, ainda, na própria empresa fornecedora do produto ou serviço. Assim, as empresas precisam se adaptar para alcançar a satisfação de seus consumidores, melhorando o mercado de consumo.⁸⁴

O princípio de controle de qualidade e mecanismos de atendimento pelas próprias empresas, por sua vez, encontra previsão no art. 4º, inciso V do CDC. Hodiernamente, o significado de "qualidade" não corresponde apenas à adequação às normas que regem a fabricação de determinado produto ou a prestação de um determinado serviço, mas, precipuamente, a satisfação de seus consumidores. Assim, tem-se que cabe às próprias empresas o zelo por esse tipo de qualidade, até mesmo para o seu próprio crescimento.⁸⁵

Para maior proteção do consumidor e de forma a garantir maior eficácia nas relações consumeristas, a Política Nacional das Relações de Consumo verifica a necessidade de o Estado incentivar os próprios fornecedores a adotarem medidas e

⁸³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15-16.

⁸⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 52.

⁸⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89.

providências tendentes a solucionar eventuais conflitos. Assim, as empresas devem manter o controle de qualidade não só de seus produtos e serviços, mas também do atendimento aos consumidores.⁸⁶

O artigo 4º, inciso VI do CDC afirma que a política nacional das sobreditas relações consumeristas se funda na coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo. O que se busca, em última análise, é a almejada ordem econômica, prevista pelo art. 170 da Constituição Federal, coibindo e reprimindo o abuso de infrações de tal ordem.⁸⁷

Inicialmente, percebe-se a preocupação do legislador ordinário em tentar coibir primeiramente o abuso e, ante a falha em tal intento, reprimi-lo de forma eficaz. O Código de Defesa do Consumidor coíbe em várias passagens o abuso no mercado de consumo, como nos incisos do art. 39, ao exemplificar práticas abusivas vedadas, ou ainda nos termos do art. 51, ao trazer um rol exemplificativo de cláusulas abusivas que são consideradas nulas de pleno direito.⁸⁸

Há também o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos, expresso no art. 4º, VII do CDC. Da mesma maneira que a iniciativa privada, o Poder Público, quando atua como fornecedor na relação consumerista, principalmente através da prestação de serviços, deverá respeitar a regra geral do sistema de proteção do consumidor. Com efeito, os destinatários do serviço público têm o direito subjetivo público de exigir o seu efetivo cumprimento com qualidade, segurança, presteza, pontualidade, adequação, etc.⁸⁹

No que toca ao princípio ora analisado, destaca-se a sua inevitável relação com o direito básico do consumidor à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X do CDC); e o princípio da eficiência, expressamente previsto na Constituição como um dos princípios norteadores de toda a atuação da

⁸⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 52-53.

⁸⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100-101.

⁸⁸ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 226.

⁸⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.55.

Administração Pública (art. 37, *caput*).⁹⁰

Por fim, enquanto princípio geral das relações de consumo, com previsão no art. 4º, VIII do Código Consumerista, há o princípio do estudo das modificações de mercado. Trata-se de diretriz essencial ao desenvolvimento do direito consumerista, uma vez que a sociedade e, conseqüentemente, o mercado de consumo sofrem de constantes evoluções. E o estudo dessas modificações impede a obsolescência do ordenamento.

O direito do consumidor, portanto, é composto de uma base principiológica de alta importância para a interpretação, compreensão e aplicação de suas normas. De maneira geral, os princípios encontram-se expressos no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, nada impede o reconhecimento de princípios implícitos, que sejam extraídos do contexto normativo da própria lei ou da diretriz de proteção do consumidor vulnerável, que compõe o fundamento teleológico de todo o microsistema.⁹¹

2.3 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Não apenas os princípios instituídos expressamente pela Lei Consumerista concretizam o ideal de proteção ao consumidor. À mesma finalidade se destina o capítulo III do Código, que consigna direitos básicos de instrumentalização das relações de consumo a começar pelo rol exemplificativo elencado no seu art. 6º.

No Capítulo III (Dos direitos básicos do consumidor) estão listados os direitos básicos assegurados aos consumidores no Brasil (art. 6º), tendo em vista o mandamento constitucional do art. 5º, XXXII, da CF/1988, e está expressa a possibilidade de os direitos dos consumidores estarem localizados em outras leis ou fontes (diálogo das fontes), sejam tratados, sejam leis ordinárias, como o Código Civil, sejam administrativas (portarias da ANS, etc.), autorizado também o uso da equidade em casos de direito do consumidor, assim como da analogia, princípios gerais de direito e todo o instrumental de preenchimento das lacunas no Brasil (art. 7º).⁹²

⁹⁰ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 228.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

⁹² MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

Pontua Fabrício Bolzan⁹³ que, em que pese o art. 6º do CDC enumerar uma série de direitos básicos do consumidor, esse rol é bastante amplo, não se restringindo ao dispositivo referido, nem ao próprio texto do Código. É o que dispõe, expressamente, o art. 7º, *caput* do mesmo diploma normativo:

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

Os direitos assegurados no art. 6º do Código Consumerista correspondem a um piso mínimo de direitos garantidos a todo consumidor, seja ele padrão ou equiparado. Protegem direitos indisponíveis, pois correspondem a normas de ordem pública. Razão pela qual, inclusive, são inderrogáveis por vontade das partes.

Acerca da natureza das normas que compõem o ordenamento consumerista, dispõem os Tribunais:⁹⁴

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPETÊNCIA TERRITORIAL - INCOMPETÊNCIA RECONHECIDA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NORMAS DE ORDEM PÚBLICA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. - **Nos casos em que há relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a regra de competência territorial torna-se absoluta tendo em vista que as normas dispostas no CDC são de ordem pública e interesse social, consoante o disposto no art. 1º da Lei n.º 8.078/90, portanto, indisponíveis e inafastáveis através de contratos ou por mera manifestação de vontade das partes.** - Nesta condição, em sendo norma de ordem pública, não há qualquer impedimento para que a mesma seja conhecida e declarada de ofício. - Recurso conhecido e não provido. (*grifos nossos*).

Sergio Cavalieri Filho⁹⁵ define direitos básicos dos consumidores como aqueles interesses mínimos, sejam materiais ou instrumentais, relativos a direitos fundamentais consagrados universalmente que, por sua relevância social e econômica, foram expressamente tutelados pelo legislador. Ressalta ainda o doutrinador que, ao contrário do que se poderia supor, é vastíssimo o rol de direitos e interesses dos consumidores dispersos por todo o ordenamento jurídico, que, dessa forma, reveste-se de caráter interdisciplinar, afetando praticamente todas as

⁹³ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 232.

⁹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 100240965586970021. Relator: MÁRCIA DE PAOLI BALBINO. Julgado: 05/11/2009. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6014511/100240965586970021-mg-1002409655869-7-002-1/inteiro-teor-12150221>>. Acesso em 17 nov. 2014.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90.

áreas do direito. Mais ainda. Diante da dimensão coletiva que alcançam as relações consumeristas, é possível afirmar que se está diante de um feixe de direitos ou interesses, alguns vagos e difusos.

A Resolução n. 39/248 da Organização das Nações Unidas, de 16 de abril de 1985, da qual o Brasil é signatário, tutela a proteção do consumidor, trazendo no item 3 do anexo "Guidelines for Consumer Protection" as necessidades gerais a que servirão as normas de proteção do consumidor:⁹⁶

The legitimate needs which the guidelines are intended to meet are the following:

- (a) The protection of consumers from hazards to their health and safety;*
- (b) The promotion and protection of the economic interests of consumers;*
- (c) Access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs;*
- (d) Consumer education;*
- (e) Availability of effective consumer redress;*
- (f) Freedom to form consumer and other relevant groups or organizations and the opportunity of such organizations to present their views in decision-making processes affecting them.*

No caso dos direitos básicos do consumidor, busca-se preservar o ser humano consumidor em suas relações jurídicas e econômicas concretas, protegendo sua dimensão existencial e seus interesses legítimos no mercado de consumo.⁹⁷

O art. 6º, I do CDC garante ao consumidor, como direito básico, "a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos".

Esses são direitos já garantidos na Constituição Federal (art. 6º, CF/88⁹⁸), mas o Código de Defesa do Consumidor os trata de maneira específica para o mercado de consumo. Ao afirmá-los, o ordenamento cria para o fornecedor a obrigação de só colocar no mercado produtos que não lesem a vida, saúde e segurança do

⁹⁶ "As legítimas necessidades que as diretrizes se destinam a atender são as seguintes: (a) A proteção dos consumidores dos perigos para a sua saúde e segurança; (b) A promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; (c) O acesso dos consumidores à informação adequada para lhes permitir fazer escolhas informadas de acordo com seus desejos e necessidades; (d) Educação do consumidor; (e) Disponibilidade de reparação eficaz dos consumidores; (f) Liberdade de formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações relevantes e a oportunidade de tais organizações apresentarem seus pontos de vista nos processos de tomadas de decisões que lhes afetem." (tradução livre). UNITED NATIONS. Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

⁹⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

consumidor, sendo sua responsabilidade fazer todos os testes de segurança necessários. Qualquer violação a essa norma incorre em responsabilidade objetiva do fornecedor por acidente de consumo.

Leciona o doutrinador João Batista de Almeida em sua obra "A proteção jurídica do consumidor":⁹⁹

O CDC contém normas que garantem a proteção à saúde e segurança dos consumidores, garantindo que "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis" (art. 8º), ao mesmo tempo em que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor (fabricante, produtor, construtor e importador) pela reparação dos danos causados (art. 12). Há, assim, correlativamente, a enunciação do direito de "proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos" (art. 6º, I). Se há o direito de consumidor produtos seguros e eficientes, há o dever do Estado de outorgar a proteção correspondente.

Nesse sentido, dispõe ainda o art. 10 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Esse direito básico é um fundamento único do dever de segurança e cuidado dos fornecedores quando colocam produtos e serviços no mercado de consumo. O CDC quebra a *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual, uma vez que o importante é garantir a segurança das vítimas consumidoras, que deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, sejam eles contratantes diretos (responsabilidade contratual) ou não (por exemplo, fabricantes) com os consumidores. Ou seja, o ordenamento consumerista impõe a todos os fornecedores um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta e assegura a todos os consumidores (art. 2º, *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC) um direito

⁹⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52-53.

de proteção, resultado do princípio de confiança e segurança (art. 4º, V do CDC).¹⁰⁰

O art. 6º, incisos II e III do CDC, por sua vez, positivam os princípios da educação e informação para o consumo, afirmando que são direitos básicos do consumidor "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações" e "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

Atento ao estado de vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu como básico o direito à educação para o consumo, de tal modo que, aumentados os níveis de conhecimento e informação do consumidor, também se aumente o seu poder de reflexão e de formulação de um juízo crítico sobre a oportunidade e a conveniência da contratação, a fim de que possa o consumidor, dentre os diversos produtos e/ou serviços colocados a sua disposição no mercado, escolher, em manifestação de vontade formal e materialmente livre, esclarecida e, portanto, consciente, aquele que melhor se adegue às suas necessidades. E avançou mais. Não se contentando com a mera previsão do direito à educação, estabeleceu como básicos os direitos à liberdade de escolha (*right to choose*) e à igualdade nas contratações.¹⁰¹

O direito básico à informação do consumidor constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito pátrio, tendo em vista que sua garantia tem por objetivo promover o equilíbrio de poder de fato nas relações consumeristas, ao assegurar a existência de uma *equidade informacional* das partes.¹⁰²

Não se trata apenas do fornecimento de informação ao consumidor sobre as características e preço do produto ou serviço, mas da educação e instrução do consumidor.

O art. 6º, inciso IV do CDC traz como direito básico do consumidor "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou

¹⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 68.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 194.

desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

O consumidor, enquanto parte vulnerável, é protegido em todas as fases da relação de consumo, seja antes da venda, durante ou após. Consoante lembra Fabrício Bolzan¹⁰³, qualquer que seja o momento da prática de uma conduta abusiva – pré-contratual, contratual ou pós-contratual –, sua configuração está relacionada à posição de domínio do fornecedor na relação jurídica consumerista e, por via de consequência, por aproveitar-se dessa posição de superioridade para praticar conduta em desconformidade com a boa-fé objetiva e seus deveres anexos.

Nunca é demais lembrar que o princípio da livre concorrência, insculpido no art. 170, inciso IV da Constituição Federal, tem como contrapartida a defesa do consumidor, que, além de ser direito fundamental (art. 5º, XXXII da CF/88), está previsto no mesmo art. 170, inciso V, também como princípio da ordem econômica. De modo que o princípio da livre concorrência não se caracteriza como um salvo-conduto para a prática de qualquer conduta no mercado do consumidor. A concorrência é livre, desde que realizada sem a investida em práticas abusivas, como forma de bem atender ao cumprimento da defesa do vulnerável.¹⁰⁴

Seguindo o rol de direitos básicos previstos no art. 6º do CDC, o inciso V traz "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

A revisão contratual é instrumento garantido ao consumidor para tentar se insurgir contra uma cláusula abusiva, buscando sua revisão ou que o Estado-juiz as considere nula de pleno direito, retirando-as do contrato. Uma cláusula abusiva pode se originar de duas situações: lesão objetiva ou onerosidade excessiva.

Quando a cláusula já nasce abusiva, ou seja, já está presente desde o início do contrato, caracteriza-se a lesão objetiva, que é a significativa desproporção entre prestação e contraprestação. Trata-se de uma análise objetiva, diferente da lesão subjetiva típica do direito civil, que compõe vício do negócio, passível de anulação, porque, nesta, além da desproporção, é necessário provar o ânimo do agente de se

¹⁰³ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 243.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 243-244.

locupletar ilicitamente.

A onerosidade excessiva, por sua vez, surge ao decorrer do contrato, por um fato superveniente que faz as partes perderem em termos de equivalência, gerando uma dificuldade excessiva ao consumidor de cumprir o contrato. Mais uma vez, não há se confundir a onerosidade excessiva com a teoria da imprevisão do direito civil, porque nesta se exige que o fato que quebra o equilíbrio do contrato seja superveniente e imprevisível, requisito dispensável ao direito consumerista.

Impende ressaltar que, consoante pontua Bolzan¹⁰⁵, na medida em que o diploma consumerista estabelece a possibilidade de modificar cláusulas desproporcionais e de revisar as excessivamente onerosas, determina, em última análise, ainda que de forma implícita, a preservação do contrato de consumo.

O art. 6º, inciso VI estabelece ainda ser direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

A reparabilidade dos danos causados a consumidores, assim como a qualquer outra vítima, já se encontra consagrado no regime da responsabilidade civil, prevista no direito privado comum. Assim, o que se pode considerar, ao tempo de edição do CDC como inovação, é a previsão da reparabilidade do dano moral, em face da previsão expressa a este respeito, esculpida no art. 5º, V da Constituição. No entanto, a sistemática do CDC não se esgotou na previsão expressa de um direito básico à *reparação* de danos, mas apontou para a determinação de um direito básico à *prevenção* da ocorrência destes danos. Neste sentido, prevenir significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um resultado determinado. No caso, o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários das normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado consumerista. Tais deveres são determinados basicamente aos fornecedores e ao Estado. Aos primeiros como dever próprio, derivado da sua condição de agentes econômicos no mercado de consumo. Já com relação ao Estado, tais deveres decorrem da norma

¹⁰⁵ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 244.

constitucional impositiva de promoção da defesa do consumidor.¹⁰⁶

No âmbito da *reparação*, o que o Código faz é dotar o consumidor de instrumentos processuais modernos e eficazes, para que se dê a prevenção de danos, bem como sua reparação. E, nesse sentido, além dos pleitos individuais, merecem destaque as ações coletivas, de modo geral, que visam à tutela dos chamados "interesses difusos" dos consumidores, "interesses coletivos propriamente ditos" e "individuais homogêneos de origem comum".¹⁰⁷ Observando, por fim, que efetiva reparação implica em reparação integral.

O art. 6º, inciso VII do CDC garante ao consumidor "o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados".

Nas palavras de Sergio Cavalieri¹⁰⁸, "de nada adiantaria o legislador prever uma série de direitos materiais para o consumidor se não lhe fossem assegurados os instrumentos necessários à realização dos mesmos, quer pelo Poder Judiciário, quer pela Administração Pública".

O direito de acesso à justiça, previsto na norma protetiva do diploma consumerista, representa o desenvolvimento do direito fundamental de acesso à justiça, consagrado na Constituição ao estabelecer, no art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".¹⁰⁹

Prevê o inciso VIII do mesmo art. 6º, como direito básico do consumidor, "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Importante observar que existe a possibilidade de inversão do ônus da prova e não sua garantia absoluta. Trata-se de uma inversão *ope judicis*, pois determinada pelo

¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

¹⁰⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos Básicos do Consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

¹⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 207.

magistrado, à luz do caso concreto. O juiz tem certa discricionariedade para, no caso *sub judice*, analisar a presença dos requisitos necessários à inversão. Todavia, uma vez identificados, o magistrado é obrigado a inverter o ônus da prova.

A inversão só é feita em dois casos: quando o consumidor for hipossuficiente ou quando restar clara a verossimilhança da alegação. Cabe ressaltar que, conforme distinção já realizada, hipossuficiência não se confunde com vulnerabilidade. Aquela se dá quando o consumidor leva sua vulnerabilidade intrínseca do mundo dos fatos ao processo. Hipossuficiente é aquele que tem dificuldade ou impossibilidade de fazer prova, em juízo, do que alega. A hipossuficiência tem nota de caráter processual, enquanto a vulnerabilidade tem caráter material. Quanto ao segundo critério, a verossimilhança trata-se de uma quase certeza de razão da parte, por se tratar de fato público e notório ou pelas máximas de experiência do juiz.

O CDC, nesse sentido, ao facultar a possibilidade de inversão do ônus da prova, como efeito de facilitação da defesa, o faz em benefício da diretriz protecionista que orienta suas normas, produzindo-se exclusivamente em benefício do consumidor.¹¹⁰

Cabe mencionar outra modalidade de inversão do ônus da prova existente na legislação consumerista: a *ope legis*, isto é, decorrente de lei. Trata-se de inversão obrigatória e automática, ocorrendo independentemente de qualquer critério de apreciação do juízo. Pode-se citar como exemplo aquela determinada pelo art. 38 do CDC¹¹¹, que dispõe que "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina".¹¹² Nesse caso, não cabe ao consumidor, autor da alegação da falsidade da informação ou comunicação publicitária, mas ao fornecedor que as veicula provar sua veracidade.

Finalmente, como bem pontua Claudia Lima Marques¹¹³, "o inciso X finaliza a lista do art. 6º com um direito de adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, que será completado pelo art. 22 do CDC e todos os demais artigos que se referem a

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-213.

¹¹¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹¹² BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 255-256.

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 82.

serviços e não distinguem sua natureza".

Analisando o dispositivo sob a ótica da responsabilidade do fornecedor, tem-se que o diploma consumerista criou para a Administração Pública o dever jurídico de prestar, de maneira adequada e eficaz, os serviços públicos em geral. Cumpre-se, nesse caso, o que já prevê o art. 37, *caput* da Constituição, que impõe à Administração Pública obediência, entre outros, ao princípio da eficiência. Significa dizer, em última instância, que o serviço, além de adequado aos fins a que se destina (princípio da adequação), deve ser de fato eficiente (princípio da eficiência), isto é, deve cumprir tal finalidade de maneira concreta, deve funcionar – e a contento.

2.4 DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA PRÁTICAS ABUSIVAS

Toda a cadeia protetiva criada em torno do sujeito consumerista existe para protegê-lo das práticas abusivas perpetradas pelo fornecedor no mercado capitalista de consumo. Práticas que consistem no mero abuso de direito a atos flagrantemente ilícitos. Oportuna aqui a descrição de Rizzatto Nunes¹¹⁴, que identifica as chamadas práticas abusivas como ações e/ou condutas que, uma vez existentes, qualificam-se como ilícitas, independentemente de haver ou não um consumidor efetivamente lesado ou que assim se sinta. São ilícitas em si, somente por existirem no mundo dos fatos. Em resumo, consoante definição sucinta atribuída por Antônio Herman V. Benjamin¹¹⁵, “prática abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor nas fases pré-contratual (a partir da vedação à prática comercial abusiva), contratual (com a vedação de cláusulas abusivas) e mesmo na pós-contratual (com o instituto do *recall*, por exemplo). O legislador não intervém na autonomia privada a ponto de determinar como o fornecedor deve agir na fase pré-contratual ou como deva se comportar e vender seus produtos e serviços, mas determina como ele não deve se comportar,

¹¹⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 598.

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

quais as práticas repudiadas pelo ordenamento jurídico consumerista. Isso porque, apesar de existir o mandamento constitucional da defesa do consumidor, a Carta Magna salvaguarda também a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade privada, etc., de modo que devemos compatibilizar os dois vetores constitucionais.

O CDC traz a vedação a práticas comerciais abusivas nos seus artigos 36, 37 e 39. A publicidade ilícita, prevista nos arts. 36 e 37 do diploma consumerista, apesar de constituir prática comercial abusiva, devido a sua importância, por opção legislativa, foi enquadrada em artigos próprios. Mas também é prática vedada no CDC, comportando punições na esfera administrativa e, se for o caso, na esfera judicial. O art. 39¹¹⁶, por sua vez, traz as chamadas práticas comerciais abusivas por excelência ou em sentido estrito.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

XI - dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999;

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se

¹¹⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Consoante observa Bolzan¹¹⁷, a utilização da expressão "dentre outras", no *caput* do dispositivo supratranscrito, não deixa dúvidas de que o rol é meramente exemplificativo, até mesmo porque taxar em rol exaustivo as práticas abusivas seria inócuo, na medida em que um novo comportamento ilícito seria sempre praticado no mercado e o consumidor sairia prejudicado diante da ausência de previsão legal.

Ainda nesse particular, dispõe Antônio Herman V. Benjamin¹¹⁸ que não poderia o legislador, de fato, listar, de forma exaustiva, as práticas abusivas. O mercado consumerista é de extremada velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que se buscou deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente enumerativa, uma simples orientação ao intérprete.

As práticas abusivas nem sempre se revelam como atividades enganosas. Muitas vezes, em que pese não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, bem como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.¹¹⁹

Qualquer prática identificada no mercado de consumo, em que se observe violação à regra ou princípio consumerista, pode ser reprimida através das vias cabíveis. Além das sanções administrativas (cassação de licença, interdição e suspensão de atividade, intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII), as práticas abusivas disparam o poder de reparar os danos causados, inclusive os morais, com fulcro no art. 6º, VII do CDC. O magistrado pode, inclusive, na forma do art. 84, determinar a abstenção ou prática de conduta, sob a força de preceito cominatório. Finalmente, as práticas abusivas, quando reiteradas, impõem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28).¹²⁰

¹¹⁷ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 516.

