

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

COMENTADORES:

Arts. 1º a 11	TOSHIO MUKAI
Arts. 12 a 27	ANTÔNIO HERMEN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN
Arts. 28 a 45	FÁBIO ULHOA COELHO
Arts. 46 a 54	ALBERTO DO AMARAL JR.
Arts. 55 a 60	TOSHIO MUKAI
Arts. 61 a 80	PAULO JOSÉ DA COSTA JR.
Arts. 81 a 100	RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO
Arts. 101 a 104	VICENTE GRECO FILHO
Arts. 105 a 108	TOSHIO MUKAI
Arts. 109 a 119	VICENTE GRECO FILHO
Adendo especial (Lei n. 8.137/90, art. 7.º)	PAULO JOSÉ DA COSTA JR.

COORDENADOR:

JUAREZ DE OLIVEIRA



1991

ISBN 85-02-00871-4

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Comentários ao código de proteção do consumidor / comentários
Toshio Mukai ... [et al.] ; coordenador Juarez de Oliveira. — São
Paulo : Saraiva, 1991.

1. Consumidores - Leis e legislação - Brasil I. Mukai, Toshio, 1938 -
II. Oliveira, Juarez de, 1940-

91-0468

CDU-34:381.6(81)(094.46)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Consumidores : Código de defesa e proteção comentado
34:381.6(81)(094.46)
2. Código de defesa do consumidor : Comentários : Brasil
34:381.6(81)(094.46)
3. Código de proteção do consumidor : Comentários : Brasil
34:381.6(81)(094.46)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA OSCAR SARAIVA	
DATA	
16732	09-12-91

339.379.8 (81)(094.46)
COMENT.
C 732 COM
EX. L

 editora
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP: 01139 — Tel.: PABX (011) 826-8422 —
Barra Funda — São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 31 — Centro
Fone: (092) 234-4664 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (071) 244-0139 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

R. Duque de Caxias, 20-72
Fone: (0142) 34-5643 — Bauru

DISTRITO FEDERAL

SCLN-102 — Bl. B — Loja 56
Fone: (061) 226-3722 e 223-0783

GOIÁS

Rua Setenta, 661 — Centro
Fone: (062) 225-2882 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua Marechal Rondon, 549 — Centro
Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família
Fone: (031) 461-9962 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Av. Almirante Tamandaré, 933-A — Belém
Fone: (091) 222-9034 e 224-4817

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Nunes Machado, 1577 — Rebouças
Fone: (041) 234-2622 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Avenida Conde da Boa Vista, 1136 — Boa Vista
Fone: (081) 231-1764 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Lafayette, 94 — Centro
Fone: (016) 634-0546 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO

Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 201-7149 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Avenida Chicago, 307 — Floresta
Fone: (0512) 43-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

ANTÔNIO HERMEN DE VASCONCELLOS
E BENJAMIN



SYS-1225516

Capítulo IV

DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS,
DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO
DOS DANOS

1. *O intérprete e o Código de Defesa do Consumidor* — Em uma obra de comentários à lei, particularmente quando o texto legal se propõe a enfeixar e reger situações sob um novo prisma, pode, à primeira vista, parecer suficiente a mera análise da obra do legislador — dissecação dos dispositivos legais, apreciação dos diversos conceitos, indeterminados ou não, conjecturas sobre o tratamento de casos específicos. Esta é, sem dúvida, a maneira mais simples e mais cômoda de proceder. Não é, contudo, a mais adequada. O intérprete, realmente, não pode sentir a lei sem que, ao mesmo tempo, sinta o mundo que a cerca. E isso passa, necessariamente, entre outros aspectos, pela identificação de seu sujeito e objeto protegidos.

De fato, a lei, por mais ampla que seja, não passa de um capítulo do direito. É componente de um todo. Daí — nas palavras preciosas de Antônio Junqueira de Azevedo —, “é preciso não confundir todo o direito com a lei. Esta é apenas uma parte do direito”, um singelo esqueleto, sendo que “a vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência” (grifos no original) ¹.

Por conseguinte, compete ao intérprete a árdua tarefa de proceder à intelexção da lei em sintonia com as exigências *atuais* do espírito do povo, mesmo que ao fazê-lo tenha que abandonar princípios e conceitos arraiga-

1. Antônio Junqueira Azevedo, *Negócio jurídico*; existência, validade e eficácia, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 90.

dos. E o espírito do povo hoje reclama uma tutela efetiva — direta, célere e dinâmica — do consumidor. Eis a razão da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, instrumento primeiro de regramento do mercado de consumo e, ressaltado-se, de *tutela* do consumidor, como norma de *ordem pública e interesse social* (art. 1.º). Tão grande a sua importância que a sua vigência já foi comparada, por um dos líderes do empresariado, a uma *revolução*².

O sentido pleno do Código não será alcançado pela simples leitura de seus dispositivos. A interpretação que dele se fizer deixará de ser adequada na medida em que se distancie de seus princípios fundamentais (art. 4.º) e não assegure o respeito aos direitos básicos do consumidor (art. 6.º).

O Código, realmente, não pode ser bem compreendido a não ser que o intérprete conheça — e saiba manejar — o complexo sistema de relações sócio-econômico-jurídicas no qual se insere o consumidor. Exige-se do intérprete um olho no texto (nos seus princípios e direitos básicos) e o outro no mercado, atentando para as mutações mercadológicas e introdução de novas práticas lesivas aos interesses dos consumidores. Afinal, no dizer competente de Paulo Salvador Frontini, “o texto deve ser considerado como um desdobramento do processo capitalista e uma consequência inevitável das relações de consumo, como elas se estabelecem em uma economia evoluída e de mercado”³.

Uma sensibilidade tão ampla não é transmitida somente pela leitura nua da lei. Impõe, ao revés, um esforço multidisciplinar (ou *transdisciplinar*, significando importação e exportação de conceitos), envolvendo outras disciplinas, jurídicas e não jurídicas. Requer, por fim, a percepção clara de que se está diante de um novo ramo do direito — autônomo, sim — mas não isolacionista. Aí, então, o desafio: fortalecer o direito do consumidor como sistema autônomo e, ao mesmo tempo, não olvidar a experiência que lhe é externa, particularmente as alterações em alta velocidade por que passa o mercado de consumo.

O intérprete, ao aplicar o Código, deparará com um texto repleto de novidades, algumas impensáveis até pouquíssimo tempo atrás, mas todas ditadas pela fragilidade absoluta do consumidor perante o seu fornecedor. É ilustrativo o fato de que, não faz muito tempo, Fábio Konder Comparato, com sua enorme autoridade, afirmava, categórica e acertadamente, que a problemática da defesa do consumidor era, naquela época, “largamente estranha às preocupações do nosso povo. Decididamente, o Brasil ainda

2. Manuel Henrique Farias Ramos, Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, 282:44, nov./dez. 1990 (encarte especial).

3. Paulo Salvador Frontini, Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, 282:18, nov./dez. 1990 (encarte especial).

não entrou na era dos direitos individuais do consumidor”⁴. Coube ao Código de Defesa do Consumidor trazer, para o plano jurídico, a figura do consumidor, retirando o Brasil do grupo de países impermeáveis a sua tutela.

Mas não será apenas o caráter de novidade que pode desnortear o intérprete. Há todo um conjunto de aspectos no Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar dúvidas na sua mente. Não se derruba, é certo, de uma hora para outra, tradições milenares, mesmo que já consideradas arcaicas. Na lição imensamente oportuna de Waldirio Bulgarelli, as dificuldades, na adoção de um sistema adequado de proteção ao consumidor, “não se situam apenas no aspecto da *novidade* que a situação apresenta, sempre embaraçosa para o jurista que a recebe com perplexidade, inicialmente, e só lentamente vai absorvendo-a, mas, também e principalmente, por outros fatores a saber: 1) o chamado *privilegiamento da empresa*; 2) a dificuldade de compatibilizar a estratégia do lucro e a tutela dos interesses do público; 3) os obstáculos encontrados em enquadrar o *consumerism* nos programas de controle das atividades empresariais”⁵.

Estará o intérprete, então, diante de forças opostas desejosas de cativá-lo. De um lado, encontramos, como verdadeiro dogma do direito tradicional (mas já absolutamente em desacordo com um mercado de produção e consumo em massa), o mercado monopolizado por um só “senhor”, centrado no privilegiamento absoluto da empresa. De outro, deparamos com a necessidade — imperiosa e urgente — de amparar o consumidor e, com isso, adequar o sistema jurídico ao quadro econômico contemporâneo que apresenta, como uma de suas características mais essenciais, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a *vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo* (art. 4.º, I). Ou seja, passar do mercado autoritário de *único senhor* para um outro, democrático, de *senhoria repartida*.

Entre essas duas forças o intérprete não pode vacilar. O Código rompe — porque o legislador assim o quis — com o privilegiamento da empresa, com a senhoria exclusiva do mercado, no intuito de instaurar um

4. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 15/16:103, nova série, 1974. Ainda recentemente, Maria Lucia Zulzke, com toda a experiência de anos de defesa do consumidor, denuncia que “a sociedade brasileira como um todo, em muitos momentos, tem se caracterizado como pouco assertiva, oscilando entre otimista-eufórica e descrente-derrotista. A empresa, como parte do tecido social, também tende a oscilar entre a prepotência (com os clientes, se for monopolista; com os fornecedores, se dispuser de muitas opções) e a passividade (com o governo, se aguarda subsídios; com os fornecedores, se forem dependentes)” Maria Lucia Zulzke, *Abrindo a empresa para o consumidor*; a importância de um canal de atendimento, Rio de Janeiro, QualityMark, 1990, p. 130).

5. Waldirio Bulgarelli, A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “*lege ferenda*”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 22(49/50):43, jan./mar. 1985.

ambiente de co-participação nas relações de consumo. Vai nisso uma tentativa de compensar, com um novo tratamento jurídico, a vulnerabilidade do consumidor, resgatando-o de sua posição de fragilidade e colocando-o em pé de igualdade com o fornecedor.

Verdadeiramente, nos termos do alerta magnífico de Eros Roberto Grau, todo o Código de Defesa do Consumidor move-se pelas normas contidas em seu art. 4.º e que “constituem princípios que devem orientar a busca da realização dos objetivos ou do objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo”⁶.

Em matéria de princípios jurídicos, o melhor ensino ainda é o de Celso Antônio Bandeira de Mello que, percucientemente, assinala: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁷.

Os princípios estão, assim, na base do sistema legal e, no nosso caso, orientam todo o desenrolar do Código de Defesa do Consumidor. Todas as normas — de conduta ou de organização — que integram o sistema jurídico do consumidor, moldam-se na forma dos princípios gerais estampados no pórtico do Código. Contaminam-se com seu espírito. Por isso mesmo é que a melhor doutrina vislumbra no veículo dos princípios uma categoria distinta de normas.

Em tal passo, ainda segundo Eros Roberto Grau, as normas jurídicas, como normas de comportamento, ora definem conduta (os tipos penais, por exemplo), ora definem organização (o Código de Processo Civil, por exemplo). “Esta norma do artigo 4.º, realmente, não cabe nem no modelo de norma de conduta, nem no modelo de norma de organização. Porque, na verdade, ela é uma *norma-objetivo*. Ela define fim a ser alcançado. Essas normas que definem fim — e que eu acho que não são programáticas, são normas de eficácia total, completa, absoluta, inquestionável, indiscutível — começam a surgir modernamente”⁸.

No art. 4.º o intérprete está diante de uma norma que diz o seguinte:

6. Eros Roberto Grau, Palestra inédita proferida no *Seminário Internacional de Direito do Consumidor*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de 24 a 27 de setembro de 1990.

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 230.

8. Eros Roberto Grau, Palestra, *Seminário Internacional de Direito do Consumidor*, cit.

“tudo que está aqui, todas as normas de conduta que vêm depois e os fragmentos de normas de organização que há dentro deste Código, existem para que, com base naqueles princípios, seja assegurado o cumprimento do objetivo” do texto codificado. Como consequência, pode-se afirmar que “as normas de conduta e as normas de organização que compõem a continuidade do Código têm de ser interpretadas teleologicamente. Aqui se trata de adotar a interpretação finalística, não por opção do intérprete, mas por uma imposição do próprio texto de direito positivo”. Logo, “qualquer interpretação da norma de conduta ou da norma de organização contida no Código só será válida se essa interpretação for compatível com o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo”⁹.

Quando um dispositivo do Código (uma cláusula geral, por exemplo) permitir mais de uma inteligência, as opções do intérprete quedam-se deveras limitadas, bastando indagar: “qual dos dois sentidos é aquele que é compatível com o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo”¹⁰.

Exatamente para facilitar a compreensão da temática que cerca o consumidor — e, portanto, o trabalho difícil do intérprete — é que enxergamos (e sistematizamos) o direito do consumidor, pelo prisma das normas de conduta, com base em dois centros gravitacionais: o núcleo da *proteção da incolumidade físico-psíquica* do consumidor e o núcleo da *proteção da incolumidade econômica* do consumidor.

2. *As duas órbitas da proteção ao consumidor* — No direito do consumidor é possível enxergar-se duas órbitas distintas — embora não absolutamente excludentes — de preocupações.

A primeira centraliza suas atenções na garantia da *incolumidade físico-psíquica* do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os *acidentes de consumo* provocados pelos riscos de produtos e serviços. Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda. Outro não é o ensinamento do grande jurista argentino Gabriel A. Stiglitz: “a relação entre os direitos pessoais do consumidor e a atitude agressiva do empresário encontra sua mais delicada manifestação quando o interesse afetado resulta ser a saúde ou segurança do lesado”¹¹. No mesmo sentido manifesta-se Carlos Ferreira de Almeida, brilhante professor da Faculdade de Direito de Lisboa, ao apontar que “as mais antigas medidas de proteção

9. Eros Roberto Grau, Palestra, *Seminário Internacional de Direito do Consumidor*, cit.

10. Eros Roberto Grau, Palestra, *Seminário Internacional de Direito do Consumidor*, cit.

11. Gabriel A. Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 23.

dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta idéia como tal, são impostas por razões de saúde pública”¹².

A segunda esfera de inquietação, diversamente, busca regradar a *incolumidade econômica* do consumidor em face dos *incidentes* (e não acidentes!) de consumo capazes de atingir seu patrimônio. Não obstante em termos éticos a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor seja prioritária, são os ataques a sua incolumidade econômica que mais aparecem no seu relacionamento com o fornecedor. “O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui uma parte mais visível da sua desproteção. Os prejuízos materiais efectivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contacto entre fornecedor e adquirente ou utente de bens ou serviços”¹³.

Em outras palavras: enquanto a primeira órbita afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso. Todavia, mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo igualmente sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição de seu patrimônio. Portanto, na identificação do tipo de esfera — e do regime jurídico — atacada pela atividade do fornecedor, não deve o intérprete buscar um traço exclusivo e, sim, o *preponderante*.

Exemplo típico de conduta que incomoda preponderantemente a incolumidade físico-psíquica do consumidor é a colocação no mercado de bens de consumo (produtos e serviços) defeituosos capazes de causar acidentes. Além de afligir a órbita da segurança do consumidor, tal atividade traz também um invólucro econômico: é que as regras de responsabilidade pelos acidentes de consumo — assim como as de prevenção e repressão — têm, a um só tempo, “um impacto sobre os interesses econômicos e de segurança dos consumidores”¹⁴. O consumidor que, em claro atentado a sua incolumidade físico-psíquica, perde um braço em um acidente automobilístico, em decorrência de um defeito de fabricação, é afetado, igualmente, na sua esfera econômica (incapacidade para o trabalho, despesas hospitalares, conserto do veículo).

Situação diversa é aquela em que o consumidor é lesado por uma cláusula contratual abusiva ou por uma publicidade enganosa. Aí ganha destaque a violação de sua órbita econômica, posto que os eventuais prejuízos concentram-se no plano eminentemente patrimonial, não atingindo sua incolumidade físico-psíquica.

12. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 49.

13. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos...*, cit., p. 71.

14. Norbert Reich, Product safety and product liability — an analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations, and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products, *Journal of Consumer Policy*, 9(2):135, jun. 1986.

Como uma das conseqüências da identificação dessas duas órbitas de tutela, pode-se afirmar que os bens de consumo (produtos e serviços) lançados no mercado causam *dois tipos básicos de prejuízos* ao consumidor.

Primeiro, observa-se uma depreciação do próprio bem em razão de um vício que atinge sua utilidade *intrínseca*. O direito tradicional resolve tais casos como uma execução defeituosa do contrato, utilizando-se, fundamentalmente, a teoria dos vícios redibitórios.

Em segundo lugar, com a revolução industrial e com o surgimento da sociedade de consumo — ambiente de progresso tecnológico com diversidade de produtos e serviços complexos — torna-se demasiadamente comum um outro tipo de dano, decorrente não mais de uma *depreciação* do bem, mas provocado pelo *próprio bem* em si considerado¹⁵.

São os acidentes de consumo, prejuízos *extrínsecos* ao bem (mas que podem alcançar também o próprio produto ou serviço), atingindo outros bens de consumo ou mesmo a incolumidade físico-psíquica de consumidores. Citemos, como exemplo, os casos trágicos da talidomida e do talco morange, entre tantos outros acidentes de consumo. No direito tradicional, para estes a resposta não seria a teoria dos vícios redibitórios.

A proteção do consumidor, reconhecendo as duas órbitas acima mencionadas, há que buscar uma *nova formulação*, uma vez que o sistema das garantias clássicas tem-se mostrado ineficiente ao responder aos desafios da sociedade de consumo.

De qualquer maneira, para que cheguemos a esse sistema moderno temos que analisar, embora sucintamente, as suas origens e desenvolvimento. Vale a pena, por conseguinte, verificar como a teoria dos vícios redibitórios, em matéria de qualidade e quantidade de produtos ou serviços, vem servindo (ou não servindo) à tutela do consumidor.

3. *A proteção do consumidor no direito tradicional através da teoria dos vícios redibitórios* — Como já tivemos oportunidade de afirmar em outro local¹⁶, o consumidor é um sujeito de batismo jurídico recente. Logo, qualquer esforço no sentido de buscar sua proteção no direito tradicional — tutelado como consumidor e atuando *ex proprio jure* — será em vão. Isso não quer dizer que o consumidor, antes do surgimento do direito do consumidor, estivesse totalmente desamparado.

Dispositivos legais múltiplos o protegiam, em especial na condição de comprador. É nesse contexto que se inserem as garantias contra a evicção

15. Jacques Ghestin, La responsabilité civile des producteurs en Europe Occidentale et en Amérique du Nord, in *Nouvelles données pour un droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 1974, p. 95.

16. Antônio Hermen V. Benjamin, O conceito jurídico de consumidor, *RT*, 628:70.

e contra os vícios redibitórios, como consequência da obrigação de entrega¹⁷.

De qualquer maneira, como facilmente se percebe, todas essas garantias surgiram e ganharam forma em um ambiente muito diferente daquele que caracteriza a sociedade de consumo. Assim, em particular a garantia contra os vícios redibitórios, só de modo muito ineficiente, pôde ser usada como instrumento de *defesa real* pelo consumidor.

Realmente, um sistema cristalizado em 1804, com o Código Napoleônico, e que permaneceu praticamente inalterado durante quase dois séculos, não poderia dar resposta apropriada às necessidades de um mundo radicalmente transformado. Em tal situação de desconformidade entre a realidade econômico-social e as respostas jurídicas, o máximo que o consumidor poderia almejar seria uma proteção “imperfeita”¹⁸, fruto mais de uma adaptação forçada do que propriamente de uma modernização sistemática do tema. E por ser imperfeita, também recheada de injustiças.

Poderíamos dissertar longamente sobre as inconveniências da teoria dos vícios redibitórios para a tutela do consumidor, em um contexto de produção e consumo em massa. Limitemo-nos, entretanto, a listar algumas delas, lembrando que umas são *jurídicas*, enquanto outras são *fáticas*.

3.1. *As deficiências jurídicas* — O surgimento da sociedade industrial, com sua produção em massa (e também comercialização e consumo em massa), criou um ambiente inóspito para a utilização das garantias clássicas contra os vícios redibitórios. É certo que os tribunais buscaram os mais variados artifícios como forma de superar os limites restritos da garantia. A situação do consumidor não melhorou. A incerteza, própria de uma jurisprudência não pacificada, fez com que o consumidor só raramente levasse sua insatisfação às vias judiciais.

