

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E  
EXTENSÃO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

Felipe Probst Werner

## **O CONTRATO DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE PELO DANO MORAL**

Monografia apresentada à Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência para conclusão do  
curso de pós-graduação em Direito  
Contratual.

PUC/SP

2015

## **RESUMO**

O significativo aumento das relações consumeristas tem trazido evidência às responsabilidades de fornecedores de produtos e serviços na ocorrência de vícios e defeitos nos mesmos. Neste estudo procura-se elucidar o conceito desses institutos em relação à legislação, doutrina e jurisprudência atual brasileira, e ao fim, traz noções acerca do dano moral e a possibilidade de cumulá-lo com as responsabilidades do Código de Defesa do Consumidor. O presente trabalho motiva-se no intuito de analisar os principais elementos responsabilizatórios em caso de vício ou defeito em produto ou serviço fornecido, e verificar a compatibilidade entre vício, defeito e dano moral. Para a pesquisa, utilizou-se o método indutivo por meio consulta doutrinária e jurisprudencial.

**Palavras Chaves:** Direito do Consumidor. Vício. Defeito. Dano moral.

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 1- CONTRATO DE CONSUMO.....</b>	<b>7</b>
1.1 Aspectos históricos.....	7
1.2 Princípios constitucionais e aqueles oriundos da Lei 8.078/90.....	9
1.3 A relação jurídica de consumo e conceitos.....	16
1.3.1 Consumidor.....	16
1.3.2 Fornecedor.....	19
1.3.3 Objeto da relação de consumo.....	20
1.4 Responsabilidade nas relações de consumo.....	21
1.5 Vício e defeito.....	22
1.5.1 Vício.....	22
1.5.2 Defeito ou fato do produto ou serviço.....	24
1.5.3 Diferenças entre vício e defeito.....	26
<b>CAPÍTULO 2- O DANO MORAL.....</b>	<b>31</b>
2.1 Dano.....	31
2.2 Conceito de dano moral e sua reparabilidade.....	32
2.3 O dano moral no Direito Brasileiro.....	37
2.4 O dano moral nas relações de consumo.....	38
2.5 Formas de reparação do dano moral e fixação do <i>quantum</i> indenizatório...	39
<b>CAPÍTULO 3- A RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE PELO DANO MORAL.....</b>	<b>42</b>

	4
3.1 A responsabilidade civil.....	42
3.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	44
3.1.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	44
3.2 Responsabilidade solidária e subsidiária.....	45
3.3 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor (diferenças entre vício e defeito) .....	47
3.4 A relação entre o dano moral, o vício, o defeito e o comerciante.....	53
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

Diante de uma sociedade extremamente sistematizada para suprir os anseios e necessidades da vida social, depara-se, diversas vezes, com práticas comuns do dia-a-dia que passam despercebidas não só por profissionais e estudantes do Direito, mas também pela sociedade em geral.

Dentre essas práticas está a distinção entre o vício e o defeito dentro do Código de Defesa do Consumidor e suas sutis diferenças de responsabilização e consequência jurídica na relação entre consumidor e fornecedor.

A escolha deste tema deu-se em virtude dos diversos entendimentos dos Tribunais brasileiros acerca da incidência do dano moral em caso de vício ou defeito no produto. Há inúmeros julgados que condenam os comerciantes pelo abalo moral sofrido por consumidor quando constatado vício no produto.

Ocorre que como as normas consumeristas diferenciam a responsabilidade, em especial do comerciante, na ocorrência de vício ou defeito, pretende-se, com o estudo, trazer esclarecimentos acerca da imediata ocorrência de defeito quando constatado abalo moral sofrido pelo consumidor.

Desta forma, além de desenvolver estudo acerca do contrato de consumo, pretende-se relacionar o dano moral com as formas de responsabilidade civil que deste contrato derivam.

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor que existe diferença na responsabilidade civil entre fabricante e comerciante em casos de vício ou defeito no produto fornecido ou serviço prestado. No primeiro caso vislumbra-se a responsabilidade solidária entre fabricante e comerciante, já no segundo, é apenas subsidiária a responsabilidade do comerciante.

A doutrina têm estabelecido distinções entre vício e defeito, dispondo que um (vício) ocorre quando o problema no produto ou serviço fica adstrito a este produto ou serviço, e que o outro (defeito) ocorre quando o problema extrapola o produto ou serviço e chega ao consumidor.

Ciente das diferenciações acima, procurar-se-á com esta pesquisa verificar se quando alega o consumidor ter sofrido abalo moral em virtude de problema no produto ou serviço estar-se-á sempre diante de um defeito, ou poderá o vício também acarretar abalo moral no consumidor.

Para tanto, será feito relato doutrinário e jurisprudencial dos institutos de responsabilidade presentes nas relações de consumo e sua relação com o dano moral. Assim, no primeiro capítulo serão trazidos os aspectos históricos das normas de Direito do Consumidor, serão abordados os mais importantes princípios que devem reger as relações de consumo, e tratados dos conceitos de fornecedor e consumidor e diferenciações entre os tipos de responsabilidade civil que o Código de Defesa do Consumidor dispõe.

No segundo capítulo será abordado de forma aprofundada a temática do dano moral, quando estudar-se-á seu conceito, história, correntes (negativista e positivista), sua presença e desenvolvimento no Direito Brasileiro e nas relações de consumo.

No terceiro e último capítulo será estudada a responsabilidade civil do comerciante quando da ocorrência do dano moral numa relação de consumo, ocasião em que tratar-se-á do instituto da responsabilidade civil, suas classificações, presença no Código de Defesa do Consumidor e relação entre a mesma na ocasião de vício e defeito no produto ou serviço com o dano moral e responsabilização do comerciante.

O objetivo geral é identificar fatores principiológicos e jurisprudenciais do dano moral e também da normativa consumeirista, e, desta maneira, esposar um entendimento acerca das possibilidades de cumulação de dano moral com o vício no produto, ou, se, caso exista o dano moral, esteja-se diante de defeito no produto.

Os objetivos específicos são discorrer sobre o dano moral; sobre os princípios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor; sobre a diferenciação entre vício e defeito no produto/serviço; estudar e analisar casos específicos e entendimentos jurisprudenciais acerca do tema

A metodologia a ser utilizada na fase investigativa do estudo será a indutiva, com tratamento de dados de forma cartesiana, sendo utilizada as técnicas de referente, conceitos operacionais, pesquisa bibliográfica e fichamento.

# CAPÍTULO 1

## 1. CONTRATO DE CONSUMO

Contratos são negócios jurídicos que se distinguem dos demais porque para sua formação é exigida a presença de pelo menos duas partes. (GOMES, 2008, p. 6). É um negócio jurídico bilateral que possui variadas características que lhe são peculiares, sendo instrumento imprescindível para garantir a segurança jurídica da sociedade moderna.

Os contratos fazem parte do cotidiano da coletividade, em regra não possuem formalidade e podem ser tratados inclusive de forma verbal. São vários os tipos de contrato, sendo que boa parte deles já são tipificados como aqueles de compra e venda, de locação, depósito, comodato, dentre outros.

Como abordado na introdução, adiante será abordado de forma mais aprofundada o contrato de consumo, quando tratar-se-á de seus aspectos históricos, princípios e características peculiares.

### 1.1 Aspectos históricos

O período pós-Revolução Industrial foi de extremo crescimento populacional nas metrópoles e gerou forte aumento de demanda, e, conseqüentemente, de oferta. A indústria passou a querer aumentar a produção para conseguir comercializar produtos e serviços para atender ao crescente aumento demográfico. (NUNES, 2011).

Com a ideal de aumentar lucros e garantir a capacidade de entrega dos produtos e serviços tal qual a demanda, criou-se a produção em série. Essa chamada homogeneização ou “standartização” da produção possibilitou a diminuição de custos e um enorme aumento na oferta e nos lucros, quando tornou-se possível que um só fornecedor fosse capaz de atender uma grande massa de consumidores. (NUNES, 2011).

Em virtude dessa mudança social e do surgimento de diferentes tipos de negócios, o direito contemporâneo têm sofrido transformações que visam corrigir ou atenuar as relações jurídicas com traços de “desigualdade”.

Segundo Bruno Miragem, a desigualdade nas relações jurídicas se apresentam de diversos modos, “seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica” havida entre os contratantes. (MIRAGEM, 2014, p. 37)

Em suma, a desigualdade advém da vulnerabilidade de pelo menos um dos sujeitos contratantes, assim, tem-se que as alterações do direito contemporâneo visam recompor, por meio da intervenção legislativa Estatal, a igualdade jurídica ao reconhecer a vulnerabilidade de um sujeito contratante, como, por exemplo, aquela do empregado perante o empregador ou do consumidor perante o fornecedor.

Seguindo na mesma trilha Miragem (2014, p. 38),

As origens da preocupação com os direitos dos consumidores são tradicionalmente indicadas ao conhecido discurso, nos Estados Unidos, do Presidente John Kennedy no Congresso norte-americano, em 1962, que, ao enunciar a necessidade de proteção do consumidor, referiu como direitos básicos o *direito à segurança*, o *direito à informação*, o *direito de escolha* e o *direito a ser ouvido*.

A partir de tal discurso inúmeras leis foram aprovadas nos Estados Unidos ainda nos anos 60, pois a consciência social e cultural na defesa dos consumidores ganhou fôlego a partir dos anos 1960 com o surgimento, também, de associações de consumidores .

Acompanhando as alterações advindas dos Estados Unidos, em 1972, realizou-se em Estocolmo a Conferência Mundial do Consumidor, seguida por deliberação Comissão das Nações Unidas que trouxe os direitos básicos do consumidor (mesmos do discurso do Presidente norte-americano John Kennedy), e a Resolução (543) da Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia que deu origem a Carta Europeia de Proteção ao Consumidor. (MIRAGEM, 2014).

Com o surgimento de vários posicionamentos de entidades supra-estatais ou mesmo transnacionais acerca do tema, em 1984 a Espanha regulamentou o artigo 51 de sua Constituição de 1978 estabelecendo que os poderes públicos deveriam garantir a defesa dos consumidores, e, em 1985 a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da resolução 39/248 estabeleceu a necessidade de proteção dos consumidores e

regulou extensamente a matéria visando garantir alguns objetivos, dentre os quais proteção frente a riscos de saúde e segurança, acesso a informação e liberdade de constituir grupos ou outras organizações de consumidores. (MIRAGEM, 2014).

No Brasil a Constituição Federal de 1988 traz alguns princípios que regulam de forma ampla a relação de consumo, mas a primeira normativa contemporânea e voltada exclusivamente para as relações de consumo deu-se com o Código de Defesa do Consumidor, editado em 11 de setembro de 1990. O mesmo cumpriu determinação constitucional específica sobre o tema (artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e estabelece além de normas de ordem pública princípios específicos para serem observadas nas relações jurídicas havidas entre fornecedor e consumidor.

A seguir, estudar-se-á os princípios constitucionais e legais relacionados com os contratos de consumo.

## **1.2 Princípios constitucionais e aqueles oriundos da Lei 8.078/90**

O poder constituinte brasileiro, mais especificamente aquele responsável pela Constituição de 1988 não apenas garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental, mas também determinou que o legislador infraconstitucional formalizasse um microssistema de direitos e deveres voltado especificamente às relações de consumo.

Maximiliano *apud* Nunes (2011, p. 47) dispõe que:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o 'substratum' de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as 'diretivas, ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Os princípios gerais do direito, acima definidos por Carlos Maximiliano são, portanto, verdadeiros norteadores e alicerces de todo o sistema jurídico. Tratam-se de enunciados lógicos de grande generalidade que vinculam o entendimento, interpretação e aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam. (NUNES, 2011).

Os princípios exercem fundamental função dentro de um ordenamento jurídico porque orientam os aplicadores do direito quando da interpretação das normas jurídicas em geral. Podem emanar da Constituição Federal ou mesmo de leis infraconstitucionais, no presente estudo tratar-se-á daqueles relacionados ao Direito do Consumidor, sejam princípios constitucionais, que emanam da Constituição Federal de 1988, ou legais, em especial aqueles emanam do Código de Defesa do Consumidor.