¹¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 267.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 266.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 267-268.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para proteger o lícito e reprimir o ilícito, a ordem jurídica estabelece deveres que, de acordo com a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou tolerar algo. Assim, entende-se por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa, imposta pelo Direito Positivo, por exigência da convivência social. A violação desse dever configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil.¹²¹

Na lição de José de Aguiar Dias¹²², "toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade". A responsabilidade civil resulta da própria evolução do direito, é um dos seus mais ressaltados característicos. É preocupação, no direito civil, só equiparável à que inspira o instituto da pena, outro traço diferencial do progresso jurídico.

A presente monografia se dedica a verificar se a perda do tempo livre do consumidor representa de fato um dano indenizável apto a responsabilizar civilmente o fornecedor, de modo que a análise do instituto da responsabilidade civil se revela imprescindível. Não se pretende aqui esgotar o tema, mas perpassar pelas noções preliminares da responsabilidade e sua evolução, a obrigação de indenizar e o surgimento de novos danos.

3.1 CONCEITO E FUNÇÕES DO INSTITUTO

A expressão "responsabilidade" tem sua origem no verbo latino *respondere*, correspondendo à obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, abrangendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava o devedor nos contratos verbais no Direito Romano. Desse modo, a acepção que se faz de responsabilidade está ligada ao surgimento de uma

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-2.

¹²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3 *passim*.

obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*.¹²³ Há, assim, um *dever jurídico originário*, também chamado de primário, cuja violação acarreta um *dever jurídico sucessivo* ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo.¹²⁴

Daí concluir que a responsabilidade é a fórmula jurídica idealizada para criar um vínculo entre aquele que viola um direito e outrem a quem se cria um direito derivado dessa violação, independentemente de declaração de vontade direcionada a esse efeito.¹²⁵ Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa¹²⁶, o termo responsabilidade é empregado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa concepção, portanto, toda atividade humana pode ocasionar o dever de indenizar.

"O art. 186 do Código Civil consagra o princípio da incolumidade das esferas jurídicas, impondo a todos os sujeitos de direito a noção do *neminem laedere*, ou seja, o dever geral de não causar dano a quem quer que seja". Tal princípio tem fundamento constitucional, pois o art. 5º da Carta Magna consagra, entre os direitos e garantias fundamentais, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo à indenização por quaisquer danos material ou moral decorrentes de sua violação (inciso X). Qualquer um tem o legítimo direito de responsabilizar aquele que interfere indevidamente em sua esfera jurídica, independentemente de haver ou não relação jurídica prévia com o agente que causou o dano, pois existe um dever legal prévio, abstrato e geral de não causar danos que é oponível a todos.¹²⁷

Na leitura de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹²⁸, "a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano a pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou

¹²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 45-46.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

¹²⁵ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 761.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 1.

¹²⁷ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos *et al.* **Código Civil para concursos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 254-255.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1191.

do contrato". Indenização esta que pode ter natureza compensatória e/ou reparatória do dano causado.

Leciona Marcos Bernardes de Mello¹²⁹:

Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em consequência desse princípio, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros.

Toda atividade que ocasiona prejuízo traz consigo, como fato social, o problema da responsabilidade, que se destina a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Justamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Assim, é possível afirmar que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano.¹³⁰

Nesse diapasão, é possível visualizar três funções no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva¹³¹; ou, como também denominadas por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto¹³², funções reparatória, punitiva e precaucional.

A reparatória, função clássica e ainda dominante da responsabilidade civil, tem a "função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial"¹³³. Nela, situam-se o objetivo primordial e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Restitui-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, fixa-se o pagamento de uma indenização, em importância equivalente ao valor do bem material ou

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259-260.

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, v. 3, p. 41.

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 65.

¹³² BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 37.

¹³³ *Ibidem*, p. 37-38.

compensatório do direito não redutível pecuniariamente.¹³⁴ Daí se dizer que a reparação pode ser *in natura* ou indenizatória.

Especificamente quanto ao ressarcimento, o instituto da responsabilidade assume a finalidade de neutralizar as consequências do ilícito, afirmando a ideia do dano diferencial. Ou seja, identifica-se o dano ressarcível na diferença entre a situação patrimonial do lesado no momento seguinte ao ilícito e a situação patrimonial que se verificaria na falta do ilícito. Assim, se desenvolve a dinâmica de translação e transmissão do dano na qual se alcançaria uma soma zero.¹³⁵

No que toca à função punitiva, embora não componha a finalidade básica da responsabilidade civil, a prestação imposta ao ofensor também acarreta um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.¹³⁶

Sem, em momento algum, recusar o protagonismo da função compensatória do instituto, há de se considerar que, isoladamente, ela é incapaz de explicar a complexa dinâmica do ilícito civil. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto defendem a necessidade de o sistema de responsabilidade civil, arrimado em valores constitucionais, dispor de mecanismos capazes de sancionar comportamentos ilícitos de agentes econômicos, em caráter preventivo e de forma autônoma a sua notória vocação ressarcitória de danos. Há uma perspectiva de operabilidade da responsabilidade civil à luz de uma função dissuasória de atos ilícitos.¹³⁷

Nesse sentido, cabe ressaltar a importância da chamada Teoria do Desestímulo. Conforme ensina Getúlio Costa Melo¹³⁸, "o *punitive damages* é a modalidade indenizatória ou reparatória adotado pelos Estados Unidos da América, que teve sua origem no Direito Romano e, primeiramente, adotado na Inglaterra do século XIII".

Com o aperfeiçoamento do modelo inglês, foi nos Estados Unidos da América que o modelo dos *punitive damages* se tornou referência,

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 65.

¹³⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* 2013, v. 3, p. 65-66.

¹³⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 45.

¹³⁸ MELO, Getúlio Costa. **A Teoria do Desestímulo (Punitive Damages) no âmbito consumerista**. JusBrasil. Disponível em: <http://getulio.jusbrasil.com.br/artigos/125585372/a-teoria-do-desestimulo-punitive-damages-no-ambito-consumerista?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 abril 2015.

principalmente pela experiência norteamericana adquirida nos estudos de *leading cases*, nos quais a Suprema Corte daquele país visa a evitar a ocorrência de casos semelhantes a partir da análise de determinado caso concreto.¹³⁹

Ou seja, a aplicação de uma indenização com caráter pedagógico e punitivo de tamanha relevância que, de fato, oprima o ofensor, na relação passiva processual, a não cometer nova ilegalidade e/ou agir com maior prestígio junto ao mercado de consumo. A finalidade da indenização punitiva é evitar que o dano imposto ao consumidor seja lucrativo para as instituições financeiras.¹⁴⁰

A indenização, conforme essa teoria, mais do que compensar o dano, deve desestimular a reincidência, através do chamado caráter pedagógico ou educativo. O modelo do *punitive damages*, apesar de já presente no ordenamento jurídico brasileiro, merece mais prestígio e aplicação, sobretudo nas relações de consumo, devido ao utilitarismo empresarial pelas baixas compensações financeiras. Matéria excelentemente bem tratada pelo doutrinador e professor da Universidade de Harvard, Michael J. Sandel, em seu livro *Justiça*.

Na obra, o autor faz uma análise da doutrina utilitarista, fundada pelo filósofo Jeremy Bentham. A ideia central do utilitarismo é de que o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, definida por ele como qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e evite a dor ou o sofrimento. Uma das objeções feita ao utilitarismo é que ele se procura mostrar como uma ciência de moralidade baseada na quantificação, sem julgar as preferências. Mas não é possível traduzir todos os bens morais em uma única moeda corrente.¹⁴¹

Segundo Michael J. Sandel¹⁴², a lógica utilitarista é aplicada em análises de custo e

¹³⁹ SILVA, Rômulo Limeira Grutes da. ***Punitive damages e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norteamericano***. 2012, p. 6. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 26 abril 2015.

¹⁴⁰ MELO, Getúlio Costa. ***A Teoria do Desestímulo (Punitive Damages) no âmbito consumerista***. JusBrasil. Disponível em: <http://getulio.jusbrasil.com.br/artigos/125585372/a-teoria-do-desestimulo-punitive-damages-no-ambito-consumerista?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 abril 2015.

¹⁴¹ SANDEL, Michael J. ***Justiça***. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 48 *passim*.

¹⁴² *Ibidem*, p. 57-58.

benefício por governos e corporações, tentando trazer racionalidade e rigor para as escolhas complexas da sociedade, transformando todos os custos benefícios em termos monetários e, então, comparando-os. Um dos exemplos trazidos pelo professor americano é a explosão dos tanques de combustível do Ford Pinto, na década de 1970, exposto no caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*:

Durante os anos 1970, o Ford Pinto era um dos carros compactos mais vendidos nos Estados Unidos. Infelizmente seu tanque de combustível estava sujeito a explodir quando outro carro colidia com ele pela traseira. Mais de quinhentas pessoas morreram quando seus automóveis Pinto pegaram fogo e muitas mais sofreram sérias queimaduras. Quando uma das vítimas processou a Ford Motor Company pelo erro de projeto, veio a público que os engenheiros da Ford sabiam do perigo representado pelo tanque de gasolina. Mas os executivos da companhia haviam realizado uma análise de custo e benefício que os levava a concluir que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam os 11 dólares por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro.

Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria da segurança seria 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim, a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro.

No Brasil, a realidade não é distante. A falta de preocupação dos fornecedores em lesionar o consumidor é consequência da despolitização destes, da lentidão do judiciário e, sobretudo, da tímida fixação de indenização pelos Tribunais. Não obstante o fato do Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, afirmar que "o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil"¹⁴³, a jurisprudência se mostra resistente ao fixar o valor da indenização, sob os fundamentos da vedação ao enriquecimento sem causa e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que verifica na ementa, abaixo transcrita, de um julgamento de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento pelo STJ¹⁴⁴:

¹⁴³ Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 26 abril 2015.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 850.273 - BA. Agravante: Gildásia dos Santos e Santos - Espólio. Agravado: Editora Gráfica Universal Ltda. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJAP). Brasília, DJe 24 ago. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=11389310&tipo=5&nreg=20060262377>>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.

2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

3. A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

4. Assim, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

5. *In casu*, o Tribunal *a quo* condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.

6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.

7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos.

8. Agravo regimental a que se nega provimento. (*grifos nossos*).

No presente caso, que tratou de dano à imagem da falecida, pleiteado por seus herdeiros, o Tribunal *a quo* havia condenado as rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento da metade desse valor. No entanto, sob o argumento de consideração das peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados pelo STJ na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, a indenização total foi reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil duzentos e cinquenta reais), também a ser rateado igualmente entre as rés.

Não se concorda aqui com a posição de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴⁵, que entende que, do ponto de vista prático, a aplicação do sistema do *punitive damages* traz mais problemas do que soluções. Segundo a autora, o modelo não deve ser adotado no sistema jurídico brasileiro, dentre outras razões, para evitar a chamada "loteria forense", diminuir ou impedir a imprevisibilidade e insegurança das decisões judiciais, coibir a tendência de mercantilização das relações existenciais.

No entanto, isso não quer dizer que a aplicação dos danos punitivos deva ocorrer de forma arbitrária. Pelo contrário. Faz-se imperioso delinear os contornos desse sistema e estabelecer critérios para a fixação da indenização, já que se trata de um caráter punitivo, de modo a evitar sua utilização desmedida e a consequente banalização do instituto e até mesmo insegurança jurídica.

Conforme ressalta Nelson Rosenvald¹⁴⁶, é fundamental que se associe à composição de danos elementos que ultrapassem o binômio dano/reparação. A mera reparação do dano é um estímulo à prática de lesões, pois o seu causador conta com uma garantia do ordenamento: já sabe previamente que, caso condenado, não sofrerá prejuízo maior do que aquele causado ao lesado. Segundo o autor, deve-se substituir a técnica da neutralidade pela ética da efetividade, através da imposição de uma pena que elimine a possibilidade de prévia escolha pelo lesante da alternativa danosa, por considerar que o lucro resultante da pena será desfavorável. Ou seja, como resposta a comportamentos afrontosos ao direito, o ordenamento deverá ensinar ao ofensor que o ilícito não se paga.

Assim, Nelson Rosenvald traduz na responsabilidade civil a ideia do utilitarismo trazida por Michael J. Sandel. Ressalvando apenas a semântica da expressão "punitive damages". Pois, segundo o autor, "a literalidade da tradução, danos punitivos, não triunfa. Afinal, a reparação dos danos não pune, somente compensa". Dessa forma, assume como tradução adequada a expressão "condenação punitiva".¹⁴⁷

Por fim, há a função precaucional da responsabilidade civil, que "possui o objetivo de

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 328.

¹⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 141.

inibir atividades potencialmente danosas"¹⁴⁸. Na contemporaneidade, verifica-se uma preocupação, que a cada dia ganha mais importância, no sentido de ser garantido o direito das pessoas não mais serem vítimas de danos. Essa natureza de prevenção da ocorrência de danos busca espaço na sistemática da responsabilidade civil, em paralelo ao lugar sempre ocupado pela reparação dos danos ocorridos.¹⁴⁹

A persuasão do ofensor de não mais lesionar, resultado da função punitiva, a ele não se limita, acabando por incidir nessa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de publicizar o fato de que condutas semelhantes não serão toleradas. Dessa forma, alcança-se, indiretamente, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.¹⁵⁰

3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Sergio Cavalieri Filho¹⁵¹, ao fazer o estudo dos elementos gerais da responsabilidade civil, traz os três elementos apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. O primeiro, elemento formal, corresponde à violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária. O segundo é um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa. Por fim, há o elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Segundo o autor, tais pressupostos podem ser claramente visualizados no art. 186 do Código Civil¹⁵², mediante simples análise do seu texto, que dispõe: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Carlos Roberto Gonçalves¹⁵³, ao analisar o mesmo artigo, destaca que ele consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a alguém é

¹⁴⁸ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 37.

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 66.

¹⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17-18.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 abril 2015.

¹⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

obrigado a repará-lo. Dele, extrai quatro elementos ditos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.

Ao fazer o contraponto entre os elementos trazidos por Sergio Cavalieri Filho e Carlos Roberto Gonçalves com aqueles elencados por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, nota-se que os primeiros colocaram a culpa como pressuposto geral da responsabilidade civil, enquanto estes, acertadamente, encaram a culpa como elemento accidental do instituto.

Ao analisar o art. 186 do Código Civil, os doutrinadores extraem três elementos: conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo e nexos de causalidade. Embora a culpa seja mencionada no referido artigo de lei por meio das expressões "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência", não é, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no Código Civil de 2002, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindem desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Afinal, se a pretensão gira em torno de estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não se poderia inserir um a que falte a nota de generalidade.¹⁵⁴

A responsabilidade civil se assenta na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou no risco da atividade (responsabilidade objetiva). Na responsabilidade objetiva o sistema fixa o dever de indenizar independentemente da culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade subjetiva há o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, na causação do fato que ocasionou o dano.¹⁵⁵

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto¹⁵⁶ seguem a linha de Sergio Cavalieri Filho e Carlos Roberto Gonçalves. Apesar de observarem que, na teoria objetiva, restam banidos da obrigação de indenizar os pressupostos do ato ilícito e da culpa, concentrando-se a atenção do civilista no risco da atividade, nexos causal e dano, optam por uma classificação tetrapartida dos elementos do instituto (ato ilícito, culpa, dano e nexos causal). Pois, para os autores, não é outro o resultado que se alcança ao examinar o art. 927, *caput* do Código

¹⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 70.

¹⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1191.

¹⁵⁶ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 123.

Civil: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".¹⁵⁷

Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo¹⁵⁸, ao tratar da responsabilidade em seu Manual de Direito Civil, afirmam que em que pese a culpa seja, de fato, um elemento subjetivo a ser considerado na teoria da responsabilidade civil, preferem elencá-la apenas como subitem do elemento ato danoso, já que sua constatação não é exigida em todos os casos. Assim, enumeram os seguintes pressupostos: ato danoso (com culpa ou sem culpa), prejuízo e nexo de causalidade.

Outro elemento que também não há de se considerar como geral no instituto da responsabilidade civil é a imputabilidade. Nesse sentido, se posicionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵⁹:

Contudo, entendemos que esta noção se encontra englobada na caracterização dos pressupostos já citados, além do fato de residir sua importância, em verdade, na verificação de quem é o sujeito responsável, e não em se há efetivamente responsabilidade.

Explicitando esta afirmação com um exemplo clássico, temos a hipótese de um dano decorrente de ato praticado por menor absolutamente incapaz (e, por isso, inimputável), em que a responsabilidade, mesmo assim, existirá, não logicamente do menor, mas sim de seu responsável legal¹⁶⁰.

Em verdade, todas as discussões sobre o tema da imputabilidade podem ser resolvidas com a delimitação da necessidade de culpa ou não para a caracterização da responsabilidade civil.

Sergio Cavalieri Filho¹⁶¹, em sentido contrário, define a imputabilidade como o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever. Daí, conclui o autor que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa, mas também da própria responsabilidade. Contudo, essa não é a posição mais acertada.

No mesmo sentido caminha Sílvio de Salvo Venosa¹⁶², que afirma que a

¹⁵⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

¹⁵⁸ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 765.

¹⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 71-72.

¹⁶⁰ Neste ponto, os autores ressaltam que o Novo Código Civil brasileiro, em seu art. 928, estabelece nova disciplina para a matéria, admitindo a responsabilidade patrimonial do incapaz.

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25-26.

¹⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 79.

responsabilidade subjetiva, além de exigir uma conduta do ofensor e um ato lesivo, impescinde também da imputabilidade ou nexu de imputação. Para o autor, imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato ou ato. Desse modo, nas mesmas palavras de Sergio Cavalieri Filho, aduz que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa, mas da própria responsabilidade. Contudo, assume a possibilidade de imputação pelo risco, sem que se avalie a culpa; bem como, se o agente, quando da prática do ato ou da omissão, não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, não pode, em princípio, ser responsabilizado. Para que o agente seja imputável, exige-se-lhe capacidade e discernimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, para que alguém seja imputável civilmente são exigidos determinados requisitos: primeiro, um critério objetivo cronológico (idade igual ou superior a 18 anos) e, segundo, um critério psicológico (a higidez mental). Se o lesante for inimputável, é o responsável que responde pelo ato, segundo determina o art. 932 do Código Civil¹⁶³. Trata-se de uma hipótese de responsabilidade civil indireta quanto ao sujeito. No entanto, há previsão legal excepcional para a responsabilidade direta do incapaz e, portanto, inimputável. Os requisitos estão no art. 928 do Código Civil¹⁶⁴, que traz uma responsabilidade subsidiária, condicional e equitativa:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

A responsabilidade subsidiária, prevista no *caput* do artigo, se verifica nas hipóteses em que o responsável não tem meios para arcar com o prejuízo causado pelo incapaz ou não tiver obrigação de fazê-lo. E, além de subsidiária, tem que ser condicional e equitativa, não podendo privar o menor de sua subsistência e nem

¹⁶³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

seus dependentes econômicos.

Sobre o dispositivo acima transcrito, dizem os Enunciados da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal:¹⁶⁵

39 – Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

40 – Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.

41 – Art. 928: A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil.

Diante do exposto, fica claro que a inimputabilidade não é elemento geral, porque o inimputável responde excepcionalmente. Ademais, seguindo a linha adotada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho de que a culpa é pressuposto accidental da responsabilidade civil, identificam-se três elementos deste instituto: conduta humana, dano e nexos de causalidade, a serem tratados a seguir.

3.2.1 Da conduta humana

O elemento primário de todo ato ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. Esse ilícito, por violar bem juridicamente tutelado, interessa à ordem normativa justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem resultado danoso. Mas a lesão a bem jurídico está condicionada à existência, no mundo dos fatos da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo. Ação e omissão constituem, por isso mesmo, o primeiro momento da responsabilidade civil.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Enunciados nº 39, 40, 41 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 26 abril 2015.

¹⁶⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 178.

A conduta humana é, portanto, o primeiro elemento da responsabilidade civil. Toda responsabilidade decorre de uma conduta humana, que tem que gerar dano ou prejuízo e deve a ele estar ligada por um nexo de causalidade. Essa conduta pode ser uma ação (conduta positiva ou comissiva) ou omissão (conduta negativa). Geralmente uma conduta apta a ocasionar a responsabilidade civil é uma ação. Mas também é possível ter responsabilidade civil por omissão, que normalmente se dá quando há o dever de agir por parte do sujeito lesante, que assume a figura do garantidor.

A conduta humana negativa é de intelecção sutil. Corresponde à atuação omissiva geradora de dano. Se, no plano físico, a conduta negativa pode ser entendida como um "nada", no plano jurídico, esse tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo. Ressalte-se, aliás, que o artigo 186 do Código Civil impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que "por ação ou omissão voluntária" gerar prejuízo a outrem.¹⁶⁷

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶⁸ explica o pressuposto em seu manual de responsabilidade civil, referindo-se ainda à responsabilidade por ato de terceiro e por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente:

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. Também o patrão responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto de crime.

A responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é, em regra, objetiva: independe de prova de culpa. Isto se deve ao aumento do número de acidentes e de vítimas, que não devem ficar irressarcidas, decorrente do grande envolvimento da indústria de máquinas.

No entanto, faz-se necessário que a conduta seja voluntária. A ação ou omissão humana voluntária é pressuposto sem o qual não se configura a responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa,

¹⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 75.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

direcionada pela vontade do agente, que acarreta dano ou prejuízo. O núcleo primordial, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que decorre justamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento suficiente para ter consciência daquilo que faz.¹⁶⁹

Há de se observar, porém, que voluntariedade na conduta não significa dolo. Dolo é intenção no resultado danoso, que não se confunde com a intenção de praticar a ação. É possível praticar ato voluntário e causar dano sem querer. É o exemplo da batida do carro. O dolo pode existir, mas não é necessário, não configura elemento geral, pressuposto da responsabilidade. O doutrinador Rui Stoco¹⁷⁰ chama atenção para esta distinção, afirmando que a voluntariedade da ação não corresponde à projeção da vontade sobre o resultado, ou seja, a intencionalidade em produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo, mas, ainda assim, atuar de forma afoita, com indolência ou incapacidade manifesta. O querer intencional, como bem afirma o autor, é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.

A doutrina aponta ainda, a exemplo de Sílvio de Salvo Venosa¹⁷¹, que o ato voluntário, no campo da responsabilidade civil, deve revestir-se de ilicitude. Para o autor, há, na ilicitude, normalmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com uma única conduta. O ato ilícito é traduzido em um comportamento voluntário que transgride um dever jurídico.

Todavia, adota-se aqui, mais uma vez, a linha de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷², que entendem não estar presente na ilicitude o caráter de generalidade necessário a pressuposto da responsabilidade civil. Sem ignorar que a antijuridicidade, em regra, acompanha a conduta humana ensejadora da responsabilidade, entendem os doutrinadores que a imposição do dever de indenizar poderá subsistir mesmo quando o agente atua de forma lícita. Ou seja, "poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal". Daí não se poder dizer que a ilicitude

¹⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 73.