3.1.1. *A exigência de vínculo contratual* — Quando falamos em vício redibitório, a primeira idéia que surge à mente é a de um contrato comutativo unindo a vítima e o responsável pela reparação. Não há dúvida que o vício redibitório é instituto decididamente atado à realidade contratual.

O instituto mostra-se, portanto, incapaz de reger todas aquelas situações em que a vítima não consegue demonstrar a existência de um vínculo contratual com o sujeito que diz ser responsável pelo dano que sofreu. Há aí uma *dupla* deficiência pelo prisma da tutela do consumidor.

A garantia contra os vícios redibitórios, pelo menos como princípio, não pode ser utilizada contra o fabricante, mesmo que o consumidor esteja alegando um simples vício de qualidade por inadequação. Por exemplo,

17. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 1968, t. 3, p. 220.

18. Jean Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 1985, p. 223.

um ferro elétrico que nada passa. Se o caso for um de acidente de consumo (vício de qualidade por insegurança), a posição do consumidor se torna mais difícil ainda. Se é verdade que a jurisprudência, em particular a européia, vem mitigando o rigor da teoria, permitindo, v. g., que compradores sucessivos acionem o vendedor primitivo e até o fabricante¹⁹, pouco se pode fazer quando, no caso de acidente de consumo, a vítima é um estranho total — um pedestre, por exemplo — à relação contratual.

Ou seja, a teoria dos vícios redibitórios, nos seus moldes tradicionais, queda-se alheia à matéria dos acidentes de consumo, seja porque a vítima, freqüentemente, não tem qualquer vínculo contratual com quaisquer dos fornecedores (é um simples *bystander*), seja porque, se o tem, não o é com o fabricante mas, sim, com o distribuidor.

Isso se dá em parte porque o instituto não consegue distinguir claramente as duas esferas da proteção do consumidor (a econômica e a físico-psíquica), criando para esta um regime próprio e mais rigoroso (inclusive com um conceito mais amplo de consumidor). Ou seja, não acolhe com facilidade a chamada garantia de segurança, inerente à proteção eficiente da órbita físico-psíquica do consumidor.

Quanto a essa garantia de segurança, ensina, *ex cathedra*, Fábio Konder Comparato: “pelos princípios contratuais, com efeito, o comprador não tem, em hipótese alguma, uma ação direta contra o fabricante, podendo acionar tão-somente o comerciante vendedor. Para o produtor, a relação contratual de compra e venda a consumo é *res inter alios acta*, sendo de aplicar-se aí, com todo o seu rigor, a regra da relatividade dos efeitos obrigacionais às partes no contrato (Código Civil, art. 928). Ora, esse resultado tem-se revelado, hoje, francamente inaceitável pela sua inadequação à realidade econômica. O verdadeiro introdutor da coisa perigosa no mercado é o fabricante e não o distribuidor”²⁰.

3.1.2. *A exigüidade dos prazos para reclamar* — É notório que os prazos para exercício da garantia são extremamente exíguos. No direito brasileiro, são quinze dias, em se tratando de coisa móvel, e seis meses, quando a coisa for imóvel (Código Civil, art. 178, §§ 2.º e 5.º, IV). Prazos fatais e impiedosos com o consumidor comum que, comumente, os ignora por inteiro.

Os abusos praticados contra os consumidores, em decorrência da exigüidade do prazo (fato este conhecido pelos fornecedores e, via de regra, desconhecido pelo consumidor), são os mais distintos. Uma das práticas

19. Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 292.

20. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 100.

corriqueiras, particularmente no mercado brasileiro, é “cozinhar”, no próprio estabelecimento comercial, o consumidor que reclama, levando-o a crer que seu problema será resolvido. Sua reclamação é passada, sucessivamente, do vendedor para o gerente, deste para o diretor e, finalmente, para o departamento jurídico. Quando o consumidor resolve reclamar para um órgão oficial, seu prazo de quinze dias já foi ultrapassado.

3.1.3. *A estreiteza do conceito de vício redibitório* — Conforme já ponderamos, ao analisar o requisito contratual, o instituto dos vícios redibitórios não consegue recepcionar todas as modalidades de vícios de qualidade. Nem no Brasil, nem em outros países do *civil law*. É esta a razão pela qual, mesmo antes da maturidade do direito do consumidor, doutrina e jurisprudência estrangeiras já se manifestavam no sentido da ampliação da formulação acanhada da teoria e propunham sua substituição por uma mais ampla: a noção de *vício funcional*, isto é, qualquer desconformidade que impeça ou limite a função para a qual o bem é destinado²¹.

Já vimos que as dificuldades são enormes em relação aos vícios de qualidade por insegurança (acidentes de consumo). Mas, mesmo em sede de vício de qualidade por inadequação, área por excelência da garantia, ainda assim em seu conceito clássico não cabem certas modalidades de desconformidade dos bens, decorrentes da massificação e complexidade do mercado. Vejam-se os casos de vícios de “somenos importância” como aqueles referentes à cor, ao paladar, a detalhes de produtos e serviços. São irregularidades que não satisfazem o requisito da “gravidade do vício”, imprescindível à acolhida da garantia.

De fato, uma interpretação estrita da garantia exclui qualquer proteção para o consumidor em relação aos vícios menores — tão comuns no mercado de produção massificada —, uma vez que sua autoridade inclui somente os vícios graves. Há como que uma incompatibilidade entre a desconformidade de somenos importância e a aplicação da garantia. E mais: a situação do consumidor piora caso pretenda usar a garantia quando o produto, embora não apresentando propriamente um vício, seja de qualidade inferior. Ademais, como melhor analisaremos abaixo, a durabilidade — elemento basilar na avaliação que os consumidores fazem daquilo que adquirem — não é, de maneira alguma, considerada.

Finalmente, a garantia não incorpora os vícios de quantidade. Quanto a estes os tribunais brasileiros — com aval da mais respeitável doutrina — vêm decidindo que “a ação adequada não é a edilícia, porém, a *ex empto*”²², demonstrando claramente que não se está diante de vício redibitório.

21. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 290.

22. Confira-se Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, São Paulo, Saraiva, 1976, p. 310; também *RT*, 103:672, 188:126 e 190:692.

3.1.4. *A exclusão da garantia de durabilidade* — Por mais que os tribunais dilatam o ventre da teoria dos vícios redibitórios, não se consegue dar abrigo à garantia de durabilidade. De fato, a pouca durabilidade de um bem nem sempre decorre de um vício (na acepção da doutrina clássica). A durabilidade, na sociedade de consumo, tem muito mais que ver com o processo decisório de *marketing*. Não são poucas as vezes em que o fornecedor pretende, efetivamente, criar produtos e serviços com pouca durabilidade, sem, contudo, informar o consumidor adequadamente.

Já não é novidade o fenômeno da *obsolescência planejada*. O consumidor é induzido a adquirir um produto ou serviço que, em pouco tempo, será considerado obsoleto, seja porque sua utilidade decai rapidamente, seja porque o fornecedor, intencionalmente, deixou de lhe dar certas características que já conhecia, apenas para lançar um “novo” produto em seguida. E o consumidor queda-se completamente alheio a todo esse processo, embora pagando, por inteiro, seus custos.

A durabilidade, apesar de não presente entre as preocupações da teoria dos vícios redibitórios, é um dos princípios que deve orientar o trabalho do aplicador do Código (art. 4.º, II, *d*). É que a teoria da qualidade, funcionando como verdadeira garantia de qualidade, ao lado da adequação e da segurança, também abarca uma garantia de “durée raisonnable”, conforme assevera Nicole L’Heureux, ao analisar a legislação de Québec^{23 e 24}.

3.1.5. *A insuficiência das opções satisfativas* — É patente a avareza de soluções que a teoria dos vícios redibitórios abre para o consumidor afetado (a redibição do contrato e a diminuição proporcional do preço).

Na sociedade de consumo, veloz e mutável por excelência, o que menos interessa ao consumidor, amiúde, é receber de volta o preço, posto que a mesma quantia não mais é suficiente para a aquisição do mesmo produto ou serviço. Outrossim, a diminuição do preço também pode não lhe satisfazer, pois significa ter que manter um bem em desacordo com sua legítima expectativa. Em verdade, a melhor solução para o consumidor — uma vez que já pagou o preço — é tão apenas receber o bem em perfeitas condições de uso, seja através de reparo, seja mediante a entrega de um outro²⁵. E exatamente esta solução não é facultada pela teoria dos vícios redibitórios.

Ainda na doutrina irrepreensível de Carlos Ferreira de Almeida, as

23. Nicole L’Heureux, *Droit de la consommation*, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 45.

24. Vale lembrar que autores há que pretendem incluir, na noção de *vice caché*, a ausência de durabilidade. Cf. Louis Perret, *Les garanties légales relatives à la qualité d’un produit selon la nouvelle Loi de la Protection du Consommateur*, *Revue Générale de Droit*, 10(2):353, 1979.

25. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 225.

soluções clássicas “não vão ao encontro dos interesses dos consumidores, que pretendem uma satisfação positiva das suas necessidades, mais do que a reposição do *status quo* inicial ou compensação pelos prejuízos”²⁶.

3.1.6. *A internalização dos custos sociais da atividade produtiva* — Também é notório o desconhecimento, no sistema dos vícios redibitórios, da questão econômica afeita à idéia de reparação do consumidor (a *internalização* dos custos sociais da produção). Em conseqüência, vale a regra de que — afora as duas soluções apontadas no item anterior — a indenização das perdas e danos do consumidor só é devida quando o fornecedor estiver de má-fé.

Ora, não é o consumidor, individualmente considerado (nem, tampouco, só o vendedor-direto), que deve suportar os custos sociais da produção em massa. São prejuízos que necessitam de uma repartição entre *todos* os outros sujeitos do mercado. E só os fornecedores, particularmente o fabricante, têm condições de pulverizá-los, indenizando o consumidor-vítima e incorporando no produto ou serviço o valor pago.

A proteção do consumidor, nessa área da qualidade, não é uma questão de boa ou má-fé. É antes uma exigência de equidade.

3.1.7. *A disponibilidade da garantia* — As normas que regem os vícios redibitórios têm caráter de disposição absoluta, podendo, a qualquer momento, ser afastadas pela vontade das partes, ou, como ocorre freqüentemente, por imposição do fornecedor que é a parte mais forte. “É claro que esse regime é de direito dispositivo, não de ordem pública, pelo que, convencionalmente, as partes podem estipular acerca dessa obrigação de reparar o que lhes convier, ampliando-a ou restringindo-a, e até suprimindo-a”²⁷.

Situação inversa é aquela introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, onde todos os dispositivos são de *ordem pública e interesse social* (art. 1.º), proibindo-se, totalmente, qualquer cláusula contratual que *impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou implique renúncia ou disposição de direitos* (art. 51, I). Finalmente, mais especificamente, veda-se “a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar” nos casos de vícios de qualidade ou de quantidade (art. 25, *caput*).

3.1.8. *A dificuldade de prova do vício* — É enorme a dificuldade que tem o consumidor de provar que o vício do bem existia à época de seu fornecimento. Há aí uma quase impossibilidade. Mesmo que o produto

26. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos...*, cit., p. 123.

27. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 180.

pare de funcionar imediatamente após seu fornecimento, ainda assim o consumidor tem de juntar prova suficiente de que o vício não é superveniente à aquisição.

Também nesta matéria a jurisprudência estrangeira vinha inovando, alterações essas que passaram a fazer parte dos diversos projetos europeus de código do consumo. Cria-se uma anterioridade presumida, desde que estabelecido que o consumidor vinha dando um uso normal ao produto²⁸.

Outra questão difícil, já não mais se referindo ao momento do surgimento do vício, tem que ver com a prova do próprio vício. O consumidor, freqüentemente, não tem condições de provar que o dano que sofreu foi causado por uma desconformidade. Mencione-se, só como exemplo, o caso em que o produto seja destruído no acidente de consumo. Daí que, moderadamente, reclama-se uma inversão do ônus da prova do defeito em si, como, também, de sua anterioridade.

3.1.9. *A irrelevância da profissionalidade da vítima* — O vício redibitório é um instituto que não distingue suficientemente o comprador-consumidor do comprador-profissional, como se fosse possível protegê-los de maneira idêntica.

O comprador-profissional está em uma situação privilegiada em relação ao comprador-consumidor. Sem ir muito longe, lembre-se somente que a questão da aparência do vício tem muito mais que ver com o profissional do que com o consumidor comum, muito menos cauteloso e destituído de qualquer conhecimento mais aprofundado sobre o bem e sobre o próprio funcionamento do mercado.

Com efeito, toda a sistemática dos vícios redibitórios, entre outras razões, por ter um único peso para dois sujeitos distintos, falha enormemente na proteção do consumidor. E uma consulta rápida à jurisprudência brasileira demonstra que, dos casos levados aos tribunais, a grande maioria não se refere ao consumidor individual. Mas não é assim apenas no Brasil. Em outros países, em particular nos europeus, “a compra e venda está delineada nos códigos civis, quase tanto como nos códigos comerciais, como negócio entre *connaisseurs* e como meio jurídico de rápida circulação mobiliária, circunstância e objectivo que só são ajustados para os comerciantes e para o desenvolvimento do comércio”²⁹.

E, infelizmente, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, com um conceito amplo de consumidor (art. 2.º), não progride, suficientemente, na superação desse problema.

28. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 291.

29. Carlos Ferreira Almeida, *Os direitos...*, cit., p. 124.

3.2. *As deficiências fáticas* — Ao lado das deficiências *jurídicas* do instituto dos vícios redibitórios, algumas de ordem *fática* podem ser ajuntadas³⁰.

Ambas as classes de deficiências são responsáveis pelo funcionamento imperfeito da garantia dos vícios redibitórios na proteção do consumidor e no regramento do fenômeno do consumo em massa.

3.2.1. *A ignorância da garantia* — Em primeiro lugar, o consumidor, quase sempre, ignora, por completo, a existência da garantia legal. Não se trata, como abordamos acima, de mera incerteza quanto à duração do prazo. O consumidor, aqui, simplesmente desconhece a própria garantia. Por isso mesmo, ausente uma garantia expressa (reconhecível mais facilmente), imagina ele que o bem de consumo está a descoberto de qualquer garantia.

Desconhecendo a garantia, não se anima a reclamá-la. Com isso há um enriquecimento sem causa do fornecedor.

3.2.2. *Os óbices da via judicial* — Mesmo que o consumidor esteja a par da existência da garantia legal e de seu prazo, recusando-se o fornecedor a cumpri-la, não lhe restará outra opção a não ser a via judicial, ou melhor, a *via crucis*, com enormes custos, econômicos e psicológicos.

O cotidiano revela que o consumidor não quer, como não pode, suportar esse ônus, enquanto o fornecedor não só pode, como também está disposto a enfrentá-lo. No Brasil, em particular, o consumidor, reiteradamente, depara com um fornecedor pronto para mandá-lo “buscar seus direitos”. E ele, compreensivelmente, sem recursos e inseguro acerca de seus direitos, não vai.

Indagamos, em outro momento: “qual o consumidor que, na situação presente, mesmo que convencido da legitimidade do seu pleito, não hesitará em pleiteá-lo judicialmente? Ou, em outras palavras, qual o consumidor que, nas mesmas condições, detém os meios materiais e psicológicos para tal disputa nos meandros do sistema judicial?”³¹.

4. *O regime jurídico dos vícios redibitórios no direito brasileiro tradicional* — Estabelece o art. 1.101, do Código Civil, que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso, a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Na lição de Clóvis Beviláqua, tais vícios “são os defeitos ocultos, que tornam a coisa imprópria para o uso, a que é destinada, ou

30. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 225.

31. Antônio Hermen V. Benjamin, Em busca do sim: o Ministério Público como mediador nos conflitos de consumo, in *Defesa do consumidor*; textos básicos, Brasília, MJ-CNDC — Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987, p. 178.

que a fazem, de tal modo, frustânea que o contrato se não teria realizado, se fossem conhecidos”³².

O fundamento da responsabilidade civil do contratante em tal caso, conforme acentua o sempre extraordinário Washington de Barros Monteiro, tem assento na teoria do inadimplemento. “Ao celebrar o contrato, compromete-se o alienante a garantir o perfeito estado da coisa, assegurando-lhe a incolumidade, as qualidades anunciadas, e adequação aos fins propostos. Não pode ele fugir, portanto, à responsabilidade contratual, se a coisa se apresenta com defeitos ou imperfeições, que a tornem inapta aos seus fins, ou lhe diminuam o valor”³³.

Há aí, com efeito, verdadeiro inadimplemento, uma vez que este comporta graus, caracterizando-se pela carência absoluta de entrega da prestação ou pela entrega “não conforme às estipulações do contrato”³⁴.

A doutrina aponta os requisitos caracterizadores dos vícios redibitórios: a) a existência de um contrato comutativo (compra e venda, permuta, empreitada) ou doação com encargo relativo a uma coisa; b) a presença de vícios nocivos à utilização da coisa ou que lhe diminuam o valor; c) o caráter oculto dos vícios; d) a natureza grave dos vícios (“defeito de some-nos importância será insuficiente para acarretar o funcionamento da garantia”); e, e) a existência dos vícios no momento da avença, não se garantindo o vício superveniente³⁵, bastando, é verdade, que a *origem* do vício seja anterior ao negócio³⁶.

Não resta dúvida que a teoria dos vícios redibitórios significa uma garantia para o comprador. A propósito, segundo o festejado Silvio Rodrigues, “o propósito do legislador, ao disciplinar esta matéria, é o de aumentar as garantias do adquirente”, inspirando-se “na idéia de segurança que deve rodear as relações contratuais e no dever de garantia que incumbe ao alienante, nos contratos comutativos”³⁷.

No mesmo sentido é a opinião de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em monografia modelar: “o adquirente, sujeito a uma contraprestação, tem direito à utilidade natural da coisa, e, se ela lhe falta, estará *garantido* contra o alienante, na hipótese de lhe ser entregue coisa a quem faltem as qualidades essenciais de prestabilidade, independentemente de qualquer pes-

32. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1958, v. 4, p. 216.

33. Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., v. 5, p. 55.

34. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 217.

35. Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., v. 5, p. 55 e 57. Em sentido assemelhado, Silvio Rodrigues, *Direito civil*; dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, São Paulo, Saraiva, 1985, v. 3, p. 116.

36. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 224.

37. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 3, p. 110 e 116.

quisa de motivação. Se a coisa entregue não se presta à sua finalidade, ou se não guarda paralelismo com o valor de aquisição, prejudicada por defeito oculto, tem o adquirente o direito de exigir do transmitente a efetivação do princípio da garantia” (grifo no original)³⁸.

Elementar ao sistema dos vícios redibitórios é a dualidade de ações conferidas ao comprador: a ação redibitória e a ação *quantum minoris*. Como já analisamos acima, o consumidor não se satisfaz com essas duas opções, já que, amiúde, interessa-lhe somente o cumprimento integral do contrato, tal qual pactuado.

5. *Teoria dos vícios redibitórios x teoria da qualidade* — Da insatisfação com a garantia contra os vícios redibitórios surge a necessidade de reformulação do sistema vigente, projetando-se um outro, mais moderno e em melhor sintonia com a sociedade de consumo, e que se proponha a reger a qualidade (e também a quantidade), como conceito amplo, de produtos e serviços. Por isso mesmo, na base deste novo sistema está aquilo que denominamos *teoria da qualidade*, complementada por algo mais, um apêndice, que chamaríamos de *teoria da quantidade*.

A teoria da qualidade não derruba a teoria dos vícios redibitórios. Ao revés, trata-se de uma *releitura* das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa. Busca-se com ela dar, pelo menos no plano teórico, *unicidade de fundamento* à responsabilidade civil do fornecedor em relação aos consumidores³⁹. Nada mais de discussões estéreis — e prejudiciais à proteção do consumidor — entre responsabilidade contratual e extracontratual. Tudo passa a ser mera decorrência de um dever de qualidade e quantidade.