#### **a) Dignidade da pessoa humana**

Segundo Rizzato Nunes, o princípio da dignidade da pessoa humana é o último arcabouço da proteção dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. (NUNES, 2011)

Disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, deve funcionar como princípio maior para a interpretação dos direitos e garantias do cidadão.

Este princípio é responsável por conceder unidade aos direitos e garantias fundamentais afastando a ideia de concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual. (MORAES, 2005).

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2005, p. 16).

É o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, alicerce fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual deve sempre ser observado nas relações jurídicas, seja por meio da livre iniciativa, do sistema normativo, ou, por último, como balizador das decisões judiciais.

#### **b) Isonomia**

Dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Este princípio além de ser dirigido ao aplicador, o também é para o legislador, assim, toda norma editada deve observá-lo. Para (MORAES, 2005) este princípio opera em dois planos, com uma frente ao legislador e ao executivo quando da edição de leis, atos normativos, medidas provisórias; e em outro plano para a autoridade pública intérprete da lei, que deverá tratá-la de maneira igualitária, sem distinção de sexo, religião, política, classe ou nível social, etc.

Para Alexandre Moraes “o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”. (MORAES, 2005, p. 31).

Deste princípio, portanto, extrai-se que todos cidadãos devem ser tratados pela lei de forma igual, isonômica, mas em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Assim, a máxima de Aristóteles de que o tratamento deve ser igual aos iguais e desigual para os desiguais é que deve imperar.

### **c) Direito à intimidade, vida privada, honra e imagem e a indenização por dano material, moral ou à imagem**

O princípio do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem está estabelecido no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988 e integram-se com as relações de consumo a medida em que porventura sofram os consumidores violações desses direitos fundamentais.

Como este estudo visa elucidar a conexão do dano moral a vícios e defeitos em produtos ou serviços fornecidos, ater-se-á ao direito à honra e à imagem.

Honra é valor social de que goza certo indivíduo, depende da contextualização indivíduo – ambiente por isso possui difícil objetivação. Está interligada aos conceitos de autoridade, prestígio e reputação. A palavra honra advém do latim *honorare* (SILVA, 2009) e segundo dicionário etimológico da língua portuguesa significa dignificar, dar crédito a, respeitar (CUNHA, 2010, p. 341).

Ensina Rizzato Nunes que a honra “é um desses conceitos de difícil delimitação semântica, e, colocado abstratamente, também demandará um exame do caso

concreto para sua verificação”. Segundo o mesmo autor, honra é algo que uma pessoa possui independentemente do papel social que ela ocupa. (NUNES, 2011, p. 88)

Por sua vez, a imagem é dividida pela doutrina em duas vertentes: imagem-retrato, que pertence exclusivamente ao indivíduo (aspectos físico-mecânicos, fisionômicos e estéticos – traços físicos) e a imagem-atributo, que pertence ao indivíduo em função do papel social por ele exercido. A imagem-atributo seria, segundo Rizzato Nunes, o “conjunto de características que o indivíduo demonstra no exercício do papel social”, em suma, é o que o indivíduo (ou pessoa jurídica) representa para a sociedade. (NUNES, 2011, p. 90)

Demonstrados a proteção principiológica os conceitos de imagem e honra, cabe destacar que o mesmo artigo 5º, mas no seu inciso V, da Constituição Federal de 1988 dispõe que é assegurado o direito à indenização por dano material, moral, ou à imagem ao lesado.

Conforme leciona Alexandre Moraes a norma pretende a reparação da ordem jurídica que foi lesada, seja por meio de indenização pecuniária ou mesmo por meio do direito de resposta. A temática do dano moral e sua indenização será tratada no próximo capítulo deste estudo, mas convém já aqui destacar que será cabido quando em razão de ato ilícito foi perturbada a relação psíquica de tranquilidade ou de sentimentos e afetos de uma pessoa, incluso aí sua honra e imagem. (MORAES (2005)

#### **d) Informação e o dever de informar**

Na Constituição Federal de 1988 o direito de ser informado ou o dever de informar aparece de forma um pouco mais restrita que no âmbito infraconstitucional. Em poucas linhas, a Carta Magna estabelece o dever de informar dos órgãos públicos, ficando a cargo do Código de Defesa do Consumidor a obrigatoriedade de prestação de informações por parte do fornecedor.

O artigo 31 da Lei 8078/90 dispõe que:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990).

Leciona (MARQUES, 2014) que o dever de informar disposto no Código de Defesa do Consumidor é reflexo do princípio da transparência – que será tratado adiante. Aduz a autora que o dever do fornecedor informar apresenta-se inicialmente nas informações sobre as características do produto ou serviço, mas estende-se ao conteúdo do bem ou serviço fornecido, forma de utilização, preço e advertências.

Complementa a doutrinadora Claudia Lima Marques que

[...] o dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro “ônus” pró-ativo atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor, superando a *caveat emptor*<sup>1</sup>. (MARQUES, 2014, p. 840).

Para Bruno Miragem, assim como existe a desigualdade de meios e econômica entre consumidor e fornecedor, existe no mercado a desigualdade informacional, daí a necessidade de equilibrar a relação impondo como princípio ou mesmo direito básico o de informação do consumidor. (MIRAGEM, 2014)

É, portanto, o princípio da informação uma das bases da proteção do consumidor, eis que visa garantir a moderação de poder nas relações entre consumidor e fornecedor.

#### **e) Transparência**

O princípio da transparência está expresso no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e pode ser traduzido na obrigação do fornecedor dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que lhe são oferecidos.

Ensina Claudia Lima Marques que transparência é clareza e por isso seria a informação sobre temas relevantes da futura relação contratual. Complementa a autora afirmando que

[...] a transparência deve ser uma nova e necessária característica de toda manifestação pré-contratual do fornecedor no mercado, desde a sua publicidade, vitrines, o seu *marketing* em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou às condições gerais contratuais que pré-redige, às informações que seus prepostos e representantes prestam, etc. (MARQUES, 2014, p. 786).

---

<sup>1</sup> Tradução livre – risco do comprador.

Como dito acima, o princípio da transparência é complementado pelo princípio do dever de informar e é um dos grandes marcos inovadores da Lei 8.078/90, eis que inverte o risco pela incongruência ou falta de informação.

#### f) Boa-fé

O princípio da boa-fé é um daqueles basilares do Direito do Consumidor. Está previsto no artigo 4º, III, do Código de Processo Civil e sua função é compatibilizar interesses aparentemente contraditórios de fornecedor e consumidor.

Para sua melhor apreciação, necessário é distinguir a boa-fé subjetiva da objetiva, sempre levando em consideração que o princípio da boa-fé quando voltado para o direito do consumidor diz respeito à boa-fé objetiva, como abaixo explica-se. (MIRAGEM, 2014).

A boa-fé subjetiva trata-se de um estado psicológico que se reconhece a uma pessoa, como, por exemplo, a ausência de conhecimento de determinado fato, ou mesmo a falta de intenção de prejudicar outrem. (MIRAGEM, 2014).

Por sua vez, a boa-fé objetiva se constitui num princípio do Direito do Consumidor porque determina que os contratantes devam se comportar com respeito e lealdade com o outro sujeito da relação. No Direito do Consumidor:

A eficácia do princípio da boa-fé objetiva é percebida sob diferentes aspectos. No que se refere ao contrato de consumo, o efeito vinculante do fornecedor em razão da oferta e da publicidade que faz veicular é resultado típico da incidência do princípio da boa-fé, na medida em que protege a legítima expectativa gerada pela informação. (MIRAGEM, 2014, p. 134)

Em outras palavras, o princípio da boa-fé impõe que o fornecedor informe e pratique atos condizentes com a produtividade ou êxito da relação havida entre ele e o consumidor. É este princípio que traz o dever de esclarecimento de riscos, aconselhamento pelo profissional especialista, ou mesmo de manutenção do bem comercializado de acordo com o que legitimamente poderia esperar o consumidor.

#### g) Proibição de práticas e cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu artigo 6º, IV norma que veda incondicionalmente as práticas e cláusulas abusivas. Trata-se de um direito de grande relevância prática eis que procura coibir o comportamento abusivo do fornecedor.

A prática abusiva nada mais é que toda atuação do fornecedor no mercado de consumo que desrespeite padrões de conduta regularmente estabelecidos ou esteja em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores. (MIRAGEM, 2014).

Destaca que a ideia de abusividade tem relação com o abuso do direito, caracterizado pelo excesso de exercício de um direito capaz de causar dano a outrem em virtude de seu uso irregular ou desviante. Tais práticas estão dispostas em rol exemplificativo nos artigos 39, 40, 41 e 42 do Código de Defesa do Consumidor. (NUNES 2011).

No que tange às cláusulas abusivas, dispõe a Lei 8.078/90 que são nulas as cláusulas que o consumidor se vê submetido ao fornecedor.

#### **h) Solidariedade e Responsabilidade Solidária**

O princípio da solidariedade não se trata de princípio exclusivo do Direito do Consumidor, pois também está presente na Constituição Federal de 1988 (artigos 1º, IV e 170). Assim, possui fundamento constitucional e visa estabelecer, nos dizeres de Bruno Miragem, “uma autêntica orientação solidária do direito” (MIRAGEM, 2014, p. 131).

É o princípio da solidariedade um divisor de riscos sociais da cadeia de consumo “uma vez que orienta a adoção de um critério sobre quem deve arcar com os riscos da atividade econômica no mercado de consumo, afastando a regra da culpa para imputação da responsabilidade”. (MIRAGEM, 2014, p. 131).

Estabelecido dentro do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 7º, determina como regra a solidariedade para a reparação do consumidor pelos danos causados para todos os partícipes daquela relação de consumo desastrosa.

Pode-se dizer, portanto, que este princípio promove a repartição dos riscos sociais entre os fornecedores visando a melhor satisfação dos consumidores vítimas de eventos no mercado de consumo, ressaltando-se, ainda, que a regra é de que a responsabilidade prevista no âmbito consumeirista é a objetiva, que independe de prova.

### 1.3 A relação jurídica de consumo e conceitos

É critério básico a determinação de uma relação de consumo que se observe quais seus elementos, ou seja, quem são as partes – consumidor e fornecedor – e quais os objetos – produto e serviço.

#### 1.3.1 Consumidor

A definição jurídica de consumidor é inicialmente trazida pelo artigo 2º do e depois complementada pelos artigos 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 2º dispõe o que chama-se de consumidor *standard*, isto é, o consumidor padrão. É a redação do artigo: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990).

A definição é aparentemente simples, mas segundo (MIRAGEM, 2014), em breve análise permite concluir que podem ser consumidores tanto pessoas físicas como jurídicas e será consumidor tanto que adquira como quem utilize os produtos ou serviços.

A mais difícil interpretação do artigo supra citado é a da expressão destinatário final. Rizzato Nunes (2011, p. 118) inicia seus ensinamentos sobre o tema afirmando com categoria que “se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor”. No entanto, tal afirmação, como relata o mesmo autor, não é suficiente para verificar se uma pessoa é ou não destinatária final do produto.

Para Miragem (2014), a expressão destinatário final admite diferentes interpretações, eis que poderá ser o destinatário fático – aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo usufruindo de modo definitivo sua utilidade; ou aquele que é o destinatário fático e econômico do produto – que não só retira do mercado, mas também não volta a reempregá-lo.

Sobre o tema destacam que existem na doutrina duas fortes teorias, a finalista e a maximalista. Segundo os autores que fazem parte da obra, e em especial Claudia Lima Marques,

Para os finalistas, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é parte vulnerável nas relações contratuais de mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC expostos nos arts. 4º e 6º. (BENJAMIN *et al*, 2014, p. 99)

Para esta corrente finalista o destinatário final seria aquele que fosse o destinatário não só fático, mas também econômico do bem ou serviço – sendo pessoa física ou jurídica, em outras palavras, não basta que retire o produto ou serviço da cadeia de produção, mas é necessário que não o tenha adquirido para revenda ou uso profissional.