¹⁷⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 179.

¹⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 27.

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 77.

necessariamente acompanha a conduta humana danosa desencadeadora da responsabilização.

Adotando essa posição, afirma Daniel Ustárroz¹⁷³:

Enquanto para Sérgio Cavaliere Filho e Luiz Roldão de Freitas Gomes, o elemento ilicitude é indissociável do fenômeno da "responsabilidade civil", Antonio Menezes Cordeiro, Carlos Alberto da Mota Pinto, Eugenio Facchini Neto, Carlo Buonauro, Giovanni Torregrossa, dentre outros, admitem que o fundamental na ideia de "responsabilidade civil" é a alocação de danos entre as pessoas, cujo fenômeno admite variadas formas de imputação, entre as quais figura a ilicitude, como a principal, porém não a única. Esta segunda posição é a adotada na tese.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto¹⁷⁴ ressaltam que a prática de um ilícito só será pressuposto de responsabilidade civil na teoria subjetiva. Na objetiva, diversamente, o nexos de imputação será definido pelo risco da atividade ou pela legislação, independente da verificação da antijuridicidade do comportamento do agente. Do mesmo modo na responsabilidade negocial, pois nem sempre o inadimplemento obrigacional equivalerá a um comportamento antijurídico da parte.

Ultrapassada a análise do primeiro pressuposto da responsabilidade civil, passemos à verificação do elemento dano.

3.2.2 Do dano¹⁷⁵

O dano é pressuposto sem o qual não há responsabilidade civil. A responsabilidade é uma reação originada pela infração a um dever preexistente. Entretanto, ainda que haja a violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, ou mesmo dolo, por parte do agente, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado a ocorrência de prejuízo.¹⁷⁶ Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não sem dano. E, na responsabilidade objetiva, independente da espécie do risco

¹⁷³ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112.

¹⁷⁴ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 61.

¹⁷⁵ No presente tópico, não se pretende esgotar a matéria em todas as suas nuances. Busca-se apenas tecer considerações sobre aspectos relevantes ao enfrentamento do tema do presente trabalho. Para tanto, o dano será analisado enquanto pressuposto geral para a configuração da responsabilidade civil, verificando-se ainda suas espécies, com destaque para a classificação do dano enquanto patrimonial ou extrapatrimonial.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

que lhe fundamente – risco profissional, risco-proveito, risco criado, etc. –, o dano constitui o seu pressuposto preponderante. De modo que, sem dano, não haverá o que reparar.¹⁷⁷ A causa geradora da própria responsabilidade civil é o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico modificado pelo dano.¹⁷⁸

Seguindo essa linha de intelecção, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷⁹ afirmam que o dano é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade civil, qual seja, sua "pedra de toque". Conceituam o dano ou prejuízo como a "lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator". Ou seja, a ocorrência do prejuízo poderá se originar da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, em especial o dano moral.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto¹⁸⁰ conceituam o dano como fato jurídico em sentido estrito, afirmando que há, em verdade, uma noção física e uma noção jurídica de dano. A primeira corresponde ao dano que determinado bem sofre, enquanto a segunda se refere à violação de um interesse jurídico tutelado do qual o lesado é titular.

Na lição de Marcos Bernardes de Mello¹⁸¹, fato jurídico *stricto sensu* corresponde a "todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial". Pode ocorrer de o evento suporte fático do fato jurídico em sentido estrito estar conectado a um ato humano, a exemplo do nascimento do ser humano que se origina na concepção, ou mesmo de uma conduta humana intencional, como a morte por assassinato. No entanto, isso não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que o ato humano não constitui dado essencial à existência do fato, mas dele participa direta ou acidentalmente. Desse modo, a conduta humana, necessária a deflagrar a responsabilidade, não alteraria a natureza do dano originado.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72-73.

¹⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

¹⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 81-82.

¹⁸⁰ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 205.

¹⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁸² apresentam requisitos mínimos para que o dano seja efetivamente reparável. São eles: (a) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, uma vez que todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado; (b) certeza do dano, afinal, ninguém será obrigado a compensar o ofendido por um dano hipotético ou abstrato, ressaltando que a certeza do dano implica na demonstração de prejuízo; e (c) subsistência do dano, já que não há que se falar em indenização se o dano já foi espontaneamente reparado pelo lesante, devendo subsistir quando de sua exigibilidade em juízo.

Cabendo pontuar, no entanto, que a prova do dano não se confunde com a prova de sua extensão, como bem ressalta José de Aguiar Dias¹⁸³. Segundo o autor, o que o lesado deve provar em juízo é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria de liquidação. Não basta, entretanto, que o autor demonstre que o fato é capaz de produzir dano, que tem natureza prejudicial. É necessário que se prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, deixando para a liquidação a avaliação do seu montante.

Tradicionalmente, a doutrina classifica o dano em duas espécies: dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial. O primeiro implicaria na lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular, enquanto o segundo consistiria na violação de direitos de conteúdo não pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro.¹⁸⁴ A diferença entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, portanto, se encontra no conteúdo econômico.¹⁸⁵

Como o próprio nome diz, o dano patrimonial ou material atinge os bens que compõem o patrimônio do lesado, compreendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de determinada pessoa estimáveis economicamente, abrangendo não apenas as coisas corpóreas, mas também as incorpóreas, como o direito de crédito. Cabendo pontuar, ainda, que o dano patrimonial pode atingir não apenas o patrimônio atual do lesado, mas, também, o futuro; pode não só causar sua

¹⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 84 *et seq.*

¹⁸³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

¹⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2013, v. 3, p. 90 *passim*.

¹⁸⁵ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 221.

diminuição, como impedir o seu crescimento. Daí o dano material se subdividir em dano emergente e lucro cessante.¹⁸⁶

Os danos emergentes consistem no montante indispensável para extinguir as perdas econômicas efetivamente originadas com a lesão, reequilibrando, dessa forma, o patrimônio da pessoa lesada. Correspondem aos prejuízos necessariamente decorrentes da ação ou omissão danosa.¹⁸⁷ O lucro cessante, por sua vez, traduz aquilo que a vítima, em razão do dano, razoavelmente deixou de lucrar.¹⁸⁸ Enquanto, no dano emergente, o prejuízo pode ser verificado imediatamente, sendo certo e mensurável, no lucro cessante, apesar de certo, o prejuízo ainda não pode ser quantificado, dependendo as consequências definitivas do decurso do tempo.¹⁸⁹

Os danos extrapatrimoniais, por outro lado, se verificam pelo efeito não patrimonial da lesão sofrida pela vítima.¹⁹⁰ E ele só foi, de fato, consolidado no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou a matéria ao status dos "Direitos e Garantias Fundamentais" (Título II da CF/88), possibilitando, de forma indubitável, sua ampla reparação no direito pátrio.¹⁹¹

Apesar do reconhecido aspecto não-patrimonial dos danos morais, a partir de determinado momento tornou-se insustentável tolerar que, ao ter um direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão a um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro. Veio a Constituição de 1988 consolidar tal posição, já então majoritária, acerca do pleno ressarcimento do chamado dano moral puro.¹⁹²

Cabe pontuar, nesse tocante, que o presente trabalho é apresentado sobre a

¹⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73-74.

¹⁸⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 223.

¹⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 91.

¹⁸⁹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 770.

¹⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156.

¹⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 116.

¹⁹² Destaca a autora Maria Celina Bodin de Moraes que a legislação brasileira – e isto já vinha sendo defendido por diversos autores muito antes da promulgação da vigente Constituição – amparava o dano moral em vários dispositivos de lei. No Código Civil, por exemplo, havia o art. 76 (interesse moral); o art. 159 (reparação do dano); o art. 1.543 (preço afetivo). Na legislação especial, destacam-se, dentre outras, as seguintes leis, hoje já revogadas: Lei nº 5.250/67, que assegura a liberdade de pensamento e a integridade moral; Lei nº 5.988/73, Lei dos Direitos Autorais. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147-148.

premissa de que os danos extrapatrimoniais e morais, apesar de serem tratados pela doutrina e jurisprudência brasileiras como sinônimos, não guardam perfeita identidade, sendo este uma espécie daquele. Entendimento firmado, dentre outros autores, por Sílvio de Salvo Venosa¹⁹³ e adotado nesta monografia.

Para Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto¹⁹⁴, no Brasil, a denominação "danos extrapatrimoniais" tem o mesmo significado de danos morais. Segundo os autores, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X¹⁹⁵, assim como o art. 186 do Código Civil, utilizam a expressão danos morais para se referir a todas as modalidades de danos não patrimoniais.

No entanto, essa não é a posição mais acertada. Como mencionam os próprios doutrinadores, há mais de uma espécie de dano não patrimonial, o que apenas revela a ausência de técnica legislativa na utilização da expressão "danos morais" com caráter generalizador. Para efeitos do tema abordado nesta monografia, o dano moral, espécie de dano extrapatrimonial, consiste na violação da esfera personalíssima da pessoa, lesionando sua honra, intimidade, vida privada, imagem, etc., bens tutelados constitucionalmente.¹⁹⁶

Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade. (...) Danos não patrimoniais, que nem todos admitem como sinônimo de danos morais, são, portanto, aqueles cuja valoração não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo, são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua própria natureza, os danos psíquicos, da alma, de afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados. Em princípio, o dano moral só atinge direitos da personalidade.¹⁹⁷

Quanto à forma de reparação, enquanto o dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, é indenizado pelo equivalente em dinheiro, o dano

¹⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 332.

¹⁹⁴ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 269-270.

¹⁹⁵ 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: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

¹⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 105.

¹⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 334 *et seq.*

extrapatrimonial é compensado a partir do arbitramento de um valor convencionado, por não possuir equivalência patrimonial.¹⁹⁸ Por essa razão, inclusive, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁹ prefere dizer que o dano moral é compensável, embora a própria Constituição, no art. 5º, X se refira à "indenização". Isso porque a palavra "indenização" advém do latim, "in dene", que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, o que evidentemente não se revela possível no caso de uma lesão de natureza extrapatrimonial.

Importante ressaltar a possibilidade de cumulatividade das reparações, entendimento consolidado na Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça: "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".²⁰⁰ Como bem pontuam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁰¹, a indenização do dano material não exclui ou substitui a reparação pelos danos extrapatrimoniais e vice-versa, ainda que os dois decorram do mesmo fato. Isso porque de um único fato podem decorrer diversas consequências danosas, tanto no patrimônio materializado da vítima quanto na sua esfera extrapatrimonial de interesses.

Nesse sentido,

São cumuláveis as indenizações por dano moral e patrimonial (STJ 37), desde que oriundas do mesmo fato, pois protegem bens jurídicos diferentes e têm fundamentos distintos. No sistema das relações de consumo ocorre o mesmo fenômeno, pois o CDC (...) resguarda a efetiva prevenção e reparação de danos das mais distintas naturezas (patrimoniais, morais, coletivos...), prescrevendo, por conseguinte, a possibilidade da indenização cumulada dos danos patrimoniais e morais.²⁰²

Da mesma forma, há a possibilidade de cumulação das indenizações por danos morais e materiais com a reparação por danos estéticos. Também por entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, através no enunciado sumular nº 387, que dispõe: "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano

¹⁹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 177.

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=490>. Acesso em 04 maio 2015.

²⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 129.

²⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1194.

moral"²⁰³. Posicionamento que apenas reforça o entendimento aqui adotado de que dano moral e dano extrapatrimonial não se confundem.

O dano estético, entendido como "aquele que viola a imagem retrato do indivíduo"²⁰⁴, é uma espécie de dano extrapatrimonial, assim como o é o dano moral. Não é possível afirmar que dano estético e dano moral se confundem, uma vez que, enquanto aquele decorre de uma lesão à imagem da vítima, este se origina da violação à esfera personalíssima do ofendido. A possibilidade de cumulação das duas modalidades de dano apenas reforça a ideia de que elas não se confundem. No mesmo sentido está a literalidade do art. 5º, V da Constituição, que enuncia ser "assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".²⁰⁵

Por fim, importante ressaltar que não configuram dano moral o mero dissabor, a mágoa, o aborrecimento, a sensibilidade exacerbada ou a irritação, uma vez que tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo, além de fazerem parte do cotidiano, seja no trabalho, no trânsito ou nas relações familiares.²⁰⁶ Por seu próprio conceito, já abordado, o dano moral resta caracterizado quando há a violação da esfera personalíssima de alguém.

Portanto, não será o sofrimento humano, perturbação, constrangimento, transtorno ou angústia, que demandará a reparação, mas somente aquelas situações graves o suficiente para atingir a dignidade humana pela violação da personalidade.²⁰⁷ Nesse sentido, o Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁰⁸ dispõe que "o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento".

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=145>>. Acesso em 07 jun. 2015.

²⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 129.

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

²⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

²⁰⁸ Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em 09 maio 2015.

No tocante aos pressupostos da responsabilidade, deve haver ainda o nexo causal direto e imediato entre a conduta humana do agente e o dano ocasionado.

3.2.3 Do nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um elemento de referência entre a conduta e o resultado. Trata-se de um conceito jurídico-normativo por meio do qual se pode concluir quem foi o responsável pelo dano ocasionado. É pressuposto em qualquer modalidade de responsabilidade civil. Não existe responsabilidade sem nexo causal.²⁰⁹ O nexo vem, normalmente, conceituado como o vínculo que se firma entre dois eventos, de forma que um represente consequência do outro.²¹⁰ Em suma, é preciso haver um liame que vincule a conduta do ofensor com o dano ocasionado, de modo que, sem aquela ação ou omissão, não se teria provocado o resultado.²¹¹

Na área da responsabilidade civil, o nexo causal assume duas funções. A primeira (e fundamental) é a de imputar, juridicamente, as consequências de um evento danoso a quem o provocou. Confere-se a obrigação de indenizar para aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a origem do prejuízo. A segunda função é a de determinar a extensão da lesão, a medida de sua reparação. Isto é, pela relação da causalidade será possível determinar quem repara o prejuízo e quais os efeitos danosos a serem reparados. Desse modo, quando o art. 944, *caput* do Código Civil²¹² dispõe que a indenização será medida pela extensão do dano, verifica-se que a delimitação da reparação enseja uma percuciente análise da causalidade, para que se extraia, no caso concreto, quem indeniza e o que se indeniza.²¹³

Tradicionalmente, existem três teorias que tentam explicar o nexo de causalidade.

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

²¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

²¹¹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 773.

²¹² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

²¹³ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 269-366-367.

São elas: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, elaborada pelo jurista alemão Von Buri na segunda metade do século XIX, não distingue os antecedentes do resultado danoso, de modo que todos os fatos que concorram para o evento danoso serão considerados causa. Daí a denominação "equivalência das condições", pois todos os fatores causais se equivalem se tiverem relação com o resultado.²¹⁴ A inconveniência desta teoria, segundo Gustavo Tepedino²¹⁵, "está na desmensurada ampliação, em infinita espiral de concausas²¹⁶, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes".

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, explica que a condição se transforma em causa apenas quando, a partir da análise do caso, verifica o magistrado que o resultado danoso corresponde, abstratamente, ao curso normal das coisas. Ou seja, a lesão é consequência normalmente previsível do fato à luz da experiência. Assim, esta teoria se baseia na probabilidade do evento lesivo.²¹⁷ Se a teoria anterior peca por excesso, uma vez que permite um ilimitado retrocesso na cadeia causal, esta outra, em que pese mais restrita, traz o inconveniente de autorizar um demasiado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe verificar, abstratamente, e segundo um curso de normalidade, se, no caso concreto, o fato ocorrido pode ser reputado como causa da lesão.²¹⁸

Desenvolve-se, então, a denominada teoria da causalidade direta ou imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexa causal, no sentido de que nem tudo que alcança o evento lesivo será, necessariamente, causa da lesão. Isto é, nem

²¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 138.

²¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexa de causalidade. **Revista Jurídica**. Jun./2002, ano 50, nº 296, p. 9. Disponível em: <<http://www.prt0.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexaCausalidade.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2015.

²¹⁶ Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, "utiliza-se a expressão 'concausa' para caracterizar o acontecimento que, anterior, concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 148.

²¹⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 269-373.

²¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 142.

toda a condição será causa necessária apenas por interferir no resultado lesivo.²¹⁹ Causa, para essa vertente doutrinária, "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".²²⁰

Há divergência doutrinária quanto à teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. Sergio Cavalieri Filho²²¹, por exemplo, é favorável à teoria da causalidade adequada, enquanto Carlos Alberto Gonçalves²²² defende a adoção da teoria do dano direto e imediato, sendo esta última a posição adotada no presente trabalho. Isto porque, dispõe expressamente o art. 403 do Código Civil²²³ que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual", consagrando, assim, a referida teoria.

No entanto, pertinente a observação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²²⁴ ao afirmarem que:

O problema é que, muitas vezes, a jurisprudência e a doutrina, sucumbindo talvez ao caráter sedutoramente empírico do tema, acabam por confundir ambas as teorias, não dispensando, entretanto, em nenhuma hipótese, a investigação da necessariedade da causa. [...]
Portanto, a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.

Não obstante a inegável importância do debate em torno das variadas teorias do nexo de causalidade, não se alcançou um consenso significativo sobre a questão. A análise das decisões judiciais demonstra que os Tribunais têm aplicado ora uma teoria, ora outra, sem que se defina sequer um padrão de julgamento acerca dos precedentes.²²⁵ É o que se verifica da ementa do julgado²²⁶ abaixo transcrito, no

²¹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 206.

²²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 142.

²²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

²²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 480.

²²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 maio 2015.

²²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 145-146.

²²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

qual os julgadores confundem a teoria da causalidade adequada com a teoria da causalidade direta e imediata:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.

2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art. 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1060 do CC/1916 e 403 do CC/2002).

3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente).

4. *In casu*, revela-se inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (*grifos nossos*)

Verifica-se, desse modo, certa imprecisão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento pátrio quanto ao estabelecimento da teoria do nexo de causalidade adotada no Código Civil brasileiro, não cabendo, para fins desta monografia, maiores considerações a respeito.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 325.622. Recorrente: Cláudia Sá Rego Ribeiro de Menezes. Recorrido: Master Estacionamento S/C Ltda. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DJe 10 nov. 2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_325622_RJ_28.10.2008.pdf?Signature=9kaViywdMwDyRi%2BggAn1Au3Yo%3D&Expires=1430966006&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACA XCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2e30f41e5d1f5eae45f665b9a58cf8b8>. Acesso em: 06 maio 2015.

3.2.3.1 Excludentes de responsabilidade²²⁷

As causas excludentes da responsabilidade civil podem ser conceituadas como toda contingência que termina por eliminar qualquer pretensão indenizatória ao atacar um dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal.²²⁸ As excludentes operam sobre o nexo de causalidade, rompendo-o. De modo que a obrigação de reparar não se configura, uma vez que ausente o vínculo entre a conduta do ofensor e a lesão ocasionada. Apesar de o dano ter ocorrido, ser certo, não mantém nenhuma conexão com a conduta do agressor. Não há responsabilidade porque não há nexo.²²⁹

Em seu Título III, Dos Atos Ilícitos, o Código Civil traz no art. 188²³⁰ três hipóteses de excludentes: a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade. Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo²³¹ afirmam que, ao definir o ato ilícito, o legislador o fez com o parâmetro da responsabilidade subjetiva, haja vista que afirmou ser o ato ilícito aquele cometido com dolo ou culpa. E, logo depois, prevê o art. 188 as excludentes desta espécie de responsabilidade.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando

²²⁷ Impende destacar, neste ponto, que Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Neto ressaltam que não se deve confundir excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito) com as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima). Segundo os doutrinadores, enquanto as primeiras retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam o responsável pela reparação dos danos de modo absoluto (na legítima defesa com erro na execução, embora lícita, gera o dever de indenizar os terceiros lesados; no estado de necessidade, o ato, apesar de lícito, é indenizável); as excludentes de responsabilidade civil, por romperem o nexo causal, afastam o próprio dever de reparar o dano. BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 380. No presente tópico, entretanto, não se adotará tal diferenciação na análise das excludentes.

²²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 153.

²²⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 380-381.

²³⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

²³¹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 814.

as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa consiste no ato moderado que visa proteger bem ou direito, próprio ou de outrem, contra uma agressão injusta e atual ou iminente. Ressalvando que, na esfera cível, apenas a legítima defesa própria exclui responsabilidade, não a legítima defesa putativa.²³² Sílvio de Salvo Venosa²³³ pontua ainda que, se o ato lesivo foi praticado contra o próprio ofensor, não há dever de indenizar. No entanto, se, no ato de legítima defesa, o agressor atinge terceiro ou bens de terceiro, deve reparar o prejuízo, dispondo, para reembolso da indenização paga, de ação regressiva contra seu ofensor (art. 930, CC/02²³⁴). O mesmo ocorre quando o agente age em excesso na legítima defesa, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação, subsistindo ilicitude quanto a essa parcela, pela qual o agressor se responsabiliza.

Também não poderá haver responsabilidade civil se o agente atuar em exercício regular de direito. Trata-se do exercício normal e razoável, obedecendo a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica-social da conduta. Ressalvam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²³⁵, porém, que, se o agente ultrapassa os limites racionais do exercício do seu direito, há o chamado abuso de direito, circunstância desautorizada pela legislação, que poderá repercutir, inclusive, na área penal, devendo o sujeito ser responsabilizado.

O estado de necessidade, por fim, consiste na agressão a um bem jurídico de valor igual ou inferior em relação àquele que se pretende proteger, para remover perigo atual ou iminente, quando as circunstâncias do caso não autorizarem conduta diversa. Trata-se, em verdade, de uma ponderação de interesses. Para se proteger um bem jurídico de igual ou maior valor, sacrifica-se outro.

E, seguindo a mesma linha de intelecção das demais excludentes aqui tratadas,

²³² ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 814.

²³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 67.

²³⁴ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

²³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 159.

Sílvio de Salvo Venosa²³⁶ observa que a escusabilidade do estado de necessidade é excetuada nos arts. 929 e 930 do Código Civil. O primeiro artigo garante a indenização ao dono da coisa lesionada, caso não seja o culpado pelo perigo; enquanto o segundo dispõe que, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este deverá ser deflagrada ação regressiva pelo autor da lesão, com o fim de recuperar o valor que tenha ressarcido o terceiro prejudicado.

Quanto à responsabilidade objetiva, atentam Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo²³⁷, não se aplicam apenas as três excludentes previstas no art. 188 do Código Civil. De acordo com a doutrina tradicional, a exemplo de Sergio Cavaliere Filho²³⁸ e Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto²³⁹, também não há responsabilidade civil nas hipóteses de caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro.