Realmente, a formulação de uma *teoria da qualidade* decorre de uma tentativa de adaptar o sistema tradicional das garantias contra a evicção e contra os vícios redibitórios à realidade da sociedade de consumo, ambiente de produção e comercialização em massa. O consumidor, decididamente, por mais que se esforce a doutrina e a jurisprudência, não pode ser tutelado adequadamente no âmbito do Código Civil. A teoria da qualidade, assim, representa um avanço em simplicidade e tecnicidade, dispensando, em tema de vícios redibitórios, a criação de esquemas teóricos complexos — pouco compatíveis com os princípios tradicionais do Código Civil — como via de favorecimento do consumidor⁴⁰.

Abstraindo-se a garantia contra a evicção, os bens de consumo, no direito do consumidor, devem estar cobertos por *dois* tipos de garantias básicas: contra os *vícios de qualidade* e contra os *vícios de quantidade*.

38. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade...*, cit., p. 179.

39. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 298.

40. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 223.

Os vícios de qualidade bifurcam-se em duas categorias. A primeira delas, que tem que ver precipuamente com a tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor, chamaremos de *vícios de qualidade por insegurança*. É sob tal prisma que examinaremos os acidentes de consumo. A segunda categoria denominaremos *vícios de qualidade por inadequação*. Tem ela que ver, por um lado, com o *desempenho* dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de *durabilidade*, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.

No pórtico do Código, a inexistência de vícios de qualidade por insegurança, como valor primordial no mercado de consumo, é tida como direito básico do consumidor (art. 6.º, I). Já a garantia do consumidor contra os vícios de qualidade por inadequação (desempenho e durabilidade) foi acolhida como princípio informativo da “política nacional das relações de consumo” (art. 4.º, II, *d*, não obstante a imprecisão de colocar, no mesmo patamar, como se fossem espécies de um conjunto, a qualidade, a segurança, a durabilidade e o desempenho).

Em face das características da empresa moderna, dos riscos que assume, da complexidade e velocidade de desenvolvimento e produção de novos bens de consumo, e da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I), realmente não mais se justifica o tratamento antiquado e brando trazido pela garantia contra os vícios redibitórios, mais ainda quando constatamos que esta falta de rigor é visível até mesmo quando a comparamos à garantia contra a evicção⁴¹.

Por conseguinte, é com base nesta sistematização do que denominamos vícios de qualidade que se impõe a formulação de uma *teoria da qualidade*, como forma de dar um tratamento moderno, mais rigoroso e eficiente — pelo prisma do consumidor — à teoria dos vícios redibitórios.

A teoria da qualidade, conforme a imaginamos no contexto do direito do consumidor, rompe, como sistema novo — e autônomo — com alguns dos aspectos dos vícios redibitórios.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a feição de ordem pública dos direitos decorrentes das teorias da qualidade e da quantidade, tanto em países estrangeiros, como no Código de Defesa do Consumidor (arts. 1.º, 24, 25, *caput*, e 51, I).

Ademais, não mais se exige que o vício seja oculto. Sua cobertura se estende até mesmo aos vícios aparentes (art. 26, *caput*). Isso porque é um dos fundamentos da teoria a evolução do princípio do *dever de informar-se*

41. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 220.

a cargo do consumidor para a máxima do *dever de informar* como encargo inafastável do fornecedor. Ou seja, o dever de informar-se transforma-se no dever de informar, não cabendo a garantia, contudo, quando o consumidor conhece *cabalmente* a desconformidade (“vendas de saldos de produtos com pequenas imperfeições”, por exemplo).

Finalmente, é dispensável a gravidade do vício. Afinal, não é esta que cria a insatisfação do consumidor. É a própria existência do vício, pequeno ou grande, que macula a expectativa legítima do consumidor.

6. *A teoria da qualidade e os seus dois aspectos* — A teoria da qualidade forma-se com os olhos voltados para o instituto da responsabilidade do fornecedor: civil, administrativa e penal. De nada adiantaria criar-se um dever de qualidade se o seu desrespeito não trouxesse conseqüências para o violador. Tanto no Direito Administrativo como no Direito Penal a teoria da qualidade apresenta um colorido predominantemente repressivo. Já pelo prisma da responsabilidade civil o tom principal é dado pela reparação, elemento essencial para o consumidor lesado. É em tal sede, portanto, que a questão da qualidade ganha enorme importância econômica.

A dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não se mostrou apta, nos próprios limites da *summa divisio*, a proteger adequadamente o consumidor. Inimaginável seria o desenvolvimento do direito do consumidor sem uma modificação profunda nas bases e sistematização da responsabilidade civil. E qualquer alteração passa, necessariamente, por uma releitura da questão da *qualidade*, advindo daí a importância da construção de uma teoria da qualidade.

É Fábio Konder Comparato que, em um de seus já bem conhecidos momentos de inspiração, assinala as causas que deram origem a essa enorme evolução (ou revolução) da responsabilidade civil: “a transformação da responsabilidade civil, nessa matéria, adveio de dois fatores fundamentais, estreitamente ligados à mudança do modo de vida em sociedade, numa civilização industrial. Em primeiro lugar, a produção é feita em série, e não mais sob encomenda unitária, multiplicando-se, por conseguinte, a potencialidade danosa, sobre a qual se funda toda a experiência normativa. Ademais, criou-se um circuito de distribuição de bens em massa, totalmente diverso do pequeno comércio de antanho, que lidava com um número reduzido de mercadorias, cujas qualidades e defeitos eram certificados por longa tradição”⁴².

Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a *teoria da qualidade* — nos termos da

42. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 99.

formulação que propomos — comporta dois aspectos distintos: a *proteção do patrimônio do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e a *proteção da saúde do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica.

Na noção de vício de qualidade por inadequação o elemento básico é a carência — total ou parcial — de aptidão ou idoneidade do produto ou serviço para a realização do fim a que é destinado. Distintamente, no vício de qualidade por insegurança o dado essencial é a carência de segurança do produto ou serviço, isto é, a sua capacidade para provocar danos à saúde do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro adotou esta perspectiva dicotômica da teoria da qualidade, embora, ressalte-se, misturando conceitos e noções. Acrescentou-se, é certo, o elemento quantitativo que, particularmente como decorrência do regramento que lhe deu o legislador, devemos tratar separadamente, através de uma teoria da quantidade. De qualquer modo, em matéria de qualidade, observe-se que a proteção da saúde do consumidor (normas de prevenção e normas de “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”) e a proteção do patrimônio do consumidor (“responsabilidade por vício do produto e do serviço”) estão perfeitamente separadas, aquela nos arts. 8.º a 17 e esta nos arts. 18 a 25.

A terminologia *vício de qualidade por insegurança* e *vício de qualidade por inadequação* raramente aparece no Código. No art. 23, por sugestão minha, mencionam-se, expressamente, os vícios de qualidade por inadequação. Em um dos artigos da tutela administrativa, a Comissão, mais uma vez aceitando ponderação minha, adotou, integralmente, tal nomenclatura (art. 58).

O Direito clássico desconhecia a distinção que ora propomos entre vícios de qualidade por inadequação e vícios de qualidade por insegurança. Por isso mesmo, tratava a questão da segurança como uma *vertente acessória* da problemática da adequação dos produtos ou serviços. Cabe, conseqüentemente, ao direito do consumidor apartar os dois conceitos, elevando a preocupação com a segurança a um *fim em si mesmo* e, certamente, o mais importante dos fins. É neste sentido a preleção abalizada de Mário Frota, fundador e presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo: “a segurança é nuclear em todos os domínios da atividade humana. Constitui, realmente, verdade dizer que a segurança é fundamental para que o homem desfrute do seu *jus ambulandi*”⁴³.

43. Mário Frota, Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, 282:27, nov./dez. 1990 (encarte especial).

A teoria dos vícios de qualidade por insegurança tem objetivos diferenciados da teoria dos vícios de qualidade por inadequação: “aquela visa proteger a integridade pessoal do consumidor e dos seus bens; esta o interesse (da equivalência entre a prestação e a contraprestação) subjacente ao cumprimento perfeito”⁴⁴.

A noção de vício de qualidade por insegurança relaciona-se diretamente com a de acidente de consumo. Não podemos esquecer, porém, que, em diversos casos, o mesmo produto ou serviço ao apresentar um vício de qualidade por inadequação (vício redibitório no direito tradicional) também traz consigo um vício de qualidade por insegurança, ou vice-versa. Todavia, enquanto a adequação dos produtos e serviços é uma *condição positiva* imposta ao fornecedor (o consumidor tem um expectativa afirmativa de adequação), o respeito da segurança do consumidor ocorre como uma *condição negativa* da produção e comercialização no mercado de consumo (o consumidor tem uma expectativa negativa de insegurança).

O Código de Defesa do Consumidor criou *três regimes jurídicos diversos*, embora nem antagônicos, nem excludentes: um para os vícios de qualidade por insegurança, outro para os vícios de qualidade por inadequação e um último para os vícios de quantidade. Os regimes jurídicos divergem não apenas na sua feição formal (com regramentos próprios no Código) mas, também, quanto à extensão e o fundamento do dever de indenizar (distinção esta mínima quando cotejados os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação). Na medida em que os vícios de qualidade por insegurança dizem respeito à saúde do consumidor, o regime jurídico da responsabilidade civil é mais *rígido* para eles do que para os vícios de qualidade por inadequação.

Observe-se, em primeiro lugar, que o universo dos sujeitos protegidos contra os vícios de qualidade por insegurança é mais *amplo* que aquele tutelado contra os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação⁴⁵. O direito do consumidor, no que se refere aos acidentes de consumo, confere proteção a *qualquer pessoa*, pouco importando tenha ela adquirido pessoalmente o produto ou serviço ou, ao contrário, seja um simples transeunte vítima do mesmo defeito. Assim, tanto o consumidor que compra um automóvel defeituoso, como o pedestre que vem a ser atingido em decorrência do defeito, podem beneficiar-se do mesmo regime jurídico de responsabilidade civil. É que, por estar em jogo o bem jurídico vida, “não existe qualquer razão para limitar a proteção aos consumidores” diretos⁴⁶.

44. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, dissertação de doutoramento, Coimbra, 1990, p. 635.

45. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 242.

46. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 242.

Ademais, o rol dos responsáveis pelos danos decorrentes de vícios de qualidade por insegurança (o fabricante, o construtor, o produtor e o importador) é menor que aquele dos obrigados a reparar os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação (todos os fornecedores).

Outrossim, os limites temporais da responsabilidade civil são distintos, quer se trate de vícios de qualidade por insegurança (prescrição), quer se cuide de vícios de quantidade e de qualidade por inadequação (decadência). Do mesmo modo, já no plano processual, os vícios de qualidade por insegurança dão ensejo a uma prestação jurisdicional diferenciada (art. 102) que lhe é exclusiva. Finalmente, o regramento penal dos vícios de qualidade por insegurança (arts. 63, 64 e 65) é muito mais abrangente que aquele conferido aos vícios de qualidade por inadequação (art. 70).

Seção II

Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

1. *Noção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* — A expressão “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, embora de certo modo já tradicional no nosso direito privado, não reflete, com nitidez, o enfoque moderno que o direito do consumidor almeja dar ao problema. O clássico Aguiar Dias já advertia que “não há nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos com veículos ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é capaz de fatos”. E arremata: “somos decisivamente contrário a essa classificação, que parece assimilar as coisas aos animais, quando aquelas são inertes ou pelo menos passivas, e, os últimos, dotados de sensibilidade e de capacidade para reagir”⁴⁷.

Melhor, portanto, é falar-se em “responsabilidade pelos acidentes de consumo”. Enquanto aquela terminologia enfatiza o elemento material *causador* da responsabilidade, esta, ao contrário, prefere dar destaque ao elemento humano *consequencial*. O dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço) mas sim a localização humana de seu

47. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, v. 2, p. 412.

resultado (o acidente de consumo). A rigor, aqui o direito do consumidor — ao revés do que sucede com os vícios de qualidade por inadequação — só se volta para o fenômeno material inerente ao produto (o defeito) quando tem seu interesse despertado pela sua habilidade para causar o fenômeno humano (o acidente de consumo).

“Fato do produto” ou “fato do serviço” quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou um serviço. Encaixa-se em um sistema mais amplo de danos, regrado pelo Código Civil; danos esses decorrentes ora de “fato próprio” (a regra geral), ora de “fato de outrem” (arts. 1.521 a 1.524) ou, ainda, de “fato causado por animais” (art. 1.527). O novo regime desta matéria quer dizer exatamente isto: o Código Civil, em matéria de danos causados por produtos ou serviços de consumo, é afastado, de maneira absoluta, pelo regime especial do Código de Defesa do Consumidor. Só excepcionalmente aplica-se o Código Civil, ainda assim quando não contrarie o sistema e a principiologia (art. 4.º) do Código de Defesa do Consumidor.

O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.

O legislador deu, portanto, um tratamento unitário ao assunto, não cabendo ao intérprete, quando da análise do novo modelo, qualquer tentativa de utilizá-lo como se fora uma mera reforma das categorias dicotômicas. O texto legal simplesmente não as teve em mente. Muito ao contrário, procurou delas se afastar, sepultando, por assim dizer, a *summa divisio* clássica.

A melhor doutrina e a jurisprudência já vinham indicando a impossibilidade de encaixe perfeito da tutela do consumidor contra os vícios de qualidade por insegurança em um ou noutro regime tradicional. Waldirio Bulgarelli, com muita precisão, descreveu o dilema: “tanto o sistema da responsabilidade contratual como o da aquiliana, baseados na culpa, revelaram-se inadequados para um sistema geral de reparação de danos causados por produtos defeituosos, e, por isto, reclama-se um tipo de responsabilidade baseado no risco/proveito (*noblesse oblige, richesse oblige*)”⁴⁸.

48. Waldirio Bulgarelli, A tutela do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 42.

Na sociedade de consumo não faz sentido, de fato, a velha dicotomia, especialmente se se quer um regramento apropriado do fenômeno dos vícios de qualidade por insegurança. Realmente, essa “unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual e extracontratual — devendo falar-se de responsabilidade do produtor, *tout court* — ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos”⁴⁹.

2.1. *Os vícios de qualidade por insegurança e os riscos do mercado de consumo* — Os produtos e serviços colocados no mercado devem cumprir, além de sua função econômica específica, um objetivo de segurança. O desvio daquela caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, enquanto o deste, o vício de qualidade por insegurança.

Quando se fala em segurança no mercado de consumo o que se tem em mente é a idéia de *risco*: é da maior ou menor presença deste que decorre aquela. No sentido aqui empregado, o termo risco é enxergado como a probabilidade de que um atributo de um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana (acidente de consumo). Soa como lugar-comum dizer que a vida humana é uma atividade de driblar riscos. De fato, tanto os indivíduos, como a sociedade em geral, “assumem riscos e é impossível vivermos do modo que queremos sem assumi-los”⁵⁰. Por isso mesmo, não tendo o direito força suficiente para eliminá-los inteiramente, cumpre-lhe o papel igualmente relevante de controlá-los.

Não se imagine que o direito do consumidor seja, ou pretenda ser, capaz de transformar o mercado em um paraíso absolutamente seguro, sem qualquer risco para o consumidor. Seus fins são mais modestos. O objetivo da teoria da qualidade — na sua vertente de proteção à incolumidade físico-psíquica do consumidor — “não é reduzir todos os riscos associados com produtos a um patamar zero, já que o custo seria muito maior do que aquele que os indivíduos e a sociedade podem arcar. O que se pretende é que todos os esforços sejam encetados no sentido de assegurar que os riscos mantenham-se no limite do razoável”⁵¹.

49. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 478.

50. M. J. Vernon, Consumer product safety, in *Consumer protection law and theory*, edited by A. J. Duggan e L. W. Darvall, Sydney, The Law Book Company Limited, 1980, p. 87.

51. M. J. Vernon, Consumer product safety, in *Consumer protection...*, cit., p. 87.

2.2. *Conceito de vício de qualidade por insegurança* — A qualidade dos produtos e serviços, já afirmamos, pode ser maculada de duas formas: através dos vícios de qualidade por inadequação e por intermédio da presença de vícios de qualidade por insegurança. Estes poderiam ser conceituados como sendo *a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo*.

Logo, no conceito de vício de qualidade por insegurança, encontramos dois elementos: a *desconformidade com uma expectativa legítima* e a *capacidade de provocar acidentes*. Sem que estejam reunidos estes dois elementos não há que se falar em vício de qualidade por insegurança.

Assim, quando a expectativa legítima dos consumidores existe em relação a uma desconformidade que não tenha o condão de provocar acidentes (a cor ou paladar de um produto), não estamos diante de um vício de qualidade por insegurança (embora se possa estar perante um vício de qualidade por inadequação). Também quando a capacidade de causar acidentes existe mas não há a legítima expectativa dos consumidores em sentido diverso (uma faca ou um pesticida). Com tal formulação, chegamos à conclusão de que as noções de *vício de qualidade por insegurança* e de *defeito* acabam por se confundir.

A expectativa legítima do consumidor relaciona-se com duas outras concepções que adiante serão esmiuçadas: a normalidade e a previsibilidade do risco. Aquela é um traço objetivo, enquanto esta mostra-se como um elemento subjetivo.

Não se confundem vício de qualidade por insegurança e vício redibitório. A distinção, conforme aponta Jacques Ghestin, faz-se em dois planos. Em primeiro lugar, não se lhe pode dar uma definição contratual, uma vez que a vítima pode ser um simples terceiro. Ademais, não cabe a apreciação sobre a aptidão do produto para cumprir o fim para o qual foi colocado no mercado (vício de qualidade por inadequação). Ao revés, faz-se um juízo sobre a sua segurança. Ou seja, pouco importa tenha ou não o produto a *performance* que dele se espera; o que é relevante são os danos que ele é capaz de produzir⁵².

2.3. *A segurança como um conceito relativo* — Já tivemos oportunidade de anotar que a *ratio* do direito do consumidor não é eliminar toda e qualquer insegurança do mercado. Essa seria uma missão impossível.

52. Jacques Ghestin, *La directive communautaire et son introduction en droit français*, in *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, coord. de Jacques Ghestin, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 118.

De uma maneira geral, pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. Constata-se que os bens de consumo têm sempre um resíduo de insegurança que pode ou não merecer a atenção do legislador. O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito. Assim, todo produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma ponta de insegurança para o consumidor. Não se pode, é claro, denominá-los produtos ou serviços enodoados com vício de qualidade por insegurança, portadores de defeito. Seria esta uma insegurança que está em acordo com a legítima expectativa do consumidor. Estaríamos, aí, diante de uma periculosidade inerente, conceito este que será melhor analisado abaixo.

De fato, se os riscos “normais e previsíveis” são inerentes à sociedade de consumo, também o são os vícios de qualidade por insegurança. A produção em massa é incapaz de criar produtos e serviços completamente isentos de defeitos. Os bens de consumo modernos, se por um lado oferecem crescente conforto e inovação, por outro aumentam, na mesma ou em maior proporção, seus riscos, como decorrência natural de sua progressiva complexidade, assim como de sua quantidade e multiplicidade no mercado⁵³.

Ou seja, em maior ou menor proporção, quase todo bem de consumo traz em si o elemento “capacidade de causar acidente”. Conseqüentemente, como já referido acima, a noção de segurança depende do casamento deste componente com um outro: a “desconformidade com uma expectativa legítima” do consumidor.

2.4. *A distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida* — Os produtos e serviços, quanto à sua segurança, podem ser, didática e juridicamente, divididos em dois grandes grupos: os de *periculosidade inerente* (ou *latente*) e os de *periculosidade adquirida* (em razão de um defeito). Poder-se-ia, ainda, identificar um terceiro grupo: os produtos de *periculosidade exagerada*. Esta nomenclatura que propomos encontra-se, de certo modo, em sintonia com as linhas gerais da doutrina estrangeira⁵⁴.

Temos de reconhecer que esta distinção, quando observada pelo ângulo dos eventuais danos sofridos pelo consumidor, sujeita-se à crítica. Afinal, tanto a periculosidade inerente quanto a periculosidade adquirida representam um risco para a segurança do consumidor e, por isso mesmo, sua “proteção é igualmente necessária em todos os casos”⁵⁵. Só que, para

53. Luc Bihl, La Loi du 21 Juillet 1983 sur la Sécurité des consommateurs, in *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, coord. de Jacques Ghestin, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 50.

54. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 241.

55. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 241.

fins de *regime jurídico*, principalmente no que tange à responsabilidade civil, a divisão produz conseqüências significativas⁵⁶. Ao direito do consumidor importa, fundamentalmente, a periculosidade adquirida. Excepcionalmente, como veremos, a periculosidade latente, por se transformar em periculosidade adquirida em virtude de carência informativa, ganha relevância jurídica.

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera⁵⁷. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

A periculosidade integra a zona da *expectativa legítima* (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como *inerente* e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança.

Uma obrigação abrangente como a estampada no *princípio geral da segurança dos bens de consumo* há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato⁵⁸. O legislador busca, então, com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral. Daí que a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Esta é conseqüência natural da periculosidade adquirida (e também da exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores.

Na determinação do que é e do que não é perigoso, os tribunais têm um grande papel a desempenhar. Por vezes os juízes trazem para tal avaliação os critérios fixados pela Administração Pública. De fato, o Poder Público, através das normas administrativas de normalização e de qualidade, tem o dever-poder (não mais simples poder-dever) de fixar

56. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 241.

57. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 242.

58. Luc Bihl, *La Loi...*, in *Sécurité...*, cit., p. 54.

standards mínimos de segurança para os bens de consumo. Mas, evidentemente, tal critério é insuficiente e, em certos casos, chega mesmo a ser contrário aos interesses dos consumidores.

A mera inexistência ou inadequação de *standard* de qualidade ou quantidade fixado pela Administração não autoriza os fornecedores a colocarem produtos e serviços no mercado do modo e maneira que bem quiserem. Todos os produtos e serviços submetem-se, incondicionalmente, ao *princípio geral da segurança dos bens de consumo*. E este, por limitar a atividade de *todos* os envolvidos no mercado, mesmo os entes públicos, não é afetado pela inoperância ou mesmo incompetência da Administração.

Hipótese distinta é quando a autoridade administrativa estabelece um *único e exclusivo padrão* para o produto ou serviço. Quando diz, expressa e claramente, que o fornecedor só pode produzir e comercializar naquela e em nenhuma outra condição (mesmo que seja com melhor qualidade). Trata-se, como se vê, de uma situação extremamente rara no mercado. Sucede, em sua maioria, nos casos especialíssimos de produtos ou serviços fornecidos ao próprio Estado por encomenda e com especificações técnicas peculiares.

Tirante tal hipótese excepcional, não é porque um determinado fornecedor respeitou os padrões mínimos estabelecidos pelo administrador que ficará imune ao dever de indenizar o consumidor pelos danos causados. A Administração fixa sempre *standards* de qualidade *mínima*. Cabe principalmente ao fornecedor — titular do produto ou serviço e, por isso mesmo, melhor conhecedor de suas qualidades e riscos — buscar mantê-lo dentro dos limites estabelecidos pela *noção geral da expectativa legítima* do consumidor. Em outras palavras: um produto ou serviço pode, com efeito, ser considerado perigoso não obstante esteja absolutamente em conformidade com a regulamentação em vigor⁵⁹.

2.5. *A periculosidade inerente* — Os bens de consumo de *periculosidade inerente* ou *latente* (*unavoidably unsafe product or service*) trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade dos produtos e serviços, nesses casos, diz-se *normal* e *previsível* em decorrência de sua natureza ou fruição, ou seja, está em sintonia com as expectativas legítimas dos consumidores. Logo, um bem nestas condições não é defeituoso “simplesmente porque tem um risco inerente. Alguns produtos, uma faca de cozinha afiada, por exemplo, devem ser perigosos se querem ser úteis”⁶⁰.

59. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 249.

60. Ontario Law Reform Commission, *Report on products liability*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1979, p. 14.

A periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto ou serviço) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis. Tal modalidade de periculosidade manifesta-se em produtos de uso diário como facas (cortam), cordas (podem “queimar” as mãos quando atritadas), sacos plásticos e travesseiros (podem sufocar crianças).

Certos produtos e serviços são capazes de trazer consigo, a um só tempo, periculosidade inerente (normal e previsível) e periculosidade exagerada. Em outros casos, o mesmo bem de consumo carrega periculosidade inerente acoplada a uma periculosidade adquirida (defeito). Finalmente, é possível que o produto ou serviço, além da periculosidade inerente (incapaz de surpreender o consumidor), também apresente riscos absolutamente desconhecidos do consumidor, decorrentes de sua complexidade ou sofisticação: são os agrotóxicos, os medicamentos etc.

Não há como eliminar totalmente a periculosidade inerente de certos produtos e serviços, a não ser com a supressão do próprio bem de consumo, ou, em outros casos, com a destruição de uma ou algumas de suas qualidades essenciais. É o caso dos agrotóxicos: sem seu poder para exterminar pragas (capacidade esta que não faz qualquer distinção entre seres humanos e outros seres vivos), deixa o produto de possuir uma de suas qualidades básicas. Daí que, na medida em que a periculosidade inerente está associada a inúmeros produtos tidos como imprescindíveis à vida moderna, o direito do consumidor busca, então, controlá-los. São produtos e serviços que, desde que adequadamente produzidos e acompanhados de informações, não são considerados, pelo prisma do direito do consumidor, defeituosos⁶¹.

Em síntese, para que a periculosidade seja reputada *inerente* dois requisitos devem estar presentes: a *normalidade* e a *previsibilidade*. Têm eles que ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral, portanto, é a de que os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar. Por exemplo, o fabricante da faca de cozinha não está obrigado a reparar os danos sofridos pela consumidora ao utilizá-la nas suas atividades domésticas.

De qualquer modo, na análise da obrigação de reparar, o juiz não se deve contentar com uma mera apreciação *em abstracto* do preenchimento dos dois requisitos já mencionados. São eles examinados caso a caso, atentando-se especialmente para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais informações fornecidas acerca dos riscos do produto ou do serviço.

61. James A. Henderson e Richard N. Pearson, *The torts process*, 2. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1981, p. 683.

2.6. *A periculosidade adquirida* — Os chamados produtos ou serviços de *periculosidade adquirida* tornam-se perigosos em decorrência de um defeito que, por qualquer razão, apresentam. São bens de consumo que, se ausente o vício de qualidade por insegurança que trazem, não manifestam risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. A característica principal da periculosidade adquirida é exatamente a sua *imprevisibilidade* para o consumidor. É impossível (ou, quando possível, inútil) qualquer modalidade de advertência, já que esta não tem o condão de eliminá-la.

Poder-se-ia acrescentar um outro traço que influencia largamente o tratamento que o direito do consumidor confere à responsabilidade civil por acidentes de consumo: a inevitabilidade dos defeitos. “Os estudos a respeito da produção em série e a distribuição e o consumo em massa — escreve percucientemente Waldirio Bulgarelli — têm demonstrado, entre outros aspectos, a *inevitabilidade dos defeitos* e o seu constante crescimento, o que dá ao problema dimensão específica, voltada para a responsabilidade da empresa”⁶².

Tendo em vista a causa do mau funcionamento (do defeito), é possível identificar-se três modalidades básicas de periculosidade adquirida⁶³: os *defeitos de fabricação*, os *defeitos de concepção* (*design* ou *projeto*) e os *defeitos de comercialização*, também denominados de *informação* ou de *instrução*⁶⁴.

As três espécies de defeitos, analisadas mais detidamente abaixo, foram, em perfeito raciocínio, comparadas por Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “As duas primeiras categorias — defeitos de fabricação e de construção — se estribam em vícios materiais ou intrínsecos; a terceira categoria, relativa aos defeitos de instrução e informação, refere-se a vícios formais ou extrínsecos. Em todos, porém, há uma nota comum: são defeitos que carregam para o produto uma potencialidade danosa, que, por certo, pode existir em todo e qualquer produto, até no mais inofensivo, assim como é latente nas mercadorias chamadas perigosas (explosivos, materiais inflamáveis, venenos). Há, no entanto, uma profunda diferença na espécie: o defeito em tela introduz no produto uma potencialidade

62. Waldirio Bulgarelli, A tutela do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 42.

63. Em sentido diverso, veja-se a lição sempre brilhante de Eike von Hippel: “Wie die bisherige Diskussion ergeben hat, kann man bezüglich der Falle, in denen ein Produkt Schaden anrichtet, vier typische Fallgruppen unterscheiden: Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler (Ausreisser), Instruktionsfehler, Entwicklungsgefahren” (*Der Schutz des Schwächeren*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1982, p. 31).

64. Dominick Vetri, Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti, in *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, a cura di Guido Alpa e Mario Bessone, Milano, Giuffrè, 1980, p. 65.

danosa por ele *normalmente* não possuída e, assim, inesperada para o consumidor ou usuário comum” (grifo no original) ⁶⁵.

A caracterização — nem sempre possível — de um defeito como sendo de fabricação, de concepção ou de comercialização tem grande importância na justificação que se pode formular para eventuais desvios da responsabilização sediada em culpa. Passível de críticas, a tripartição dos defeitos, embora não trazendo benefícios metodológicos fantásticos, tampouco provoca prejuízos à análise da questão. A precisão científica, realmente, sofreria muito mais na ausência de tal diferenciação, pois com isso não só se impediria a avaliação adequada do fenômeno em todos os seus aspectos, como, ainda, poder-se-ia incorrer em equívocos na apresentação de soluções idênticas para situações que são distintas ⁶⁶.

Muitas vezes, de fato, é difícil distinguir, na prática, um tipo de defeito do outro. Os próprios tribunais têm criticado tal distinção, especialmente entre defeitos de fabricação e defeitos de concepção ⁶⁷. Em outras ocasiões, o consumidor nem sequer sabe que tipo de defeito provocou seu dano. Por exemplo, quando o produto, no acidente, vem a ser destruído ⁶⁸. A melhor doutrina, contudo, a tem adotado como relevante para a análise científica do problema ⁶⁹.

2.7. *A periculosidade exagerada* ⁷⁰ — Podemos, finalmente, identificar uma terceira categoria de produtos e serviços nefastos à saúde e segurança do consumidor: são os de periculosidade exagerada. Estes são, em verdade, uma espécie dos bens de consumo de *periculosidade inerente* — embora Eike von Hippel prefira situá-los como portadores de defeito de concepção ⁷¹. Só que, ao contrário dos bens de periculosidade inerente, a informação adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores.

Por isso mesmo, não podem, em hipótese alguma — em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e

65. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade...*, cit., p. 161.

66. Ugo Carnevali, *La responsabilità del produttore; problemi generali*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 143.

67. *Cronin v. J. B. E. Olson Corp.*, 501 P.2d 1153, Cal. 1972.

68. Dominick Vetri, *Profili...*, in *Danno...*, cit., p. 67.

69. Ugo Carnevali, *La responsabilità...*, in *La responsabilità...*, cit., p. 143.

70. Em artigo publicado na Revista do Instituto dos Advogados, onde se reproduz boa parte deste texto, adotamos a denominação “periculosidade presumida” para aquilo que agora chamamos “periculosidade exagerada”. A alteração foi motivada por inteligente observação feita pelo Dr. Nelson Diz, brilhantíssimo Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

71. Eike von Hippel, *Verbraucherschutz*, Tubingen, J. C. B. Mohr, 1986, p. 50.

comercialização — ser colocados no mercado. São considerados *defeituosos por ficção*. É o caso de um brinquedo que apresente grandes possibilidades de sufocação da criança. A informação, nestes casos, é de pouca valia em decorrência dos riscos excessivos do produto ou serviço. Em linguagem econômica: os riscos não compensam os benefícios.

Mas qual seria o critério para a avaliação do “alto grau de nocividade ou periculosidade” (*unreasonably dangerous*)? Nem sempre a solução estará na lei, já que esta não pode, evidentemente, em face da complexidade e sofisticação do mercado, listar produtos e serviços que seriam, em tese, portadores de alto grau de periculosidade. Quer-nos parecer que os tribunais, caso a caso, com auxílio técnico, haverão de avaliar o produto ou serviço e, só então, decidir acerca do defeito presumido.

De qualquer modo, com a ajuda do *Restatement (Second) of Torts, section 520*, é possível elencar-se alguns pontos que podem ser levados em consideração pelo Juiz em tal determinação: *a*) se a atividade em si envolve um alto grau de risco de dano; *b*) se o dano hipotecário é de grande gravidade; *c*) se o risco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável; *d*) se a atividade não é matéria de uso comum; *e*) se a atividade é inapropriada para o local onde é exercida; e, finalmente, *f*) o valor da atividade para a comunidade. Poderíamos acrescentar a existência ou não, no mercado, de bem similar com menor potencial de periculosidade.

3. *Os danos indenizáveis* — Como muito bem assinala Maria Helena Diniz, “dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”⁷². E arremata: “dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”⁷³.

Em matéria de acidentes de consumo, o Código de Defesa do Consumidor — novamente em oposição ao que dispõe a Diretiva da CEE — cobre todos os danos, ou seja, os “patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6.º, VI).

O art. 15, *vetado*, estabelecia que, “quando a utilização do produto ou a prestação do serviço causar dano irreparável ao consumidor, a indenização corresponderá ao valor integral dos bens danificados”. Assim foi o veto fundamentado: “A redação equivocada do dispositivo redundava em

72. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1984, v. 7, p. 50.

73. Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., v. 7, p. 52.

reduzir a amplitude da eventual indenização devida ao consumidor, uma vez que a restringe ao valor dos bens danificados, desconsiderando os danos pessoais”. O dispositivo legal era, de fato, obscuro. Poderia levar à interpretação — embora não fosse essa a intenção dos redatores — de que os danos pessoais estariam, *a contrario sensu*, excluídos.

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

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.

§ 1.º *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.

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

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

I — que não colocou o produto no mercado;

II — que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu;

III — a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

1. *Os produtos como objeto do art. 12* — O art. 12 cuida da responsabilidade civil pelo fato do produto, já que a decorrente do fato do serviço

vem tratada no art. 14. Não obstante a separação em dispositivos legais distintos, não há que se falar em dois regimes jurídicos radicalmente diferenciados, a não ser quando se cuida de responsabilidade civil dos profissionais liberais (art. 14, § 4.º).

O próprio Código, já no seu pórtico, dá uma idéia do que seja produto: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3.º, § 1.º). O legislador afastou-se totalmente da noção jurídica tradicional (e até vulgar) de produto. Quis, assim, demonstrar que o objeto da relação de consumo é amplo, incluindo qualquer bem (aqui como gênero significando produtos e serviços) transferido no mercado de consumo, vale dizer, de um fornecedor para um consumidor. Todos os chamados “atos mistos”, identificados pelo direito comercial, ganham, em consequência, um regime jurídico especial.

Como salienta Antônio Junqueira de Azevedo, nas suas aguçadas observações informais sobre o Código, o legislador não construiu um conceito rígido de produto e serviço. Ao revés, no art. 3.º encontramos um verdadeiro enunciado tipológico, flexível por excelência.

2. *Os responsáveis pelo dever de indenizar* — Em tese todos os agentes econômicos envolvidos com a produção e comercialização de um determinado produto deveriam ser responsáveis pela sua *garantia de segurança*. Entretanto, o direito do consumidor, apesar de aplicar o dever de segurança a todos (art. 10), muito cedo reconheceu que alguns desses agentes são mais responsáveis que outros pelos danos causados por produtos portadores de vícios de qualidade por insegurança.

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). Nisso acompanha a Diretiva n. 85/374, da Comunidade Econômica Européia (CEE). Mas, como se verá adiante, é ele excepcionalmente responsabilizado.

O legislador enfrentou, de frente, o princípio da relatividade dos contratos. O consumidor, mesmo não contratando diretamente com o fabricante, produtor, construtor, ou importador, pode acioná-los. Além disso, a responsabilidade do comerciante, tradicionalmente principal, passa a subsidiária. Conforme assinala Fábio Konder Comparato, ao analisar — e criticar — com imensa percuciência o sistema clássico, “pelos princípios contratuais, com efeito, o comprador não tem, em hipótese alguma, uma ação direta contra o fabricante, podendo acionar tão-somente o comerciante vendedor. Para o produtor, a relação contratual de compra e venda a consumo é *res inter alios acta*, sendo de aplicar-se aí, em todo o seu rigor, a regra

da relatividade dos efeitos obrigacionais às partes no contrato (CC, art. 928). Ora, esse resultado tem se revelado, hoje, francamente inaceitável pela sua inadequação à realidade econômica”⁷⁴.

O Código prevê três modalidades de responsáveis: o *real* (o fabricante, construtor e produtor), o *presumido* (o importador) e o *aparente* (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real). Ademais, ao contrário de legislações estrangeiras, acrescenta às figuras do “fabricante” e “importador” as do “construtor” e do “produtor”. É que o texto brasileiro, desejoso de ampliar o leque de opções subjetivas do dever de indenizar, diversamente do que sucede com a Diretiva n. 85/374, preferiu não limitar sua aplicabilidade com a utilização exclusiva do vocábulo “fabricante”.

O termo “fabricante” não deixa de apresentar uma certa ambigüidade. Isso porque também se aplica ao mero montador (art. 25, § 2.º) que, em um sentido estrito, não é propriamente um fabricante.

O fabricante, expoente da lista legal, é o sujeito mais importante da sociedade de consumo. É ele que, por assim dizer, domina o processo através do qual os produtos chegam às mãos dos distribuidores e varejistas e, a partir destes, ao consumidor.

Por fabricante, no sentido do Código, entende-se qualquer um que, direta ou indiretamente, insere-se nesse processo de desenvolvimento e lançamento de produtos no mercado. É não só o fabricante final, como, ainda, o que fabrica peças ou componentes. É tanto o mero montador, como aquele que fabrica seu próprio produto. É não apenas o fabricante de matérias-primas, como também aquele que as utiliza em um produto final.

Na hipótese de um determinado produto ter mais de um fabricante (um de matéria-prima, outro de componente e outro do produto final), todos são solidariamente responsáveis pelo defeito e por suas conseqüências, cabendo, evidentemente, ação regressiva contra aquele que, efetivamente, deu causa ao defeito. Na medida em que cada um desses agentes econômicos é responsável pelo *dever de segurança*, não lhes sendo permitido alegar ignorância do vício ou mesmo carência de culpa, são todos chamados a responder solidariamente pela colocação do produto defeituoso no mercado.

Imagine-se, por exemplo, que um televisor, em decorrência de um defeito em um componente, vem a explodir e a ferir o consumidor. Este pode, a sua escolha, acionar o montador, o fabricante do componente, o fabricante da matéria-prima, ou os três. Por exemplo, caso o montador venha a pagar pelo dano, cabe-lhe ação regressiva contra aquele que, de fato, deu origem ao defeito. É esta a regra do art. 25, § 2.º.

74. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 100.

O produtor, no Código, é basicamente aquele que põe no mercado produtos não-industrializados, em particular os produtos animais e vegetais não-processados. Novamente aqui o dispositivo distancia-se da Diretiva e das leis nacionais promulgadas sob sua inspiração quando excluem tais produtos da regulamentação especial. Se o produto animal ou vegetal sofrer processamento (limpeza e embalagem, por exemplo), são solidariamente responsáveis o produtor e aquele que efetuou o processamento, cabendo, aqui também, ação regressiva do que pagou contra quem deu causa ao defeito.

Já o construtor, diferentemente do fabricante e do produtor, lança no mercado produtos imobiliários. O vício de qualidade em uma construção pode decorrer não só de má técnica utilizada como ainda de incorporação de um produto defeituoso fabricado por terceiro. Na medida em que o construtor é responsável por tudo o que agrega a sua construção, sua responsabilidade inclui os produtos e serviços ajuntados a esta. Mas, evidentemente, tal solução não tem o condão de isentar de responsabilidade o real causador do defeito. Por isso mesmo, serão responsáveis, de modo solidário, o construtor e o fabricante do produto, podendo aquele que pagou mover ação de regresso contra o verdadeiro causador do defeito.

Finalmente, o importador é aquele que traz para o Brasil produto fabricado ou produzido em outro país. O importador, em verdade, só é responsabilizado porque os fabricantes ou os produtores de seus produtos não são alcançáveis facilmente pelo consumidor. É ele, então, equiparado, por conveniência de implementação do direito do consumidor, ao fabricante e ao produtor. A responsabilidade do importador não depende da natureza jurídica do negócio que originou a transação: compra e venda, permuta e *leasing* são alguns dos negócios jurídicos que dão ensejo ao dever de indenizar. O mesmo raciocínio vale para os outros responsáveis, ou seja, a compra e venda não é a única modalidade de comércio jurídico que pode dar ensejo à responsabilidade civil por acidentes de consumo.