Por outro lado, aduz Claudia Lima Marques que:

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. (MARQUES, 2014, p. 304)

Continua a autora lecionando que para a teoria maximalista, .

A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou o mesmo Estado quando adquire canetas para uso na repartições e, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (MARQUES, 2014, p. 304-305).

Ocorre que para (BENJAMIN *et al*, 2014), o problema da visão maximalista é que culmina por transformar o direito do consumidor em direito privado geral, eis que retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais porque comerciantes e

profissionais consomem de forma intermediária insumos para sua atividade-fim de produção e distribuição.

Ainda assim, leciona Claudia Lima Marques que a jurisprudência absorveu as duas correntes denominando a finalista de subjetiva e a maximalista de objetiva, no entanto, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 argumenta a autora que “parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui denominei de ‘finalismo aprofundado’. (MARQUES, 2014, p. 305)

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 causou perda de força da visão maximalista ao iniciar-se uma tendência da jurisprudência denominada finalismo aprofundado, que para caracterizar o destinatário final do produto ou serviço leva em consideração a vulnerabilidade do agente.

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (BENJAMIN *et al*, 2014, p. 104)

Salienta Bruno Miragem que a interpretação finalista aprofundada apresenta-se a partir de dois critérios: que a extensão do conceito de consumidor equiparado é medida excepcional do regime; e que é requisito essencial para a extensão da categoria de consumidor o reconhecimento da vulnerabilidade. (MIRAGEM, 2014)

Sobre o tema já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por meio da Ministra Fátima Nancy Andrighi quando preferiu a seguinte decisão:

Recurso especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação na hipótese do autos. Foro de eleição. Exceção de incompetência. Rejeição. – A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada sua vulnerabilidade no caso concreto; ou se por equiparação, nas situações previstas pelos artigos 17 e 29 do CDC [...]. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 684.613/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, 2005)

Vê-se, portanto, que ainda que a doutrina divergisse sobre qual e teoria prevista no Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência tratou de definir como regra concepção de destinatário final como aquela parte da relação que conseguir demonstrar que se encontra vulnerável perante a outra, e, lógico, que não utilize o bem ou serviço como insumo para a produção ou comercialização.

Ultrapassado o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, resta ainda informar outros tipos de consumidores previstos na legislação consumerista.

Dentre eles, tem-se como consumidores a coletividade de pessoas que tenham participado da relação de consumo, ainda que não seja possível sua identificação – parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Paralelamente, o artigo 17 da mesma lei dispõe que as vítimas de acidente de consumo também são equiparadas ao consumidor porque foram atingidas pelo evento danoso, e, por último determina o artigo 29 da já mencionada lei que são consumidores todas as pessoas que estão expostas às práticas comerciais.

Assim, após afirmar que existindo prática comercial toda pessoa estará exposta a ela e, portanto, será considerada consumidora, discorre Rizzato Nunes que, “por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele”. (NUNES, 2011, p. 130)

### **1.3.2 Fornecedor**

O conceito de fornecedor está previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º, caput. É a redação do artigo:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem com o os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Ensina Rizzato Nunes que não há exclusão de nenhum tipo de pessoa jurídica porque é a Lei 8.078/90 genérica e busca atingir qualquer modelo, mas destaca o autor que o termo “atividade” deve ser interpretado em seu sentido tradicional, ou seja, deve ser regular, ou, ao menos com interesse comercial. (NUNES, 2011)

Sobre este tema, sustenta Bruno Miragem que será a natureza econômica da atividade que fundamentará o enquadramento ou não no conceito de fornecedor os consequentes deveres jurídicos regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. (MIRAGEM, 2014). Ainda acerca do termo “atividade”, pode-se esclarecer que “a

expressão 'atividades, no *caput* do art. 3º, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços [...]'.(BENJAMIN *et al*, 2014, p. 120)

Alguns temas também já foram objeto de discussão mas hoje estão consolidados, como a desnecessidade de remuneração pela coisa ou serviço<sup>2</sup> prestado para a caracterização do fornecedor, ou mesmo configuração dos agentes bancários como fornecedores das relações havidas entre eles e seus clientes/consumidores. (MARQUES, 2014).

### 1.3.3 Objeto da relação de consumo

Verificado o que significa consumidor e fornecedor para o Código de Defesa do Consumidor, para que fique caracterizada a relação de consumo necessário também haver um objeto, que será o produto ou serviço.

O produto está definido no artigo 3º, 1º da Lei 8.078/90 como “todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 1990). Pode-se denotar que a legislação é bastante ampla quanto à classificação de produto, eis que incluso está neste conceito já as relações formalizadas exclusivamente por meio da Internet.

Por sua vez, o serviço está disposto no artigo 3º, 2º da Lei supramencionada como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Como discorrido acima, o termo “mediante remuneração” indicado no artigo de lei supra citado deve ser interpretado de forma ampla, quando será configurada a remuneração ainda que de forma indireta. (BENJAMIN *et al*, 2014).

Assim, caracterizada a existência do consumidor, conseqüentemente haverá um fornecedor (sendo a recíproca verdadeira) e deverá haver um objeto desta relação, que poderá ser um produto ou serviço. Verificada a relação de consumo, será tal

---

<sup>2</sup> Sobre o tema já há julgado no Superior Tribunal de Justiça (REsp1.186.616/MG) que indica que ainda que o serviço tenha sido prestado de forma gratuita, o termo “remuneração” contido no art. 3º, §2º do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de moto a incluir o ganho indireto do fornecedor.

negócio jurídico regrado pelo Código de Defesa do Consumidor com todos os deveres e direitos que impõe tanto ao fornecedor como ao consumidor.

Adiante dar-se-á início ao estudo da responsabilidade objetiva trazida com regra pela Lei 8.078/90, bem como seus efeitos em eventuais problemas (vício ou defeito) que o objeto da relação possa vir a ter.

#### **1.4 Responsabilidade nas relações de consumo**

Sabe-se que uma das principais características da atividade econômica é o risco. A relação entre sucesso e fracasso em geral é medida pelo cálculo do risco e o valor cobrado pelo mesmo por parte do empresário, no caso das relação de consumo, pelo fornecedor.

Não se olvida que as variáveis a serem analisadas em empresário são inúmeras e não se pretende neste estudo especificar ponto a ponto como se medir o risco do negócio, mas certamente o elemento risco está intrínseco a atividade desenvolvida. Segundo Rizzato Nunes, “descobrir o ponto de equilíbrio de quanto risco vale a pena correr a um menor custo possível, para aferir a maximização do benefício, é uma das chaves do negócio”. (NUNES, 2011, p. 213)

Muitas vezes buscando diminuir ao máximo os custos o empreendedor deixa de respeitar os princípios básicos do consumidor (adequação, segurança, durabilidade e proteção à saúde), coisa que, aliada a produção em série pode acarretar forte descompasso entre interesses dos consumidores e dos fornecedores, isto porque, como anteriormente destacado, o fornecedor ou a cadeia deles possui maior informação e força financeira que o consumidor.

Com tal dificuldade e dentro de um contexto no qual a produção em série das fábricas em regra não é negligente, imprudente ou imperita, o consumidor jamais conseguiria comprovar a culpa do fornecedor, coisa que implicaria em transferir o risco do negócio do fornecedor para o consumidor porque este jamais conseguiria o ressarcimento por prejuízos lhe causados pelo produto ou serviço comercializado. (NUNES, 2011).

Dentro deste contexto, o Código de Defesa do Consumidor buscou com sua sistemática garantir o ressarcimento pelos prejuízos eventualmente sofridos pelo consumidor. (NUNES, 2011).

A diferença do poder econômico e a falta de informação diminuem a possibilidade de que o consumidor prove que o fornecedor agiu culposamente ao fabricar ou comercializar um produto ou fornecer um serviço. Por isso, o legislador entendeu necessário deslocar o ônus de tal prova para o fornecedor, que supostamente teria mais capacidade financeira e informacional para a produção de tais provas. Surge, assim, a mudança do sistema de responsabilidade civil subjetiva previsto na legislação comum para o de responsabilidade civil objetiva.

Em outras palavras, o que o legislador fez foi determinar que havendo problema no produto ou serviço a responsabilidade passaria a ser diretamente do fornecedor, independentemente de prova produzida pelo consumidor, mantendo o risco do negócio integralmente com o fornecedor.

## **1.5 Vício e defeito**

Vício e defeito são duas modalidades de responsabilidade civil que podem ocorrer na prestação do serviço ou fornecimento do produto.

Assim, vício ou defeito ensejaram na responsabilidade do fornecedor em indenizar o consumidor frente a responsabilidade do nexo de causalidade existente entre o produto ou serviço fornecido e o dano efetivamente ocorrente. (NUNES, 2011).

### **1.5.1 Vício**

O vício está disposto no artigo 18 e seguintes da Lei 8.978/90 e ocorre quando são desrespeitadas as características que se esperam quanto à qualidade e quantidade do produto adquirido, ou do serviço contratado pelo consumidor.

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do

recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. (NUNES, 2011, p. 226).

Pode-se observar desta maneira que, a abrangência e a profundidade do vício se restringem, unicamente ao próprio produto ou serviço, tornando-o impróprio para utilização ou consumo, ou ainda lhes diminua o valor, porém que não causem danos diretamente ao consumidor, usuário do produto ou serviço.

Segundo Rizzato Nunes, o vício pode ser de fácil constatação ou oculto. O primeiro é aquele que aparece no singelo uso e consumo do produto ou serviço. Já o segundo aquele que somente aparece após algum tempo de uso, e, por ser de difícil acesso ao consumidor, não pode ser detectados na utilização ordinária. (NUNES, 2011)

Ainda no tocante à classificação do vício, tem-se que o mesmo pode decorrer de diminuição da qualidade ou quantidade. O primeiro está disposto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e tem como exemplos um problema no sistema de freio, no sistema de refrigeração, podendo decorrer do vencimento do prazo de validade, falsificação, avariação, desobediência de normas técnicas regulamentares de fabricação, dentre outros. Já o segundo, possui disciplina no artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor, e trata basicamente da disparidade do conteúdo líquido dos produtos colocados no mercado de consumo, ou seja, informação prestada e real conteúdo fornecido. (GRINOVER *et al* 2011)

Vale ressaltar que o Código de Defesa Consumidor (BRASIL, 1990) reserva ainda um artigo especial – artigo 20 e seus parágrafos - para os vícios de serviço, que também podem ser em relação à qualidade e quantidade, bem como à disparidade entre indicações constantes na oferta ou mensagem publicitária.

Dentro do contexto de produto com vício, é importante salientar que fornecedores podem oferecer e comercializar produtos levemente viciados, desde que obedecidas determinadas regras, como lecionam os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

Tenha-se presente, contudo, que fornecedores não estão proibidos de ofertar e colocar no mercado de consumo – com abatimento de preço naturalmente – produtos levemente viciados, desde que forneçam informações corretas, claras e precisas sobre os aludidos vícios. (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 223)

O produto ou serviço viciado, portanto, são aqueles que afetam apenas o produto fornecido ou serviço prestado, não representando risco à integridade física do consumidor.

Neste sentido, tem-se que é considerado vício aquilo que acarreta a redução do valor do produto/serviço ou impossibilita o consumidor de usufruir deste produto/serviço de acordo com as suas legítimas expectativas. Como se vê, trata-se de uma referência tão somente ao produto ou serviço e suas características. Não faz a Lei, no vício, menção ao dano ocorrido ao consumidor. Logo, a responsabilidade do fornecedor no caso de vício se restringe tão e somente à própria prestação ou ao próprio produto, em outras palavras, quando o problema no produto ou serviço não ultrapassa o produto ou serviço, estará configurado o vício. (NUNES, 2011).

A responsabilidade pelo vício no produto ou serviço decorre, portanto, da violação a um dever de adequação, seja ela de qualidade ou de quantidade.

### **1.5.2 Defeito ou fato do produto ou serviço**

O defeito pressupõe um vício, que, por sua vez, estende-se além do bem adquirido ou serviço contratado, causando lesão não apenas ao produto, ou serviço, mas também ao patrimônio jurídico material e moral do consumidor.