Quando o sujeito passivo da relação processual afirma que o fato se deu em razão de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, ou até mesmo por fato de terceiro, em verdade está buscando demonstrar a inexistência de nexos de causa e efeito entre ele e o resultado, na consideração de ser possível que alguém se envolva em determinado evento sem que lhe tenha dado causa, hipótese em que não se lhe poderá exigir a obrigação de reparar o dano. É que essas ocorrências fazem romper o nexo causal, tornando-se a causa eficiente e única da eclosão danosa.²⁴⁰

Muito já se debateu sobre a distinção entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se alcançou uma posição uniforme. Fala-se em caso fortuito ou força maior quando há um acontecimento que escapa a toda diligência, completamente alheio à vontade daquele a quem incumbe o cumprimento da obrigação. O Código Civil, em seu art. 393, parágrafo único²⁴¹, praticamente os considera sinônimos, ao passo em

²³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 69.

²³⁷ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 815.

²³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

²³⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 381.

²⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 206.

²⁴¹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

que caracteriza as excludentes como o fato necessário, cujos efeitos são inevitáveis.²⁴²

No desenvolvimento deste trabalho, adota-se o posicionamento do doutrinador Sergio Cavaliere Filho²⁴³, de que há, de fato, diferença entre o caso fortuito e a força maior. Há caso fortuito quando o evento é imprevisível e, por isso, inevitável; enquanto há força maior quando o evento é inevitável, ainda que previsível, como são os fatos da natureza. Ou seja, a imprevisibilidade é pressuposto para a caracterização do caso fortuito, já a inevitabilidade é o da força maior. No entanto, há de se reconhecer que, conforme conclui Sílvio de Salvo Venosa²⁴⁴, não importa o critério de distinção adotado, pois não trará consequência prática alguma, já que, juridicamente, os efeitos decorrentes de ambos são os mesmos.

De qualquer maneira, o caso fortuito e a força maior devem se originar de fatos alheios à vontade do devedor ou do interessado. Se o evento decorre da culpa de alguém, não se dá o rompimento do nexo de causalidade. Dessa forma, desaparecido o nexo, não há responsabilidade. Isso vale tanto para a responsabilidade contratual como para a aquiliana. Orbita-se o fato de que o dano não é causado pelo fato do agente, mas em função de acontecimentos que fogem a seu controle.²⁴⁵

A conduta exclusivamente culposa da vítima também tem o condão de romper o nexo causal, isentando o agente de responsabilidade. Ressaltando que a atuação deve ser exclusiva da vítima, pois a concorrência de culpa provoca, regra geral, a mitigação da indenização, para que seja proporcional a atuação de cada indivíduo.²⁴⁶ Frise-se, portanto, que a culpa exclusiva da vítima rompe o próprio nexo em face do aparente causador direto do dano, razão pela qual há isenção de responsabilidade deste, e não apenas simples ausência de culpa. Não podendo se deixar de pontuar que o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II, disciplinou, de forma expressa, a culpa exclusiva do consumidor entre

²⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 68.

²⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 62.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 62-63.

²⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 167-168.

as excludentes da responsabilidade do fornecedor.²⁴⁷

Por fim, como causa de exclusão do nexo causal, e, conseqüentemente, da própria responsabilidade, há o fato de terceiro. Aqui, do mesmo modo como ocorre no fato exclusivo da vítima, dá-se uma interrupção do nexo causal, ao passo em que não é a conduta do agente a causa necessária à ocorrência da lesão. Sendo o comportamento do terceiro a causa exclusiva do resultado danoso, rompe-se a relação de causalidade, com a isenção do aparente responsável.²⁴⁸ A culpa exclusiva de terceiro também foi prevista no Código de Defesa do Consumidor entre as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor (arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II).²⁴⁹

Antes de partir para o elemento da culpa e sua função na responsabilidade civil, cabe tecer algumas considerações acerca da cláusula de não indenizar, sem a pretensão de esgotamento do tema, apenas de apresentá-lo.

A cláusula de não indenizar corresponde ao acordo para não imposição das conseqüências normais do descumprimento de uma obrigação assumida.²⁵⁰ Através desta cláusula, as partes se previnem de danos, sendo que uma delas renuncia de forma expressa ao direito que pode surgir eventualmente da responsabilidade advinda do descumprimento da prestação pactuada. Ela é válida na responsabilidade contratual, desde que não haja vedação legal. Ressalvando que não é permitido à cláusula de não indenizar violar o núcleo da obrigação contratada.²⁵¹

Considerando o significado que o Direito Civil possui hoje, mais socializado e vocacionado aos superiores princípios constitucionais, influenciado por valores de solidarismo social, a cláusula de não indenizar, posto que não seja vedada pelo Código Civil, é condicionada ao preenchimento de alguns elementos, como a igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos de ordem

²⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

²⁴⁸ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 391.

²⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2010, p. 67.

²⁵⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 252.

²⁵¹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 816.

pública. Não é por outra razão que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 25²⁵², determina que "é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar", ou seja, que diminua de alguma forma a responsabilidade civil do fornecedor. A vulnerabilidade do consumidor autoriza a intervenção do Estado na autonomia privada para considerar abusiva a cláusula que beneficie a parte mais forte economicamente.²⁵³

3.2.4 Da culpa enquanto elemento acidental

Consoante exposto em tópico anterior, a premissa estabelecida neste trabalho é de que a culpa constitui elemento acidental da responsabilidade civil, e não pressuposto geral do instituto. Afinal, com a consagração da responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002, a culpa não é elemento exigido a todas as espécies de responsabilidade, faltando-lhe nota de generalidade.

A legislação não definiu nem conceituou culpa. Ausência já sentida no Código Civil de 1916 e que persiste no Código em vigor.²⁵⁴ Doutrinariamente, esse elemento é conceituado como uma "conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível".²⁵⁵ Em sentido amplo, portanto, culpa corresponde à inobservância de um dever que deveria ter sido conhecido e observado pelo autor da conduta.²⁵⁶

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁵⁷ apontam que, segundo a doutrina tradicional, a culpa, em sentido amplo, é composta de três elementos: a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação de um

²⁵² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

²⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 172-173.

²⁵⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 179.

²⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

²⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 27.

²⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 179-180.

dever de cuidado. Sobre a voluntariedade, afirmam que, para que se possa reconhecer a culpabilidade, a atuação do agente deve ser voluntária, o que não se confunde com vontade direcionada, que constitui o dolo. O segundo elemento também se revela indispensável, uma vez que, escapando da previsibilidade, entramos na órbita do fortuito, que pode, inclusive, ser causa de exclusão do nexo de causalidade. Por fim, a violação de um dever de cuidado está intrínseco no conceito de culpa. Se a inobservância for intencional, há dolo.

Reforçando a distinção entre a culpa e o dolo, Sergio Cavalieri Filho²⁵⁸ afirma que em ambos os casos há voluntariedade na conduta do agente, mas na segunda hipótese a conduta é originariamente ilícita, já que a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, enquanto, na primeira, a conduta nasce lícita, transformando-se em ilícita na medida em que se desvia dos padrões de conduta adequados socialmente. Ou seja, no dolo, o agente almeja a ação e o resultado, e, na culpa, ele visa apenas a ação, atingindo resultado diverso do pretendido decorrente da falta de cuidado.

Há, na atualidade, forte conceito objetivo na própria noção de culpa. Paulatinamente, a noção de culpa foi se desvinculando da compreensão decorrente do estado de ânimo do autor da conduta para ser entendida como um erro ou mesmo desvio de conduta. E o exame desse desvio de conduta importa na comparação, no caso concreto, do comportamento que seria normal e aceitável para a sociedade, observando se o autor do dano agiu com imprudência, negligência ou imperícia.²⁵⁹ A imprudência se caracteriza quando o agente atua contra as regras básicas de cautela, decidindo enfrentar o perigo desnecessariamente; a negligência é a falta de observância do dever de cuidado por omissão; e a imperícia decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica.²⁶⁰

Inegavelmente, a exigência da culpa como pressuposto do instituto da responsabilidade civil representou uma grande evolução. O objetivismo típico das sociedades antigas foi abandonado, passando-se a se exigir um elemento subjetivo

²⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31.

²⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 28.

²⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 182-183.

que pudesse viabilizar a imputação psicológica do dano ao seu agente. No entanto, pela natural dificuldade de subsunção do caso concreto ao conceito proposto, as legislações não obtiveram sucesso ao convergir a responsabilidade na inconsistente noção de culpa. Com o tempo, surgiu a chamada teoria do risco, sustentáculo da responsabilidade objetiva, que admitiria a possibilidade de responsabilização daquele que empreendesse atividade perigosa, independentemente da verificação de sua culpa.²⁶¹ Trata-se da evolução do instituto da responsabilidade civil, da subjetiva para a objetiva.

3.3 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO: DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA PARA A OBJETIVA

Poucos institutos jurídicos evoluem mais que a responsabilidade civil. E, em virtude dessa evolução, a importância da responsabilidade frente ao direito é agigantada, por sua mutabilidade constante, sua movimentação eterna no sentido de alcançar seu objetivo maior, que é o pronto-atendimento às vítimas de danos pela atribuição, ao agente causador do dano, do dever de indenizá-los.²⁶²

O Código Civil de 1916²⁶³, sob forte influência do Direito francês, fundamentou a responsabilidade civil na noção de culpa, conforme se verifica da simples leitura do seu art. 159, que dizia: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". As hipóteses de responsabilidade objetiva ficaram relegadas a pontos isolados da legislação. De modo que, para que restasse configurada a responsabilidade, era necessária a perquirição da culpabilidade, do liame subjetivo que impulsionou o comportamento do agente.²⁶⁴

No entanto, a conjuntura histórica alterou o tratamento dado à responsabilidade

²⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 175 *et seq.*

²⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

²⁶³ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

²⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 190.

objetiva, que ganhou maior destaque. É o que explica Sergio Cavalieri Filho²⁶⁵ em passagem no seu livro "Programa de Responsabilidade Civil":

Costuma-se apontar, em apertada síntese, a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreu como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil.

Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos.

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares?

A responsabilidade fundada na culpa, portanto, já não era suficiente para resolver todos os danos que se apresentavam. A necessidade de maior proteção da vítima fez nascer, então, a culpa presumida, que inverte o ônus probatório, solucionando a grande dificuldade que enfrentavam as vítimas de demonstrar a culpa do agente responsável pela ação ou omissão desencadeadora da lesão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como item obrigatório, nas hipóteses expressas na legislação, originando-se, assim, a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.²⁶⁶

Tradicionalmente fundado no elemento culpa, o instituto passou, aos poucos, da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, abraçando a teoria do risco em razão da evidente transformação social. O dano passou a ocupar lugar de destaque entre os pressupostos da responsabilidade. Primorosa é a colocação do

²⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141.

²⁶⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I, p. 213.

doutrinador Rui Stoco²⁶⁷ ao tratar da matéria:

A rápida evolução da responsabilidade civil sinaliza que a direção a seguir é no sentido de priorizar o dano e considerá-lo como elemento fundamental, na medida em que a distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva e entre ato lícito e ilícito começa a ser relativizada, com o objetivo apontado pela doutrina de buscar maior resguardo, segurança e proteção das pessoas, caminhando a passos largos no rumo da socialização dos encargos, ou seja, uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, tendo como supedâneo o princípio da igualdade. [...] Também se vem direcionando rapidamente no sentido de minimizar a importância da distinção entre ato ilícito e lícito para efeito de imposição de obrigação reparatória, perdendo força que qualificação da conduta geradora do dano em legítima ou ilegítima e ganhando força a qualificação da lesão sofrida. [...] A partir desse entendimento, importará que o dano seja ilegítimo e não que a conduta causadora o seja.

Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se equilibra mais apenas nos tradicionais sustentáculos da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexos causal. O instituto já não recusa – como outrora se recusava, por ser absolutamente inaceitável – a existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita. Nos dias de hoje, apresenta-se um sistema que já não se espanta com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja.²⁶⁸

No Brasil, embora não ignorada pelo Código Civil de Beviláqua, a responsabilidade objetiva foi definitivamente introduzida no ordenamento positivo por meio de legislações especiais, como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e a Lei nº 6.453/77, relativa às atividades nucleares. A Constituição de 1988 inaugurou novos caminhos, não somente pela previsão de hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, § 6º), mas, principalmente, pelo estabelecimento de uma nova base axiológica, mais afeita ao acolhimento de uma responsabilidade que, renunciando à culpa, se apresentasse mais comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social.²⁶⁹

A culpa passou por todo um processo de sedimentação doutrinária nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive no brasileiro, culminando por perder a importância de outrora. O Código Civil de 2002, distanciando-se da

²⁶⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1232.

²⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

orientação do Código anterior, legitimou, de forma expressa, a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa), admitiu também a responsabilidade objetiva, conforme se verifica da leitura do seu art. 927: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".²⁷⁰

Juntamente com a responsabilidade derivada do ilícito civil ou abuso de direito, em cujos conceitos encontra-se inserta a noção de culpa, reconhece-se a responsabilidade civil do infrator, sem indagação de culpa (responsabilidade objetiva), em duas situações, dispostas no parágrafo único do referido artigo. São elas: os casos especificados em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente causador do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de terceiro.²⁷¹

Para a teoria do risco, todo aquele que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigado a repará-lo, mesmo que não tenha agido com culpa. A responsabilidade civil desloca-se da ideia de culpa para a de risco, ora encarada como "risco proveito", que se baseia no princípio de que é reparável a lesão causada a terceiro em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como "risco criado", a que se submete toda pessoa que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.²⁷² Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto²⁷³, "aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa".

Atento à nova axiologia constitucional, o Código de Defesa do Consumidor veio instituir a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, criando um sistema de responsabilização livre do fator subjetivo da culpa e abrangente de um vasto campo de relações na sociedade contemporânea. Em 2002, o novo Código Civil, tão tímido em outras matérias, consolidou corajosamente a orientação constitucional no campo da responsabilidade civil [...].

²⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 179.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 191.

²⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

²⁷³ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 415.

De fato, com a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco contida no parágrafo único do art. 927, o legislador de 2002 espancou definitivamente a ideia da prevalência da culpa no sistema brasileiro. Ao exigir a participação da discricionariedade jurisdicional na ampla tarefa de definir as atividades sujeitas à sua incidência, a aludida norma retirou, a um só tempo, a condição excepcional e o caráter *ex lege*, ainda então atribuídos à responsabilidade objetiva na cultura jurídica nacional.²⁷⁴

Os estágios em que se processa a evolução aqui retratada demonstram de forma nítida que a reparação do dano é motivada, primeiramente, na preocupação de harmonia e equilíbrio que guia o direito e lhe constitui o elemento motivador. Daí não ser possível até hoje, apesar dos esforços, estabelecer uma teoria unitária e permanente do instituto. A responsabilidade civil é fundamentalmente dinâmica, tem de adaptar-se, transformar-se ao passo em que envolve a civilização, sendo dotado de flexibilidade suficiente para assegurar o objetivo de restabelecer o equilíbrio desfeito quando da ocorrência da lesão.²⁷⁵

Não existe hierarquia, seja normativa ou axiológica, entre a responsabilidade objetiva ou subjetiva. O Código Civil não outorgou primazia a nenhuma das formas de imputação de danos. Nas situações em que prevalece a teoria subjetiva, conserva-se firme a noção de culpa, sendo imprescindível a verificação da falta do autor da conduta diante do descumprimento de um dever de cuidado e a consequente reprovação do ilícito e sua censurabilidade pela imposição da sanção reparatória. Por outro lado, a norma será conduzida para a teoria objetiva quando a intenção do legislador for a de promover o princípio da solidariedade, a partir da repartição de riscos sociais.²⁷⁶

Das considerações acima, conclui-se que o Código Civil de 2002 colocou a responsabilidade civil objetiva em posição de relevo. Teoria que passou a admitir inúmeras situações frequentemente vivenciadas e para as quais a jurisprudência tradicional insistia em fazer incidir as clássicas regras da responsabilidade subjetiva. Pelo vasto espectro de incidência da expressão "atividade de risco", é possível afirmar que a maior parte das situações posta à apreciação do judiciário será

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21 *et seq.*

²⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

²⁷⁶ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 436.

solucionada sem a verificação da culpabilidade do agente.²⁷⁷

Dito isso, não se compreende o disposto no art. 944 do Código Civil: "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". O *caput* do dispositivo é claro, trazendo a regra geral de Direito Civil, segundo a qual a indenização é aferida pela extensão do dano, mesmo que o agente causador do dano tenha atuado com intensa carga de dolo, sob pena de caracterizar o enriquecimento sem causa. Entretanto, ao permitir que o magistrado investigue a culpa para reduzir a indenização, o parágrafo único do artigo subverte esse princípio. Sendo, inclusive, duvidosa a utilidade da norma, pois rompe definitivamente com o fundamento básico de ressarcimento integral da vítima. Trata-se, assim, de norma anacrônica face ao sistema estabelecido, a não ser que tal dispositivo seja aplicado apenas nas hipóteses de responsabilidade subjetiva.²⁷⁸

Nesse sentido, Nelson Rosenvald²⁷⁹ aponta que, para a doutrina majoritária, materializada no Enunciado nº 46 do Conselho de Justiça Federal²⁸⁰, o parágrafo único do referido dispositivo só poderá ser aplicado na hipótese de responsabilidade civil subjetiva, seja por sua própria redação ou mesmo pela orientação sistemática de que qualquer discussão referente à culpa é eliminada da análise do nexo de imputação objetiva.

Todo esse fenômeno de evolução da responsabilidade resultou, inclusive, no aparecimento de novas espécies de dano. O dano estético e a perda de uma chance são exemplos evidentes da transformação ocorrida no âmbito da responsabilidade civil, pois se desvencilharam das já consolidadas hipóteses de dano moral e material.

²⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 197.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 197-198.

²⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 112.

²⁸⁰ Enunciado nº 46 - A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 11 maio 2015.

3.4 DOS NOVOS DANOS: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DANO INDENIZÁVEL

Assim como o despertar do direito para os interesses supraindividuais, a consagração da imprescindibilidade de tutela dos interesses existenciais inerentes à pessoa humana corresponde a uma autêntica revolução da ciência jurídica recente. O reconhecimento da dignidade humana como valor fundamental nas Constituições do último século, afiliado à aplicabilidade direta das normas constitucionais, passou a demandar de forma inevitável a ressarcibilidade do dano extrapatrimonial. Embora de maneiras diferentes, os sistemas jurídicos passaram a conceder reparação aos ditos danos existenciais, interesses antes considerados de forma meramente programática, como propósito de comandos dirigidos apenas ao legislador, inaptos a deflagrar proteção direta contra violações praticadas pelo Estado ou particulares.²⁸¹

O fenômeno da constitucionalização do direito civil traduziu-se de forma evidente também no instituto da responsabilidade. Um novo universo de interesses merecedores de tutela abriu espaço, diante da sua lesão, a danos que até então sequer eram prestigiados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, sua ressarcibilidade negada. A possibilidade de aplicabilidade direta da norma constitucional de tutela da dignidade humana deu margem à proteção de outros interesses existenciais que, há muito, demandavam reparação. A doutrina e os Tribunais nacionais passaram a entender como lesão ressarcível, mesmo à margem de previsão legislativa específica, o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psicofísica.²⁸²

Desse modo, sendo a dignidade o atual referencial do ser, uma vez que compõem o seu núcleo a própria igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade, transformam-se, por essa razão, no próprio fundamento da pessoa humana, elementos que não podem ser lesados sem uma contraprestação apropriada da responsabilidade civil. Considerando a vertiginosa transformação pela qual passou o instituto, desde o estabelecimento da industrialização ao surgimento da contemporaneidade pós-industrial, marcada pela globalização e relações virtuais,

²⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 90-91.

²⁸² *Ibidem*, p. 90.

perpetraram-se mudanças antes desconhecidas, fato que fez crescer vertiginosamente a geração de danos no meio social, sendo cada vez mais relevante a consagração da teoria do risco enquanto instrumento possibilitador do ressarcimento para vários dos danos da atualidade.²⁸³

Acredita-se que o reconhecimento de novos danos, a partir da definição de novas rubricas indenizatórias, contribui bastante para a concretização da aspiração de reparação integral da pessoa humana. Isto porque as tradicionais modalidades de dano moral e patrimonial são efetivamente insuficientes para tutelar a pessoa humana em toda a sua extensão e complexidade.²⁸⁴

Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade psicofísica, dano estético, dano à saúde, etc.) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda parte tem empregado expressões como *novos danos* ou *novos tipos de danos*. A rigor, a alusão a "tipos" mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, já que a tendência mundial hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica – da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis. Justamente por essa razão, o arrolamento destes "novos danos" mostra-se tarefa das mais ingratas. Não sendo possível exauri-los, sua indicação tem como utilidade apenas a descrição ilustrativa (...).²⁸⁵

Nesse sentido, apenas a título exemplificativo e sem a pretensão de exaurimento do tema, optou-se por abordar neste trabalho, a título de *novos danos*, a perda de uma chance, o dano estético e o dano reflexo.

A perda de uma chance, construção doutrinária e jurisprudencial do direito francês, corresponde a uma oportunidade dissipada de auferir vantagem futura ou de evitar um prejuízo em decorrência da prática de um dano injusto. Ao se consagrar essa teoria, destacam os autores, admite-se que as incertezas e o acaso adentram a área da responsabilidade civil e que ao deslocarmos seu foco para à ampla reparabilidade da vítima, gradativamente se aceita que não apenas situações jurídicas existenciais e transindividuais sejam objeto de reparação, mas também danos intangíveis, desde que suficientemente demonstrados.²⁸⁶

A natureza da indenização concedida pela perda de uma chance é controvertida na doutrina e jurisprudência brasileiras. Ora os tribunais indenizam essa espécie de

²⁸³ CAPPELARI, Récio Eduardo. **Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do direito**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 193-194.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 144 *passim*.

²⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 91-92.

²⁸⁶ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 230.

dano a título de lucros cessantes, ora a título de dano moral, ainda que não utilizem essa denominação. Há forte corrente doutrinária que classifica a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização, entre o dano emergente e o lucro cessante, cabendo uma graduação que deve ser mensurada no caso concreto, distinguindo a mera possibilidade da probabilidade.²⁸⁷ Independentemente da classificação que se adote, é evidente a conotação patrimonial dessa espécie de dano. A perda de uma chance, conforme já conceituado, corresponde à dissipação de uma vantagem futura ou possibilidade de se evitar um prejuízo, restando claro seu caráter patrimonial.

No entanto, pertinente é a observação dos doutrinadores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto²⁸⁸ ao afirmarem que a compressão da teoria da perda de uma chance só é possível a partir do momento em que se define o dano, seja patrimonial ou extrapatrimonial, como a violação a um interesse concreto merecedor de tutela. Dessarte, quando alguém tem usurpada de si uma chance séria e efetiva, o dano refletirá uma lesão a uma legítima expectativa, que será objeto de reparação, do mesmo modo que os lucros cessantes, danos emergentes e o dano moral.

Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo apontam os seguintes requisitos para aplicação da referida teoria: ato lícito ou ilícito (na medida em que a responsabilidade seja objetiva ou subjetiva); extrema probabilidade – e não mera possibilidade – de que a vítima do dano obteria a vantagem resultante da oportunidade da qual foi privada; e nexos causal entre o ato do agente e a efetiva perda da chance.²⁸⁹ A outorga de compensação pelos prejuízos decorrentes da perda de uma chance não foge aos pressupostos da responsabilidade civil, como a prova do dano e do nexo de causalidade.²⁹⁰

A verificação da seriedade e realidade da chance perdida é o critério mais aplicado pelos tribunais para distinguir os danos potenciais e prováveis e, portanto,

²⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79-80.

²⁸⁸ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 230.

²⁸⁹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 772.

²⁹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Questões controvertidas: série grandes temas de direito privado**. São Paulo: Editora Método, 2006, v. 5, p. 447.

indenizáveis, daqueles meramente eventuais e hipotéticos, que deve ter sua compensação repelida. Ademais, não há que se falar em indenização se não houver a dissipação permanente da vantagem que seria auferida. Portanto, é possível afirmar que a teoria clássica da responsabilidade pela perda de uma chance tem como um de seus pressupostos a perda definitiva da vantagem esperada.²⁹¹

O dano estético, por sua vez, em que pese a importância que lhe tem sido concedida pela doutrina e jurisprudência, não possui disciplina própria no Código Civil. Ligado, a princípio, às deformidades físicas que provocam repugnância, paulatinamente passou-se a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que provoquem desgosto à vítima ou complexo de inferioridade.²⁹² Em suma, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁹³, o dano estético é "aquele que viola a imagem retrato do indivíduo".

Sobre sua natureza, prevalece entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que o dano estético é distinto e autônomo ao dano moral, pois, enquanto o primeiro corresponde a uma modificação morfológica de formação corporal que agride a visão, provocando aborrecimento e repulsa, o segundo reflete ao sofrimento mental pela aflição e angústia a que a vítima é submetida. Daí a possibilidade de cumulação de tais danos, consolidada através da Súmula nº 387 do Tribunal.

Essa espécie de dano já foi abordada nesta monografia quando se tratou do dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil, abordando-se sua natureza e a possibilidade de cumulação de sua indenização com o dano moral. Na oportunidade, reconheceu-se a autonomia entre os danos estético e moral, mas definindo-se ambos como espécies de dano extrapatrimonial. Enquanto o dano estético decorre de uma lesão à imagem da vítima, o dano moral se origina da violação à esfera personalíssima do ofendido, correspondendo tanto um quanto o outro à lesão a interesses extrapatrimoniais da pessoa humana.

Por fim, no dano reflexo ou em ricochete, ocorre uma lesão em decorrência de um

²⁹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Questões controvertidas: série grandes temas de direito privado**. São Paulo: Editora Método, 2006, v. 5, p. 448 *passim*.

²⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

²⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 129.

dano sofrido por terceiro. O evento danoso não afeta somente a vítima direta, mas, também, reflexamente, os interesses de outra pessoa. Daí a expressão "ricochete", que significa o dano sofrido primeiramente por um, que acaba por refletir em outro, pelo fato de haver alguma relação entre ambos.²⁹⁴ A vítima do dano reflexo é afetada pelo dano não em sua substância, mas na sua consistência prática.²⁹⁵

Inobstante o fato de não ser de fácil caracterização, o dano reflexo certo e de existência comprovada demanda a reparação civil do infrator, desde que demonstrado, importante frisar, o prejuízo à vítima reflexa.²⁹⁶ É o que verifica da análise do julgamento do Recurso Especial 254418/RJ, no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu não ter restado comprovado o dano moral reflexo pela morte do cônjuge do qual a autora era separada de fato²⁹⁷:

CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE DE CÔNJUGE DO QUAL A AUTORA ERA SEPARADA DE FATO. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA.

I. Justifica-se a indenização por dano moral quando há a presunção, em face da estreita vinculação existente entre a postulante e a vítima, de que o desaparecimento do ente querido tenha causado reflexos na assistência doméstica e significativos efeitos psicológicos e emocionais em detrimento da autora, ao se ver privada para sempre da companhia do de cujus.

II. Tal suposição não acontece em relação ao cônjuge que era separado de fato do de cujus, habitava em endereço distinto, levando a acreditar que tanto um como outro buscavam a reconstituição de suas vidas individualmente, desfeitos os laços afetivos que antes os uniram, aliás, por breve espaço de tempo.

III. Recurso especial não conhecido. Dano Moral indevido.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁹⁸ alertam para a diferença entre o dano reflexo e o chamado dano indireto. A classificação do dano em direto ou indireto remete ao interesse juridicamente tutelado que tenha sido objeto de violação. Desse modo, uma difamação, por exemplo, gera dano moral, mas pode acarretar, de forma indireta, danos extrapatrimoniais por abalo de crédito. O dano reflexo, por sua vez, se refere, não ao interesse violado, mas à vítima, seja o próprio titular do direito ou pessoa atingida reflexamente por relação de dependência com o

²⁹⁴ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 241.

²⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.

²⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 96.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 254.418/RJ. Recorrente: Célia Maria Camargo Teixeira. Recorrido: Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DJe 11 jun. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=215859&num_registro=200000333328&data=20010611&formato=PDF>. Acesso em: 12 maio 2015.

²⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2013, v. 3, p. 97.

primeiro.

Conclui-se, assim, o estudo da responsabilidade civil, lastreando-se o próximo capítulo na análise da tese do desvio produtivo do consumidor e suas nuances jurídicas.

4 DO DANO TEMPORAL: DA USURPAÇÃO DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR

Na seara de um ordenamento jurídico unitário, apoiada no princípio da máxima atuação da Constituição, já não mais se admite o Direito sob uma ótica compartimentalizada. Os variados ramos do Direito superam as extremas delineadas pela dogmática jurídica, emprestam princípios e técnicas e recebem outros em troca, com o intuito maior de obter soluções reais de tutela e proteção à pessoa humana. E, nessa passagem – do singular para o plural –, impende também verificar a transposição do ilícito para os ilícitos, com a ênfase de um perfil funcional da responsabilidade civil, rompendo-se o esquema bipolar da responsabilidade aquiliana (dano patrimonial/moral)²⁹⁹.

Nesse sentido, é possível identificar a existência de novos danos, que se acumulam diante do constante cometimento de ilícitos na sociedade contemporânea. Este capítulo se debruçará particularmente sobre o chamado "dano temporal", que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o desenvolvimento da tese de Desvio Produtivo do Consumidor, de autoria do doutrinador Marcos Dessaune³⁰⁰. Para tanto, faz-se necessário o estudo do tempo como bem jurídico tutelado e as noções gerais da responsabilidade civil nas relações de consumo, para, então, enfrentar o tema do reconhecimento do "dano temporal" no Direito pátrio, bem como sua natureza jurídica, verificando se o mesmo consiste numa nova espécie de dano ou enquadra-se no conceito de dano moral.

4.1 DO TEMPO COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

A importância do tempo na sociedade moderna é indiscutível. Desde o século XX, os países ao redor do mundo vivenciam os processos de globalização e digitalização. As informações circulam os hemisférios em milésimos de segundo. E, nesse novo contexto, o ser humano busca conciliar suas intermináveis obrigações no curto espaço das vinte e quatro horas que compõem o dia, período que parece cada vez

²⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

³⁰⁰ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

mais escasso e insuficiente. O homem demanda esforços diários em planejamento com um único escopo: ganhar tempo. E essa realidade inevitavelmente abriga esse bem como valor basilar.

Lúcio Anneo Sêneca³⁰¹ já assinalava que a vida se precipita nas profundezas e, do mesmo modo em que de nada serve colocar líquido num recipiente sem fundo, nada pode trazer de volta o tempo, não importa quanto foi dado, pois não há onde retê-lo. Não é possível se apossar do tempo ou fazer demorar a mais efêmera das coisas, apenas deixar que se perca como algo supérfluo e substituível.

A efemeridade do tempo e sua importância enquanto valor crucial ao homem é excelentemente bem retratado no filme "O Preço do Amanhã"³⁰². Na obra, as pessoas nascem com um marcador no pulso, que disparam aos 25 anos, quando param de envelhecer, e as horas funcionam como um cronômetro, numa contagem regressiva a determinar quando a vida de cada um termina. E, nessa incessante busca por mais tempo, cada segundo é valioso.

O tempo presente é brevíssimo, ao ponto de, na verdade, não ser percebido por alguns. De fato, ele está sempre em curso, flui e se precipita; deixa de existir antes de chegar; não pode ser detido do mesmo modo que o mundo ou as estrelas, cujo incansável movimento não permite que se mantenham no mesmo lugar. Assim, somente o tempo presente pertence aos homens ocupados, tempo este tão breve que não pode ser alcançado e que é retirado deles já que estão distraídos com muitas coisas.³⁰³

No entanto, o tempo não encontra tutela jurídica adequada à importância que lhe é intrínseca. O ordenamento jurídico brasileiro não tutela expressamente o tempo enquanto bem jurídico autônomo, apenas enquanto instrumento necessário à manutenção de sua estrutura. Todavia, inquestionável é a sua expressão econômica e relevância, apesar de fundamentalmente intangível. Sendo assim, não há como negar sua importância enquanto instituto componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Afinal, o tempo é a expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano.

³⁰¹ SÊNECA, Lúcio Anneo. **Sobre a brevidade da vida**. Trad. Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 28 *passim*.

³⁰² O PREÇO DO AMANHÃ. Produzido por Andrew Niccol, Marc Abraham, Amy Israel, Kristel Laiblin e Eric Newman. Estados Unidos, Los Angeles: 2011.

³⁰³ SÊNECA, Lúcio Anneo. *Op. cit.*, 2013, p. 37.

Marcos Dessaune³⁰⁴ pontua que o tempo, enquanto recurso produtivo limitado da pessoa, recebe tímida tutela da Constituição de 1988, especialmente quando se considera o grande número de sujeitos, de interesses e de relações que se encontram sob o seu pálio, bem como em face do valor que esse bem representa na vida das pessoas.

Ao invés de ocupar a posição de direito fundamental constitucional, enquanto direito da personalidade, como devido, o tempo serve de instrumento ao ordenamento jurídico. Trata-se de parâmetro para os institutos da prescrição e decadência (na área consumerista, previstos nos artigos 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor³⁰⁵), para o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal³⁰⁶), é indispensável aos conceitos de juros de mora (artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor³⁰⁷), posse nova e posse velha (artigo 924 do Código de Processo Civil³⁰⁸), além dos inúmeros prazos

³⁰⁴ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 121-122.

³⁰⁵ 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. § 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; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

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). BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³⁰⁶ 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: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³⁰⁷ Art. 52, § 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996). BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³⁰⁸ Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório. BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de

que regem o direito pátrio, dos quais é possível citar o prazo para impetrar Mandado de Segurança (artigo 23 da Lei 12.016/2009³⁰⁹) ou, na área de direito do consumidor, o prazo que tem o fornecedor para sanar vício apresentado em produto ou serviço por ele comercializado (artigo 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor³¹⁰).

Para Vitor Guglinski³¹¹, a importância do tempo não se limita à ideia subjetiva e pessoal que cada um possui sobre suas implicações e influências no cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. O autor possui uma visão mais ampla da tutela constitucional desse bem jurídico. Para ele, a Constituição Federal tem o tempo como direito fundamental implícito na norma que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo.

Juridicamente, entende Pablo Stolze Gagliano³¹² que o tempo deve ser considerado em dupla perspectiva: dinâmica e estática. Segundo o doutrinador, na perspectiva dinâmica, o tempo é um “fato jurídico em sentido estrito ordinário”, ou seja, um acontecimento natural, hábil a desencadear efeitos no âmbito do Direito. Já em perspectiva estática, o tempo é um valor, um bem relevante, passível de proteção jurídica.

Leciona Marcos Bernardes de Mello³¹³:

O tempo cronológico tem considerável importância no mundo jurídico. A

1973. **Código de Processo Civil**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³⁰⁹ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. BRASIL. **Lei n. 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³¹⁰ Art. 18, § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³¹¹ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutil-uma-nova-modalidade>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³¹² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perdado-tempo>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81 *et seq.*

duração dos efeitos jurídicos, a perda e a aquisição dos direitos dependem, muitas vezes, de seu transcurso. O tempo em si não pode ser fato jurídico, porque é de outra dimensão. Mas o seu transcurso integra com muita frequência suportes fáticos: na usucapião, na prescrição, na mora, por exemplo.

Contudo, este não é o posicionamento mais acertado. Não há como contestar a função do tempo como instrumento do Direito. Mas resumir-lo a isto significaria ignorar sua relevância social e valor intrínseco à condição humana e, ainda, legitimar sua usurpação por terceiros de forma absolutamente injusta.

Durante anos, a doutrina, particularmente os estudiosos da responsabilidade civil, não cuidou de observar a importância do tempo como um bem jurídico digno de indiscutível tutela. No entanto, esse panorama vem se modificando nos últimos anos. Na contemporaneidade, são evidentes as situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do tempo livre em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de terceiros. E parece que, finalmente, a doutrina atentou para isso, principalmente no âmbito do Direito do Consumidor.³¹⁴

Não obstante a ausência de texto legal expresso neste sentido, a evolução do instituto da responsabilidade civil permite a compreensão do tempo enquanto bem jurídico tutelável e, conseqüentemente, sua usurpação indevida enquanto dano indenizável. Isto porque, hodiernamente, os sujeitos de direito têm a obrigação de pautar suas relações nos princípios da boa-fé e da lealdade. Construiu-se um sistema baseado na função compensatória e ressarcitória, enfatizando-se o dano como elemento primordial indicativo da responsabilidade.

Explica Pablo Stolze Gagliano³¹⁵ que, se por um lado, a escassez de tempo para aproveitar a vida com qualidade é algo trágico no meio social e merecedor de uma autorreflexão crítica, por outro, é imperioso admitir que as circunstâncias do cotidiano obrigam um aproveitamento adequado do tempo posto à disposição, sob pena de prejuízos das mais diversas espécies, nas relações pessoais ou mesmo profissionais. Nesse sentido, cabe ressaltar, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do tempo livre, é situação apta a gerar dano potencial, na perspectiva do princípio da função social.

³¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perdado-tempo>>. Acesso em: 31 ago 2014.

³¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Consoante explicitado no capítulo inicial desta monografia, a Revolução Industrial e o surgimento da sociedade de massa desencadearam uma série de problemas, que o ordenamento jurídico veio tentar solucionar a partir de uma tutela mais específica e efetiva para a proteção da parte vulnerável da relação de consumo: o consumidor. Diante da posição privilegiada ocupada pelo fornecedor nessa relação, fez-se necessária uma força jurídica de equilíbrio entre os sujeitos.

E, em face da insuficiência do direito privado clássico para regular as situações que se apresentavam, surgiu o Código de Defesa do Consumidor por expressa determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), visando à intervenção estatal para a proteção do consumidor vulnerável, equilibrando a relação de consumo. Para tanto, dentre outras medidas, o Diploma Consumerista consagrou a teoria do risco e a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores pelos produtos e serviços que disponibilizassem no mercado de consumo.

Com o advento da Revolução Industrial, a concentração das pessoas nos centros urbanos e o conseqüente aumento da complexidade social, tornou-se imprescindível para o mercado um modelo de produção que desse conta da sociedade que começava a surgir. A demanda cada vez maior por produtos e serviços fez com que a indústria passasse a produzir em grande escala. Em razão do custo, a solução foi a produção em série, que possibilitou a fabricação de mais bens para atingir um maior número de consumidores. No entanto, em produções massificadas é impossível assegurar a isenção de vícios no produto final. Por outro lado, não se poderia transferir o prejuízo para o consumidor, vulnerável da relação que se apresenta.³¹⁶

Nesse contexto, com o crescente surgimento de prejuízos e danos, o Código de Defesa do Consumidor assumiu a incumbência, dentre outras, de definir um modelo de responsabilização do fornecedor de maneira eficiente e compatível com a vulnerabilidade do polo mais fraco dessa relação.³¹⁷ O novo diploma, observando os

³¹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹⁷ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 297.

novos rumos da responsabilidade civil, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, que prescinde do elemento culpa para estabelecer a obrigação de indenizar, considerando-se principalmente o fato da sociedade de produção ser responsável pela despersonalização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro.³¹⁸

A inevitabilidade das falhas no sistema de produção em série levou à criação de técnicas legais de compensação de danos pela simples colocação de produtos ou serviços potencialmente danosos no mercado de consumo, conferindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos causados à vítima e terceiros, dentro da máxima de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou desvantagens dela derivadas.³¹⁹ Consagrou-se, assim, a teoria do risco da atividade ou do empreendimento, através da qual todo aquele que fornece serviço ou produto no mercado consumerista cria um risco de dano aos consumidores, que, se concretizado, gera o dever de reparação independente da verificação de dolo ou culpa.³²⁰

Na leitura de Sílvio de Salvo Venosa³²¹, o Código de Defesa do Consumidor buscou municiar o consumidor com ferramentas eficazes, conferindo-lhe superioridade jurídica sobre o fornecedor que, em tese, possui soberania econômica. Explica o doutrinador:

Antes do advento da lei de defesa do consumidor, a responsabilidade do fabricante, produtor (também importador e construtor) ou comerciante era regida pelo art. 186 do Código Civil. Impunha-se ao consumidor o ônus de provar a culpa subjetiva do demandado. Não bastasse isso, o comprador de produtos ficava sujeito ao exíguo prazo dos vícios redibitórios, de 15 dias a contar da tradição para as coisas móveis (arts. 441 ss). Ainda, seguindo as regras ordinárias de processo, a vítima deveria mover a ação contra o fabricante no local de sua sede, na maioria das vezes em local distante de seu domicílio, neste país de dimensões continentais. Muitas vezes, a responsabilidade por um produto defeituoso era diluída ou não identificável: quem deveria ser acionado? O fabricante nacional ou estrangeiro, o importador, o comerciante? Todas essas questões colocavam o consumidor em posição de extrema inferioridade, como verdadeiro títere do poder econômico. A nova era tecnológica não permitiria mais a manutenção dessa situação e o ordenamento internacional movimentava-se para modificar a

³¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 371.

³¹⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85-86.

³²⁰ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 298.

³²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 259 *passim*.

ordem jurídica tradicional.

Assim, segundo atual disposição do ordenamento consumerista, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, independendo da comprovação de culpa. Nesse sentido, determina o artigo 14 da Lei 8.078/90³²²: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". Cabe pontuar, contudo, que o § 4º do mesmo artigo autoriza uma exceção a essa espécie de responsabilidade, determinando que: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Observa Heloísa Carpena Vieira de Mello³²³, em seu artigo "Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor", que não se deve confundir responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova. O dano e o nexo causal devem ser comprovados pelo consumidor de forma inequívoca, prescindindo-se apenas da demonstração da culpa. Já a inversão do ônus poderá ser determinada pelo juiz quando verossímil a alegação ou quando não for possível ao consumidor a produção da prova, tratando-se de prova diabólica.

Ademais, a responsabilidade entre os fornecedores é solidária, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 18³²⁴ e 25, § 1º³²⁵. Conforme ressalta Leonardo Roscoe Bessa³²⁶, a solidariedade decorre do direito

³²² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³²³ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, out./dez. 1998, p. 64.

³²⁴ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 maio 2015.

³²⁵ Art. 25, § 1º - Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 maio 2015.

³²⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 191.

básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, previsto no art. 6º, VI do Código. De fato, muitas vezes a reparação efetiva só é concretizada graças à existência de uma pluralidade de responsáveis. Afinal, é comum que fornecedores simplesmente desaparecem de repente sem deixar qualquer patrimônio para responder por seu passivo.

Diante de tais considerações, passa-se à análise das espécies de responsabilidade no âmbito do direito do consumidor. Ressalte-se, de antemão, que não há a pretensão de exaurimento do tema, pelo contrário. Busca-se, nos próximos tópicos, delinear as noções gerais de cada modalidade de responsabilidade, o que ajudará na compreensão do tema central deste trabalho.

4.2.1 Do fato do produto ou serviço

Nada mais natural que os produtos e serviços ofertados no mercado consumerista tenham qualidade, atendendo à sua própria finalidade e, por conseguinte, às necessidades e expectativas dos consumidores. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor prevê que, independentemente da garantia oferecida pelo fornecedor (garantia de fábrica), os produtos e serviços devem ser adequados aos fins a que se destinam e observar as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta e mensagem publicitária. Trata-se de garantia legal, decorrente de norma de ordem pública (art. 1º), não podendo, portanto, ser afastada ou diminuída por vontade do fornecedor (arts. 24 e 25).³²⁷

São duas as espécies de responsabilidade civil disciplinadas pelo Diploma Consumerista: a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço. Ambas são de natureza objetiva, ou seja, independem de culpa para que haja o dever de indenizar.³²⁸

A responsabilidade pelo fato do produto está regulada no artigo 12 do Código de

³²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.

³²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 372.

Defesa do Consumidor³²⁹, que dispõe:

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.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

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

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Para fins de indenização, é tido como fato do produto todo e qualquer acidente provocado por produto ou serviço colocado no mercado que gere dano ao consumidor, sendo equiparadas a este todas as vítimas do evento (art. 17³³⁰).³³¹ O fato do produto ou serviço atinge a vida, saúde ou segurança do consumidor, bens jurídicos expressamente tutelados no Diploma Consumerista em seus artigos 8º a 10 e enumerado como direito básico do consumidor no artigo 6º, inciso I, devendo o fornecedor responder pelos danos ocasionados.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho, fato do produto é um acontecimento externo, que, em razão de um defeito do produto, gera dano ao consumidor, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.³³² Nos termos do § 1º do dispositivo, o produto é defeituoso "quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes", das quais traz um rol exemplificativo nos seus três incisos, sendo sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação. Daí

³²⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³³⁰ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 372.

³³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 489.

Fabrício Bolzan³³³ afirmar que o Código de Defesa do Consumidor vincula ao conceito de defeito a segurança legitimamente esperada pelo consumidor sobre o produto.

No que toca à primeira circunstância, o próprio *caput* do artigo 12 traz o defeito como decorrência da apresentação, assim como por informações inadequadas ou insuficientes sobre seus riscos e utilização. Nesse sentido, um produto cortante, por exemplo, deverá ter informações na sua embalagem sobre os riscos na sua utilização. A segunda circunstância envolve o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Ou seja, a depender da natureza da periculosidade, o produto poderá ser ofertado no mercado, devendo estar dentro dos limites da normalidade e previsibilidade que razoavelmente são esperadas pelo consumidor, de acordo com o art. 8º do Diploma Consumerista³³⁴. Sendo ainda dever do fornecedor informar de maneira ostensiva e adequada sobre a nocividade apresentada pelo produto (art. 9º³³⁵). Por fim, é relevante a época em que o produto foi colocado em circulação para se aferir se era possível prever, no momento, os riscos que o bem poderia causar no mercado consumerista.³³⁶

Para Antônio Herman V. Benjamin³³⁷, a expressão "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", em que pese seja, de certo modo, tradicional no direito privado, não traduz, com clareza, o enfoque que o direito do consumidor anseia dar à questão. Assim, o doutrinador entende ser melhor falar-se em "responsabilidade pelos acidentes de consumo", pois, enquanto a primeira expressão evidencia o

³³³ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 307.