3. *A responsabilidade civil objetiva* — Como precisamente observa Luiz Amaral, o direito moderno reconhece o *dever de não lesar ninguém*, sendo ele que “tem fundamentado a responsabilidade civil a partir de um largo espectro que vai desde a tradicional teoria subjetiva, passando pela mera presunção da culpa, atingindo a substituição da culpa pelo risco (teoria objetiva plena) e culminando com a teoria do risco integral, extremo oposto da teoria subjetiva”⁷⁵.

A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. “Se é relativamente fácil provar

75. Luiz Amaral, O Código do Consumidor, *Revista de Informação Legislativa*, 27(106):157, abr./jun. 1990.

o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento”⁷⁶.

A substituição da culpa, como informadora do dever de reparar, por um outro critério, em especial na proteção do consumidor, vinha sendo reclamada de há muito. “Com efeito — escreve José Geraldo Brito Filomeno, pioneiro do direito do consumidor no Ministério Público brasileiro — trata-se de antiga aspiração privatista tendente a, à vista da produção e consumo em massa verificados nas sociedades industrializadas modernas, responsabilizar-se os produtores pelo *risco criado*, vez que, de um lado, o espectro social atingido por, v. g., produtos defeituosos, perigosos, nocivos etc., revela-se totalmente impotente, indefeso ou mesmo desestimulado a pleitear justas indenizações; de outro, também os próprios produtores, na ânsia do lucro e processos industriais cada vez mais sofisticados, acabam por, muitas vezes involuntariamente, criar situações de perigo ou mesmo causar danos efetivos aos consumidores ou terceiros alheios à relação de consumo subjacente. Finalmente, a chamada responsabilidade aquiliana, ainda que por vezes cercada da presunção *juris tantum*, anula qualquer pretensão dos lesados em face da dificuldade em provar-se a relação produto-dano-nexo causal-imperícia/negligência-indenização”⁷⁷.

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso. É que “a responsabilidade civil sem culpa, conquanto de natureza excepcional, se impõe no campo das relações de consumo como único meio efetivo de se viabilizar na prática o direito do consumidor (aquele que não tem como repassar seus prejuízos) ser indenizado quando lesado pela persuasão oculta ou pelos sutis comportamentos de mercado lesivos ao interesse geral”⁷⁸.

Sequer é relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível. Não se cuida, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalte-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código — não custa repetir — o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia. Foi esta a tese tão bem defendida pelo Dr. Nelson

76. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., v. 1, p. 92.

77. José Geraldo Brito Filomeno, *Curadoria de Proteção ao Consumidor*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1987, p. 74.

78. Luiz Amaral, *O Código do Consumidor*, *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 159.

Nery Jr., e que acabou vencedora no seio da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do anteprojeto.

Uma das grandes inovações do Código foi exatamente a alteração do sistema tradicional de responsabilidade civil baseada em culpa. A responsabilização do réu passa a ser objetiva, já que responde, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores” (art. 12, *caput*).

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha que provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o consumidor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência” (art. 6.º, VIII). Recorde-se, por último, que o consumidor não necessita provar o defeito (art. 12, § 3.º, II).

O novo sistema objetivo encontrou — e encontrará — resistências. Isoladas, mas sempre resistências, e que refletem, é verdade, um dado histórico e social, ligado à própria noção de responsabilidade. “É sensível a confusão mental que reina em torno do vocábulo *responsabilidade*, que de logo traz a idéia de imputabilidade (elemento psíquico), de reprovabilidade moral e censura social, que por seu turno avoca a idéia *sine que non* de culpa (falha, erro): responsável é quem tem culpa. Tal confusão é o bastante para turvar o imperativo moral da reparação”⁷⁹.

A doutrina, e até, muito timidamente, a jurisprudência, vinham pregando a sua necessidade, para não dizer a sua urgência. Não há, realmente, outra forma de se implantar, em matéria de acidentes de consumo, a *justiça distributiva*, aquela que se mostra capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo.

4. *O defeito como elemento gerador da responsabilidade* — Já exco-gitamos que o vício de qualidade por insegurança está na base do sistema jurídico implantado nos arts. 12 a 17. Para fins desta análise rápida que se faz do Código, equipararemos defeito a vício de qualidade por insegurança. Deixaremos para uma outra oportunidade uma análise mais aprofundada da matéria.

O defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do Código. Pode ele ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo, nos termos do art. 3.º, §§ 1.º e 2.º.

79. Luiz Amaral, O Código do Consumidor, *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 158.

Não há responsabilidade civil por acidente de consumo quando inexistente defeito no produto ou no serviço. Logo, é de mister façamos uma análise sobre o conceito, características e consequências do defeito no regime da responsabilidade civil instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor, abordagem esta que se aplica, em suas linhas gerais, tanto para os produtos como para os serviços.

5. *O conceito de defeito no Código* — O Código busca delimitar a noção de defeito, dando um pouco mais de precisão a este conceito jurídico indeterminado. Segue os passos da Diretiva da CEE quando afirma: “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (art. 12, § 1.º). Acrescenta que entre estas circunstâncias relevantes relacionadas ao produto devem ser incluídas: “I — sua apresentação; II — o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III — a época em que foi colocado em circulação”. O projeto francês de *Code de la consommation* foi mais sucinto: “Un bien est defectueux lorsqu’il n’offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre” (art. 161).

Já vimos que todo produto ou serviço apresenta uma margem de insegurança. Integraria ela o âmbito da periculosidade inerente. A dúvida aqui é: qual o grau de segurança que permite qualificar um produto como não-defeituoso?

O elemento central para a construção do conceito de defeito é a *carência de segurança*. É por isso mesmo que defeito e vício de qualidade por insegurança — para os objetivos modestos deste trabalho — vêm considerados como expressões que se equivalem. Mas não é qualquer insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Cuida-se antes de *graus* de insegurança e nem todos transformam um produto em defeituoso. Atrás foi observado que, ao lado da periculosidade inerente, existe a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. Só estas últimas, por trazerem potencial danoso superior ao que “legitimamente se espera”, é que podem ser consideradas portadoras de vício de qualidade por insegurança ou defeito.

Logo, o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se requer é uma *segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores*. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo.

Mesmo quando o juiz leva em conta a percepção de fragmentos da sociedade de consumo, assim o faz com os olhos postos em matizes coletivos específicos de uma determinada categoria de consumidores, seja por mera divisão geográfica, seja por determinação de classes sociais, seja, finalmente,

por levar em consideração a capacidade de assimilar informação (é o caso das crianças, dos idosos, dos analfabetos, dos portadores de deficiência). Tal não quer significar, todavia, que o juiz, para chegar ao quadro geral da expectativa legítima, não considere a situação individual do consumidor-vítima. Só que assim o fará como um dado a mais, entre outros.

O juiz, ao buscar determinar o grau de segurança para um produto, analisa, entre outros fatores, sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e, finalmente, a época em que foi colocado em circulação.

A apresentação do produto tem a ver com a quantidade e a forma das informações sobre os seus riscos, aí incluindo-se a publicidade, as bulas e a rotulagem a seu respeito. O uso em questão é caracterizado pela utilização razoável do produto. Também contam os riscos próprios ao bem, na medida em que são maiores em certos produtos do que em outros (basta que se compare um agrotóxico e uma pasta de dente).

Por derradeiro, a expectativa de segurança que importa é aquela vigente no momento da colocação do produto ou serviço no mercado, não cabendo avaliá-la no instante da ocorrência do dano ou do julgamento do juiz. É por isso mesmo que o Código estabelece que um produto novo, de melhor qualidade, não transforma, automaticamente, os anteriores em defeituosos: “O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado” (art. 12, § 2.º).

6. *Classificação dos defeitos em relação à sua origem* — Conforme já enunciamos acima, os defeitos, pelo prisma da sua origem, podem ser divididos em *defeitos de fabricação*, *defeitos de concepção* e *defeitos de comercialização*⁸⁰. Os três vêm expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor.

6.1. *Os defeitos de fabricação* — O art. 12, *caput*, é claro: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos “danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de ... fabricação, ... montagem, ..., manipulação ... ou acondicionamento de seus produtos”. Aí estão vícios de qualidade por insegurança que recebem a denominação especial *defeitos de fabricação*.

Os defeitos de fabricação — assim como os de projeto e de informação — produzem uma série de efeitos jurídicos, sendo os mais importantes deles o dever de proceder ao *recall* e a obrigação de reparar os danos causados. Os defeitos de fabricação — *difetti di fabbricazione*, no direito italiano — originam-se, normalmente, no momento em que o produto é ma-

80. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade...*, cit., p. 159-61.

nufaturado, sendo provocados pelo automatismo e padronização do processo produtivo moderno.

É um mau funcionamento inteiramente alheio à vontade do fornecedor. Caracterizam-se por serem “imperfeições inadvertidas e tipicamente não detectadas que fazem com que os produtos deixem de funcionar de acordo com sua função desejada. Eles têm sua origem na falibilidade do processo produtivo, assim como no fato de que os custos monetários e sociais de uma taxa zero de imperfeição seriam excessivamente elevados. Apenas uma pequena porcentagem do número total de produtos, em qualquer linha de produção, apresenta defeito de tal modo a impor riscos desarrazoados de dano. E somente relativamente poucos produtos defeituosos provocam realmente danos”⁸¹.

Pode-se dizer, então, que há defeito de fabricação sempre que o produto, ao sair do controle do fabricante, apresenta desvios “em alguns aspectos materiais das especificações de *design* para fabricação ou em parâmetros de funcionamento, ou em relação a outras unidades de qualquer modo idênticas da mesma linha de produção”⁸². Nesta categoria de bens de consumo defeituosos também estão incluídos aqueles que, embora tecnicamente perfeitos, são penetrados por corpos estranhos. Assim, o caso do consumidor que vem a se ferir ao ingerir sal (perfeito), cujo recipiente contenha cacos de vidro, ou, ainda, a hipótese em que o consumidor vem a adoecer por ter ingerido um refrigerante contendo uma barata, um caracol ou mesmo um rato⁸³. Defeitos que surgem no momento do acondicionamento ou armazenamento também fazem parte desta categoria. Esses produtos defeituosos são chamados *escapee* ou *run-away*, no direito norte-americano, ou, ainda, como preferem os alemães, *Ausreisser*.

Os defeitos de fabricação têm um tríplice traço fundamental.

Primeiro, a *inevitabilidade*, ou seja, mesmo com o emprego da melhor técnica é impossível eliminá-los por inteiro. Como bem frisa Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em “consequência dos modernos processos de produção automatizada, há sempre uma margem inevitável de produtos defeituosos que não podem ser imputados à falta de diligência do produtor, o que lhe permite exonerar-se do dever de reparar, a menos que se instaure a sua responsabilidade sem culpa”⁸⁴.

81. James A. Henderson e Richard N. Pearson, *The torts process*, cit., p. 698.

82. Model Uniform Product Liability Act, 44 Fed. Reg. 62714, 1979.

83. Eike von Hippel, *Verbraucherschutz*, cit., p. 49.

84. No direito brasileiro tem-se usado os vocábulos *vício* e *defeito* como fungíveis. É o caso de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, que se refere, num primeiro momento, a “vícios ocorridos na fase de fabricação”, a “vícios ocorridos na concepção técnica do produto” e a “vícios nas informações e instruções”. Em seguida, já menciona “defeitos de fabricação”, “defeitos de construção” e “defeitos de instrução e

Segundo, a *previsibilidade estatística* quanto à frequência de sua ocorrência⁸⁵. Ao contrário dos defeitos de concepção, os de fabricação prestam-se perfeitamente ao cálculo estatístico. Isso facilita enormemente a contratação de seguro pelo fornecedor.

Terceiro, a *manifestação limitada*, não atingindo todos os consumidores, provocando danos apenas em uns poucos de uma maneira individual e não universal.

Um serviço, embora com rigor não possa ser *fabricado*, também está sujeito a apresentar defeito de fabricação. Basta que, ao ser executado, afaste-se do *standard* de qualidade e segurança fixado pelo próprio fornecedor.

Aqui valeria a pena transcrever o comentário primoroso de José Reinaldo de Lima Lopes, quando diz que: “Os defeitos de fabricação, derivados da produção em série, são parte integrante do risco do negócio. O empresário conta com este risco dentro do seu cálculo econômico. Conforme se faça um mais eficiente controle de qualidade, ou se desenvolvam novas técnicas produtivas, o risco de fabricação defeituosa pode ser reduzido, mas não poderá ser eliminado de uma vez por todas. Trata-se de risco maior na fabricação de determinados bens, risco menor em outros casos, e também os resultados do defeito são mais ou menos ampliados, conforme as circunstâncias. O certo é que a produção em série multiplica o risco na mesma proporção em que acelera o aparecimento de quantidades maiores de bens manufaturados”⁸⁶.

6.2. *Os defeitos de concepção* — Ainda segundo o art. 12, *caput*, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos provocados por defeitos decorrentes de “projeto” e “fórmulas”. Eis uma outra espécie de vício de qualidade por insegurança: os defeitos de concepção.

Tais defeitos, também denominados de formulação, de construção ou de *design*, do mesmo modo que os defeitos de fabricação, ensejam a reparação dos danos causados. Um produto ou serviço com defeito de concepção — *difetti di costruzione*, no direito italiano — é aquele que “apresenta um risco de dano desarrazoado, não obstante tenha sido produzido meticulosamente em acordo com planos detalhados e especificações”⁸⁷. Normalmente,

informação”. Veja-se Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade...*, cit., p. 148.

85. Ugo Carnevali, *La responsabilità...*, in *La responsabilità...*, cit., p. 31.

86. José Reinaldo de Lima Lopes, *A responsabilidade civil do fabricante por fato do produto*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, texto inédito, São Paulo, 1985, p. 54.

87. *Robinson v. Reed-Prentice*, 49 N.Y.2d 471, 403 N.E.2d 440, 1980.

tal tipo de defeito decorre de uma decisão do próprio fornecedor, já que a escolha das características finais do produto é sempre sua, mesmo quando desconhece inteiramente os problemas decorrentes do projeto⁸⁸.

Três são suas características principais: a *inevitabilidade*, a *dificuldade de previsão estatística* e a *manifestação universal*. Tal qual o defeito de fabricação, o defeito de concepção, de regra, não pode ser evitado, especialmente naqueles casos em que o conhecimento técnico à época não permitia sua identificação ou previsão. Ademais, o defeito não se presta com facilidade à previsão estatística, o que, como conseqüência, dificulta a contratação de seguro. Finalmente, o defeito de concepção não se limita a apenas um ou outro produto ou serviço da cadeia de produção, mas, ao revés, manifesta-se em todos os produtos daquela série ou em todos os serviços executados e, por isso mesmo, seu potencial de danosidade coletiva é maior do que no caso precedente⁸⁹. O defeito de concepção pode ocorrer na atividade de desenvolvimento do produto ou serviço, na escolha do tipo de material utilizado, na eleição das técnicas de fabricação destes e ainda no modo como os diversos materiais ou componentes são montados ou utilizados⁹⁰.

6.3. *Os defeitos de comercialização* — Finalmente, o mesmo art. 12, *caput*, afirma a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelos danos provocados por defeitos decorrentes de “apresentação” dos produtos, assim como “por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. É a terceira categoria de vício de qualidade por insegurança: os defeitos de comercialização, chamados também de informação. Sempre que um produto ou serviço é comercializado, o fornecedor deve informar o consumidor sobre seu uso adequado, sobre os riscos inerentes, assim como sobre outras características relevantes.

Na ausência ou deficiência de cumprimento do dever de informar, o bem de consumo transforma-se, por *defeito de comercialização*, em portador de vício de qualidade por insegurança. Comumente, o que ocorre é que uma periculosidade inerente — por fragilidade ou carência informativa — transmuda-se em periculosidade adquirida na forma de defeito de comercialização.

Ainda nos termos da análise de José Reinaldo de Lima Lopes, “Não se trata de um defeito da coisa em si, mas da insuficiente ou errônea informação sobre o seu uso adequado”⁹¹.

88. Dix W. Noel e Jerry J. Phillips, *Products liability in a nutshell*, 2. ed., St. Paul, West Publishing Co., 1981, p. 7.

89. Ugo Carnevali, *La responsabilità...*, in *La responsabilità...*, cit., p. 31.

90. Dix W. Noel e Jerry J. Phillips, *Products...*, cit., p. 141.

91. José Reinaldo de Lima Lopes, *A responsabilidade...*, cit., p. 61.

O dever de informar é, como regra, cumprido *a priori*, isto é, antes da colocação do produto ou serviço no mercado. Normalmente precede ou acompanha o produto ou a prestação do serviço. Entretanto, quando o fornecedor só vier a tomar conhecimento do risco após a comercialização do bem de consumo, cabe-lhe, então, cumprir seu dever de informar *a posteriori* (art. 10, § 1.º). O que não lhe é lícito é calar sobre aquele risco que só posteriormente veio a saber. De qualquer modo, a informação posterior não impede a obrigação de indenizar, caso o consumidor não seja alcançado a tempo.

4 7. *As causas de exclusão da responsabilidade* — O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta. Por isso mesmo prevê algumas excludentes, em *numerus clausus*: a não-colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3.º). Em todas essas hipóteses de exoneração o ônus da prova é do responsável legal, de vez que o dispositivo afirma que ele “só não será responsabilizado quando provar” tais causas (art. 12, § 3.º).

Como aguçadamente assinala Gabriel A. Stiglitz, como regra geral, “a exoneração total ou parcial da responsabilidade do fabricante requer, então, a presença de algum dos elementos obstativos do nexos causal, quer dizer, caso fortuito ou força maior externos à coisa ou empresa, ou ainda culpa da vítima ou de terceiro por quem não deva responder, não sendo suficiente ao produtor provar sua falta de culpa”⁹².

É até supérfluo dizer que inexistente responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se, aí, o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor. O dano foi, sem dúvida, causado pelo produto, mas inexistente nexos de causalidade entre ele e quaisquer das atividades do agente. Isso vale especialmente para os produtos falsificados que trazem a marca do responsável legal ou, ainda, para os produtos que, por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo), foram lançados no mercado.

O responsável legal pode igualmente exonerar-se quando provar que o produto não é defeituoso. Mais nesse ponto o Código distanciou-se da Diretiva da CEE que põe sobre os ombros do consumidor a prova do defeito, situação essa criticada enormemente na doutrina. Conseqüentemente, nos termos da lei brasileira, o consumidor, em ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, tem que provar apenas o seu dano e o nexos causal entre este e o produto ou serviço que adquiriu. Cabe, ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto ou

92. Gabriel A. Stiglitz, *Protección...*, cit., p. 95.

serviço, não o foi em função de um defeito; ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu qualquer ação ou omissão sua.

Por derradeiro, a culpa exclusiva da vítima (e não a concorrente), assim como a de terceiro, elide a responsabilidade.

Se o comportamento do consumidor é o *único* causador do acidente de consumo, não há como se falar em nexo de causalidade entre a atividade do fabricante, produtor, construtor ou importador e o fato danoso. Entretanto, se houver *concorrência* entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica.

A responsabilidade também é eliminada pela ação *exclusiva* de terceiro. A excludente do fato de terceiro ataca o próprio nexo de causalidade, já que deixa de haver qualquer relação entre o prejuízo do consumidor e a atividade do sujeito responsável primariamente.

Que terceiro seria este? É qualquer um alheio à *relação de consumo*. Nas palavras de João Calvão da Silva, “Terceiro será, naturalmente, qualquer pessoa estranha à relação entre o produtor e o lesado”⁹³, entendendo-se por “produtor”, já no contexto do direito brasileiro, o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador. Por exemplo, o transportador (quando não contratado pelo fornecedor). Ou, ainda, o Estado quando, por má conservação de uma estrada, rompe-se uma das rodas do automóvel do consumidor, causando acidente fatal. A eximente só será aplicada, contudo, quando o produto (roda do automóvel) não tiver defeito, ou seja, não houver contribuído para o dano.