O conceito de defeito do produto ou serviço encontra-se no §1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 16-17), nos seguintes termos:

Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmula, 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

[...]

Para, Rizzato Nunes “há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si”. (NUNES, 2011, p. 226). O autor continua a lição afirmando que:

O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau

funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim a qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor. (NUNES, 2011, p. 226)

É, portanto, o defeito, um acidente de consumo que ostentando natureza grave em razão da potencialidade de risco à integridade do consumidor e/ou de terceiros. Esta potencialidade de danos é o cerne para reparações, visto que o Código de Defesa do Consumidor disciplina em seu artigo 8º que os produtos ou serviços não poderão acarretar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores.

Para Grinover *et al* (2011, p. 201),

[...] o defeito que suscita o dano não é o defeito estético, mas o defeito substancial relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração aspectos extrínsecos, como a apresentação do produto, e intrínsecos, relacionado com a utilização e a época em que foi colocado em circulação.

Note-se que para a caracterização de fato do produto (defeito), o legislador brasileiro não se importou em colocar se o produto ou serviço estaria apto para o fim ao qual seria destinado, mas tão somente à segurança que dele legitimamente se espera. Num sentido mais amplo, Rizzato Nunes (2011) ensina que o defeito vai além do produto ou serviço ao atingir o patrimônio jurídico do consumidor em seu aspecto maior, seja moral, material ou estético.

Segundo Bruno Miragem,

[...] a responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção produção, comercialização ou fornecimento do produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2014, p. 527)

Prossegue o mesmo autor afirmando que a proteção do Código de Defesa do Consumidor abarca tanto a esfera de interesses patrimoniais como qualquer outro apreciável economicamente, como, por exemplo, os direitos de integridade física e moral. (MIRAGEM, 2014).

Hodiernamente, tanto jurisprudência<sup>3</sup> como doutrina têm apontado três modalidades de defeitos: o de concepção<sup>4</sup>, o de produção<sup>5</sup>, e o de informação<sup>6</sup>. Paralelamente, há posições jurisprudenciais no sentido de que o defeito não é só um vício que causa um dano extrínseco ao produto para o consumidor, mas também aquele pode vir a causar tal dano, por este motivo, pode-se entender que, caso um produto se incendeie ou ofereça risco que razoavelmente não se possa esperar ao consumidor estar-se-á diante de defeito, ou fato do produto.

### 1.5.3 Diferenças entre vício e defeito

Verificadas as bases conceituais de vício de defeito, para um maior esclarecimento far-se-á a diferenciação entre ambos por meio de um exemplo prático como o caso do problema no freio de um veículo: Quando dois consumidores adquirem dois veículos de igual marca e modelo, ambos com problema no freio. O primeiro ao sair da concessionária, percebe o problema logo no primeiro quarteirão, porém como tinha tempo e espaço, consegue encostar o veículo e pará-lo, sem sofrer qualquer dano. O segundo sai da concessionária e apenas percebe o problema quando se depara com um sinal fechado, não consegue parar, e acaba se chocando com outros veículos e lesionando sua mão. (NUNES, 2011)

No caso acima, tem-se que no primeiro veículo é constatado o vício, já o segundo, o defeito pelo fato de ter causado dano material extrínseco ao produto, ou seja, ao consumidor.

No mesmo sentido, reforça explanação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando profere a seguinte decisão:

Embora o defeito no sistema de freio de um automóvel configure defeito de segurança, com potencial para acarretar dano ao consumidor, isto é, acidente de consumo, conforme previsto no art. 12 do Código, quando inexistir alegação de tal dano ao consumidor, ter-se-á a responsabilidade do fornecedor por mero vício do produto, por inadequação deste, de acordo com o art. 18 do CDC, e não por fato do produto. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 567333/RN. Relator: Min. Raúl Araújo, 2013).

---

<sup>3</sup>Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1358615/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2013.

<sup>4</sup> Que envolve vícios de projeto, formulação, design, etc.

<sup>5</sup> Que envolve vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação, etc.

<sup>6</sup> Que envolve a apresentação, informação insuficiente ou inadequada, publicidade, etc.

O balizador da diferença entre vício e defeito é portanto a extrapolação da esfera do produto ou serviço à segurança que deste serviço ou produto no que toca a sua apresentação ou usos e riscos que razoavelmente poder-se-ia esperar do mesmo.

Por sua vez, Bruno Miragem sustenta que:

O defeito, como pressuposto de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores de produtos ou serviços no mercado de consumo. Difere dos vícios, que representam a falha a um dever de adequação, que se dá quando o produto ou o serviço não servem à finalidade que legitimamente deles são esperados, pelo comprometimento da sua qualidade ou quantidade. (MIRAGEM, 2014, p. 537)

Assim, tem-se que um mesmo produto ou serviço quando apresentar algum problema, pode este permanecer apenas em relação ao produto ou serviço, quando será interpretado como vício, ou pode este problema ultrapassar a barreira do produto e atingir a esfera patrimonial ou mesmo extrapatrimonial (dano físico ou moral) do consumidor, quando será interpretado como defeito.

Além de diferenças conceituais, segundo o Código de Defesa do Consumidor, vício e defeito possuem diferenças em suas consequências.

Primeiramente em relação às consequências do vício, tem-se que o consumidor estará amparado nos parágrafos do art. 18, e nos artigos 19 e 20 do Código de Defesa do Consumidor que disciplinam acerca das sanções para a reparação nos casos concretos.

Dentre as sanções, destaca-se (BRASIL, 1990):

Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto, a restituição dos valores pagos, ou abatimento proporcional do preço, conforme disposto no art. 18 parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor.

Havendo vício de quantidade do produto, sendo o conteúdo líquido inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, pode o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha: o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, substituição do produto por outro, ou restituição da quantia paga, conforme disposto no art. 19 do mesmo dispositivo legal supramencionado.

Como é possível verificar, apenas se o vício não for sanado no prazo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), ou seja, 30 dias após o recebimento de produto com vício, o fornecedor concorrerá com eventuais ônus. Antes do prazo estabelecido de 30 dias se o vício for sanado, o consumidor nada pode exigir (NUNES, 2011) – exceto se houver diminuição do valor do produto em decorrência do reparo<sup>7</sup>.

É controverso se há responsabilidade por perdas e danos nos casos de vício do produto, e não há unanimidade para estes casos nos tribunais nacionais, tendo em vista os artigos 18 e 20, do Código de Defesa do Consumidor (1990, p. 18 e 19), ambos em seu inciso II: “A restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos”.

Nunes (2011, p. 303) tratando deste tema, deixa claro que: “O direito a perdas e danos previsto no inciso II do art. 20 somente nasce após se constatar a impossibilidade ou a desistência do saneamento do vício. Se este puder ser resolvido e for, não pode o consumidor fazer o pleito indenizatório”.

É também de grande importância destacar que a contagem do prazo de trinta dias é contados na forma de somatório, ou seja, se deixado um produto para reparo, e este lá tenha permanecido por quinze dias, caso o produto volte a apresentar o mesmo problema, terá o fornecedor mais quinze dias para resolver aquele vício. Por outro lado, caso o vício, ainda que no mesmo produto, seja diverso, um novo prazo de trinta dias será iniciado.

Em relação ao defeito, a legislação consumerista em seu artigo 12 (BRASIL, 1990, p. 16-17) reporta como sanção apenas “reparação dos danos causados”. Assim, caso a caso deverá ser apurado o dano sofrido pelo consumidor, que pode abranger além do produto, o abalo moral, perda patrimonial/material, agressão estética ou à imagem.

Para o presente estudo, no entanto, centralizar-se-á na diferença jurídica acerca da responsabilidade do fornecedor enquanto comerciante.

É importante sedimentar que no Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade pelo dano é objetiva, e, portanto, prescinde de análise de culpa. Neste sentido, é possível verificar no artigo 12 do dispositivo legal (BRASIL, 1990, p. 16-17) que “independentemente da existência de culpa” será o fornecedor (em sentido amplo) responsável por reparar os danos sofridos pelo consumidor.

---

<sup>7</sup> Como já ficou evidenciado no §3º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Para os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, “o Código acolheu, desenganadamente, os postulados da responsabilidade objetiva, pois desconsidera, no plano probatório, quaisquer investigações relacionadas com a conduta do fornecedor”. (GRINOVER *et al.* 2011, p. 198)

Ocorre que apesar de que em ambos os casos (vício e defeito) a responsabilidade do fornecedor seja objetiva, há um elemento entre as duas que causa uma aguda diferença, a solidariedade subsidiariedade de responsabilidade entre fornecedor e comerciante.

Assim, verifica-se que no caso de vício a legislação coloca num mesmo patamar o fornecedor (comerciante) e o fabricante/prestador do produto/serviço. Basta verificar a legislação consumerista em seus artigos 18 e 19 *caput* (BRASIL, 1990, p. 18-19) que se encontra de forma expressa a responsabilidade solidária entre produtores e fornecedores.

Neste sentido, já julgo o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESCISÃO DE CONTRATO - AQUISIÇÃO DE MICROCOMPUTADOR - VÍCIO - DEFEITO NA PLACA-MÃE - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - **VÍCIO DE PRODUTO** - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO COMERCIANTE - TESE INACOLHIDA - **SOLIDARIEDADE ENTRE FORNECEDOR E COMERCIANTE** - **EXEGESE DO ART. 18 DO CDC** - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ÔNUS DO RÉU - RESPONSABILIDADE MANTIDA - RECLAMO IMPROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. Têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo da demanda tanto o fornecedor quanto o comerciante, pelos vícios de produtos e serviços. Inexistindo prova que demonstre a culpa exclusiva de terceiro para ocorrência dos vícios no produto, persiste a obrigação do comerciante em reparar os vícios do produto. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.015538-2. Relator: Des. Monteiro Rocha, 2008).

Por outro lado, em caso de defeito do produto ou serviço, a responsabilidade do comerciante será subsidiária, ou seja, apenas em quando o fabricante, construtor, produtor, ou importador não puder ser identificado; ou quando o produto for fornecido sem identificação do fabricante, produtor, construtor, ou importador; ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis; é que este será responsabilizado pelo defeito, conforme disposto no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990).

Não podia ser outro o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina quando proferiu a seguinte decisão:

APELAÇÕES CÍVEIS. CREME DE ARROZ DESTINADO À COMPLEMENTAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO INFANTIL, CONTAMINADO COM

INSETOS VIVOS, LARVAS E FRAGMENTOS DE INSETOS. BEBÊ DE APENAS UM ANO E QUATRO MESES QUE, APÓS CONSUMIR O ALIMENTO, É ACOMETIDO DE INFECÇÃO GASTROINTESTINAL GRAVE E PROGRESSIVA, VINDO A SOFRER DE DESNUTRIÇÃO E DESIDRATAÇÃO, ENFRENTANDO SITUAÇÃO DE IMINÊNCIA DE MORTE. PRESCRIÇÃO DE ANTIBIÓTICO AGRESSIVO, QUE ACARRETA PERDA DA AUDIÇÃO. SENTENÇA QUE CONDENA SOLIDARIAMENTE FABRICANTE E COMERCIANTE DO PRODUTO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS À VÍTIMA DIRETA DO EVENTO E A SEUS PAIS, ALÉM DE PENSÃO MENSAL ÀQUELA, ATÉ OS SEUS SESSENTA ANOS, POR SUA EVIDENTE DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO. RECURSOS CONHECIDOS, SENDO O DA PRIMEIRA RÉ DESPROVIDO, O DA SEGUNDA RÉ PROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O ADESIVO. 1. **A responsabilidade do comerciante pelo fato do produto é subsidiária sendo, in casu, descabida, a teor do art. 13 do CDC.** [...]. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.082042-7. Relator: Des. Ronei Danielli, 2011).