³³⁴ 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. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³³⁵ 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. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³³⁶ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 308-309.

³³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 146-147.

elemento material causador da responsabilidade, a segunda, de modo contrário, enfatiza o elemento humano consequencial. O dado fundamental não é o fenômeno material inerente ao produto (o defeito), mas sua habilidade para causar o fenômeno humano (acidente de consumo).

Em tese, deveriam ser responsáveis pela garantia de segurança de um produto todos aqueles agentes econômicos relacionados com sua produção e comercialização. Entretanto, o artigo 12 prevê o fabricante, o produtor e o importador como responsáveis pelo dever de indenizar os danos decorrentes de um acidente de consumo.³³⁸ Da leitura do artigo, verifica-se, inicialmente, que houve uma especificação dos fornecedores, o que pode levar a concluir que cada um responde, a princípio e individualmente, pelos danos a que der causa. Ou seja, o fabricante responde pelo que fabricou, o produtor pelo que produziu, o construtor pelo que construiu e o importador pelo que importou. Tal observação, contudo, não impede o reconhecimento da responsabilidade solidária pelo princípio da solidariedade consagrado no Código de Defesa do Consumidor, nos já referidos artigos 7º, parágrafo único e 25, § 1º.³³⁹ Assim, sintetiza Sergio Cavalieri Filho³⁴⁰, "havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, ou mais de um causador do dano, todos respondem solidariamente pela reparação".

Note-se que o comerciante foi excluído do rol de agentes responsáveis pelo fato do produto, sendo responsabilizado pelo defeito apenas nas hipóteses dos incisos do artigo 13 do Diploma Consumerista. Do mesmo modo, não aparece o distribuidor, que eventualmente responderá como prestador de serviço (por exemplo, pela guarda do produto ou seu transporte).³⁴¹

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

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá

³³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

³³⁹ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 306.

³⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 494.

³⁴¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328.

exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.³⁴²

Assim, a responsabilidade principal é exclusiva do fabricante, produtor, construtor ou importador do produto, respondendo o comerciante somente nas hipóteses acima previstas, ou seja, quando os responsáveis principais não puderem ser identificados ou quando o comerciante não conservar, adequadamente, os produtos perecíveis. Ressalva o parágrafo único do dispositivo o direito de regresso, na proporção de sua participação no evento danoso, para aquele que indenizar o consumidor quando havia outros devedores solidários.³⁴³

A responsabilidade do fornecedor, cabe frisar, é objetiva, já que responde "independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (art. 12, *caput*).³⁴⁴ A análise do dispositivo não deixa margem para dúvidas: o legislador adotou a responsabilidade civil objetiva na relação consumerista. Aliás, nada mais compreensível, considerando a hipossuficiência que apresenta o consumidor e, especialmente, o fato de que, não raras vezes, o fornecedor exerce uma atividade de risco. Ressalte-se, ademais, que mesmo não restando caracterizada a atividade perigosa, toda relação de consumo demanda a aplicação das normas de responsabilidade objetiva, excetuando-se aquelas previstas na própria lei.³⁴⁵

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, trata especificamente dos serviços. Daí que as regras nele inclusas ajustam a disciplina da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo decorrentes da insegurança dos serviços. Nesse dispositivo, o legislador repetiu, com a devida adaptação, o sistema introduzido no artigo 12.³⁴⁶

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as

³⁴² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 373.

³⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157.

³⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 327.

³⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Op. cit.*, 2012, p. 173.

circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³⁴⁷

Da análise do dispositivo, constata-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços tem também por fundamento o dever de segurança. Nos termos do § 1º do artigo 14, o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança esperada pelo consumidor, considerando as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido. Os defeitos podem ser de concepção, de prestação ou de comercialização (informações insuficientes ou inadequadas sobre seus riscos).³⁴⁸

Observe-se que a responsabilidade pelo acidente de consumo resultante da prestação de um serviço defeituoso – que por imperícia do prestador ou por falta de informação ao consumidor – tem disciplina semelhante àquela adotada ao fato do produto, haja vista que a Lei nº 8.078/90 admitiu, expressamente, a responsabilidade civil objetiva ao dispor novamente que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa", harmonizando-se mais uma vez com o sistema de proteção ao consumidor inaugurado pela Constituição de 1988.³⁴⁹

A principal diferença entre os artigos 12 e 14 do Diploma Consumerista está na definição dos agentes econômicos responsáveis. Ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), o Código especificou os responsáveis – o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante como responsável imediato. Por outro lado, ao tratar da responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14 menciona apenas "fornecedor" – gênero que inclui todos os integrantes da cadeia produtiva. Logo, cuidando-se de dano decorrente de defeito do serviço (fato do

³⁴⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

³⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 496.

³⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 335.

serviço), respondem de forma solidária todos os participantes da sua produção.³⁵⁰

Por fim, cabe destacar que, na forma do artigo 27 da Lei 8.078/90³⁵¹, "prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço", iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Consoante observa Sergio Cavalieri Filho³⁵², o Código de Defesa do Consumidor não se afastou, e não o poderia, da disciplina geral da prescrição, estando em consonância com o Código Civil. O prescreve não é o direito subjetivo do consumidor, mas sua pretensão à reparação pelos danos decorrentes do fato do produto ou serviço.

4.2.2 Do vício do produto ou serviço

A lei de proteção do consumidor, logo após regulamentar a responsabilidade por fato do produto e do serviço, ou seja, a responsabilidade decorrente dos acidentes de consumo (arts. 12 a 17), disciplina os chamados vícios dos produtos e dos serviços (arts. 18 a 25).³⁵³ Um dos deveres do fornecedor é o de ofertar no mercado consumerista produtos e serviços de qualidades, ou seja, adequados a consumo a que se destinam. Desse modo, responderá o fornecedor pelo vício de qualidade ou quantidade que tornar o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina ou lhe diminua o valor, bem como não corresponda às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.³⁵⁴ Trata-se de previsão expressa do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor³⁵⁵, que traz, inclusive, em seu § 6º, o que seriam produtos impróprios ao uso e consumo.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis

³⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 496.

³⁵¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

³⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2010, p. 520.

³⁵³ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.

³⁵⁴ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 339.

³⁵⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

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

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

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

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Conforme já visto, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço tem por fato gerador o defeito, enquanto o vício é fato gerador da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço, causando dano ao consumidor, enquanto o vício está circunscrito ao produto ou serviço, causando-lhe apenas um mau funcionamento³⁵⁶ por não atender à finalidade a que se destina, reduzir-lhe o valor ou não corresponder às indicações constantes em sua embalagem.

Diferente do Código Civil (artigos 441 a 446), a Lei 8.078/90 não se restringe aos vícios ocultos. Da leitura conjunta do artigo 18, *caput* e § 6º e artigo 26, verifica-se que a noção de vício é mais abrangente, concebendo os vícios aparentes e de fácil

³⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 510.

constatação, bem como produtos que estejam em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.³⁵⁷

Fabrizio Bolzan³⁵⁸ chama atenção para o fato de que o Código não proíbe a venda de produtos com pequenos vícios, desde que os mesmos sejam conhecidos pelo consumidor. Isto porque, pelo princípio da boa-fé objetiva e os seus deveres anexos de informação, cooperação e proteção, faz-se imprescindível a ampla divulgação da existência do vício, para que fique esclarecido que a razão de existir um preço diferenciado decorre de tal impropriedade do produto. Ressaltando que, pela principiologia inerente à lei de proteção ao consumidor, tais vícios devem estar dentro do limite do razoável, não podendo incorrer nas hipóteses de responsabilidade do fornecedor por fato ou vício do produto ou serviço.

A responsabilidade é, novamente, solidária. O Código prevê responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que integram a cadeia produtiva e de comercialização do produto. Assim, tanto o fabricante como o comerciante respondem perante o consumidor quanto à garantia de qualidade dos produtos, podendo, ambos, ser acionados judicialmente.³⁵⁹

Ocorrendo vício do produto, nos termos do art. 18, § 1º, abrem-se três opções para o consumidor: (a) a substituição do produto; (b) a restituição da quantia paga; (c) o abatimento no preço. Ademais, se comprovar que sofreu prejuízo, poderá requerer perdas e danos. Cabendo esclarecer que o consumidor pode fazer uso dessas possibilidades sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou característica do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial (art. 18, § 3º).³⁶⁰ Ou seja, detectado o vício do bem fornecido, o consumidor pode exigir a substituição das partes viciadas. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor, consoante previsão do artigo 18, § 1º, exigir uma das três opções descritas.³⁶¹

Segundo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a leitura do Diploma

³⁵⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

³⁵⁸ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 340.

³⁵⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, 2012, p. 185.

³⁶⁰ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 678.

³⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 374.

Consumerista deve ser feita no sentido de reconhecer, primeiramente, o direito que tem o fornecedor de tentar sanar o vício no prazo de 30 dias ou naquele convencionado pelas partes.³⁶² A ementa do acórdão de julgamento do Recurso Especial nº 991.985³⁶³, abaixo transcrita, ilustra perfeitamente o posicionamento do Tribunal, no qual se decidiu pela inexistência de ofensa ao art. 18 do CDC, uma vez que, imediatamente após a reclamação, o fornecedor prontificou-se a reparar o veículo automotor e, em seguida, a substituir o bem por outro nas mesmas condições, sendo ambas as ofertas recusadas pelo consumidor.

ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROCON. REPRESENTAÇÃO DO CONSUMIDOR PELO ESTADO. VÍCIO DE QUALIDADE NO PRODUTO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. EXEGESE DO ARTIGO 18, § 1º, I, DO CDC.

1. O § 1º e incisos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor prescrevem que, se o vício do produto não for sanado no prazo máximo de trinta dias pelo fornecedor, o consumidor poderá exigir, alternativamente e ao seu arbítrio, as seguintes opções: a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço.

2. A exegese do dispositivo é clara. Constatado o defeito, concede-se ao fornecedor a oportunidade de sanar o vício no prazo máximo de trinta dias. Não sendo reparado o vício, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

3. No caso dos autos, inexistente ofensa ao disposto no art. 18 do CDC, pois imediatamente após a reclamação, o fornecedor prontificou-se a reparar o produto – veículo automotor. Não aceita a oferta pelo consumidor, propôs a substituição do bem por outro nas mesmas condições e em perfeitas condições de uso ou a compra pelo preço de mercado. Ainda assim, o consumidor manteve-se renitente.

4. "A primeira solução que o Código apresenta ao consumidor é a substituição das partes viciadas do produto. Não se está diante de uma 'opção' propriamente dita, de vez que, como regra, o consumidor não tem outra alternativa a não ser aceitar tal substituição" (Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, in Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, coordenador Juarez de Oliveira. – São Paulo: Saraiva, 1991).

5. "Vício de qualidade. Automóvel. Não sanado o vício de qualidade, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas previstas no art.18, § 1º, do CDC" (REsp 185.836/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 22.03.99).

6. O dispositivo em comento não confere ao consumidor o direito à troca do bem por outro novo, determina apenas que, "não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (...)"

³⁶² BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 348.

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 991.985 - PR (2007/0229568-8). Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: General Motors do Brasil Ltda. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DJe 11 fev. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3633878&num_registro=200702295688&data=20080211&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 maio 2015.

7. "Poderia o juiz deferir-lhe integralmente o pedido ou conceder-lhe a reparação em menor valor, seja com a condenação do réu a entregar um carro usado, ou ao pagamento de uma certa quantia, desde que nos limites constantes do pedido" (REsp 109.294/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18.02.97). 8. Recurso especial não provido. (*grifos nossos*)

O artigo 19 da Lei 8.078/90³⁶⁴, por sua vez, trata dos vícios de quantidade do produto, assemelhando-se aos dispositivos do Código Civil que disciplinam os vícios redibitórios.³⁶⁵ Em seus incisos, traz as possibilidades que se abrem ao consumidor uma vez verificado o vício de quantidade do produto, seguindo a linha apresentada pelo artigo 18 do mesmo diploma legal.

E, com o mesmo escopo do regulamento relativo aos vícios dos produtos, o Código de Defesa do Consumidor disciplina o vício dos serviços em seu artigo 20. A preocupação elementar é que os serviços ofertados no mercado atendam a um grau de qualidade e funcionalidade que não deve ser avaliado unicamente pelas cláusulas contratuais, mas de maneira objetiva, levando em consideração, dentre outros fatores, as indicações presentes na oferta ou anúncio publicitário, a inadequação para os fins que razoavelmente se esperam dos serviços e normas regulamentares de prestabilidade.³⁶⁶

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam

³⁶⁴ Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. § 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior. § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

³⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375.

³⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 197.

as normas regulamentares de prestabilidade.³⁶⁷

Mais uma vez, sendo constatado o vício do serviço, surgem para o consumidor três opções alternativas, indicadas nos incisos do dispositivo, que variam entre a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e dano; e o abatimento proporcional do preço. Fabrício Bolzan³⁶⁸ pontua que, no que toca à primeira alternativa, é comum que o consumidor perca a confiança no fornecedor que não entregue o serviço conforme prometido, de modo que, pensando nessa situação, o § 1º do mesmo artigo prevê que a reexecução do serviço poderá ser realizada por terceiro, por conta e risco do fornecedor. Sobre a segunda alternativa, lembra que o direito à indenização depende de comprovação efetiva de prejuízos, sejam de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Leonardo Roscoe Bessa³⁶⁹, por sua vez, ressalta que a indenização, em que pese expressamente referida somente no inciso II, é sempre devida, em razão do direito básico do consumidor de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais (art. 6º, VI), na mesma linha de interpretação ao artigo 18, § 1º. Nesse sentido, afirma Heloísa Carpena Vieira de Mello³⁷⁰ que "o princípio da proteção da confiança exige que se responsabilize um número maior de agentes da cadeia de produção, visando à efetiva reparação, como ordena o art. 6º, VI".

Pelos vícios apresentados nos serviços respondem todos os fornecedores, solidariamente. Inobstante o artigo 20 do Diploma Consumerista não disponha expressamente sobre a solidariedade, a utilização da expressão "fornecedor", em consonância com o artigo 3º da mesma lei, é o gênero daqueles que desenvolvem atividade no mercado consumerista. Desse modo, na mesma linha de interpretação do artigo 18, toda vez que o Código se refere a fornecedor, está abarcando todos aqueles que participaram da prestação do serviço, de sorte que poderá o

³⁶⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

³⁶⁸ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 355.

³⁶⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 198.

³⁷⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, out./dez. 1998, p. 63.

consumidor escolher e acionar de forma direta qualquer dos envolvidos.³⁷¹

Diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, que possui prazo prescricional, o Código de Defesa do Consumidor estabelece prazo decadencial para os vícios do produto ou serviço, sendo o mesmo de trinta dias para o fornecimento de serviço e de produtos não duráveis, e de noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis (artigo 26³⁷²). Convém lembrar que, enquanto a prescrição atinge a pretensão nascida da violação do direito, a decadência corresponde à extinção do próprio direito pela inércia de seu titular.

4.2.3 Excludentes de responsabilidade

Não se pode deixar de considerar ainda as causas excludentes da responsabilidade civil dos fornecedores por danos ocasionados nas relações consumeristas, em decorrência dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo. As excludentes por fato do produto e do serviço, previstas no artigo 12, § 3º e artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Em ambas as disposições, o Código apresenta um rol taxativo de excludentes, afirmando que os fornecedores só não serão responsabilizados quando provarem as hipóteses previstas em seus incisos. Diante disso, é possível observar ainda que o ônus da prova de tais causas é do fornecedor que foi responsabilizado legalmente.

Analisando o artigo 12, § 3º, verifica-se que o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador eximem-se de responsabilidade provando que não colocaram o produto no mercado; que, ainda que tenham colocado, o defeito inexistiu; ou culpa exclusiva do consumidor ou terceiro. Quanto a primeira excludente, afirmam Pablo Stolze

³⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 517.

³⁷² 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. § 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; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁷³ que caso o fornecedor demonstre que não inseriu o produto no mercado, não há que se falar emnexo de causalidade, desaparecendo a obrigação de indenizar por ausência de agente imputável. Sobre a segunda hipótese, aduz João Batista de Almeida³⁷⁴ que, nesse caso, o fornecedor, de fato, é o responsável pela colocação do produto ou serviço no mercado, o dano também existe, porém, não existe o defeito apontado. De forma que, se os danos não decorrem do defeito, não subsiste obrigação de indenizar, uma vez que podem se originar em causas diversas, mas não em defeito que se lhe atribuiu. Por fim, na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, afirma o autor, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o defeito e o dano experimentado.

O prestador do serviço, a seu turno, exime-se de responsabilidade provando qualquer das hipóteses previstas no artigo 14, § 3º: (a) que, mesmo tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; (b) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Cabendo aqui as mesmas observações feitas para as excludentes por fato do produto.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁷⁵ observam ainda que, em que pese o Código não elencar, no rol das causas excludentes de responsabilidade civil, o caso fortuito e a força maior, por imperativo lógico, tais circunstâncias, se interruptivas do nexocausal, excluem a responsabilidade do fornecedor. Aduzem, acertadamente, que tal entendimento não contradiz a afirmação de um rol *numerus clausus*. Isto porque o caso fortuito e a força maior tem sede legal no próprio direito positivo (artigo 393 do CC/02), se é que não se podem considerar tais eventos derivados da própria principiologia do sistema.

Já em relação às excludentes por vício do produto ou serviço, o Diploma Consumerista é omissivo. A partir de uma leitura sistemática do Código, então, João Batista de Almeida³⁷⁶ aponta como excludentes a ocorrência dos seguintes fatores: (a) prova de que não é o fabricante *lato sensu* do produto ou o prestador do serviço, isto é, que não é o responsável pela colocação do produto no mercado; (b) mesmo tendo colocado o produto no mercado, prove que o vício inexistente; (c) culpa exclusiva

³⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 330.

³⁷⁴ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92-93.

³⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2013, v. 3, p. 332-333.

³⁷⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Op. cit.*, 2009, p. 104.

do consumidor ou terceiro; (d) caso fortuito ou força maior. Mais uma vez, cabendo aqui as considerações já feitas sobre tais hipóteses.

Destaca ainda Heloísa Carpena Vieira de Mello³⁷⁷ a norma do artigo 25 do Código, que, em harmonia com todo o microssistema consumerista, veda a estipulação de cláusula de exoneração da obrigação de indenizar, tanto nos casos de acidente de consumo como nas hipóteses de vício.

4.3 DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A chegada do mercado a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas é um dos acontecimentos mais significativos da contemporaneidade. No mundo pós Guerra Fria, os mercados e o pensamento nele pautado passaram a usufruir de um prestígio sem igual, o que se revela compreensível. Afinal, nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem-sucedido na geração de afluência e prosperidade. E, enquanto cada vez mais países ao redor do mundo adotavam mecanismos de mercado na gestão da economia, os valores mercadológicos passavam a preencher um papel cada vez mais significativo na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. De modo que, hoje, a lógica da compra e venda não mais se aplica apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo.³⁷⁸

Nesse contexto, a demanda consumerista cresceu vertiginosamente. Conforme discorre João Batista de Almeida³⁷⁹, o consumo é parcela intrínseca da rotina do ser humano. Todas as pessoas, independentemente da classe social e condição financeira, são consumidoras. Por motivos diversos, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo supérfluo, o consumo pelo consumo. E é fato inequívoco que as relações consumeristas evoluíram expressivamente nos últimos tempos. Das operações de mera troca de mercadorias e das incipientes operações

³⁷⁷ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, out./dez. 1998, p. 65.

³⁷⁸ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 11 *et seq.*

³⁷⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2.

mercantis atingiu-se, gradualmente, as requintadas operações de compra e venda, arrendamento, *leasing*, importação, etc., abrangendo grandes volumes e milhões de dólares.

No entanto, com a expansão do mercado de consumo, se consolidou a má prestação de produtos e serviços, bem como de atendimento ao consumidor, na contramão do que dispõem os diplomas normativos nacionais. A despeito do sistema consumerista protetivo vigente, prevalece o constante descaso com o consumidor, que é diariamente obrigado a tolerar a péssima qualidade do serviço que lhe é prestado e ainda a conceder demasiada parcela de seu tempo na tentativa, muitas vezes infrutífera, de solucionar problemas a que sequer deu causa, deparando-se ainda com a falta de respeito por parte daquele que deveria lhe amparar. Situação que viola diretamente os princípios da adequada e eficaz prestação dos serviços, bem como a efetiva prevenção e reparação dos danos ocasionados (art. 6º, CDC).

Há alguns anos, um novo estágio da massificação do consumo inaugurou-se em nossa sociedade. Massificado o consumo, massificaram-se as respectivas demandas, fazendo com que milhares de consumidores passassem a lidar com uma série de infortúnios junto aos fornecedores para tentar solucionar os problemas decorrentes das relações travadas entre esses dois sujeitos.³⁸⁰

Nos termos do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor³⁸¹, é objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo "o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo", sendo um dos instrumentos para o alcance dessa finalidade o incentivo dos fornecedores à criação "de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo" (art. 4º, V, CDC).

A própria Constituição Federal dispõe em seu texto, no artigo 170³⁸², que a ordem

³⁸⁰ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutil-uma-nova-modalidade>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁸¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

³⁸² 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em:

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, observando uma série de princípios, dentre os quais está a defesa do consumidor.

Diante do estudo de todo o microssistema de direito do consumidor, verifica-se ser dever do fornecedor zelar pela prestação adequada de serviços e pela oferta de produtos de qualidade no mercado. Toda a cadeia criada em torno do sujeito vulnerável dessa relação, que vai desde os princípios instituídos pela Lei Consumerista ao rol de direitos básicos elencado no seu art. 6º e vedação às práticas abusivas (artigos 36, 37 e 39, CDC), existe para concretizar o ideal de proteção ao consumidor.

Ocorre que muitos profissionais, inúmeras empresas e o próprio Estado, ao invés de atender ao cidadão-consumidor de forma a contribuir para a sua existência digna, promover o bem-estar e possibilitar sua realização, acabam, seja por despreparo, desatenção, descaso ou mesmo má-fé, submetendo-o corriqueiramente a situações de mau atendimento, afrontando-se sua vontade e interesses e, também, a legislação consumerista. Ou seja, no lugar de fornecer ao consumidor um produto final que contenha certas utilidades e incentivos (valor) que satisfaçam suas necessidades, desejos e expectativas, diversos são os fornecedores que, frequentemente, lhe entregam um produto defeituoso, cometem práticas abusivas no mercado ou outros atos ilícitos, causando problemas para o consumidor.³⁸³

Muitos fornecedores tratam seus consumidores de forma desidiosa, com desatenção ou até mesmo despreocupação. O fornecedor tem o dever de prestar o seu serviço e ofertar o seu produto isento de vícios e com a devida segurança, uma vez que, descumprindo-o, fica clara a ofensa à lealdade, cooperação e zelo, o que implica na violação ao princípio da boa-fé objetiva, causando a denominada violação positiva do contrato.³⁸⁴

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

³⁸³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47.