Ao comerciante (atacadista ou varejista) não se aplica a excludente do inciso III; seu afastamento decorre do próprio *caput* do art. 12; e também porque para ele há norma especial (art. 13). De fato, o comerciante, embora não sendo responsável principal, nos termos do art. 12, é parte fundamental da relação de consumo. E se é parte não pode ser considerado terceiro. Só razões de política legislativa (e também econômicas em função da repartição dos riscos de produtos e serviços) é que justificam sua exclusão da regra geral do art. 12.

Em conseqüência, o réu (fabricante, produtor, construtor ou importador), em ação indenizatória por acidente de consumo, não pode furtar-se ao dever de indenizar, com fulcro no art. 12, § 3.º, III, sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro. O juiz, muito ao contrário, deve condená-lo a ressarcir o prejuízo, cabendo-lhe, posteriormente, se for o caso, propor ação de regresso contra o outro agente da relação de consumo, isto é, o comerciante.

93. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 736.

É importante não esquecer que a culpa do terceiro há que ser *exclusiva*, competindo, ademais, tal prova — e que há de ser cabal — ao réu.

8. *O caso fortuito e a força maior* — A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluam a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.

9. *Os riscos de desenvolvimento* — O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que — em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço — eram desconhecidos e imprevisíveis.

Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no *risco de empresa*, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento.

9.1. *O conceito de risco de desenvolvimento* — Define-se risco de desenvolvimento como sendo *aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço*⁹⁴. Os riscos de desenvolvimento, à exceção do direito francês, são normalmente excluídos da esfera de responsabilidade do produtor. Mesmo o direito americano da *strict liability* reconhece o papel excludente dos riscos de desenvolvimento⁹⁵.

Os defeitos decorrentes de risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero *defeito de concepção*. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os *riscos* inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova.

Se um fabricante de medicamento conseguir provar que, à época da fabricação do produto, desconhecia seu potencial para causar defeitos genéticos, ainda assim será responsabilizado, posto que, ao fabricá-lo, assumiu todos os seus riscos. Há, aí, verdadeiro defeito de concepção.

Situação assemelhada — embora muito mais grave — é aquela em que o fabricante, após a colocação do produto no mercado, vem a conhecer os seus riscos. Permanece, entretanto, silente. A partir deste momento, ao defeito de concepção original acrescenta-se um defeito de comercialização, por carência informativa. Com muito mais razão que no primeiro caso, não é realmente aceitável qualquer exoneração do fornecedor que, após a colo-

94. Dominick Vetri, *Profili...*, cit., p. 71.

95. Contra: *Green v. American Tobacco*, 154 So. 2d 109, 1963.

cação do produto ou serviço no mercado, fecha os olhos às descobertas de riscos antes desconhecidos e, por isso mesmo, tenta alegar inocência na causação do dano.

9.2. *A alocação dos riscos de desenvolvimento* — O problema da alocação do risco de desenvolvimento é dos mais difíceis em termos de política de consumo. Já se disse, com razão, que nesta matéria reina uma *viva controvérsia*⁹⁶, informada, não raras vezes, de um *caráter passional*⁹⁷. A pergunta que se faz é a seguinte: “quem deve arcar com os riscos de alterações tecnológicas que afetem decisões sobre a segurança de produtos”?⁹⁸ Ou, em outras palavras: há dever de indenizar quando o dano é causado por bens que, à época de sua produção, estavam de acordo com o estado do conhecimento científico e tecnológico vigente?

É difícil para o fabricante repartir com seus consumidores, através de preços mais elevados, um risco que desconhece. No máximo pode ele fazer, ao tempo da colocação do bem de consumo no mercado, meras conjecturas. Outrossim, ao contrário do que sucede com os defeitos de fabricação, a estatística é de pouca valia nos casos de riscos de desenvolvimento. Finalmente, a base financeira a ser usada para pagar pelos acidentes de consumo decorrentes dos riscos de desenvolvimento — pela dimensão e extensão dos prejuízos causados — dificilmente será coberta com o lucro auferido com o produto ou serviço defeituoso, mas sim com rendimentos advindos da comercialização de outros bens produzidos pelo fabricante⁹⁹.

Mas há argumentos contundentes — e prevalentes — no sentido do não-reconhecimento da excludente. Primeiro se diz, com razão, que “uma excludente alicerçada no risco de desenvolvimento reintroduziria no ordenamento muitos dos elementos indesejáveis do sistema baseado em culpa”¹⁰⁰. Em segundo lugar, chega até a ser imoral esperar que bens de consumo inseguros sejam comercializados para, só então, alertar os consumidores sobre seus riscos.

Quanto a este último questionamento, não é sem fundamento que a doutrina afirma que se “um produto é aprimorado e desenvolvido após sua colocação no mercado, o público está sendo, de fato, *guinea pigs* no processo de avaliação. Exigir-se que os consumidores assumam igualmente os prejuízos é injusto”¹⁰¹.

96. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 316.

97. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 318.

98. Whitmore Gray, Products liability, in *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981, p. 208.

99. Whitmore Gray, Products liability, in *General Reports...*, cit., p. 208.

100. Australian Law Reform Commission, *Product liability: proposed legislation*, Discussion Paper n. 37, Sydney, April 1989, p. 14.

101. Australian Law Reform Commission, *Product liability...*, cit., p. 14.

Finalmente, a exigência moderna é no sentido de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com os seus prejuízos ou fique sem indenização. Todos os beneficiários da sociedade de consumo — os outros consumidores — devem repartir tais prejuízos. E isso é possível apenas através da responsabilização do fornecedor a quem incumbe, por mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos.

Informando todas essas objeções à exclusão dos vícios de desenvolvimento, paira uma razão de *justiça distributiva*, sistema este baseado na necessidade de correção dos efeitos do processo de produção e consumo em massa, repartindo-se, de maneira mais eqüitativa, os riscos inerentes à sociedade de consumo através de sua canalização até o seu criador inicial e às seguradoras¹⁰². O que não se admite é despejar esses enormes riscos — e conseqüentes sacrifícios — nos ombros do consumidor individual.

9.3. *Os critérios para avaliação do que seja risco de desenvolvimento* — Naqueles sistemas que adotam o risco de desenvolvimento como excludente da responsabilidade, é importante precisar exatamente suas fronteiras. Para que o fornecedor não mais responda pelos danos causados por seus produtos ou serviços, basta-lhe apenas provar que, com base no conhecimento científico da época, desconhecia os riscos a eles inerentes? A excludente não tem aplicação tão simples.

A análise do grau de conhecimento científico não é feita tomando por base um fornecedor em particular. Importam, ao revés, as informações científicas disponíveis no mercado. Ou seja: pouco interessa o que um determinado fornecedor sabe, mas sim o que sabe a comunidade científica. Uma das conseqüências que se podem daí extrair é o dever do fornecedor, em especial do fabricante, de acompanhar e controlar o comportamento de seus produtos e serviços, mesmo após a sua comercialização. E, quanto maiores os seus perigos potenciais, mais intensiva deve ser a obrigação de acompanhamento e controle¹⁰³.

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

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

102. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 318.

103. Norbert Reich, *L' introduction de la directive en RFA, in Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, coord. de Jacques Ghestin, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 157.

II — o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III — não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

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

1. *A responsabilidade subsidiária do comerciante* — O sistema moderno de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo concentra-se na pessoa do fabricante e do importador, sendo que o Código brasileiro amplia este rol para incluir o produtor e o construtor. Motivos há, de fato, para um tratamento diferenciado do comerciante. De novo o comentário de Fábio Konder Comparato: “O verdadeiro introdutor da coisa perigosa no mercado é o fabricante e não o distribuidor. Sem dúvida, este deve, em tese, verificar a qualidade das mercadorias que expõe à venda, mas a extrema complexidade, sob o aspecto técnico, de alguns produtos da indústria contemporânea, torna essa verificação impossível a quem não seja especialista; qualidade que, em toda justiça, não pode ser exigida do distribuidor, sobretudo do distribuidor dos mais variados produtos em grandes estabelecimentos, como lojas de departamentos, supermercados e drogarias. Ademais, a indústria moderna dos artigos de marca somente prospera quando apoiada numa publicidade maciça, lançada pelo próprio produtor, limitando-se o distribuidor, na melhor das hipóteses, a ser mero veículo de sua divulgação”¹⁰⁴.

A exclusão do comerciante (atacadista ou varejista), por razões de mera política legislativa, não é, contudo, absoluta. Excepcionalmente é ele chamado a responder com base no mesmo regime vigente para aqueles outros agentes econômicos do mercado. Só um fundamento econômico (a não-oneração sucessiva de produtos) e outro pragmático (o comerciante, de regra, não tem poder para alterar técnicas de fabricação e produção) é que justificam, de fato, seu afastamento da cadeia de sujeitos responsáveis pelos acidentes de consumo. Assim a doutrina de Paulo Salvador Frontini: “nós percebemos que o intermediário da distribuição ou do varejo, o comerciante em sentido restrito do termo e não no sentido jurídico, este varejista ou este distribuidor não tem condições técnicas, nem operacionais, nem de mercado, de comprovar se o produto que comprou da indústria numa caixa fechada, tem ou não defeito”¹⁰⁵.

104. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 100.

105. Paulo Salvador Frontini, *Palestra, Caderno de Problemas Brasileiros*, cit., p. 20.

Mas, para o consumidor, toda esta fundamentação teórica, justificadora da isenção do comerciante, faz pouco sentido. Na sua percepção, o responsável pelo dano que sofreu é o comerciante, o sujeito com o qual contratou. Só os consumidores melhor informados é que percebem que, por trás de cada produto ou marca, há sempre um fabricante. Portanto, não deixa de ser feliz a observação de Antônio Nicácio, emérito diretor da Divisão de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio de São Paulo, no sentido de que, “na verdade, quem entra mesmo em contato direto com o consumidor é o comerciante e, evidentemente, a primeira visão que o consumidor tem é que alguém, se o lesou, foi aquele que lhe vendeu diretamente o produto”¹⁰⁶.

No contexto do Código, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, isto é, secundária em relação àquela dos outros agentes econômicos, que é principal. Subsidiariedade esta que vem acrescentar, ao rol primitivo do art. 12, *caput*, o sujeito faltante: o comerciante. Fecha-se o círculo. Trata-se, portanto, de operação de *adição* e não de *subtração* do número de agentes econômicos responsáveis pelos acidentes de consumo. É que, como muito acuradamente percebe Voltaire de Lima Moraes, brilhante integrante do Ministério Público gaúcho, “não poderia o novo Código deixar de prever também a responsabilidade do comerciante, nos casos em que se torna difícil ou impossível acionar o fabricante, pois se houvesse omissão a respeito, estaria enveredando pelo vazio da ausência em termos de tutela do consumidor, que seguramente nunca foi seu objetivo”¹⁰⁷.

2. *A solidariedade na responsabilidade do comerciante* — O chamamento subsidiário do comerciante não exclui a responsabilidade civil dos outros obrigados (o fabricante, o produtor, o construtor e o importador). Isso porque a sua inclusão vem mais como medida para favorecer o consumidor e não como forma para aliviar o dever de reparar dos outros responsáveis. Por isso mesmo, a sua responsabilização é *solidária*, dando, dessa forma, melhor proteção ao consumidor.

Realmente, a letra do art. 13 não deixa dúvidas: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior” (grifos nossos). “Igualmente responsável” quer dizer, *in casu*, responsável solidariamente. Se a solução fosse outra, o legislador teria dito “é o responsável”. E não há nisso injustiça, posto que o próprio Código, em seguida (art. 13, parágrafo único), prevê o direito de regresso para aquele que pagar sem ser, de fato, o verdadeiro causador do dano.

106. Antônio Nicácio, Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, 282:44, nov./dez. 1990 (encarte especial).

107. Voltaire de Lima Moraes, Da tutela do consumidor, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nova fase, 1(24):30, 1990.

É como se à lista do art. 12, *caput*, o legislador acrescentasse o comerciante, reconstituindo o conteúdo do vocábulo — gênero *fornecedor*, fragmentado em tema de responsabilidade civil por vícios de qualidade por insegurança, mas mantido íntegro no regramento da responsabilidade civil por vícios de qualidade por inadequação (art. 18) e por vícios de quantidade (art. 20).

O fabricante, o produtor, o construtor e o importador são sempre responsáveis pelo seu produto, desde que terceiros, alheios à relação de consumo, não atuem sobre ele (art. 12, § 3.º, III). E, já vimos, o comerciante não é terceiro. Por isso mesmo, qualquer defeito do produto ou serviço é sempre imputado àqueles agentes econômicos, mesmo que surjam já no processo de comercialização. Ora, é o próprio fabricante, produtor, construtor ou importador que escolhe — ou pode escolher — os seus revendedores. Seu dever jurídico é duplo: colocar no mercado produtos e serviços sem vícios de qualidade por insegurança e impedir que aqueles que os comercializam — em seu benefício — maculem sua qualidade original.

Pode ocorrer que um acidente de consumo tenha mais de um responsável entre aqueles listados pelo Código. Por exemplo, uma banheira que venha a eletrocutar o consumidor porque foi instalada inadequadamente pelo construtor, e, ao mesmo tempo, porque tinha um defeito em um dos seus componentes (defeitos de fabricação) e um outro na embalagem, que deixava de alertar adequadamente sobre os seus riscos (defeito de comercialização). Neste caso, três sujeitos (nenhum deles comerciante no sentido empregado pelo art. 13) teriam contribuído para o evento: o construtor, o fabricante do componente e o montador. Pelo sistema tradicional, cada qual contribuiria na medida de sua responsabilidade pessoal. O Código rompe com este modelo e introduz uma *solidariedade legal* para as hipóteses de co-responsabilidade.

Situação distinta é a seguinte: um automóvel, em face de um defeito em uma de suas peças, causa um acidente de consumo. Em verdade, se o defeito tinha sua origem na autopeça, só seu fabricante deveria ser acionado. O Código, porém, dá solução diversa, responsabilizando, solidariamente, o fabricante do componente e o montador: “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação” (art. 25, § 2.º). Observe-se que, se o consumidor-vítima acionar o montador, pagará ele por fato de terceiro, por defeito a que ele mesmo não deu causa. Ainda assim é responsabilizado solidariamente.

O Código, assim, traz dois tipos de solidariedade legal: uma para os co-causadores do dano e outra em que nem todos os coobrigados são causadores (diretos) do dano. É nesta última hipótese que se encaixa a responsabilização do fabricante, apesar do verdadeiro causador (direto) do prejuí-

zo ser o comerciante que, v. g., deixou de conservar adequadamente o produto (art. 13, III).

Para aqueles casos em que os coobrigados são todos co-causadores do dano, o Código tem norma geral, já no limiar do seu texto, que impõe o princípio da solidariedade *ex lege*. Segundo o art. 7.º, parágrafo único, “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, tratamento este que é repetido no art. 25, § 1.º. É interessante observar que este art. 7.º vai além do próprio Código, uma vez que cuida de “danos previstos nas *normas de consumo*” (grifos nossos). E, como se sabe, o Código não é o único repertório de normas de proteção ao consumidor. Há, ao seu lado, entre outras, a legislação sanitária, a de alimentos, a de medicamentos, todas traçando normas de consumo.

3. *As hipóteses de responsabilidade subsidiária e solidária do comerciante* — Três — e só três — são as hipóteses de responsabilidade civil subsidiária (e solidária) do comerciante: a impossibilidade de identificação do responsável principal, a ausência, no produto, de identificação adequada do responsável principal e, por último, a má conservação dos produtos perecíveis.

3.1. *O produto anônimo* — Na primeira modalidade o comerciante ocupa o lugar do responsável principal exatamente porque não é possível a sua identificação. É o *produto anônimo*. E, como se sabe, o direito que o consumidor tem de ser compensado não pode ser arranhado por tal fato. Imagine-se, como exemplo, a aquisição, em supermercado, de legumes sem qualquer identificação, muitas vezes misturando-se, em um único recipiente, produtos de várias origens.

Uma vez proposta a ação pelo consumidor contra o comerciante, não pode ser ela julgada improcedente pelo fato de, no decorrer do processo, o fabricante, o produtor, o construtor ou importador chegarem a ser identificados. A anonimidade do produto é apreciada no *momento* da propositura da ação. Caberá ao réu, após indenizar o consumidor, exercer seu direito de regresso contra o real causador do dano.

Tampouco está o consumidor impedido, após a propositura de ação contra o comerciante, de também acionar o fabricante, produtor, construtor ou importador posteriormente identificado. Lembremos que o art. 13 tem por *ratio* alargar a proteção do consumidor, demonstrando, de mais a mais, insatisfação com o comportamento do comerciante e, exatamente por isso, incluindo-o no rol dos obrigados.

3.2. *O produto mal identificado* — Na segunda hipótese, o responsável principal está identificado, ou é identificável, só que o comerciante, com culpa ou não, deixa de esclarecer *adequadamente* o consumidor sobre

sua identidade. É a lata de conserva com o nome do fabricante ilegível ou em língua estrangeira; é o produto que, no seu transporte até o estabelecimento comercial, perdeu seu rótulo de identificação.

No primeiro caso (inciso I), é impossível, no momento da propositura da ação, a identificação do responsável principal. Neste, ao revés, embora possível, entende-se que o comerciante, por descumprir o dever objetivo de *bem informar*, assume uma posição de co-responsável. É irrelevante o fato do consumidor poder, através de perícia, identificar o fabricante, produtor, construtor ou importador. O objetivo do dispositivo legal é exigir — *a contrario sensu* — identificação completa e adequada da origem do produto.

Vislumbra-se aqui — ao lado do desejo de facilitar ao consumidor o exercício de seus direitos — uma sanção contra o comerciante por descumprir o disposto no art. 31: “a oferta e a 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 apresentem à saúde e segurança dos consumidores” (grifo nosso).

Tanto no inciso II como no I, o comerciante é transformado em fabricante, produtor, construtor ou importador *aparente*. Não o é, em realidade, mas acaba, por uma ficção jurídica, o sendo. É o que sucede com o supermercado que, usando sua própria marca, comercializa produtos sem esclarecer o consumidor — repita-se, adequadamente — sobre a identidade real do fabricante, produtor ou importador. Como mencionado, não socorre o comerciante o fato de que o fabricante, produtor, construtor ou importador seja identificável, já que este artigo, além de garantir o ressarcimento fácil do consumidor, tem ainda um forte conteúdo sancionatório.

Novamente o ensinamento de João Calvão da Silva: “Sendo a *aparência de produtor* o fundamento da responsabilidade de quem se apresenta como tal, não se exige à vítima que procure descobrir a identidade do produtor real, nem que no caso concreto tenha confiado em ter sido aquele o fabricante real do produto defeituoso causador do dano. A responsabilidade do produtor aparente ocorre mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produto foi realmente fabricado por outra pessoa, se o produtor verdadeiro não vier identificado de modo preciso e inequívoco no produto”¹⁰⁸ (grifos no original).

3.3. *A má conservação dos produtos perecíveis* — A última exceção aplica-se apenas aos produtos perecíveis, valendo especialmente para supermercados, açougues, quitandas, restaurantes, lanchonetes e drogarias. O pro-

108. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 552.

duto é perecível quando necessita de conservação especial, não lhe bastando aquela sob as condições ambientais normais. Não é sinônimo de produto não-durável (art. 26, I).

O consumidor que adquire um produto impróprio (por má conservação) em um supermercado pode, então, acionar não só os responsáveis listados no *caput* do art. 12, mas também (“igualmente”) o próprio varejista, atados todos por um vínculo de solidariedade.

Caso a vítima proponha sua ação só contra o fabricante e, no curso do processo, consiga este provar que o defeito decorre de má conservação, ainda assim será condenado — já que a responsabilidade civil, neste caso, por não ser o comerciante terceiro, não admite contraprova de comportamento não-culposo —, cabendo-lhe propor a devida ação de regresso (arts. 7.º, parágrafo único, e 13, parágrafo único).

Tal solução tem duas razões de ser. Inicialmente, garante-se, como exigido pelo Código, a reparação pronta e integral do consumidor (art. 6.º, VII). Ou seja, o consumidor tem direito à indenização por todos os danos que sofrer. Mas não é o bastante. A reparação há que ser feita o mais rápido possível, com o mínimo de incidentes processuais. A filosofia do Código aponta para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6.º, VIII). Aliás, outra não é a causa da proibição da denúncia da lide (art. 88). Em segundo lugar, dá-se cumprimento ao dever de boa escolha e adequada fiscalização imposto ao fabricante, produtor, construtor ou importador em relação aos distribuidores de seus produtos e serviços.