O mesmo entendimento é o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>8</sup>, no entanto, importante frisar que tal diferenciação parece simples e desimportante, mas é de grande significância para o comerciante, que ao deparar-se com um caso de defeito, como este colacionado logo acima, terá sua responsabilidade condicionada a algum dos incisos do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor (1990), diferentemente de estar-se diante de um caso e produto ou serviço viciado, quando deverá responder de forma solidária com o fabricante do produto ou prestador do serviço.

---

<sup>8</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014332050. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 2007.

## CAPÍTULO 2

### 2. O DANO MORAL

#### 2.1 Dano

Dano é uma agressão ou violação em qualquer tipo de direito, seja material ou imaterial, que cause a diminuição de valor de um bem juridicamente tutelado, podendo ser em valor pecuniário, moral, estético ou mesmo afetivo. (MELO, 2014).

Segundo Arnaldo Wald, “a palavra dano vem etimologicamente do vocábulo latino *demere*, que significa tirar ou diminuir”. Dano é considerada a “pedra angular” da configuração da responsabilidade civil e segundo o mesmo autor

[...] pode ser compreendido tanto numa perspectiva física como jurídica. Do ponto de vista físico significa o aniquilamento ou alteração de uma situação favorável de um indivíduo ou grupo num determinado espaço-tempo. Já do ponto de vista jurídico ele se verifica em razão da inobservância de norma, a qual, para conceder um efeito favorável ao prejudicado, estabelece um determinado comportamento. (WALD, 2012, p. 85-86)

Arnaldo Wald destaca que são imprescindíveis a presença de quatro requisitos para que um dano seja indenizável, são eles: violação de um interesse jurídico protegido; certeza do dano; subsistência (no sentido de que ainda não tenha sido reparado); e imediatidade, que é a regra, mas admitido pela doutrina e jurisprudência também o dano reflexo (ex.: necessidade de alimentos de um filho em virtude da perda da capacidade laboral de seu pai). (WALD, 2012).

Como destacado acima, o dano poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial. Eis que “la distinzione del danno in patrominiale ed non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti”<sup>9</sup>. (MINOZZI *apud* CAHALI, 2005, p. 21)

---

<sup>9</sup> Em tradução livre: a distinção do dano patrimonial e não patrimonial no se refere ao dano em sua origem, mas o dano em seu efeito.

O dano patrimonial é também chamado de dano material, e pode ser traduzido como um efeito economicamente apreciável dos bens e direitos de seu titular. (WALD, 2012).

O dano material será aquele onde se encontram as perdas e danos, englobados pelo dano emergente (prejuízo real e efetivo no patrimônio lesado) e lucros cessantes (dano futuro, alusivo à privação de um ganho pela vítima). (MELO, 2014)

Por outro lado, o dano extrapatrimonial é representado por uma diminuição ou perturbação que cause dor, angústia, sensação de perda, abale a honra ou imagem de um indivíduo.

Assim, dano extrapatrimonial seria a expressão mais adequada para utilizar como sinônimo de qualquer lesão aos direitos personalíssimos, sejam físicos ou psíquicos. (MELO, 2014)

Leciona Arnaldo Wald que os danos extrapatrimoniais são tradicionalmente conhecidos como danos morais englobam aspectos da pessoa humana vinculados à sua dignidade e também à personalidade, como imagem, bom nome, direitos autorais, relações afetivas, etc. (WALD, 2012)

## **2.2 Conceito de dano moral e sua reparabilidade**

O dano moral pode ser inicialmente conceituado como todo tipo de agressão injusta à bens imateriais de pessoa física ou jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária mas indenizável em virtude de três finalidades: satisfação da vítima, penalidade para ofensor e exemplaridade para a sociedade. (MELO, 2014).

Possível afirmar que que o termo dano moral:

[...] tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia. En efecto, la idea de un daño 'moral' alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero solo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la

angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida.<sup>10</sup> (BARROS *apud* ZAMORANO, 2008, p. 2)

Sobre dano moral, tem-se que há uma concordância no que tange a afirmar que seria aquilo que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor, sofrimento, angústia, vexame ou humilhação. Para o mesmo autor, é um dano caracterizado pela insuscetibilidade de sua valoração pecuniária razão pela qual o caráter de sua indenização é de compensar a vítima pelas aflições sofridas e subtrair-lhe o desejo de vingança pessoal. (MELO, 2012)

Para Roberto Senise Lisboa, o “dano moral, em sentido lato ou amplo, também conhecido por dano extrapatrimonial, é o prejuízo causado a algum direito personalíssimo da vítima”. (LISBOA, 2004, p. 499)

Por sua vez, há doutrinadoras que disciplinam o dano moral como “o efeito da ofensa a um bem jurídico imaterial, integrante da personalidade ou do patrimônio moral de alguém”. (MARMITT *apud* MELO, 2012, p. 103)

Ainda neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, dispõem que:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 105)

Como se vê, a doutrina em geral traz conceitos de dano moral muito similares entre si, sempre observando a subjetividade do indivíduo lesado, assim, importante verificar a lição de Yussef Cahali quando aduz que deve-se caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, ou seja,

Como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade

---

<sup>10</sup> Em tradução livre: dano moral tende a obscurecer a pergunta pelo tipo de dano que está a se referir. Em efeito, a ideia de um dano moral allude corretamente a uma lesão de bens como honra e privacidade, mas apenas imperfeitamente expressa outros danos não patrimoniais, como, por exemplo, a dor física, angústia psicológica ou a perda de oportunidades para disfrutar uma boa vida.

individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. (CAHALI, 2005, p. 22)

Acerca do dano moral e de sua reparabilidade, encontra-se da doutrina duas teorias antagônicas, a negativista e a positivista.

A corrente negativista, cujo principal pensador foi Savigny, propõe que bens como a honra, vida e liberdade não são suscetíveis de restauração pela via indenizatória, eis que não estariam no âmbito da proteção jurídica da ordem privada. Argumentam os pensadores posicionados com esta teoria que ante a subjetividade do dano extrapatrimonial seria impraticável sua reparação. (WALD, 2012).

Dispõe Giampietro Chironi que:

La dottrina ora descritta nelle sue linee generali, rivela in molte parti esagerazioni e incertezze. Esagera, quando non osservando i termini e la ragion dell'ingiuria, senza quale non vi ha fatto illecito, e perciò responsabilità, insegna che il solo affetto se offeso, sia cagion valida di dano risarcibile: dovrebbe infatti preoccuparsi di ricercare prima del danno, se esiste, ed in che consista, il diritto violato.<sup>11</sup> (CHIRONI *apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 119)

Em paralelo, a indeterminação do número de vítimas (pois um mesmo ato poderia causar danos a diferentes pessoas), a impossibilidade de avaliação pecuniária do dano, o perigo do arbítrio judicial para fixação do *quantum*, e o descabimento da compensação de dor com o dinheiro, são todas teses nas quais fundamentam-se os negativistas acerca da impossibilidade de reparação do dano moral ou extrapatrimonial (WALD, 2012).

Yussef Cahali leciona acerca das principais objeções apontadas pelos negativistas quanto à reparabilidade do dano moral (CAHALI, 2005):

- a) Impropriedade da palavra dano;
- b) Incerteza desta espécie de dano ser verdadeiramente um dano;
- c) Impossibilidade de identificar o dano;
- d) Impossibilidade de ressarcimento de forma equitativa (dor x reparação);

---

<sup>11</sup> Em tradução livre: A doutrina revela em muitas partes exageros e incertezas. Exagera quando, sem observar os termos e a razão da injúria, sem a qual não há ilícito e, por isso, responsabilidade, ensina

- e) Imoralidade de compensar dor com dinheiro;
- f) Desmensurado arbítrio concedido aos juízes para fixar o *quantum*.

Sobre a corrente negativista, discorre Nehemias Melo como principais fundamentos da teoria negativista seria a imoralidade de atribuição de preço à dor e a mercantilização da aflição ou angústia. (MELO, 2014)

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os fundamentos dos negativistas são oito: i) falta de um efeito penoso durável; ii) incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; iii) dificuldade de descobrir a existência do dano; iv) indeterminação do número de pessoas lesadas; v) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; vi) imoralidade de compensar dor com dinheiro; vii) ilimitado poder conferido ao juiz; viii) impossibilidade jurídica de admiti-se tal reparação. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013)

Como se vê, as teses apresentadas pelos negativistas gravitam ou gravitavam em torno de questões como imoralidade, incerteza e impossibilidade de quantificação do dano.

Do lado oposto da teoria negativista está a teoria positivista, que acredita imoral seria não impor nenhuma consequência àquele que lesionou bens intangíveis inerentes à existência do ser humano, como dignidade, honra, dentre tantos outros já mencionados neste estudo.

Leciona Arnaldo Wald que “a tese da reparabilidade do dano moral foi vencedora” e está ela calcada em contrapontos das formulações dos negativistas., ou seja, uma argumentação após a outra dos positivista tratou de derrubar a tese negativista. (WALD, 2012, p. 91)

Assim, acerca da ausência de direito violado pela ordem jurídica, sustentam os positivistas que o conceito de dano é uno e que sua reparabilidade se projete para qualquer espécie do mesmo. No que tange a efetiva existência do dano, argumentam os positivistas que o dano extrapatrimonial é “uma consequência concreta e palpável de um ato danoso. (WALD, 2012, p. 92).

A alegação negativista sobre a indeterminação do número de vítimas é rebatida com um critério que determina se haverá ou não reparação baseado na proximidade dos vínculos sócio-afetivos entre as supostas vítimas com os reflexos do ato danoso. A de impossibilidade de rigorosa avaliação do dano moral é respondida com o fato de que a reparação de dano não exige perfeita igualdade entre indenização e prejuízo. Na que tange ao perigo do juízo arbitral, trata-se de caso análogo a fixação de lucro cessante quando da quantificação do dano patrimonial, por isso, também, não seria escusa para a não reparação do dano extrapatrimonial. (WALD, 2012).

Por último, quando a alegação dos negativistas de que é imoral compensar dor com dinheiro, argumentam os positivistas que a reparação não seria atribuir um valor pecuniário a um dano extrapatrimonial, mas tão somente garantir por meio do dinheiro o seu respeito. (CAHALI, 2005).

Sobre a fim da discussão entre as duas correntes, destaca Arnoldo Wald que:

Hoje não há mais dúvida quanto à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, nem se discute ainda se podem ou não ser cumulados com os danos patrimoniais. Trata-se de matéria pacífica. Esse é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com essa espécie de dano, inclusive quanto à sua valoração. (WALD, 2012, p. 94)

Atualmente, portanto, prevalece a teoria positivista de reparabilidade dano moral com natureza mista de sanção ao ofensor e compensação à vítima. Sobre o tema da natureza mista ensina Yussef Cahali:

A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. (CAHALI 2005, p. 44)

Como visto, apesar de longas discussões acerca da reparabilidade ou não do dano moral, tem-se que atualmente é dominante a corrente de que é reparável o dano moral não com o intuito de tornar o ofendido indene, mas sim com a dupla função dar uma sanção ao ofensor – inclusive fomentado o respeito a este tipo de bem juridicamente tutelado; e compensar o ofendido de alguma forma que possa diminuir seu sofrimento.

Verificado o significado do dano moral, passar-se-á ao estudo deste instituto no Direito Brasileiro.

### 2.3O dano moral no Direito Brasileiro

No Brasil Colonial, quando da vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia nenhuma regra expressa acerca da reparabilidade do dano moral. Assim, foi com o advento do Código Civil de 1916 que passaram a surgir as primeiras defesas no Brasil acerca da possibilidade de sua reparação, contudo, como o Código ainda não era claro acerca da temática, doutrina e jurisprudência nacional continuaram a negar a tese da reparabilidade do dano moral dentro do ordenamento jurídico nacional. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Segundo, embora reconhecida há tempos pela doutrina brasileira a prevalência da reparabilidade do dano moral, no entanto, como no Código Civil de 1916 não havia a expressa previsão acerca do mesmo, e sua reparação era contestada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. (CAHALI, 2005)

Leciona Yussef Cahali que ainda que dois anteprojetos do Código Civil tenha procurado inseri-lo na legislação brasileira, certo é que apenas com a Constituição de 1988 e com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça o dano moral foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. (CAHALI 2005)

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

Somente, de fato, com a promulgação da vigente Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, é que se pode falar, indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi elevada ao *status* dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II da CF/88). (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 116).