³⁸⁴ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Responsabilidade Civil do fornecedor em razão da Perda do Tempo Livre com fundamento no Código de Defesa do Consumidor**. Portal CERS. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/11/47-tempo_livre.pdf?1384775001>. Acesso em: 24 out. 2014.

Em que pese todo esse sistema protetivo, Marcos Dessaune³⁸⁵ destaca situações nocivas que ainda são comuns no país, como:

Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;

Ter que retornar à loja (quando não se é redirecionado para a assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto ou eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;

Esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico ou odontológico ou em hospital, ou ter um procedimento que o médico requisitou (como um exame mais moderno ou sofisticado) reiteradamente negado pelo plano de saúde;

Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente mas repetidamente negligenciado; [...]

Ter que esperar em casa, sem hora marcada, pela entrega de um produto novo, pelo profissional que vem fazer um orçamento ou um reparo, ou mesmo por um técnico que precisa voltar para refazer o conserto malfeito;

Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome –, sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.

Toda vez que um fato desses ocorre, ou seja, toda vez que o fornecedor disponibiliza um produto final defeituoso ou submete o consumidor a uma prática ilegal, este acaba precisando desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de atividades necessárias ou por ele preferidas – para buscar solucionar o problema a que o fornecedor deu causa. Em outras palavras, nessas recorrentes situações de mau atendimento, o consumidor é compelido a se afastar de uma atividade que deveria ou desejaria estar realizando (por exemplo, trabalhar, estudar, descansar, estar com entes queridos) para despender seu tempo na tentativa de solucionar um problema ao qual não deu causa, mas que está lhe gerando algum tipo de prejuízo, potencial ou efetivo.³⁸⁶

Relevante nesse ponto a já tratada lógica utilitarista de mercado. A falta de preocupação dos fornecedores em lesionar o consumidor é consequência da despolitização destes, da lentidão do judiciário e, sobretudo, da tímida fixação de indenização pelos Tribunais. Ao analisar o ônus que demandaria uma melhor estruturação da prestação de serviços ao consumidor a partir da melhor preparação

³⁸⁵ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47-48.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 49.

de seus funcionários para o atendimento, incluindo a contratação de mais empregados para diminuir o tempo nas filas, o cumprimento de horário estabelecido, maior controle de qualidade dos produtos ofertados, dentre outras medidas, a escolha mais econômica é arcar com o prejuízo dos poucos que reclamarão judicialmente e, daqueles que obterão uma sentença de procedência, a baixa indenização fixada. O resultado é simples: não compensa fornecer um melhor atendimento ao consumidor.

Por óbvio, não se trata aqui de situações que configuram mero aborrecimento, mas que extrapolam o limite do razoável e prejudicam potencialmente o consumidor ao lhe retirar injustamente um de seus bens mais preciosos: o tempo, violentando sua dignidade enquanto ser humano. O fornecedor não tem legitimidade de dispor do tempo do consumidor de forma a desperdiçá-lo.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência atuais vêm obtendo resultados expressivos na efetivação da tutela deste bem, o tempo, sobretudo na área consumerista, na qual o consumidor – parte vulnerável – é merecedor da mais significativa proteção em face dos fornecedores que integram o mercado capitalista. A tese “desvio produtivo³⁸⁷ do consumidor” é de autoria do doutrinador Marcos Dessaune e corresponde à construção que se fez necessária diante dos insistentes abusos perpetrados contra o consumidor brasileiro, que se vê vilipendiado em seus direitos mais básicos ao ingressar no mercado.

Explica o doutrinador:

(...) se um fornecedor viola seu dever jurídico originário – fornecendo ao consumidor um produto ou um serviço viciado/defeituoso –, ou mesmo se aquele cometer outros atos ilícitos – especialmente expondo este a uma prática abusiva legalmente vedada – e, em qualquer dessas hipóteses, ocasionar um "desvio produtivo" ao consumidor, entendo que nascerá para o primeiro, em tese, o dever jurídico sucessivo de indenizar tal dano que causou ao segundo, da mesma maneira que surgirá para este o direito subjetivo de exigir daquele uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo irreversível que sofreu.³⁸⁸

³⁸⁷ Explica o autor que não emprega o adjetivo "produtivo" para qualificar o desvio do consumidor como um ato "producente" ou "improducente", indicando apenas que, em situações de mau atendimento, o consumidor desvia recursos "que produzem" (seu tempo e competências). DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

³⁸⁸ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

Para Vitor Guglinski³⁸⁹, a referida tese se mostra como um dos maiores avanços da defesa do consumidor no século XXI. Isto porque a sociedade pós-Revolução Industrial é a sociedade do tempo livre, do lazer, do ócio humanizador. São diversos os recursos criados, ainda hoje, com o exato objetivo de se poupar tempo para que o homem desfrute de mais momentos junto a familiares e amigos, dedique-se ao lazer, enfim, disponha de mais tempo livre ou mesmo otimize seu tempo útil (vinculado ao trabalho, aos afazeres e às obrigações cotidianas).

O tempo que cada pessoa dispõe na vida qualifica-se essencialmente pela escassez, irrecuperabilidade e inacumulabilidade. Trata-se de bem primordial e, possivelmente, mais valioso da pessoa, seu recurso produtivo basilar, que não permite esbanjamentos recorrentes e indesejados em tão efêmera existência terrena.³⁹⁰ Inquestionável é a expressão econômica e relevância do tempo, apesar de fundamentalmente intangível.

Conseqüentemente, o tempo, enquanto recurso produtivo limitado do ser humano, deveria integrar, ao lado da vida, da saúde, da liberdade, da igualdade, do patrimônio material, da privacidade, da honra, da imagem, etc., o rol de bens e interesses jurídicos expressamente abrigados pela Constituição da República, o que atualmente não ocorre no Brasil.³⁹¹ Conforme já demonstrado, a tutela do tempo no Direito pátrio resume-o a mero instrumento do ordenamento, sem garantir-lhe tutela de direito da personalidade, efetivando a proteção demandada por esse bem jurídico.

Evidentemente, a prática difere daquilo que é, por garantia do ordenamento jurídico, direito do consumidor. Trata-se de um problema social grave que não pode mais ser banalizado num país estruturado sob a égide do Estado Democrático de Direito. O desperdício do tempo útil do consumidor constitui inegável dano. O tempo é, irrefutavelmente, merecedor de tutela própria no ordenamento jurídico, apto a gerar, portanto, direito a ressarcimento nas hipóteses de sua usurpação indevida. Nas

³⁸⁹ GUGLINSKI, Vitor. **Você sabe o que é "desvio produtivo do consumidor"?** JusBrasil. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/114536742/voce-sabe-o-que-e-desvio-produtivo-do-consumidor>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

³⁹⁰ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 133.

palavras de Vitor Guglinski³⁹², "para o empreendedor, tempo é dinheiro; para o consumidor, tempo é vida".

A responsabilidade civil está vinculada ao fato de que cada um é responsável por sua conduta. Isto é, cada indivíduo deve conduzir sua vida visando sempre não causar prejuízos a ninguém. De modo que, uma vez violado o direito de outrem, surge para a parte lesada o direito subjetivo de receber um valor a título de reparação.³⁹³ Cabendo ressaltar, nesse ponto, que os fornecedores, em função da teoria do risco (art. 927, parágrafo único, CC), examinada oportunamente, operam no mercado consumerista assumindo os riscos do empreendimento, respondendo objetivamente pelos danos ocasionados. Assim, se este decide explorar o mercado, deve arcar com os danos eventualmente decorrentes de sua atuação, inclusive o dano extrapatrimonial causado ao consumidor por despojá-lo de seu tempo útil.³⁹⁴

Consoante visto anteriormente, o art. 186 do Código Civil³⁹⁵ traz três pressupostos gerais para a caracterização da responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade. Considerando a consagração da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor³⁹⁶, os mesmos elementos são imprescindíveis para responsabilizar o fornecedor na relação de consumo³⁹⁷.

O Direito brasileiro não traz um rol taxativo de bens jurídicos tuteláveis aptos a

³⁹² GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutil-uma-nova-modalidade>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

³⁹³ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Responsabilidade Civil do fornecedor em razão da Perda do Tempo Livre com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.** Portal CERS. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/11/47-tempo_livre.pdf?1384775001>. Acesso em: 24 out. 2014.

³⁹⁴ GUGLINSKI, Vitor. *Op. cit.*

³⁹⁵ 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. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 abril 2015.

³⁹⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

³⁹⁷ Excetua-se a hipótese disciplinada no art. 14, § 4º do CDC, segundo o qual "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

ensejar o dever de indenizar. Na realidade, o ordenamento traz uma cláusula geral de ressarcimento no artigo 927 do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".³⁹⁸ Ademais, é direito básico do consumidor, previsto no Diploma Consumerista, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, V)³⁹⁹.

Nesse sentido, em que pese o tempo não esteja constitucionalmente tutelado como direito da personalidade – como o é a imagem e a honra, por exemplo –, dada sua importância, caso reste demonstrada sua usurpação indevida, causando prejuízo ao consumidor, verificar-se-á o dever de indenizar do fornecedor. Claro, desde que aliada à conduta ilícita (positiva ou negativa) e ao nexo de causalidade entre ambos os elementos e não incida nenhuma das causas de excludente de responsabilidade.

Quando se adquire um produto e este apresenta falhas, espera-se que o fornecedor tome as providências dentro dos prazos legais, e não imponha ao consumidor o ônus de buscar, incessantemente, a solução do impasse a que o fornecedor dera causa. Quando se pede para cancelar um serviço telefônico que, ao contrário da publicidade realizada, lhe impõe muitas fronteiras – frustrando o objetivo primordial da contratação –, espera-se que tal seja feito imediatamente. Quando se pede para cancelar a cobrança indevida de taxas no cartão de crédito e o ressarcimento imediato do dispêndio realizado, espera-se que o fornecedor sane a falha para que o referido desconto indevido não seja efetuado no mês seguinte. A situação mostra-se ainda mais grave nos casos em que o consumidor não pode nem mesmo optar pelo prestador do serviço (tal como ocorre com os serviços de água e saneamento).

Tais condutas, decorrendo direta ou indiretamente da falha de qualidade do produto ou serviço prestado, violam a boa fé objetiva – princípio e cláusula geral –, a qual impõe ao fornecedor conduta compatível com sua posição assumida no mercado: satisfazer a necessidade do consumidor e evitar quaisquer danos a este, prestando um atendimento de qualidade ao consumidor.⁴⁰⁰

O reconhecimento do "dano temporal" como apto a caracterizar a responsabilização

³⁹⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

³⁹⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

⁴⁰⁰ MELLO, Tamila Cavaler Pessoa de. **A Responsabilidade Civil Pela Perda De Tempo Útil: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor**. 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

do fornecedor decorre da principiologia do microsistema de direito de consumidor, na medida em que tutela a perda de um bem personalíssimo deste: o tempo. Alerta Pablo Stolze Gagliano⁴⁰¹, todavia, que "nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito". De fato, apenas o desperdício "injusto e intolerável" justifica eventual reparação pelo dano ocasionado, situação aferível no caso concreto.

Quanto à natureza jurídica do chamado "dano temporal", entende Marcos Dessaune⁴⁰² que o novo modelo de investigação do "dano injusto" e substituição do já conhecido ato ilícito, no contexto da responsabilidade civil contemporânea, permitiria o aumento das hipóteses de danos indenizáveis, como os casos de desvios produtivos do consumidor. Essa ampliação se daria principalmente por meio da criação jurisprudencial, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado pela Constituição e que vem sendo reconhecido como cláusula geral de tutela da personalidade (art. 1º, III, da CF/1988). Isso, por certo, a se acolher a existência de uma cláusula geral de dano injusto no ordenamento jurídico do país, que se supõe inscrito no art. 927 do CC/2002.

Para o autor⁴⁰³,

(...) muito embora as "situações de desvio produtivo do consumidor" possam de fato ser consideradas um dano injusto, o "tempo" – por ser o suporte implícito da vida, recurso produtivo basilar e bem primordial da pessoa humana – merece tratamento jurídico especial que o destaque, fora da mencionada cláusula geral de tutela da personalidade – a qual provavelmente aprisionaria o desvio produtivo a um mero "novo fato gerador de dano moral".

Por tais motivos, penso que o "tempo pessoal, útil, livre ou produtivo" da pessoa-consumidora deveria ter regulamentação jurídica própria, à altura do seu valor que reputo supremo, que consequentemente o guindasse do atual ostracismo à plena consciência de suas características e importância singulares em nossas breves vidas – assim, acredito, prevenindo-se seu desperdício temerário.

Não é o posicionamento mais acertado, contudo. Conforme visto, o dano moral, para efeitos do tema abordado nesta monografia, é uma espécie de dano extrapatrimonial, consistindo, segundo pertinente definição de Pablo Stolze Gagliano

⁴⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perdado-tempo>>. Acesso em: 31 agosto 2014.

⁴⁰² DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 133-134.

e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁰⁴, na violação da esfera personalíssima da pessoa, lesionando sua honra, intimidade, vida privada, imagem, etc., bens tutelados constitucionalmente.

O tempo, por sua vez, é bem jurídico componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais. Afinal, cabe frisar, trata-se de expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano. Logo, consistindo o tempo em um direito da personalidade, apesar de não ser assim reconhecido pelo ordenamento jurídico formalmente, e resultando o dano moral de lesão à esfera personalíssima do indivíduo, o chamado "dano temporal" corresponde a mais uma expressão do dano moral.

4.3.1 Do tratamento jurisprudencial da matéria

Nos últimos anos, a tese do "desvio produtivo do consumidor" vem sendo reconhecida e aplicada pelos Tribunais brasileiros, fortalecendo a proteção conferida aos consumidores e elevando o bem jurídico "tempo" ao patamar merecido de tutela no ordenamento. Sendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o de maior expressão ao se tratar do tema.

Antes mesmo do desenvolvimento da referida teoria, ao julgar a Apelação e Reexame Necessário nº 70003750700, em 24/06/2003, a Primeira Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, deferiu indenização a título de danos morais em decorrência, dentre outros fatores, do demasiado tempo despendido pela autora na tentativa de solução do problema gerado pela má prestação de serviço do fornecedor.

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ULTRA PETITA. CORRECAO DE OFICIO PELO TRIBUNAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DMAE. EXCESSO DE CONSUMO DE ÁGUA. COBRANÇA INDEVIDA. CONSUMIDORA COM MÉDIA DE CONSUMO COMPROVADAMENTE REDUZIDA. EXCESSO VERIFICADO APÓS TROCA DE HIDRÔMETRO. ÔNUS DA PROVA DA CORREÇÃO DA COBRANÇA É DA AUTARQUIA FORNECEDORA DE SERVIÇOS, QUE NÃO LOGROU DEMONSTRAR QUALQUER MOTIVO QUE DESSE CAUSA AO AUMENTO. DANOS MATERIAIS PRECISAM SER PROVADOS. DANO MORAL CONFIGURADO, EM FACE DA NÃO-

⁴⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 105.

RESOLUÇÃO DO PROBLEMA PELO DMAE, GERANDO PERDA DE TEMPO EM INÚMEROS DESLOCAMENTOS DA AUTORA VISANDO RESOLVER A QUESTÃO, A QUE NÃO DEU CAUSA.⁴⁰⁵

No referido processo, acusou a autora que, após a troca do hidrômetro de sua residência, efetuada pela ré, o faturamento da água correspondeu ao dobro do valor costumeiro. O que a levou a solicitar a revisão à empresa, por diversas oportunidades, sem obter respostas, chegando, inclusive, a ser recebida de forma grosseira por parte de um de seus funcionários, vindo a procurar o PROCON. Alegou, ainda, que, em função do problema, perdeu cinco turnos de trabalho, suportando danos materiais e morais. Em brilhante decisão do Tribunal, dispôs o Desembargador Relator Adão Sergio do Nascimento Cassiano em seu voto⁴⁰⁶:

O dano moral abrange o abalo dos sentimentos, quaisquer bens ou interesses pessoais, como liberdade, nome, família, honra, integridade física, desgosto, angústia, estresse, tristeza, sofrimento, incomodação, esta, especialmente na vida moderna, onde o tempo das pessoas é escasso e tem de ser dividido, entre outros afazeres, com a família, o lazer e o trabalho. Diz-se até que o dia possui 24 horas para que se tenha 8 para trabalhar, 8 para dormir e 8 para lazer. [...]

Tivesse a autarquia municipal atendido imediatamente a reclamação da autora, oferecendo resposta plausível à sua inconformidade administrativa, não se haveria de cogitar de danos morais. Entretanto, como se viu, o réu desprezou a irresignação manifestada, sem se importar em demonstrar, em momento algum, a correção de sua conduta, levando a autora a buscar, de todas as formas, a solução de problema a que ela não deu causa, impondo-lhe incomodações, desgostos e perda seu tempo útil neste mister. [...]

Tem-se em vista, principalmente, evitar novos abusos por parte do fornecedor de serviços, mormente um serviço essencial ao ser humano como o abastecimento de água. O que se nota pela experiência comum (CPC, art. 335; CDC) é que a conduta adotada pelo réu, consistente em “erro” nos lançamentos efetivados, não é prática isolada no caso da autora, o que se vê pelos próprios precedentes jurisprudenciais anteriormente transcritos. Pelo contrário, trata-se de um comportamento reiterado e, no mínimo, abusivo do prestador dos serviços, confiando na resignação do consumidor, que tem o ônus de reclamar e buscar a solução administrativa da controvérsia, e que, em face do pequeno valor encontrado na diferença, prefere não se incomodar e deixar as coisas como estão, uma vez que, “assumindo a briga”, estará dispondo de seu tempo útil, muitas vezes, valor fundamental na sociedade moderna, gerando, certamente, maior estresse em todas as suas relações cotidianas. [...] (*grifos nossos*)

Em 2010, no julgamento da Apelação nº 0279219-61.2009.8.19.0001, a Quarta

⁴⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003750700. Primeira Câmara Especial Cível. Recorrentes: Maria Edília Camargo Jablonski e Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 24 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003750700. Primeira Câmara Especial Cível. Recorrentes: Maria Edília Camargo Jablonski e Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 24 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu a tese do "desvio produtivo do consumidor", deferindo indenização ao autor pelos danos morais sofridos.

Apelação. Danos morais. Contrato para instalação do serviço OI VELOX (banda larga – internet). Inadimplemento contratual por parte da operadora que alegou inviabilidade técnica por impropriedades da linha telefônica. Sentença de procedência. Dano moral fixado em R\$ 2.000,00. Apelos de ambas as partes. A princípio, o inadimplemento contratual não acarreta danos morais, porém, pelas peculiaridades do caso concreto, se verificou a ocorrência de aborrecimentos anormais que devem ser compensados. Violação ao dever de informação, art. 6º, III, do CDC. Grande lapso temporal entre a data da celebração do contrato e a da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços por impropriedades técnicas da linha telefônica do Autor. Teoria da Perda do Tempo Livre. Por mais de um ano, o Autor efetuou ligações para a Ré na tentativa de que o serviço de internet fosse corretamente instalado, além de ter recebido técnicos da Ré em sua residência, mas que não solucionavam os problemas. Indenização bem dosada em R\$ 2.000,00. Pequeno reparo na sentença para fixar a correção monetária desde a data do arbitramento e juros moratórios a partir da citação. Provimento parcial ao recurso do autor. Desprovimento ao recurso do réu.⁴⁰⁷

No caso em comento, as partes celebraram contrato de prestação de serviço de acesso à Internet banda larga. No entanto, o autor não conseguiu ter acesso à internet, o que o levou a fazer diversas reclamações junto à empresa, sem sucesso. Posteriormente, foi instalado novo dispositivo pela ré, que apresentou avarias. Só então a empresa entrou em contato para informar que não seria possível a instalação do serviço por impropriedades da linha telefônica, cancelando-se o contrato. Em defesa, a fornecedora afirmou que todas as solicitações de reparos feitas pelo autor foram atendidas, não havendo que se falar em má prestação dos serviços, alegando ainda que agiu de boa-fé e que não havia dano moral a ser reparado, uma vez que não ocorreu em ofensa a direito da personalidade do acionante. Entendeu a Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira⁴⁰⁸:

Verifica-se que, no presente caso, o Réu criou expectativas no Autor de que os serviços de internet seriam corretamente prestados. Houve um grande

⁴⁰⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0279219-61.2009.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 27 out. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁰⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0279219-61.2009.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 27 out. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

lapso temporal (mais de um ano) entre a data da celebração do contrato (16/06/08) e a data da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços (06/08/09). [...]

Além disso, alguns julgados deste TJ vem admitindo que a perda do tempo livre pelo consumidor ocasionada pela má prestação de serviços pelo fornecedor dá ensejo a reparação por danos morais.

O mesmo órgão julgador prolatou ainda decisão favorável à indenização para o consumidor na Apelação nº 2223672-68.2011.8.19.0021, em função da demora injustificada da empresa em atender ao pedido de cancelamento do fornecimento do serviço, bem como pela continuação das cobranças respectivas. Sob a relatoria do Desembargador Marcelo Lima Buhatem, dispôs o acórdão⁴⁰⁹:

Portanto, há que se considerar que houve perda do tempo útil da apelante, impondo-se a contatos telefônicos demorados, irritantes e infrutíferos, retirando o consumidor de seus deveres e obrigações, e da parcela de seu tempo que poderia ter direcionado ao lazer ou para qualquer outro fim. *(grifos nossos)*

A Nona Câmara Cível do mesmo Tribunal, em semelhante demanda, também em acolhimento da tese, deferiu indenização em função do prejuízo do tempo desperdiçado do consumidor por reiteradas tentativas de cancelar uma cobrança indevida no contrato de serviço telefônico.