Bem se percebe, como notado, que se o consumidor, não obstante a má conservação do produto pelo comerciante, optar por acionar o fabricante, poderá este, após o ressarcimento dos prejuízos, exercer seu direito de regresso contra o seu real causador. Não é esta a única hipótese em que o Código impõe, de maneira solidária, o dever de indenizar — sempre sujeito a regresso — sobre os ombros de quem não lhe deu causa (pelo menos diretamente). Veja-se, por exemplo, que, diante de danos causados por defeito nos componentes, são solidariamente responsáveis o fabricante destes e o mero montador do produto, muitas vezes incapaz de detectar o vício de qualidade por insegurança (art. 25, § 2.º).

4. *O direito de regresso* — O Código cria um dever geral de indenização dos danos provocados pelos acidentes de consumo. Informa-o com a solidariedade (arts. 7.º, parágrafo único, e 25). Mas aquele que paga nem sempre causou o dano sozinho, ou, o que é pior, sequer foi o real provocador do prejuízo. Em ambas as hipóteses tem direito a regresso, isto é, a receber de volta aquilo que, por uma operação em que o pagamento é antecipado ao consumidor, *ex lege*, findou por satisfazer a dívida. Dá-se, aí, verdadeira sub-rogação do crédito, passando o antigo devedor a credor.

Através do direito regressivo ou direito de regresso, segundo De Plácido e Silva, “vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio, para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida”¹⁰⁹.

O *direito de regresso* é uma conseqüência natural da solidariedade legal estabelecida no Código. Sua localização é que foi infeliz. O legislador, desatento, o inseriu no bojo do dispositivo que trata da responsabilidade subsidiária do comerciante. Ora, em uma leitura apressada, isso levaria ao entendimento de que sua utilização valeria somente para os casos de solidariedade entre o comerciante e o fabricante, produtor, construtor ou importador. E quando fosse o caso de solidariedade entre fornecedores de serviços (art. 14)?

Não é bem assim que o direito de regresso deve ser entendido. A regra do art. 13, parágrafo único, aplica-se por igual a qualquer caso de solidariedade. É que o direito de regresso serve exatamente para, sem dificultar a compensação do consumidor, impedir que um dos co-devedores legais venha a pagar por algo que vá além de sua contribuição na causação do dano. Por isso mesmo, foi ela repetida, para afastar qualquer dúvida, no art. 25, § 1.º.

O Código Civil já prevê, nas hipóteses de solidariedade, o direito de reembolso para o devedor que, demandado pelo débito solidário, vem a satisfazer a dívida integralmente: “O devedor, que satisfaz a dívida por inteiro, tem direito a exigir, de cada um dos co-devedores, a sua cota, dividindo-se, igualmente, por todos a do insolvente, se o houver. Presumem-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores” (art. 913).

É a lição magistral de Washington de Barros Monteiro: “Satisfeita a obrigação por um dos devedores solidários, ela divide-se automaticamente, *ope legis*. Pode o *solvens*, de tal arte, titulado pelo pagamento feito, voltar-se contra cada um dos demais coobrigados, para deles reclamar as respectivas quotas, ainda que a solidariedade, no caso, seja oriunda de ato ilícito, e, pois, instituída pela lei”¹¹⁰.

Embora haja uma presunção de que as quotas dos diversos devedores são iguais, pode acontecer que não o sejam. A “presunção é apenas relativa. O devedor que pretende receber mais suportará então o ônus da prova da desigualdade nas quotas; se, ao inverso, o co-devedor demandado pretende pagar menos, suportará ele o encargo da respectiva prova”¹¹¹. O devedor que paga sub-roga-se no crédito, de modo que se cria uma espécie de sub-rogação, *pleno jure*¹¹².

109. De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, verbete Direito Regressivo, Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 2.

110. Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., v. 4, p. 191.

111. Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., v. 4, p. 192.

112. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 83.

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.

§ 1.º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I — o modo de seu fornecimento;

II — o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III — a época em que foi fornecido.

§ 2.º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3.º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I — que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II — a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 15. (Vetado.)

- Redação do texto vetado: “Quando a utilização do produto ou a prestação do serviço causar dano irreparável ao consumidor, a indenização corresponderá ao valor integral dos bens danificados”.

Art. 16. (Vetado.)

- Redação do texto vetado: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor será devida multa civil de até 1.000.000 (um milhão) de vezes o Bônus do Tesouro Nacional — BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.
-

1. *Os serviços como objeto do art. 14* — O art. 14 cuida, especificamente, dos serviços. Daí que as diversas regras nele contidas adaptam o tratamento da responsabilidade civil pelos acidentados de consumo aos vícios de qualidade por insegurança dos serviços. Aqui o legislador repetiu, com o devido ajustamento, o sistema introduzido no art. 12.

Matéria difícilima esta dos acidentados de consumo decorrentes de serviços. Tanto assim que o legislador comunitário, ao preparar a Diretiva n. 85/374, preferiu limitá-la aos produtos de consumo. Só agora, mais de cinco anos após, é que a CEE prepara-se para discutir e votar uma Diretiva sobre os acidentados de consumo causados por vícios de qualidade por insegurança nos serviços. E, no dizer acurado de Mário Frota, mesmo constatando-se que “a Europa, de forma esparsa, tem, como o caso da França, uma jurisprudência florescente que escapa a outros países”, é inadiável a promulgação de uma regulamentação supranacional da responsabilidade pelos acidentados de consumo decorrentes de serviços: “precisamos de uma diretiva europeia”¹¹³.

A noção de serviço é dada pelo próprio Código: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 3.º, § 2.º).

2. *Os responsáveis pelo dever de indenizar* — Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista), e do outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em “fornecedor”, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição. Tal ocorreu porque, via de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros. Neste caso todos são responsáveis objetivamente pelos acidentados de consumo causados pelo serviço prestado.

Observe-se que o dever de indenizar estatuído pelo Código é *integral*. Logo, as hipóteses de responsabilidade civil tarifada, em sede de acidente de consumo ou não, previstas para certos serviços (o transporte aéreo, por exemplo), quedam-se totalmente afastadas pelo novo texto, exceto quando se esteja diante de pura relação jurídica comercial.

3. *O defeito na prestação do serviço como elemento gerador da responsabilidade* — Da mesma forma que se põe para os produtos, o defeito é o elemento que detona a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviço, ao causar um acidente de consumo.

113. Mário Frota, Palestra, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, cit., p. 31.

O defeito do serviço pode ser de prestação, de concepção ou de comercialização.

O defeito de prestação, que se contrapõe ao defeito de fabricação no caso de produtos, manifesta-se no ato da prestação do serviço. É um desvio de um padrão de qualidade fixado antecipadamente. Em tudo o mais segue as características do defeito de fabricação.

O defeito de concepção surge na própria formulação do serviço, na escolha dos seus métodos e na fixação de seu conteúdo. É semelhante aos defeitos de concepção de produtos.

O defeito de comercialização nos serviços, finalmente, decorre de “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. A ele se aplica o já dito sobre os defeitos de comercialização de produtos.

Alguns tipos de serviço têm maior potencial para causar acidentes de consumo. É o caso dos serviços de transporte, de lazer, de saúde. Outros, como os de crédito, bancário, securitário ou financeiro, só indiretamente provocam acidentes de consumo. Assim quando o consumidor, ao ingressar em um estabelecimento bancário, escorregando em piso molhado, vem a cair, lesionando-se.

4. *As causas de exclusão da responsabilidade* — As causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço seguem, em linhas gerais, aquelas traçadas para os produtos. Só que, em vez de três, resumem-se a duas: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nesta matéria também é causa de exoneração o caso fortuito e a força maior. O risco de desenvolvimento, como nos produtos, não exonera.

Por derradeiro, o surgimento de novas tecnologias não torna defeituoso um serviço prestado com base em técnica distinta, mas perfeitamente adequada à época da sua utilização.

5. *A responsabilidade dos profissionais liberais por acidentes de consumo* — O Código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa. Só nisso são eles beneficiados. No mais, submetem-se, integralmente, ao traçado do Código.

Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço *solitário*, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o advogado. Trata-se, por outro lado, de categorias em franco declínio, na exata proporção em que,

mais e mais, tais profissionais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviços: os hospitais, os grupos de saúde, as empresas de engenharia e de consultoria, as sociedades de advogados.

A exceção aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

Finalmente, a norma excepcional isenta do *standard* de responsabilidade objetiva tão-só o próprio *serviço* prestado pelo profissional liberal. Continuam respondendo objetivamente os fornecedores dos produtos e serviços utilizados pelo profissional liberal. Qualquer defeito em um deles sujeitará o seu fornecedor (desde que não seja profissional liberal) à responsabilização objetiva.

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

1. *Os diversos conceitos de consumidor* — Conforme já visto, o Código não tem um conceito uniforme de consumidor, ao contrário do que sucede com o de fornecedor (art. 3.º).

Há um conceito geral (art. 2.º) e dois outros especiais: um para as práticas comerciais e contratuais (art. 29) e outro para os acidentes de consumo (art. 17).

2. *A desnecessidade de vínculo contratual* — Para fins de tutela contra os acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima, mesmo que jamais tenha contratado ou sequer conheça o sujeito responsável. É a regra adotada no direito comparado. O Código de Defesa do Consumidor a acolhe.

A melhor doutrina brasileira já propugnava por uma tal solução ampliada do conceito de consumidor, para os casos de acidentes de consumo. Segundo Fábio Konder Comparato, pelo lado ativo da “relação de garantia-responsabilidade, desde que seja superada a barreira contratual da compra e venda, nada justifica que o titular da ação contra o produtor seja apenas o comprador da coisa causadora do dano, e não os chamados *bystanders*,

ou seja, o utente da coisa ou mesmo o terceiro vítima, sem qualquer relação com o comprador”¹¹⁴.

Protege-se não só o consumidor direto, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer outra pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o *bystander*, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito.

3. *A irrelevância da destinação final* — É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2.º). Fala-se somente em “vítimas do evento”, noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo.

O dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos provocados pela explosão de um recipiente defeituoso, pode perfeitamente utilizar o sistema do Código para pleitear sua reparação.

Seção III

Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço

1. *A impropriedade terminológica* — A denominação da Seção III — “vício do produto e do serviço” — não deixa de conter uma certa imprecisão. Ora, “vício do produto e do serviço” é termo amplo que se refere a qualquer irregularidade na qualidade ou quantidade dos bens de consumo. E, na Seção III, o legislador cogita somente de parte deste todo maior.

Realmente, tanto a Seção III como a Seção II (e, de certo modo, até a Seção I) cuidam da “responsabilidade por vício do produto e do serviço”. Só que, enquanto a Seção II trata dos vícios de qualidade por insegurança, a Seção III, ao revés, regra, fundamentalmente, os vícios de qualidade por inadequação e os vícios de quantidade.

Em outras palavras: a epígrafe da Seção III, da maneira como está redigida, é gênero do qual fazem parte três espécies, isto é, os vícios de qualidade por insegurança, os vícios de qualidade por inadequação e os vícios de quantidade. Só que apenas estes dois últimos são por ela regrados, enquanto os vícios de qualidade por insegurança são tratados nas Seções I e II.

114. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 100.

De qualquer modo, não há prejuízos maiores para a compreensão do texto, importando muito mais seu conteúdo, e este, não há dúvida, é inovador, protegendo enormemente o consumidor.

2. *O conteúdo da Seção III* — A Seção III regula os vícios de qualidade por inadequação (arts. 18, 20 e 21) e os vícios de quantidade (art. 19). Abre-se também uma janela complementar para os vícios de qualidade por insegurança, fazendo-se sua inclusão no rol das categorias de impropriedade (art. 18, § 6.º, II) e facultando-se, assim, ao consumidor, a utilização, neste último caso, das opções do art. 18, § 1.º. De qualquer modo, tirante esta exceção, o que é relevante aqui é a desconformidade do bem de consumo com a sua destinação ou quantidade. É o automóvel que não anda, o televisor com “chuveiro”, o ferro que não esquenta, o macarrão, dito “com ovos”, sem sê-lo. É também o bem de consumo com peso ou quantidade a menor.

Vale ainda lembrar que, se em decorrência do vício ocorre um acidente de consumo, o regime jurídico — quanto à indenização dos danos causados — é o da Seção II, de vez que estamos diante de vício de qualidade por insegurança.

3. *Traços distintivos principais entre os dois regimes jurídicos* — Os vícios de qualidade por insegurança, já estudamos, têm um regime jurídico próprio, alicerçado, precipuamente, nos arts. 12 e 14. Já os vícios de qualidade por inadequação e os vícios de quantidade, por peculiaridades da percepção que o direito deles tem, apresentam-se com um outro regime jurídico, baseado, fundamentalmente, nos arts. 18, 19 e 20. Mas onde residiria a distinção entre os dois sistemas de responsabilidade civil?

Em primeiro lugar, salta aos olhos que se está diante de normas com objetivos e alcance diversos, atuando em órbitas distintas da proteção ao consumidor: o da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo “não visa alcançar todos os bens viciados, mas apenas aqueles que, além de viciados, são ainda *desarrazoadamente perigosos*, isto é, aqueles que têm a capacidade de causar danos pessoais ou às propriedades, em oposição àqueles que causam danos meramente econômicos”¹¹⁵.

A segunda distinção reside no grau de objetivação do dever de indenizar. Enquanto em um a responsabilidade civil é tipicamente objetiva (vício de qualidade por insegurança), no outro há verdadeira presunção absoluta de culpa (vícios de qualidade por inadequação e de quantidade). É certo que o resultado final das duas operações é praticamente idêntico: facilita-se enormemente o exercício do direito do consumidor à indenização por danos sofridos.

115. James White e Robert S. Summers, *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code*, St. Paul, West Publishing Co., 1980, p. 355.

O terceiro traço diferenciador é a exigência, no caso dos vícios de qualidade por inadequação e de quantidade, de um vínculo contratual *original* entre a vítima e o seu fornecedor. Como se viu, tal não é necessário em tema de vício de qualidade por insegurança (art. 17), que apresenta o mais amplo conceito de consumidor do Código.

Em quarto lugar, o rol de sujeitos responsáveis pelos vícios de qualidade por insegurança é restrito, excluindo-se, como regra, o comerciante. Já quanto aos vícios de qualidade por inadequação e de quantidade, são responsáveis todos os *fornecedores*.

Finalmente, enquanto o consumidor, com base nos arts. 12, 13 ou 14, postula somente a reparação dos danos que sofreu em razão de acidente de consumo, nos casos de vícios de qualidade por inadequação e de quantidade, lhe são abertas diversas alternativas, além da indenização pelas perdas e danos: substituição das partes viciadas ou do produto, abatimento do preço, restituição da quantia paga, complementação do peso ou medida, reexecução do serviço.

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

§ 1.º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (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.

§ 2.º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a 7 (sete) nem superior a 180 (cento e oitenta) dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionalmente em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3.º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1.º deste artigo, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4.º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1.º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1.º deste artigo.

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

§ 6.º São impróprios ao uso e consumo:

I — os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II — os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III — os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

1. *Um regime diferenciado para os vícios de quantidade e de qualidade por inadequação* — O Código, em Seções distintas, traça regimes jurídicos diversos para proteger o consumidor. Há uma verdadeira dicotomia, como já salientado, tutelando-se de um lado a integridade físico-psíquica do consumidor (Seção II e, em certa medida, Seção I) e, do outro, sua integridade econômica (Seção III).

Na Seção III, arts. 18 a 25, regra-se, essencialmente, a órbita econômica do consumidor, enquanto na Seção II, arts. 12 a 17, o foco é sobre a sua órbita físico-psíquica.

2. *Vícios de qualidade x vícios de quantidade* — Já aludimos que a teoria da qualidade tem dois aspectos patológicos: os vícios de qualidade por insegurança e os vícios de qualidade por inadequação. Ao lado destes dois tipos de vícios, o Código acrescenta o vício de quantidade, que tem que ver com outro dado do bem de consumo, isto é, com o seu peso e medida. Logo, no sistema do Código, é viciado não só o bem que apresente

desconformidade de adequação como também aquele que carrear desconformidade de quantidade.

De uma maneira geral, não deixa de ser interessante verificar que, não raras vezes, o vício de quantidade tem sérias implicações na segurança ou adequação do produto ou serviço. Um medicamento, por exemplo, como consequência de um vício de quantidade (insuficiência de um de seus componentes) pode mostrar-se ineficiente para curar o mal para o qual se destina. E, por isso mesmo, apresenta, concomitantemente, um vício de qualidade por inadequação. Em outros casos, o mesmo vício de quantidade — contém um determinado elemento em teor maior que aquele de sua fórmula — pode causar um acidente de consumo, isto é, produz um vício de qualidade por insegurança.

Contudo, pelo menos no terreno estritamente teórico (o que não quer dizer seja a direção seguida pelo Código!), uma tal percepção do problema só pode ser aceita com algumas reservas. Em técnica perfeita, é possível imaginar-se uma construção para os vícios de quantidade que não permita confusão com os vícios de qualidade.

Nessa linha de raciocínio, cumpre ressaltar que a noção de vício de quantidade só faz sentido em relação à desconformidade quantitativa *a menor*. Nenhum consumidor sentir-se-á lesado pelo fato do pãozinho de 50g vir com 60g. Igual reação não terá o consumidor ao descobrir que seu produto, em vez dos 50g regulamentares, tem apenas 40g. Peso ou quantidade a maior só é relevante quando de tal desconformidade decorrer um risco exagerado para o consumidor (vício de qualidade por insegurança) ou uma deficiência de prestabilidade (vício de qualidade por inadequação). Logo, no exemplo acima citado do medicamento com defeito de fabricação (quantidade a maior que aquela estampada na fórmula), não se está propriamente diante de um vício de quantidade, mas sim de verdadeiro vício de qualidade por insegurança.

Esse esforço teórico de purificação do vício de quantidade poderia ser estendido para as hipóteses de sua conjugação com vício de qualidade por inadequação. Este — assim como o vício de qualidade por insegurança — teria caráter predominante sobre aquele. Por conseguinte, em tais circunstâncias, só seria considerado vício de quantidade o que não tivesse o condão de diminuir a qualidade do produto ou serviço. É o exemplo do pãozinho com 40g. A diferença em peso não retira sua qualidade de pão, não impedindo que sua utilização se faça nos termos da destinação original que lhe foi dada.

3. *As formas de manifestação dos vícios de quantidade e de qualidade por inadequação* — Os vícios de qualidade por inadequação, assim como os de quantidade, têm diversas formas de manifestação. Podem decorrer:

- a) de impropriedade do produto ou serviço;
- b) de diminuição de seu valor;
- c) de disparidade informativa.

Em todos estes casos o consumidor é lesado. Indica-lhe o Código, então, formas de reparação de seus danos. São as opções indicadas nos arts. 18 a 25.

4. *O sistema do Código* — O legislador, em matéria de vício de qualidade por inadequação e vício de quantidade, buscou dar ao consumidor e ao seu fornecedor uma série de opções que, de certa maneira, permitissem uma composição amigável e extrajudicial dos conflitos que acaso se manifestem. Realmente, esta constatação fica bastante clara quando se compara o regime jurídico para esses vícios com aquele outro vigente para os vícios de qualidade por insegurança, onde a indenização, pura e simples, é quase que a única solução para um acidente de consumo com danos (arts. 12 e 14).

O art. 18, embora mencione também os vícios de quantidade, trata, quase que exclusivamente, dos vícios de qualidade por inadequação de produtos. Já os arts. 20 e 21 referem-se aos vícios de qualidade por inadequação dos serviços, sendo que, quanto aos serviços prestados pelo Estado, a disciplina é a do art. 22. Finalmente, o art. 19 regra, especificamente, os vícios de quantidade.

Não é objetivo do art. 18, nem da Seção III, esmiuçar os vícios de qualidade por insegurança. Deles se cuida apenas para garantir ao consumidor — além da indenização pelos danos sofridos com o acidente de consumo — as opções múltiplas previstas nos diversos dispositivos desta parte do Código (substituição da peça ou do produto, abatimento do preço, restituição da quantia paga, complementação do peso ou medida).