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 5º, V “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X do mesmo artigo, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988)

Em consequência da nova normativa, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 37 com o seguinte dizer: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Como possível denotar, é a partir do início da vigência da Constituição Federal de 1988 que ofuscam-se definitivamente todos os argumentos acerca da impossibilidade de reparação do dano moral.

Com a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, leis infraconstitucionais passam a tratar do tema, dentre elas a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que será tratado de forma específica no desenvolver deste estudo.

#### **2.40 dano moral nas relações de consumo**

O legislador ordinário ao instituir as normas do Código de Defesa do Consumidor foi coerente com os preceitos constitucionais que passaram a vigor apenas dois anos antes ao inserir como direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos materiais e morais eventualmente sofridos pelos consumidores.

Para Yussef Cahali a previsão de reparabilidade dos danos morais decorrentes de dor, sofrimento, perturbações emocionais, psíquicas, constrangimento, angústia, desconforto espiritual é da própria lei quando tratar-se de uma relação de consumo. (CAHALI, 2005)

Além da expressa previsão do direito básico a indenização por dano moral, salienta-se que o legislador “ assegurou também proteção no que diz com o direito à vida, à saúde e à segurança (arts. 6º, I, 8º, 9º, 10, 12, 1º., e 18, 6º), em perfeita consonância com o princípio do respeito à dignidade humana inserido em nossa Carta Maior (art. 1º, III). (MELO, 2012, p. 110).

A legislação consumerista foi ainda mais além ao defender a honra do consumidor com a proibição de cobranças vexatórias, a possibilidade de repetição do indébito em dobro em casos de cobrança indevida, proteção contra publicidade enganosa, métodos desleais e abusivos, dentre outras formas materiais e processuais que defendem não só os interesses patrimoniais do consumidor, mas também aqueles extrapatrimoniais.

Sobre o tema discorre Yussef Cahali que;

[...] não induz a existência de dano moral reparável simples cobrança de dívida, mesmo que por via de ação judicial desacolhida; configura-se, isto sim, se não utilizadas expressões ou expedientes vexatórios e constrangedores à pessoa do inadimplente. (CAHALI, 2005, p. 607)

Em outras palavras, ensina o autor não proíbe o código a realização de cobranças – mesmo as judiciais, o que se veda é que tal cobrança venha a causar dor, constrangimento, perturbações emocionais, etc.

Nesta mesma esteira correm todas as vedações acima expostas, como a inserção de cláusula abusiva, cobrança indevida, dentre outros casos, quando ainda que realizados tais atos pelo fornecedor, necessário será verificar se de fato houve o abalo moral no consumidor para que seja devida a indenização.

Não obstante, ressalta Nehemias Melo que:

[...] a proteção ao consumidor no que diz respeito à reparação dos danos materiais e morais é mais abrangente do que a prevista no Código Civil ou em outras leis, não restando dúvida, pois, de que o Código de Defesa do Consumidor é a legislação brasileira que melhor sistematizou a responsabilidade civil por danos morais. (MELO, 2012, p. 111)

Verdade, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor visa não apenas punir o infrator mas também prevenir a ocorrência de qualquer tipo de dano ao consumidor, incluso aqueles da esfera extrapatrimonial.

Conclui-se, portanto, que é trazida a prevenção de danos pela legislação consumeirista a medida que a mesma exige determinadas atitudes das empresas fornecedoras de produtos e serviços para que não venham a causar danos ao consumidor ou terceiros. (GRINOVER *et al*, 2011).

## **2.5 Formas de reparação do dano moral e fixação do *quantum* indenizatório**

São variadas as formas de reparação do dano moral, sendo que algumas estão contempladas em lei e outras implícitas no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a retratação, retificação de notícia injuriosa, republicação de material com a indicação de nome do autor, contrapropaganda (em casos de publicidade enganosa), divulgação de reclamações fundamentadas contra fornecedores, dentre outras. (CAHALI, 2005)

Para boa parte da doutrina o dano imaterial poderá ser ressarcido ou indenizado - no sentido de tornar indene a vítima, neste sentido:

un daño inmaterial puede ser resarcido en cuanto ello sea posible por medio de la restitución *in natura*: esto tiene lugar sobre todo en caso de pública retractación de declaraciones publicamente manifestadas, idóneas para lesionar el honor de otro o perjudicar su crédito. (LARENZ, *apud* CAHALI, 2005, p. 812)

O fundamento da reparação do dano moral, como já levemente pincelado acima, não é o mesmo daquele da reparação dos danos patrimoniais, eis que não pretende recolocar a vítima do dano ao *status quo ante* ou torna-lo indene, mas sim diminuir a dor, sofrimento, angústia, forte abalo, etc.

Sobre este tema leciona Arnaldo Wald que o dano moral não deve seguir as regras clássicas de equivalência econômica dos danos patrimoniais porque não há indenização equivalente para os danos extrapatrimoniais, mas tão somente compensação. (WALD, 2012)

Seguindo esta temática tem-se que:

O dano moral ou se repara pelo ato que o *apague* (e.g. retratação do caluniador ou do injuriante, casamento da mulher deflorada), ou pela prestação do que foi considerado como reparador. A reparação do dano moral pode ser específica; e.g. retificação, reconhecimento de honorabilidade; a condenação à ratificação ou à retratação é condenação *in natura*, aproximativamente; [...].(MIRANDA *apud* CAHALI, 2005, p. 812)

Apesar das inúmeras formas e possibilidades de reparação do abalo moral, o que se verifica atualmente é que a grande maioria das demandas que tramitam no Poder Judiciário visam a reparação por quantia em dinheiro a ser paga de imediato. É certo que tal quantia não irá apagar definitivamente a ocorrência daquele dano causado, no entanto, não há dúvidas de que servirá como caráter pedagógico para o agente causador e sociedade em geral, e de certa forma compensará o sofrimento acarretado à vítima.

Conclui esta temática Arnaldo Wald dispondo que

[...] o magistrado não pode jamais esquecer que a reparação dos danos extrapatrimoniais funda-se, pois, em um sentido de proteção social, devendo ser prestigiada e aplicada de forma condizente, objetivando-se a defesa não somente dos interesses da vítima do evento, como também a equidade e, por via oblíqua, os interesses difusos e coletivos. (WALD, 2012, p. 151)

Por fim, no que tange à fixação do *quantum* indenizatório, destaca a doutrina que são quatro os principais itens a serem observados pelo magistrado para que faça o arbitramento do valor da reparação: a) extensão do prejuízo e natureza da lesão; b) grau de culpa; c) situação socioeconômica da vítima e do ofensor; e d) razoabilidade da fixação.

Salienta Arnoldo Wald que analisando os itens acima poderá o magistrado atribuir um valor com o mínimo de critério necessário, eis que irá ponderar a natureza e extensão do dano; a proporcionalidade do ato praticado em relação com o dano causado; e o binômio econômico vítima x ofensor para que se evite a premiação da vítima e se adeque a prestação à capacidade financeira do ofensor. (WALD, 2012)

## CAPÍTULO 3

### 3 A RESPONSABILIDADE DO COMECIANTE PELO DANO MORAL

#### 3.1 A responsabilidade civil

Em regra geral é a responsabilidade mecanismo de resposta ou reação a uma violação da lei ou contrato, possui função de freio, inibidor capaz de conter ameaças ou efeitos danosos surgidos pelas relações sociais.

Aduz Arnaldo Wald que:

O responsável é o homem que, em virtude de norma legal ou por ter violado determinado padrão comportamental, vê-se exposto às consequências, podendo ser compelido a restabelecer a situação anterior, ou seja, restaurar o *statu quo ante*. (WALD, 2012, p. 29)

No que tange a responsabilidade jurídica, tem-se que não trata-se de um conceito isolado, mas sim de uma categoria advinda de outros conceitos como dever e obrigação.

Obrigação, segundo Orlando Gomes “é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”. Trata-se de um vínculo jurídico entre duas partes no qual uma delas deverá satisfazer uma prestação patrimonial de interesse de outra, que, por sua vez, poderá exigí-la. (GOMES, 2007, p. 15)

Da obrigação nasce o dever jurídico que nada mais é que “necessária observância comportamental imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem”. (WALD, 2012, p. 30). Quando violado o dever, surgirá a responsabilidade.

Assim, destaca Arnaldo Wald que é a responsabilidade “uma obrigação de assumir as consequências jurídicas de um ato ou fato, consequências essas que podem variar [...] de acordo com os interesses lesados”. (WALD, 2012, p. 31)

Leciona Nehemias Melo que a responsabilidade civil é um mecanismo de defesa de agressões desenvolvido pela civilização para defender-se dela mesma. Saliencia o autor que nos primórdios da civilização o homem se defendia das agressões sofridas com suas próprias forças prevalecendo o sentimento de vingança e justiça com as próprias mãos. O primeiro passo evolutivo da “vingança com as próprias mãos” ocorreu com o Código de Hamurabi por volta do século XXIII a.C. que começou a dar a possibilidade de reparação de dano à custa de pagamento de valor em pecúnia como forma alternativa de punição ao ofensor. (MELO, 2014)

Outros pontos para o desenvolvimento da responsabilidade civil foram o Código de Manu que previa a reparação da lesão por um valor pecuniário; a Lei das XII Tábuas, marco histórico do Direito Romano que deu maior nitidez à reparação de danos que não exclusivamente pela via privada; a *Lex Aquilia* que previa uma punição pecuniária ao ofensor em caso de comprovação de dano causado em virtude de sua culpa ou dolo; e o Código Napoleônico, que adotou a teoria da culpa como fundamento do dever de indenizar. (MELO, 2014).

Abarcado em todas essas evoluções históricas, leciona Arnaldo Wald que

a responsabilidade civil é definida como a situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes. Trata-se, pois, de um mecanismo jurídico para sancionar violações prejudiciais de interesses alheios. (WALD, 2012, 34)

Como visto, a responsabilidade civil sofreu ao longo dos anos inúmeras evoluções para chegar ao conceito atual, mas verdade é que seu fundamento sempre permaneceu similar, qual seja, reparar e inibir a causação de um dano.

Para Arnaldo Wald, a responsabilidade civil tal como se encontra hoje positivada na legislação brasileira possui quatro funções: ressarcitória do dano; compensatória da lesão; punitiva do ofensor; e desmotivacional ou reeducativa da conduta lesiva. (WALD, 2012)

Verificado conceito e histórico da responsabilidade civil, passar-se-á ao estudo de suas diferentes espécies.

### **3.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual**

A diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual será observada quando decomposta a origem do dano ou dever de conduta que acarretará no dever jurídico de repará-lo.

Na responsabilidade contratual haverá uma relação jurídica obrigacional entre ofensor e vítima originado pela autonomia de vontade dos contratantes, já na extracontratual a violação será da norma, pois não existe entre agente causador e vítima nenhuma relação jurídica preestabelecida. (WALD, 2012).

A responsabilidade civil contratual é um tanto quanto fácil e óbvia, eis pode ser traduzida como a não observação pelo agente causador do dano de disposição pactuada entre ele e a outra parte do contrato, ora vítima. Tal não observação acarretará no dever de reparar o dano ocasionado.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual exige que o causador do dano repare a vítima sem que tenha existido nenhuma relação jurídica pretérita entre os mesmos, apenas porque este deveria observar normas dispostas que impõem o dever de não causar dano. Para Arnoldo Wald, tal exigência decorre “justamente porque o responsável violou um dever geral de conduta de não lesar”. (WALD, 2012, p. 168)

### **3.1.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva**

O marco divisor entre a responsabilidade civil subjetiva e aquela objetiva é a existência de culpa ou dolo na conduta causadora do dano.