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. APARELHO NÃO ENTREGUE. COBRANÇA INDEVIDA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. Não se desincumbindo a concessionária em comprovar a entrega do aparelho e a ativação da linha telefônica ao consumidor, é indevida a cobrança das tarifas. Direito do consumidor de pagar somente pelo serviço efetivamente prestado. Hipótese que não trata de simples aborrecimento, mas de transtornos que deveriam e poderiam ser evitados pelo fornecedor do serviço, acaso a ênfase na prestação fosse o respeito ao consumidor. Prática que avilta o consumidor frustrando-lhe as expectativas e diminuindo-lhe os recursos e o tempo útil. Dano moral configurado. Manutenção do valor indenizatório. Conhecimento e negativa de seguimento ao recurso.⁴¹⁰ *(grifos nossos)*

Em excelente colocação, afirmou o Desembargador Rogerio de Oliveira Souza⁴¹¹:

⁴⁰⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2223672-68.2011.8.19.0021. Quarta Câmara Cível. Recorrente: TNL PCS S.A. Recorrido: Michelle Pimentel de Queiroz. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgado em: 06 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045E00FE383AC90A1DE37427AF1D6AC3EFC5023F0C441E>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴¹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0160246-79.2011.8.19.0001. Nona Câmara Cível. Recorrente: Empresa Brasileira De Telecomunicações S.A. EMBRATEL. Recorrido: Arnaldo Gomes dos Santos. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Julgado em: 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B79B8815FB5B336A2F3BD19DEB01F08C5020E120758>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴¹¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0160246-79.2011.8.19.0001. Nona Câmara Cível. Recorrente: Empresa Brasileira De Telecomunicações S.A. EMBRATEL. Recorrido: Arnaldo Gomes dos Santos. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza.

Não há mais espaço na vida moderna para contratemplos desta natureza, onde o consumidor permanece frustrado em suas expectativas, sem atendimento de suas justas reclamações e tendo que se desincumbir de todo o ônus da demanda judicial para ver cumpridas as suas simples solicitações. (*grifos nossos*)

Encontram-se ainda decisões no mesmo sentido em outros Tribunais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Paraná e de Pernambuco:

TV POR ASSINATURA. VALORES EXCESSIVOS AO CONTRATADO. [...] CALL CENTER INEFICIENTE, PORQUANTO NÃO ATENDEU AS SOLICITAÇÕES DE RETIFICAÇÃO DAS FATURAS DA RECLAMANTE. [...] PRÁTICA ABUSIVA. DESCASO COM O CONSUMIDOR. A COBRANÇA FEITA ERRONEAMENTE É UM DESGASTE PELO QUAL NÃO DEVERIA OCORRER COM O CONSUMIDOR QUE ESPERA UM FIEL CUMPRIMENTO DO CONTRATO FIRMADO E HAVENDO FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, O DEVER DE INDENIZAR É CONSEQUÊNCIA LÓGICA, POR SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO, CUJA RESPONSABILIDADE É OBJETIVA, NOS TERMOS DO ART. 14 DO CDC. PRÁTICA ABUSIVA, DANO MORAL DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 1.2 E 1.6 DAS TRS/PR. PEDIDO DE MINORAÇÃO NÃO ACOLHIDO. MONTANTE QUE ATENDE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E ESTÁ DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, PRINCIPALMENTE ANTE AS REITERADAS CONDUTAS DA EMPRESA DE TELEFONIA. ENTENDO QUE A INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS ENGLOBA O TEMPO DE IRRITAÇÃO, DISSABOR E DESCASO SOFRIDO PELA RECLAMANTE AO TELEFONE, O QUE INDENIZA TAMBÉM A PERDA DE SEU TEMPO ÚTIL COM O CALL CENTER. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM CONDENAÇÃO DA RECORRENTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES QUE ARBITRO EM 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO VALENDO A EMENTA COMO VOTO, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À ANATEL, BEM COMO À PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO PARANÁ, PARA OS DEVIDOS FINS. UNÂNIME.⁴¹² (*grifos nossos*)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO TERMINATIVA PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS ERRONEAMENTE IMPUTADOS AO AUTOR. MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DEMORA INJUSTIFICADA NA RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS. PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. CONFIGURADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Segundo a Teoria da Perda do Tempo Útil/Livre a conduta perpetrada pelo prestador de serviços, que venha a criar eventual circunstância que

Julgado em: 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B79B8815FB5B336A2F3BD19DEB01F08C5020E120758>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴¹² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Inominado nº 001352720201481600300. Primeira Turma Recursal. Recorrente: SKY/DIRECT TV – SKY Brasil Serviços Ltda. Recorrido: Eliane Maria Giacobbo. Relator: Fernando Swain Ganem. Julgado em: 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175646745/processo-civil-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-1352720201481600300-pr-0013527-2020148160030-0-acordao/inteiro-teor-175646756>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

imponha ao consumidor o desperdício de seu tempo útil, gera dano extrapatrimonial indenizável. 2. Para solucionar os problemas aqui expostos, o autor fora obrigado a manter tratativas com a ré pelo imoderado lapso temporal de 03 (três) meses, ocasionando, dessa forma, a flagrante perda de seu tempo útil. 3. Considerando que a ré obrigou o autor a manter desgastantes, demorados e infrutíferos contatos que, por si só, retiraram dele, aquele tempo que poderia ser utilizado como melhor lhe aprouvesse, está caracterizada a ocorrência de danos morais indenizáveis. 5. O quantum indenizatório dos danos morais, fixado em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), está em consonância com as particularidades do caso concreto. 6. Recurso de agravo a que se nega provimento por unanimidade de votos.⁴¹³
(grifos nossos)

No primeiro caso, a indenização se originou da ineficiência do serviço de atendimento ao cliente da empresa ré, que não atendeu as solicitações de retificação das faturas da consumidora, cobrada pelo serviço de TV por assinatura em valores excessivos ao contratado. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu, acertadamente, que tal conduta não se compatibiliza com os princípios consumeristas, correspondendo à prática abusiva. A empresa fornecedora do serviço foi condenada pelo descaso com o consumidor.

No processo referente à segunda ementa acima transcrita, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco condenou a empresa ré em face perda de tempo útil do consumidor, tendo restado caracterizado o dano moral, pela injustificável demora na resolução do problema. O autor, a quem foram imputados débitos de forma errônea, fora obrigado a manter contato com a fornecedora do serviço, na busca por uma solução, durante três meses, ocasionando, dessa forma, a flagrante perda de seu tempo útil com desgastantes, demorados e infrutíferos contatos.

Por fim, cabe pontuar que o Superior Tribunal de Justiça também possui precedente favorável à tese do "desvio produtivo do consumidor". No presente caso, houve falha no dever de informação da instituição educacional, que realizou a matrícula de seus alunos, consumidores, com a promessa de que o curso concedia ampla capacitação profissional em lapso temporal reduzido. No entanto, após divulgar a certeza de que os alunos estariam plenamente capacitados para assumir qualquer atividade como profissional de Educação Física, não informação a conclusão do curso, nos moldes

⁴¹³ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0321609-9. Quarta Câmara Cível. Recorrente: Companhia Energética de Pernambuco - CELPE. Recorrido: Flávio Aloísio Veiga Villela. Relator: Des. Tenório dos Santos. Julgado em: 22 maio 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PE/attachments/TJ-PE_AGV_3216099_e0b65.pdf?Signature=XVv5HUxg%2FIXiliZd6dpioPe6NZo%3D&Expires=1433481516&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a10ad674da2976c2f71bc901d0c18b91>. Acesso em: 05 jun. 2015.

em que se matricularam, não mais atenderiam às diretrizes dos Conselhos, gerando, dessa forma, transtornos e perda do tempo útil que transcendem o mero aborrecimento, sendo deferida a indenização pleiteada.

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DENEGATÓRIA DE PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. DECISÃO Vistos. Cuida-se de agravo apresentado pela SOCIEDADE UNIFICADA DE ENSINO SUPERIOR AUGUSTO MOTTA UNISUAM contra decisão que obstou a subida do recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (fl. 434, e-STJ): "AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREVENÇÃO DA CÂMARA. LICENCIATURA EM EDUCAÇÃO FÍSICA. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL RESTRITA AO ENSINO BÁSICO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. MATRÍCULA REALIZADA COM A PROMESSA DE QUE O CURSO CONCEDIA AMPLA CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL EM LAPSO TEMPORAL REDUZIDO. EXIGÊNCIAS IMPOSTAS PELOS CONSELHOS FEDERAL E REGIONAL QUE NÃO FORAM COMUNICADAS AOS ALUNOS. DANO MORAL. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS. Após incutir nos alunos a certeza de que estariam plenamente capacitados para assumir qualquer atividade como profissional de Educação Física, incumbia à instituição de ensino informá-los que a conclusão do curso, nos moldes em que se matricularam, não mais atenderiam às diretrizes dos Conselhos. Constatação da falha no dever de informação em que incorreu a universidade. Desídia da instituição de ensino superior de adequar a grade às novas exigências. Falha no dever de informação e transparência que violam o direito do consumidor. Transtornos e perda do tempo útil que transcendem o mero aborrecimento, atraindo a incidência de verba compensatória, notadamente por ser tratar de serviço capaz de influir no próprio futuro profissional do consumidor. Conhecimento e desprovemento do recurso." Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 480, e-STJ). [...] ⁴¹⁴ (*grifos nossos*)

Primeiramente, não se pode deixar de observar a adequada classificação desse prejuízo enquanto "dano moral" pela jurisprudência. Ademais, verifica-se dos julgados ora relacionados que a tese do "desvio produtivo do consumidor" vem ganhando força nos Tribunais pátrios, que vêm reconhecendo a tutela do "dano temporal" enquanto dano apto a desencadear a responsabilidade civil do fornecedor, buscando, desse modo, a cessação do desrespeito à parte vulnerável – com a má prestação de serviços e oferta de produtos de baixa qualidade no mercado – e da usurpação indevida do tempo do consumidor.

⁴¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 653800 RJ 2015/0010488-4. Agravante: Sociedade Unificada de Ensino Superior Augusto Motta - UNISUAM. Agravado: Rodrigo Alves da Costa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DJ 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178639225/agravo-em-recurso-especial-aresp-653800-rj-2015-0010488-4/decisao-monocratica-178639235>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

4.4 DA IMPORTÂNCIA DA TUTELA DO DANO TEMPORAL EM PROL DO CONSUMIDOR

De todas as considerações e análises deste capítulo, verifica-se que a importância da tutela do dano temporal se justifica na necessidade de proteção da parte vulnerável da relação consumerista. A atual realidade brasileira de mercado, representada pela desídia com a qual é tratado o consumidor, não merece guarida pelo sistema normativo do país. A má prestação de serviço e de atendimento não pode ser recompensada pela ausência de prestação jurisdicional.

Desse modo, a tese do Desvio Produtivo do Consumidor busca restabelecer no trato do fornecedor com o consumidor as premissas básicas de orientação da Política Nacional das Relações de Consumo, privilegiando a boa-fé, lealdade e confiança entre os sujeitos. Os Tribunais pátrios, acertadamente, vêm acolhendo essa tese e fixando indenizações pela perda do tempo útil do consumidor, penalizando os fornecedores pela má prestação de serviços.

Assim, verifica-se também a relevância social da matéria, uma vez que a demonstração da possibilidade de tutela do dano temporal enquanto gerador do dever de indenizar objetiva a cessação do desrespeito ao consumidor e do desperdício injusto e ilegítimo de seu tempo, bem jurídico de inegável valor. A usurpação indevida do tempo do consumidor constitui ato ilícito por parte do fornecedor, que fica obrigado a lhe indenizar. O reconhecimento jurídico dessa tese proporcionará uma mudança na estrutura de mercado e melhor efetivação dos princípios fundamentais do sistema consumerista.

5 CONCLUSÃO

A importância do tempo na sociedade moderna é indiscutível. Desde o século XX, os países ao redor do mundo vivenciam os processos de globalização e digitalização. As informações circulam os hemisférios em milésimos de segundo e o ser humano busca conciliar suas intermináveis obrigações no curto espaço das vinte e quatro horas que compõem o dia, período que parece cada vez mais escasso e insuficiente. E esta realidade, inevitavelmente, abriga o tempo como valor basilar.

O presente trabalho se dedicou à solução do seguinte tema-problema: a perda do tempo livre do consumidor representa de fato um dano indenizável apto a responsabilizar civilmente o fornecedor? Depois da pesquisa realizada em torno da matéria, foi possível concluir que sim, que a usurpação indevida do tempo útil do consumidor deve ser indenizada pelo fornecedor responsável.

Verificou-se que, juridicamente, o tempo é admitido enquanto fato jurídico em sentido estrito. Reconhece-se também sua relevância nos institutos da prescrição e da decadência, bem como na contagem dos demais prazos processuais e materiais. O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não tutela expressamente o tempo enquanto bem jurídico autônomo, apenas enquanto instrumento necessário à manutenção de sua estrutura. Todavia, inquestionável é a sua expressão econômica e relevância, apesar de fundamentalmente intangível. Sendo assim, não há como negar sua importância enquanto instituto componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Afinal, o tempo é a expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano.

Não obstante a ausência de texto legal expresso neste sentido, a evolução do instituto da responsabilidade civil permite a compreensão do tempo enquanto bem jurídico tutelável e, conseqüentemente, sua usurpação indevida enquanto dano indenizável. Isto porque, hodiernamente, os sujeitos de direito têm a obrigação de pautar suas relações nos princípios da boa-fé e da lealdade. Construiu-se um sistema baseado na função compensatória e ressarcitória, enfatizando-se o dano como elemento primordial indicativo da responsabilidade.

A demanda consumerista cresceu vertiginosamente nos últimos anos. E, com ela, se

consolidou a má prestação de serviços e de atendimento ao consumidor, na contramão do que dispõem os diplomas normativos nacionais. Apesar do sistema consumerista protetivo vigente, prevalece o constante descaso com o consumidor, que é diariamente obrigado a tolerar a péssima qualidade do serviço que lhe é prestado e ainda a conceder demasiada parcela de seu tempo na tentativa, muitas vezes infrutífera, de solucionar problemas a que sequer deu causa, deparando-se ainda com a falta de respeito por parte daquele que deveria lhe amparar.

Essa situação viola diretamente os princípios da adequada e eficaz prestação dos serviços, bem como a efetiva prevenção e reparação dos danos ocasionados. Por óbvio, não se trata de situações que configuram mero aborrecimento, mas que extrapolam o limite do razoável e prejudicam potencialmente o consumidor ao lhe retirar injustamente um de seus bens mais preciosos: o tempo, violentando sua dignidade enquanto ser humano. O fornecedor não tem legitimidade de dispor do tempo do consumidor de forma a desperdiçá-lo.

Nesse sentido, a tese “desvio produtivo do consumidor”, de autoria do doutrinador Marcos Dessaune, corresponde à construção que se fez necessária diante dos insistentes abusos perpetrados contra o consumidor brasileiro, que se vê vilipendiado em seus direitos mais básicos ao ingressar no mercado. Assim, se um fornecedor viola seu dever frente ao consumidor, ofertando um produto ou serviço de má qualidade ou, ainda, praticando conduta abusiva contra o mesmo, ocasionando o desperdício de seu tempo útil, deve ser responsabilizado civilmente. Ademais, considerando que o fornecedor atua no mercado assumindo o risco da atividade, deve o mesmo responder objetivamente pelos danos ocasionados.

Cabe ressaltar que, correspondendo o tempo a um bem jurídico personalíssimo, pois componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados, e resultando o dano moral de lesão à esfera personalíssima do indivíduo, o denominado "dano temporal" corresponde a mais uma expressão do dano moral.

Evidentemente, a prática difere daquilo que é, por garantia do ordenamento jurídico, direito do consumidor. Trata-se de um problema social grave que não pode mais ser banalizado num país estruturado sob a égide do Estado Democrático de Direito. O desperdício do tempo útil do consumidor constitui inegável dano.

Trata-se de relevante discussão frente à necessidade de proteção da parte vulnerável da relação consumerista, uma vez que a atual realidade brasileira de mercado, representada pela desídia com a qual é tratado o consumidor, não merece guarida pelo sistema normativo do país. A má prestação de serviço e de atendimento não pode ser recompensada pela ausência de prestação jurisdicional. E, com a tese do "desvio produtivo do consumidor", busca-se restabelecer, no trato do fornecedor com o consumidor, as premissas básicas de orientação da Política Nacional das Relações de Consumo, privilegiando a boa-fé, lealdade e confiança entre os sujeitos.

Assim, evidente que ignorar a realidade que se apresenta no mercado de consumo implica em legitimar as práticas abusivas perpetradas pelo fornecedor em detrimento do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica existente. Desmerecer o tempo enquanto valor intrínseco da dignidade humana também se revela equivocado. A tutela do "dano temporal" enquanto gerador do dever de indenizar objetiva a cessação do desrespeito ao consumidor e do desperdício injusto e ilegítimo de seu tempo, bem jurídico de inegável valor. O reconhecimento do dano decorrente da ilegítima usurpação do tempo proporcionará uma mudança na estrutura de mercado e melhor efetivação dos princípios fundamentais do sistema consumerista, sendo imprescindível para a efetiva tutela do consumidor.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Santos de. A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul. **Revista Jurídica da Presidência**. Jun./Jul. 2005, v. 7, n. 73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/PaulaAbreu_Rev73.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil, volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

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

_____. _____. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 maio 2015.

_____. **Lei n. 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 653800 RJ 2015/0010488-4. Agravante: Sociedade Unificada de Ensino Superior Augusto Motta - UNISUAM. Agravado: Rodrigo Alves da Costa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DJ 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178639225/agravo-em-recurso-especial-aresp-653800-rj-2015-0010488-4/decisao-monocratica-178639235>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 850.273 - BA. Agravante: Gildásia dos Santos e Santos - Espólio. Agravado: Editora Gráfica Universal Ltda. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJAP). Brasília, DJe 24 ago. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=11389310&tipo=5&nreg=200602623771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100824&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 26 abril 2015.

_____. _____. Recurso Especial n. 1.195.642. Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 21 nov. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2015.

_____. _____. Recurso Especial n. 254.418/RJ. Recorrente: Célia Maria Camargo Teixeira. Recorrido: Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DJe 11 jun. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=215859&num_registro=200000333328&data=20010611&formato=PDF>. Acesso em: 12 maio 2015.

_____. _____. Recurso Especial n. 325.622. Recorrente: Cláudia Sá Rego Ribeiro de Menezes. Recorrido: Master Estacionamento S/C Ltda. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DJe 10 nov. 2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_325622_RJ_28.10.2008.pdf?Signature=9kaViaywdMwDyRi%2BggAn1Au3Yo%3D&Expires=1430966006&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2e30f41e5d1f5eae45f665b9a58cf8b8>. Acesso em: 06 maio 2015.

_____. _____. Recurso Especial n. 991.985 - PR (2007/0229568-8).
 Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: General Motors do Brasil Ltda. Relator:
 Min. Castro Meira. Brasília, DJe 11 fev. 2008. Disponível em:
 <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3633878&num_registro=200702295688&data=20080211&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 maio 2015.

_____. _____. Súmula nº 37. Disponível em:
 <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=490>. Acesso em 04 maio 2015.

_____. _____. Súmula nº 387. Disponível em:
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=145>>. Acesso em 07 jun. 2015.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Relator(a) para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 27 out. 2006. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Os novos danos à pessoa**: na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos *et al.* **Código Civil para concursos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 11 maio 2015.

Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2006. Disponível em:

<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 26 abril 2015.

Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em 09 maio 2015.

Enunciados nº 39, 40, 41 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 26 abril 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. A revitalização do direito privado brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34 *passim*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito dos contratos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 4.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perdado-tempo>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, v. 3.

_____. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutil-uma-nova-modalidade>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

_____. **Você sabe o que é "desvio produtivo do consumidor"?** JusBrasil. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/114536742/voce-sabe-o-que-e-desvio-produtivo-do-consumidor>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**.

Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Del "micro" al "macro" sistema y viceversa. El "diálogo de las fuentes". Consumidores y usuarios frente el derecho privado. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, out./dez. 1998, p. 63 *et seq.*

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Tamila Cavaler Pessoa de. **A Responsabilidade Civil Pela Perda De Tempo Útil**: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor. 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MELO, Getúlio Costa. **A Teoria do Desestímulo (Punitive Damages) no âmbito consumerista**. JusBrasil. Disponível em: <http://getulio.jusbrasil.com.br/artigos/125585372/a-teoria-do-desestimulo-punitive-damages-no-ambito-consumerista?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 abril 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 100240965586970021. Relator: MÁRCIA DE PAOLI BALBINO. Julgado: 05/11/2009. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6014511/100240965586970021-mg-1002409655869-7-002-1/inteiro-teor-12150221>>. Acesso em 17 nov. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALIN, Paulo; XAVIER, Pedroso Marília. A efetividade do direito do consumidor como direito fundamental em 20 anos: problematizações a partir da Súmula 381 do STJ. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios, perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92-93.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O PREÇO DO AMANHÃ. Produzido por Andrew Niccol, Marc Abraham, Amy Israel, Kristel Laiblin e Eric Newman. Estados Unidos, Los Angeles: 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Inominado nº 001352720201481600300. Primeira Turma Recursal. Recorrente: SKY/DIRECT TV – SKY Brasil Serviços Ltda. Recorrido: Eliane Maria Giacobbo. Relator: Fernando Swain Ganem. Julgado em: 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175646745/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-1352720201481600300-pr-0013527-2020148160030-0-acordao/inteiro-teor-175646756>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0321609-9. Quarta Câmara Cível. Recorrente: Companhia Energética de Pernambuco - CELPE. Recorrido: Flávio Aloísio Veiga Villela. Relator: Des. Tenório dos Santos. Julgado em: 22 maio 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PE/attachments/TJ-PE_AGV_3216099_e0b65.pdf?Signature=XVvk5HUxg%2FIXiliZd6dpioPe6NZo%3D&Expires=1433481516&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a10ad674da2976c2f71bc901d0c18b91>. Acesso em: 05 jun. 2015.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Responsabilidade Civil do fornecedor em razão da Perda do Tempo Livre com fundamento no Código de Defesa do Consumidor**. Portal CERS. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/11/47-tempo_livre.pdf?1384775001>. Acesso em: 24 out. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0160246-79.2011.8.19.0001. Nona Câmara Cível. Recorrente: Empresa Brasileira De Telecomunicações S.A. EMBRATEL. Recorrido: Arnaldo Gomes dos Santos. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Julgado em: 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B79B8815FB5B336A2F3BD19DEB01F08C5020E120758>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. _____. Apelação Cível nº 0279219-61.2009.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 27 out. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. _____. Apelação Cível nº 2223672-68.2011.8.19.0021. Quarta Câmara Cível. Recorrente: TNL PCS S.A. Recorrido: Michelle Pimentel de Queiroz. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgado em: 06 set. 2013. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045E00FE383AC90A1DE37427AF1D6AC3EFC5023F0C441E>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003750700. Primeira Câmara Especial Cível. Recorrentes: Maria Edilia Camargo Jablonski e Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 24 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013.

SÊNECA, Lúcio Anneo. **Sobre a brevidade da vida**. Trad. Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Questões controvertidas: série grandes temas de direito privado**. São Paulo: Editora Método, 2006, v. 5, p. 447 *passim*.

SILVA, Rômulo Limeira Grutes da. **Punitive damages e Dano Moral Punitivo**: um Estudo Comparado com o Modelo Norteamericano. 2012, p. 6. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 26 abril 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 9. ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo I.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**. Jun./2002, ano 50, nº 296, p. 9. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2015.

_____. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre

o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios, perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNITED NATIONS. Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4.