Quanto à responsabilidade subjetiva, Maria Helena Diniz dispõe que “o autor do ato ilícito terá responsabilidade subjetiva pelo prejuízo que, culposamente, causou, indenizando-o, inclusive os prejuízos advindos de infração a deveres familiares”. (DINIZ, 2009, p. 625)

Segundo Roberto Senise Lisboa a “responsabilidade subjetiva é aquela apurada mediante a demonstração de culpa do agente causador do dano”. (LISBOA, 2004, p. 460)

Esta espécie de responsabilidade foi durante muito tempo o principal alicerce do direito no que tange a constatação e reparabilidade do dano. Ocorre que a partir da segunda metade do século XIX a necessidade de averiguação e prova da culpa mostrou-se insuficiente para garantir o equilíbrio social e a realização da justiça em seu sentido mais amplo, por isso, progressiva e sucessivamente doutrina e jurisprudência passaram a admitir em certos casos as presunções de culpa – *juris tantum*, até chegarem a ideia de adotar a teoria do risco e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva. (WALD, 2012).

Hodiernamente leciona Maria Helena Diniz acerca da responsabilidade civil objetiva que:

Consagrada está a responsabilidade civil objetiva que impõe o ressarcimento de prejuízo, independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade do lesante importar, por sua natureza, potencial risco para direitos de outrem. (DINIZ, 2009, p. 626)

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamploa Filho, nesta forma de responsabilidade o dolo, ou culpa do agente causador é irrelevante juridicamente porque bastará a existência do elo de causalidade entre dano e conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013)

Em suma, tem-se que as duas formas de responsabilidade civil são de extrema importância para o Direito, estando a responsabilidade subjetiva como regra nas relações onde há equivalência de forças e a responsabilidade objetiva quando pretende-se equiparar disparidades existentes em determinados tipos de relação jurídica, como, por exemplo na relações de consumo.

### **3.2 Responsabilidade solidária e subsidiária**

Não é muito comum as doutrinas acerca de responsabilidade civil trazerem diferenciações acerca da responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária. De fato tal costume advém da lógica de que o que diferenciaria uma responsabilidade de outra seria a obrigação à qual é consequência, ou seja, do dever jurídico externalizado pela obrigação.

A diferenciação é simples, mas para que seja melhor compreendida é necessário que seja realmente observada a obrigação da qual emana. Explica-se. Caso a obrigação seja solidária, a responsabilidade também assim será, caso a obrigação seja subsidiária, de igual maneira ocorrerá com a responsabilidade do agente.

Sobre o tema, dispõe Silvio Venosa que a “obrigação será solidária quando a totalidade de seu objeto puder ser reclamada por qualquer dos credores ou qualquer dos devedores”. A obrigação solidária poderá ocorrer tanto no pólo ativo como no pólo passivo, para o presente estudo é importante que seja conhecida a obrigação solidária passiva, quando, por exemplo, o consumidor poderá exigir ao mesmo tempo do fabricante e comerciante. (VENOSA, 2012, p. 104)

No mesmo sentido leciona Orlando Gomes que “a obrigação solidária caracteriza-se pela coincidência de interesses, para satisfação dos quais se correlacionam os vínculos constituídos”. Por outro lado, a obrigação subsidiária irá diferir da solidária porquanto o credor poderá primeiro exigir de um devedor principal, para, depois, caso inexitosa a primeira exigência, exigir de uma segunda pessoa. (GOMES, 2007, p. 79)

Dispõem (ENGELKE e BELMONTE, 2010) que:

A responsabilidade subsidiária é a que vem reforçar ou suplementar a responsabilidade principal. A corresponsabilidade dos interessados diferencia-se porque na subsidiariedade há uma estratificação vertical, que implica o chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário. É o chamado benefício de ordem. Por esta razão, o responsável subsidiário tem o direito de regresso contra o devedor principal para reaver integralmente o que solveu, porquanto o débito era somente do devedor principal. Desta forma exige-se a inadimplência ou insolvência do devedor principal para efetivar-se a responsabilidade subsidiária.

Em outras palavras, diferenciam-se principalmente as responsabilidades solidárias das subsidiárias em porque nas primeiras poderá o credor exigir de todos aqueles que tiverem o dever jurídico, enquanto que nas segundas o credor poderá apenas exigir do segundo (ou demais) devedores se não tiver êxito na exigência daquele denominado principal.

### **3.3A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor (diferenças entre vício e defeito)**

Diferentemente do que se observa no Direito Civil, no âmbito das relações de consumo em regra o causador do dano não é apenas um indivíduo, mas uma organização ou empresa, ou seja, a averiguação de culpa não é mais acerca de um indivíduo ou ato específico, mas sim de um processo anônimo de produção em série no qual geralmente é difícil averiguar a presença do elemento culpa.

Partindo da premissa acima, o Código de Defesa do Consumidor, com intenção de proteger e resguardar a segurança do consumidor estabeleceu regras diferentes daquelas civis (contratual e extracontratual) dando lugar a uma nova terminologia denominada responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. (MIRAGEM, 2014).

Segundo Bruno Miragem,

Esta nova classificação não significa mera inovação terminológica. A razão de ser desta definição tem seu lugar na melhor proteção dos interesses de consumidores-vítimas de danos no mercado de consumo, a partir do estabelecimento de uma única fonte de responsabilidade: a própria lei. (MIRAGEM, 2014, p. 518)

Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor, ao introduzir nova classificação da responsabilidade civil fica proteger o consumidor de riscos de produtos e serviços introduzidos ao mercado de consumo e punir fornecedores que coloquem produtos que apresentem periculosidade ou nocividade que possa causar danos a quem os venha a adquirir.

Primeiro ponto crucial desta nova classificação da responsabilidade civil é que a regra é que a responsabilidade é objetiva para que seja possível transferir o risco da atividade exercida do consumidor para o fornecedor. Justifica Bruno Miragem que esta posição legislativa ao sustentar que:

A adoção do regime de responsabilidade objetiva, ou seja, independente da verificação da culpa como elemento da conduta do agente causador do dano, é questão de conveniência e utilidade social, a critério do legislador. (MIRAGEM, 2014, p. 523)

Optou, portanto, o Código de Defesa do Consumidor pela proteção do consumidor ao estabelecer como regra a responsabilização objetiva dos fornecedores de produtos ou serviços, colocando como única exceção a este tipo de responsabilidade aquela dos profissionais liberais, que continua a ser do tipo de responsabilidade subjetiva, quando a culpa ou dolo devem ser comprovados. (MIRAGEM, 2014).

Dispõe Rizzato Nunes que o marco inicial do direito ao ressarcimento pelo consumidor frente ao fornecedor é a ocorrência do acidente de consumo e que o ponto de partir acerca do dever de indenizar é a responsabilidade objetiva do fornecedor oriunda do risco integral de sua atividade econômica. (NUNES, 2011)

No mesmo sentido ressalta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luís Felipe Salomão que o sistema de reparação objetiva do Código de Defesa do Consumidor está previsto em seus artigos 12, *caput* e 14. (SALOMÃO, 2014)

São assim redigidos os dispositivos na Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990):

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.

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.

Como possível denotar, a legislação consumerista dispõe expressamente que desnecessária é não só a prova, mas a existência de culpa para que seja o fornecedor (de forma ampla) obrigado a reparados o dano sofrido pelo consumidor.

A responsabilidade civil disposta nos artigos supracitados é a denominada responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço, a qual leciona (MIRAGEM, 2014, que consistirá na imputação do fornecedor à responsabilização por danos causados em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento do produto ou serviço.

Trata-se, portanto, a responsabilização pelo fato do produto ou serviço de um dever de reparação do fornecedor em virtude de dever de segurança do produto ou serviço (defeito) que o mesmo colocou no mercado de consumo.

Como mencionado pouco acima, a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, além de ocorrer pelo fato do produto, será invocada na ocorrência de vício no produto ou serviço.

A responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço está disposta nos artigos 18 a 23 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e, segundo irá decorrer da violação a um dever de adequação.

Para Bruno Miragem a adequação deve ser entendida como a qualidade do produto ou serviço de servir, ser útil, aos fins que legitimamente dele se esperam. (MIRAGEM, 2014)

Verificada a diferença entre os conceitos de responsabilidade civil pelo fato do produto e responsabilidade civil pelo vício do produto que podem ser traduzidas sinteticamente como responsabilizações pelo dever de segurança (fato do produto) e pela adequação (vício) dos bens ou serviços colocados no mercado de consumo, cabe, agora, para dar continuidade ao estudo da responsabilidade do comerciante, distinguir as consequências tipo de responsabilidade dentro do Código de Defesa do Consumidor.

#### **a) Os responsáveis pelo fato do produto**

Os sujeitos responsáveis pelo fato do produto estão dispostos no *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), são eles: fabricante, produtor, construtor e o importador. Como se vê, a legislação discricionariamente não coloca o termo genérico “fornecedor”, mas sim aponta de forma clara e direta aqueles que serão responsabilizados na constatação de um fato do produto.

Como possível verificar,

O art. 12 fixa, claramente, os responsáveis pelo dever de indenizar os danos causados por produtos portadores de vício de qualidade por insegurança: o fabricante, o construtor, o produtor e o importador. Como fica evidente em primeira leitura, o dispositivo não responsabiliza o distribuidor (atacadista ou varejista). (BENJAMIN *et al*, 2014, p. 170)

Como visto, a regra é que o distribuidor/comerciante não é responsável direto pela ocorrência de fato do produto. E, em que pesa tenha sido excluídos por mera política legislativa, ele excepcionalmente pode ser chamado para responder pelo fato do produto quando alguns dos itens previstos no artigo 13 forem encontrados no caso concreto. É o artigo 13 da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990)

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

I – o fabricante, construtor, o produtor ou importador não puderem ser identificados;

II – o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produto, construtor ou importador;

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Sobre o tema extrai-se, portanto, que “a responsabilidade do comerciante é subsidiária, isto é, secundária em relação àquela dos outros agentes econômicos, que é principal”. (BENJAMIN, *et al*, 2014, p. 184)

Sobre o tema dispõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamploa Filho que o Código de Defesa do Consumidor conferiu ao comerciante responsabilidade de natureza jurídica subsidiária em face dos agentes dispostos em seu artigo 12. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013)

Os mesmos autores são taxativos ao expor que:

A responsabilidade principal é exclusiva do fabricante, produtor, construtor ou importador do produto, sendo que o comerciante somente responde, subsidiariamente, quando os responsáveis principais não puderem ser identificados, bem como quando não conservar, adequadamente, os produtos perecíveis [...] (GONÇALVES *apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, p. 328).

É conveniente destacar que não é uníssona a doutrina sobre o tema, eis que relata Fabio Schwartz que a doutrina majoritária reputa como subsidiária a responsabilidade do comerciante na ocorrência de fato do produto, no entanto, para o autor não lhe parece o melhor posicionamento porque neste caso estaria sendo exigida a execução prévia dos obrigados principais. (SCHWARTZ, 2013)

Contudo, apara as arestas e as discussões Bruno Miragem quando afirma que:

O *caput* do artigo 13 (“O comerciante é igualmente responsável...”) induz a pensar-se trata a hipótese de responsabilidade solidária. Todavia, as hipóteses estabelecidas nos incisos I e II da norma, fazendo referência à circunstância de que os responsáveis não possam ser identificados, seja porque esta identificação não exista, seja porque é obscura ou insuficiente, determina a

responsabilidade em questão como espécie de responsabilidade subsidiária ou supletiva. Ocorrendo, todavia, qualquer das hipóteses do artigo 13, ele passa a integrar, em conjunto – e, portanto, solidariamente – com os demais responsáveis indicados no artigo 12 do CDC – o rol de fornecedores que poderão ser demandados pelo consumidor. (MIRAGEM, 2014, p. 574)

É possível, portanto, sintetizar que os responsáveis originais da ocorrência de fato no produto (defeito) são aqueles elencados no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor enquanto permanecerão os comerciantes como responsáveis subsidiários em caso de ocorrência de qualquer das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 13 do mesmo dispositivo legal, quando passarão a integrar o pólo passivo, mas agora de forma solidária.

### **b) Os responsáveis pelo vício do produto**

A responsabilidade por vício do produto está prevista no artigo 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe (NUNES, 2011) que a norma utiliza como responsáveis o termo “fornecedores”, que é gênero daqueles que desenvolver atividades no mercado de consumo.

O artigo 18 da Lei 8.078/90 é assim disposto:

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.

§ 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.

Além de trazer como responsáveis o termo “fornecedores”, o Código de Defesa do Consumidor atribui o dever solidário entre os mesmos quando participarem da cadeia de produção e comercialização do produto.

Sobre o tema extrai-se da doutrina que um

Aspecto relevante da disciplina do CDC em relação aos vícios dos produtos diz respeito à *responsabilidade solidária* entre todos os fornecedores que

participaram da cadeia de produção e comercialização do produto. Cuida-se de solidariedade legal. (BENJAMIN *et al*, 2014, p. 211)

Como explicitado no 1º Capítulo, a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou serviço irão decorrer da violação deveres com a adequação do mesmo em relação à sua qualidade, quantidade ou informação.

Advindo tal responsabilidade, ter-se-á que a mesma será solidária entre todos os participantes da cadeia de consumo, isso significa que poderá o consumidor exercer seu direito de devolução do valor pagou ou substituição do produto de qualquer daqueles que integram tal cadeia, seja fabricante, comerciante ou qualquer outro intermediário da relação. (BENJAMIN, 2014).

Para Bruno Miragem, a solidariedade trazida pela lei procura dar efetividade de proteção ao interesse do consumidor ao permitir o alcance ao mais amplo possível exercício de opção de direito e chance de reparação ao consumidor. (MIRAGEM, 2014)

Na mesma esteira discorre Herman Benjamin que “A responsabilidade solidária é, sem dúvida, decorrência do direito básico de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”, previsto no art. 6º, VI, do CDC”. (BENJAMIN, 2014, p. 212)

Vê-se, portanto, que em que pese possuírem similaridades, a responsabilidade pelo fato do produto difere daquela pelo vício do produto principalmente no que tange ao dever do comerciante.

No primeiro caso (responsabilidade pelo fato do produto – defeito), a responsabilidade principal está taxativamente exposta como sendo do fabricante, produtor, construtor ou importador, permanecendo, por opção do legislador, o comerciante como responsável subsidiário, ou seja, apenas não se identificado o responsável principal, ou se for o produto por ele comercializado sem a identificação do responsável principal, ou ainda se não tiver conservado adequadamente os produtos perecíveis é que poderá ser exigido pelo consumidor.

No segundo caso (responsabilidade por vício do produto), diferentemente do que o ocorre no fato do produto, serão todos da cadeia de consumo responsáveis solidários perante o consumidor, incluso o comerciante.

Verificada a diferença, cabe adentrar no ponto específico a ser tratado neste estudo: a relação entre o dano moral, o vício e o defeito.

### **3.4A relação entre o dano moral, o vício, o defeito e o comerciante**

Observado que o dano moral deve ser indenizado tal qual o dano material, resta saber se o mesmo ocorre, e, conseqüentemente, deve ser indenizado quando constatado vício ou defeito no produto ou serviço fornecido. Para tanto, deve-se dividir o tema em três partes, quais sejam: defeito com dano extrínseco (dano causado) ao produto/serviço, defeito com dano intrínseco (mera possibilidade de dano – houve risco ao consumidor) ao produto/serviço, e vício.

Em relação ao dever de indenizar o abalo/dano moral, tem-se que pacificada a obrigação em reparar quando tratar-se o caso de defeito, com lesão extrínseca ao produto, atingindo o consumidor, por meio da presunção do dano causado.<sup>12</sup>

Por outro lado, há divergências entre defeito (intrínseco) no caso de risco ao consumidor e necessidade de indenização por danos morais. No entanto, a tendência jurisprudencial é que devem eles, assim como aqueles decorrentes de simples vício, serem comprovados. Isso, claro, quando respeitados os prazos e medidas previstos no artigo 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Registre-se que tais prazos para o direito à reparação em face de vícios do produto ou serviço são considerados decadenciais, sendo 30 (trinta) dias tratando-se de produto ou serviço não durável, e 90 (noventa) dias, tratando-se de produto ou serviço durável, tudo como já tratado acima. (Código de Defesa do Consumidor, art. 26, 1990).

Por último, resta verificar se na ocorrência de vício, há a possibilidade de cumulação de indenização por dano moral. Neste sentido, tem-se que demonstrado ao desenvolver deste estudo que o vício é algo que não extrapola a esfera do produto, ou seja, não chega a ferir ou causar dano ao consumidor, e, caso venha a causar, segundo a ampla doutrina passará a ser defeito porque violou o dever de segurança do produto.

---

<sup>12</sup> Vide SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina. Apelação Cível 2008.049020-3. Relator: Des. Carlos Prudêncio, 2013. Quando condenou em R\$100.000,00 o fornecedor pela explosão de um veículo ter causado lesão corporal ao consumidor.

Ocorre que a jurisprudência vêm confundido os institutos (vício e defeito) e têm corriqueiramente decidido que há a possibilidade de cumular a condenação em vício com o indenização por abalo moral, embora sempre dependa do caso concreto sob análise, dentre alguns acórdãos, extrai-se:

AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. APRESENTAÇÃO DE VÍCIO NO PRODUTO. MAU FUNCIONAMENTO DA BÓIA QUE AUXILIA A MEDIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE PASSIVA DE AMBAS AS RÉS RECONHECIDA. SOLIDARIEDADE DA FABRICANTE E CONCESSIONÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VIABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSOS DE APELAÇÃO. VÍCIO DO PRODUTO EVIDENCIADO E NÃO SANADO APÓS SETE INTERVENÇÕES DE MANUTENÇÃO PELAS RÉS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR UM OUTRO VEÍCULO COM OS MESMOS ADJETIVOS FUNCIONAIS. DANO MORAL EVIDENCIADO. MINORAÇÃO DO QUANTUM INDEVIDA. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.027762-2. Relator: Des. Saul Steil, 2012).

E no sentido de que é descabida indenização por não ter existido abalo moral:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTATAÇÃO PELO DETRAN AO REALIZAR VISTORIA DE QUE O NÚMERO DO MOTOR DO VEÍCULO ERA DIFERENTE AO CADASTRADO NO DENATRAN. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DO BEM. RECURSO DA RÉ. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. DEFEITO DE QUALIDADE. ART. 18 DO CDC. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ CONFIGURADA. DEVER DE RESTITUIR O VALOR PAGO PELO VEÍCULO, MEDIANTE SUA DEVOLUÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. É garantida indenização pelos danos materiais, inclusive com a restituição do valor pago pelo veículo, quando constatado vício de qualidade no automóvel, no caso, com motor alterado, inteligência do art. 18, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. O simples inadimplemento contratual, sem que a parte adquirente esteja submetida a situação vexatória excepcional, não se subleva à condição bastante para a ocorrência do dano moral (Apelação Cível n. 2012.064484-7, de Lages, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 23-10-2012). INSURGÊNCIA DOS AUTORES. PLEITO DE MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE AFASTADA. PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO RECURSAL. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.072819-8. Relator: Des. Stanley da Silva Braga, 2013).

No mesmo sentido, seguem os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>13</sup> e de São Paulo<sup>14</sup>, e, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido ser

<sup>13</sup>Vide RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 71004174041. Relator: Des. Cleber Augusto Tonial, 2013.

<sup>14</sup>Vide SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0031585-53.2011.8.26.0562. Relator: Pedro Baccarat, 2013.

possível a cumulação de dano moral quando existente vício ao produto, condenando, conseqüentemente, de forma solidária o fabricante e comerciante, independente do disposto no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. PRECEDENTES. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 863919/MT. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2012).

Deve-se ressaltar que neste estudo não foi possível verificar se os julgados do Superior Tribunal de Justiça foram questionados de forma direta acerca da impossibilidade de cumulação de condenação em danos morais e vício, eis que, como se sabe, este tribunal apenas se pronuncia se existir um prequestionamento acerca do tema.

No entanto, cientes das diferenças entre o vício e o defeito que são trazidas pela doutrina, em especial quanto ao dever de segurança ao qual está atrelada a responsabilidade pelo fato do produto, tem-se que necessário é diagnosticar se o direito básico do consumidor de proteção à vida, saúde e segurança é lesado quando da ocorrência do chamado dano moral, pois, caso seja dada uma resposta afirmativa a pergunta acima, estar-se-á diante de fato do produto, caso a resposta seja negativa, diante de vício no produto.

Assim, tem-se que constatado que o dano moral causa lesão ao direito básico de proteção à vida, saúde e segurança, o comerciante será apenas responsável subsidiário perante o consumidor, coisa que afastaria sua legitimidade em responder de forma solidária com o fabricante. Por outro lado, constatado que o dano moral não é capaz de lesar os direitos básicos acima expostos, poderá ser o comerciante chamado a responder por eventuais ocorrências solidariamente com o fabricante, construtor, importador, e demais integrantes da cadeia de consumo daquele produto ou serviço.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo foi possível diagnosticar que embora vício e defeito sejam similares por serem institutos utilizados para responsabilizar o fornecedor de produtos e/ou serviços por problemas no produto ou prestação de serviço pelo Código de Defesa do Consumidor, os mesmos possuem diferenças de grande significado, dentre elas, a diferença de responsabilidade quando da ocorrência de um ou outro problema no produto ou serviço.

Procurou-se trazer à tona assuntos que passam despercebidos até àquelas pessoas que lidam com o Direito de forma direta. Com fundamentação doutrinária, trouxe as principais noções acerca do vício e do defeito dentro da legislação consumeirista, e, em análise jurisprudencial verificou-se que todas elas, atualmente, podem ser cumuladas com o dano moral.

Verificou-se que apesar de serem costumeiramente confundidos no que se refere à definição de produto defeituoso ou que possui vício, existe diferença fundamental entre estas duas modalidades de problemas ocasionados no produto. E a importância da diferença entre defeito e vício, reside no fato de que ao limitar-se o alcance de cada um, é possível a apuração precisa da responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, no caso de haver o dever de indenizar.

Assim, tem-se que foi cumprido o objetivo de verificar se as consequências jurídicas para vício e defeito na legislação consumeirista são diferentes, bem como se há possibilidade de cumular esses dois institutos com aquele do dano moral, pois como narrado acima se diagnosticou as diferenças entre vício e defeito, bem como se evidenciou que a jurisprudência está a permitir a cumulação tanto de defeito, como de vício, com os danos morais ao consumidor.

Por fim, conclui-se que o estudo foi válido para trazer maior esclarecimento acerca da natureza do direito do consumidor, e sem dúvida, há a possibilidade e estenderem-se os estudos para outros tipos de obrigações nas relações de consumo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al.* **Manual de direito do consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código de defesa do consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**. Brasília, 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 684.613/SP. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi, 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=A+jurisprud%EAncia+do+STJ+tem+evolu%EDdo+no+sentido+de+somente+admitir+a+aplica%E7%E3o+do+CDC+%E0+peessoa+jur%EDdica+empres%E1ria+excepcionalmente&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 10 de jan. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CUNHA, Antônio Geraldo de. **Dicionário etmológico da língua portuguesa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENGELKE, Rozi. BELMONTE, Ligia. **Responsabilidade solidária e subsidiária na justice do trabalho: algumas observações**. Cardeno da Escola Judicial, 2010. Disponível em

<<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%203,%20n%2005,%20p%2095-106,%202010.pdf>> Acesso em 19 jan. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. v 2.

\_\_\_\_\_. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da comunicação nos trabalhos científicos**.

Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis:

Conceito Editorial/Millennium, 2008.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado: teoria e prática**. 2 ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2014.

SCHWARTZ, Fabio. **Direito do consumidor: tópicos & controvérsias**. Niterói:

Impetus, 2013.

SILVA, Deonísio da. **De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa**. 16 ed. rev. e ampl. Osasco: Novo Século, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris***. Revista chilena de derecho, Santiago, v. 35, abr. 2008. <Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/50718-34372008000100004>>. Acesso em 14 jan. 2015.