Para melhor entendimento da aparente má técnica do legislador ao disciplinar os vícios de qualidade por insegurança — prevendo-os em dois pontos distintos do Código — poder-se-ia dizer que, enquanto o sistema da Seção II refere-se aos danos causados *pelo* produto ou serviço, a Seção III liga-se aos prejuízos constatados *no* produto ou serviço.

É certo que afirmamos, anteriormente, ao tratarmos da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que “para o Código, de fato, a reparação é ampla, cobrindo todos os danos sofridos pela vítima, patrimoniais (diretos ou indiretos) e morais, inclusive aqueles causados *no próprio bem* de consumo defeituoso”.

E assim é. Imagine-se que o consumidor, ao ligar seu fogão defeituoso, vem a sofrer queimaduras, ocorrendo, ainda, danos ao próprio produto. A vítima pode, então, com fulcro no art. 12, *caput*, buscar reparação para os prejuízos que sofreu, inclusive para aqueles ocorrentes no próprio fogão.

Contudo, se o consumidor, por exemplo, desejar, além da indenização pelos danos pessoais sofridos, trocar o fogão danificado por outro, para este último pedido não poderá valer-se do art. 12, *caput*, mas sim do 18, § 1.º, I.

Qual seria o desfecho quando o consumidor, no mesmo exemplo, ligar o fogão e este, por um vício de qualidade por inadequação, sofrer um pequeno incêndio, restando parcialmente destruído, sem causar, porém, qualquer dano a sua incolumidade físico-psíquica? Quer nos parecer que, aí, não poderá fazer ele uso do sistema da Seção II, uma vez que sua saúde ou segurança não foi afetada.

Em sede do sistema do Código para a responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17), *danos materiais infligidos a bens outros que não a incolumidade físico-psíquica do consumidor só são reparáveis quando acoplados a um ataque a esta*. Não se conclua, entretanto, que suas perdas e danos puramente econômicas ficarão sem ressarcimento. Aplica-se, então, neste caso, o art. 18, com suas múltiplas alternativas, todas elas acopladas ao dever de indenizar perdas e danos, conforme abaixo melhor será abordado.

5. *Os sujeitos responsáveis, a solidariedade e o fundamento da responsabilidade* — Ao contrário do que se dá com os vícios de qualidade por insegurança, o comerciante (distribuidor ou varejista) também é responsável principal pelos vícios de qualidade por inadequação e pelos vícios de quantidade. Neste ponto o texto brasileiro segue o modelo francês: “Le consommateur peut exercer directement contre le fabricant du bien non conforme ou contre l’un quelconque des vendeurs successifs les droits et actions dont il dispose en vertu de la présente section” (art. 129, 1.ª parte).

Essa solução deflui do art. 18, *caput*, quando afirma que a responsabilidade é dos “fornecedores” que “respondem solidariamente”. Compare-se esta redação com aquela do art. 12, *caput* (“o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador”), onde há uma fragmentação do conteúdo do vocábulo “fornecedor” para dele se retirar a figura do comerciante. Apenas excepcionalmente reagrupam-se todos os agentes econômicos envolvidos (art. 13).

Só em duas hipóteses é que esta solidariedade completa é rompida: nos casos de produto *in natura* e de produtos pesados à vista do consumidor.

Quando o produto for comercializado *in natura*, isto é, sem processamento, é responsável o fornecedor imediato (o supermercado, por exemplo), exceto quando o seu produtor estiver “identificado claramente” (art. 18, § 5.º), hipótese em que se mantém a solidariedade. Aqui é evidente o desejo do legislador de romper a solidariedade.

Se assim não fosse, o dispositivo seria desnecessário, já que a responsabilização do fornecedor imediato — em solidariedade com os outros fornecedores — decorreria do próprio *caput* do art. 18 (“os fornecedores”), não havendo razão em repeti-la, a não ser para afastar o dever dos outros agentes econômicos. O fornecedor imediato pode, é claro, sempre impedir a quebra da solidariedade: basta identificar claramente o seu produtor. Não conseguirá com isso afastar sua responsabilidade pessoal, mas pelo menos não a terá como devedor exclusivo.

Já quanto aos produtos pesados na presença do consumidor, hipótese de vício de quantidade, é responsabilizado o fornecedor imediato, desde que o instrumento de pesagem ou medição não esteja “aferido segundo os padrões oficiais” (art. 19, § 2.º). Isso quer dizer que, constatado o vício de quantidade, achando-se perfeito o instrumental, mantém-se integralmente a solidariedade estatuída no art. 19, *caput*.

Neste ponto cumpre atentar para a enorme distância que separa os regimes jurídicos dos vícios redibitórios e dos vícios de quantidade e de qualidade por inadequação. Enquanto aqueles, como princípio, só são acionáveis em relação ao vendedor direto (quase sempre o comerciante), estes, de maneira oposta, permitem a movimentação do consumidor contra *qualquer* sujeito que tenha contribuído para a colocação de bem no mercado. E isso sob a égide da solidariedade!

Ademais, o autor pode ser não apenas o *consumidor primitivo* como também o *consumidor subsequente*, ou seja, aquele que não contratou diretamente com o fornecedor. Desta forma, se o consumidor primitivo adquire um automóvel de um fornecedor e o revende algum tempo após, vindo o consumidor subsequente a ser afetado por um vício de qualidade por inadequação, pode este fazer uso da garantia contra aquele fornecedor responsável. É esta a solução adotada igualmente no direito estrangeiro¹¹⁶. Tal se dá porque a garantia não é pessoal, mas, muito ao contrário, adere ao bem e com ele é transferida, sendo imune à alteração de propriedade.

Como melhor se verá abaixo, na análise do art. 23, o fundamento da responsabilidade nos vícios de qualidade por inadequação é a culpa presumida. Trata-se de presunção absoluta, imune a qualquer contestação.

6. *As obrigações do fornecedor. O direito de escolha do consumidor* — Na teoria dos vícios redibitórios — agora, em matéria de tutela do consumidor, substituída pelo sistema das teorias da qualidade e da quantidade — o comprador tinha dois direitos básicos, isto é, a restituição (total ou parcial) do preço (ação estimatória e ação redibitória) e, havendo má-fé, a indeniza-

116. Consulte-se, por exemplo, o julgado *Kravitz v. General Motors*, 1979, 1 R.C.S 790, em que a Corte Suprema de Québec decidiu no mesmo sentido.

ção por perdas e danos¹¹⁷. Essas opções eram visivelmente insatisfatórias, tanto para o consumidor como para o próprio fornecedor, já que poderia ser mais conveniente para ambas as partes simplesmente reparar o produto ou o serviço.

No sistema do Código, presente um vício de qualidade por inadequação, ao consumidor se abre um leque de opções. São elas: a substituição da parte viciada, a substituição do produto ou reexecução do serviço, a restituição do valor pago, o abatimento do preço (arts. 18 e 20). Para os vícios de quantidade acrescenta-se uma outra alternativa: a complementação do peso ou medida (art. 19, II).

A sistematização de alternativas da lei brasileira encontra sua origem no projeto francês de *Code de la Consommation*. Segundo o art. 125 deste, “Le consommateur à qui est livré un bien non conforme à son attente légitime peut exiger du professionnel: 1. soit le remboursement du prix contre restitution de la chose; 2. soit une diminution du prix; 3. soit la réparation de la chose, à moins que le professionnel n’offre de la remplacer; 4. soit le remplacement de la chose”.

7. *A substituição das partes viciadas como direito primário* — A primeira solução que o Código apresenta ao consumidor é a substituição das partes viciadas do produto. Não se está diante de uma “opção” propriamente dita, de vez que, *como regra*, o consumidor não tem outra alternativa a não ser aceitar tal substituição.

A cedência na substituição da parte viciada, como já aludido, nem sempre é imperativa, deixando de ser obrigatória para o consumidor quando (art. 18, § 3.º):

a) a extensão do vício inviabiliza a substituição (causando-lhe alteração de qualidade ou de valor). É o caso, por exemplo, de um quadro, adquirido em uma galeria, e que vem com furos na tela;

b) o produto for essencial, isto é, aquele cujo uso se faz necessário de imediato. Aí estão incluídos, entre outros, os medicamentos, os alimentos, certos tipos de vestuário e de aparelhos domésticos. O dispositivo é pertinente. Realmente, não faz sentido exigir que o consumidor, por exemplo, em pleno inverno, espere trinta dias pelo conserto de seu chuveiro elétrico. Ou, ainda, dizer ao consumidor que adquiriu um marcapasso de má qualidade para uma cirurgia de urgência que aguarde por trinta dias o reparo do produto.

Não sendo a substituição inviável ou o produto essencial, o vício deve, obrigatoriamente, ser sanado no prazo máximo de trinta dias, podendo as partes estabelecer período distinto, que não pode ser inferior a sete nem

117. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 226.

superior a cento e oitenta dias. Esta estipulação há que ser feita em separado. Entende-se como sério indício de tentativa de burla ao dispositivo o fato do fornecedor, em todos os seus produtos, mesmo que distintos, fixar prazo uniforme de cento e oitenta dias para seu conserto. Ora, o prazo padrão é de trinta dias. A exceção é que seja superior a tanto. Qualquer alteração há que significar adaptação *real* do lapso às necessidades específicas de um dado produto, de vez que diversos são os graus de complexidade tecnológica. Logo, presume-se de má-fé o fornecedor que, fabricando televisores e computadores, estabelece para os dois idêntico prazo de reparo, ambos superiores ao padrão de trinta dias.

Uma vez que o vício não seja sanado no prazo de trinta dias (ou no outro pactuado), assim como naqueles outros casos de inviabilidade da substituição e de essencialidade do produto, o consumidor passa, então, às outras alternativas legais (art. 18, § 1.º).

8. *As alternativas secundárias* — Superada a alternativa preliminar obrigatória (troca das peças viciadas), ganha o consumidor controle total das obrigações do fornecedor, podendo optar por quaisquer delas, conforme seu interesse ou necessidade particular.

Como já explanamos, a “alternativa” primeira do consumidor, por determinação do Código, é a troca das peças viciadas (art. 18, *caput*). Após este estágio forçoso, verdadeiro pré-requisito para o exercício das outras alternativas, está ele, então, habilitado a fazer uso destas: a substituição do produto, a restituição e o abatimento do preço (art. 18, § 1.º). Agora, sim, opções livres, sujeitas apenas a impossibilidades fáticas (não mais jurídicas), podendo a vítima escolher qualquer uma delas, já que não guardam entre si nenhuma relação de prioridade.

Não pode o consumidor, contudo, pretender, a um só tempo, mais de uma das soluções. A escolha de uma exclui, automaticamente, as outras. Nada impede, entretanto, que, optando por produto idêntico, e vindo ele também com um vício de qualidade por inadequação, faça uma nova opção, agora entre a restituição e o abatimento (isso se não lhe for conveniente mais uma troca de produto). Por último, conforme o art. 18, § 4.º, o consumidor que tiver frustrada sua opção de substituição do produto, poderá, de qualquer modo, valer-se das outras opções asseguradas pelo art. 18, § 1.º.

Também é importante atentar para o fato de que, embora o consumidor tenha, em princípio, direito irrestrito a escolher qualquer das alternativas, em situações especialíssimas tal se pode mostrar *materialmente* (e não juridicamente) impossível. Veja-se a opção que tem ele entre a restituição do preço e o seu abatimento. Aquela pressupõe a devolução do bem. Sempre que o consumidor não mais puder retorná-lo — como no caso de já tê-lo alienado —, prejudicada fica sua opção.

Contudo, se o bem pereceu em função do vício, ainda assim cabe a devolução integral do preço, independentemente de qualquer discussão de culpa, de vez que esta é absolutamente presumida. E não é admissível propor aqui solução que dependa de análise da gravidade do vício, ou seja, afirmar-se que a devolução integral só é cabível quando a dimensão do vício assim o justifique. Estamos, neste ponto, diante de um dos traços distintivos mais importantes entre a teoria da qualidade e a teoria dos vícios redibitórios.

Por isso mesmo, a extensão dos vícios não afeta, de maneira alguma, o direito de opção do consumidor pela restituição integral. O vício pode ser de pequena monta e, mesmo assim, não interessar ao consumidor manter o bem (uma geladeira riscada, por exemplo). Esse desfecho não quer dizer, porém, que não se descontem as vantagens auferidas pelo consumidor, apesar da desconformidade do produto.

8.1. *A substituição do produto* — A substituição do produto dá-se “por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso” (art. 18, § 1.º, I).

O produto é da mesma espécie quando reúne características *idênticas* às do portador do vício de qualidade por inadequação. Aí se inclui marca, modelo, potência, configuração e até cor. O seu único traço distintivo com o produto primitivo é a carência do vício de qualidade por inadequação, uma vez que deve ele estar “em perfeitas condições de uso”. Se o produto substitutivo também contiver vício de qualidade por inadequação, o consumidor não mais estará obrigado — antes de fazer uso das opções do art. 18, § 1.º — a esperar a substituição das peças viciadas.

Mesmo que se dê a troca por outro produto em perfeitas condições de uso, ainda assim o consumidor tem direito a perdas e danos. Esta opção, embora não dito expressamente como em relação à seguinte (art. 18, § 1.º, II), também permite ao consumidor que cobre os prejuízos que sofreu, desde que possa demonstrá-los (transporte do produto para troca, por exemplo), aplicando-se, em tal caso, além da analogia, o art. 6.º, VI.

Pode suceder que o consumidor, ao optar pela substituição do produto, não mais possa ser satisfeito em decorrência de impossibilidade real. Assim quando o produto não mais estiver sendo fabricado. Não basta que o fornecedor não mais o tenha em estoque ou não mais o comercialize. Naquele caso, o Código admite a substituição do produto “por outro de espécie, marca ou modelo diversos”, desde que, em sendo necessário, se faça a “complementação ou restituição de eventual diferença de preço”. O próprio dispositivo legal permite, nesta hipótese, que o consumidor, embora já tendo optado por tal alternativa, venha a fazer uso das outras duas restantes (restituição da quantia paga e abatimento do preço).

8.2. *A restituição da quantia paga* — A restituição da quantia paga nada mais é que a ação redibitória do direito tradicional (CC, art. 1.101), onde, por haver resolução do contrato, o consumidor demanda a restituição do preço e oferece a restituição do bem recebido¹¹⁸.

Se o consumidor preferir, lhe é lícito exigir a restituição daquilo que pagou (art. 18, § 1.º, II). Há aí verdadeira rescisão contratual.

A restituição, contudo, não é feita ao modo e ao tempo que for conveniente ao fornecedor. O Código não permite dúvidas: a devolução há que ser imediata e atualizada. Restituição imediata é aquela feita logo após a manifestação do consumidor de que esta é a sua opção. Restituição atualizada quer dizer monetariamente corrigida, não se incluindo os juros. Estes, assim como outros prejuízos, podem ser cobrados como perdas e danos.

Para as perdas e danos não se aplica o requisito da imediação. Dependem, evidentemente, de cálculo mais complexo. Em sentido oposto, não cabe ao fornecedor postergar a devolução da quantia paga sob o argumento da dificuldade de apuração do *quantum debeatur*. O cálculo é simples: computa-se o valor pago pelo consumidor e sobre ele aplica-se o índice oficial da correção monetária. Todas as despesas relativas à contratação correm por conta do fornecedor, já que a avença é desfeita por vício localizado na sua prestação e não na do consumidor.

Observe-se que, em especial para esta alternativa, o Código diz serem nulas de pleno direito as cláusulas que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga” (art. 51, II).

8.3. *O abatimento proporcional do preço* — Esta opção corresponde à ação estimatória, em tema de vício redibitório (CC, art. 1.105). Através dela o bem permanece com o consumidor, havendo mera diminuição do preço. Mantém-se, portanto, o contrato, alterando-se apenas o preço para menor¹¹⁹.

O consumidor pode entender ser-lhe mais conveniente manter o produto, mesmo com o vício de qualidade por inadequação. Exige, então, um abatimento do preço, na proporção da diminuição do valor do produto. O fornecedor, entretanto, não está obrigado a aceitar o *quantum* do abatimento fixado pelo consumidor. Se houver desacordo, ao consumidor se abre a via judicial, onde o juiz, então, determinará o valor correto do abatimento.

Aqui também cabem perdas e danos.

9. *As perdas e danos* — No regime tradicional das garantias por vícios redibitórios, só são devidas perdas e danos quando o fornecedor esti-

118. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 226.

119. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 226.

ver de má-fé (CC, art. 1.103). Um alerta do professor Antônio Junqueira de Azevedo, emérito civilista da Universidade de São Paulo, me fez meditar sobre esta questão, na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Quer me parecer que o regime da teoria da qualidade divorcia-se da solução tradicional — já refletindo tendência jurisprudencial — adotada para as garantias contra os vícios redibitórios.

Uma vez que alguém tenha que suportar os prejuízos causados pelo vício, tal deve ser o fornecedor e não o consumidor. Só aquele pode reparar, entre todos os consumidores, os *custos sociais* da sociedade de consumo, independentemente da discussão de sua boa ou má-fé. A propósito, esta é a solução idealizada pelo projeto francês de *Code de la Consommation*: “Le professionnel est, en outre, tenu de tous dommages et intérêts, de façon que le préjudice subi par le consommateur soit intégralement réparé” (art. 128).

O fundamento legal para a indenização por perdas e danos é idêntico ao que dá suporte às obrigações alternativas do fornecedor, isto é, o art. 23 (“a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”). Há, aí, de fato, uma presunção absoluta de que o fornecedor (como profissional) conhece os vícios dos bens que lança no mercado.

No mesmo sentido, os tribunais franceses, desatendendo preceito expresso do Código Civil (arts. 1.645 e 1.646), vêm, gradativamente, apagando a distinção entre vendedor de boa e de má-fé para fins de indenização por perdas e danos¹²⁰, obrigando-se o fornecedor a cobrir todos os prejuízos sofridos pelo comprador. Se, por exemplo, o adquirente de um automóvel se vê impossibilitado de usá-lo em decorrência de um vício, a indenização deve cobrir as despesas que tiver com a locação de um outro¹²¹. Solução esta aventada pela doutrina francesa, ainda na sistemática clássica dos vícios redibitórios, sem qualquer alusão ao direito do consumidor.

Não obstante esteja a previsão de indenização por perdas e danos mencionada apenas no inciso II do art. 18, § 1.º, sua aplicação, conforme temos afirmado, cobre *todas* as alternativas colocadas à disposição do consumidor. Faz este jus, como direito básico, à indenização integral pelos danos, patrimoniais e morais, que sofrer (art. 6.º, VII).

O Código não quer que nenhum *custo social* do processo de produção e comercialização de bens de consumo deixe de ser *internalizado*. De mais a mais, agora em sede tradicional de vício redibitório, novamente o direito francês, apesar do texto expresso do art. 1.645 do Código Civil, vem

120. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 228.

121. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 222.

entendendo que as perdas e danos aplicam-se não apenas à hipótese da ação redibitória, como ainda aos casos de ação estimatória. Ou seja, “na medida em que o vício cause um dano ao comprador, tal dano deve ser integralmente reparado”¹²².

Os danos a serem reparados não se limitam àqueles causados diretamente pela resolução do contrato (abrangem, por exemplo, a hipótese em que o valor da restituição não mais seja suficiente para a aquisição de bem idêntico sem o vício). Ao demais, a reparação inclui ainda os danos causados *pelo* e *no* bem portador do vício.

De se lembrar, todavia, que, havendo dano à pessoa do consumidor, tem este a sua disposição o regime jurídico da Seção II (responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço), onde lhe é lícito — desde que igualmente presente um atentado a sua incolumidade físico-psíquica — pedir ressarcimento não só para os danos pessoais que sofreu com o acidente de consumo, mas também para os prejuízos causados pelo produto em si mesmo e em outros bens de seu patrimônio.

Logo, no sistema do Código — que não é uniforme para todos os casos de desconformidade —, as perdas e danos são devidas sempre. O que pode variar é o fundamento legal que se dá ao dever de reparar, ora se agindo com base nos arts. 12 ou 14, ora alicerçando-se o pleito nos arts. 18, 19 ou 20, principalmente.

10. *O conceito de impropriedade* — O Código introduz a noção de impropriedade de produtos (art. 18, § 6.º) e de serviços (art. 20, § 2.º). A maneira em que o vocábulo foi empregado não prima pela boa técnica. Veja-se, por exemplo, que, no *caput* do art. 18, produtos impróprios e produtos inadequados são tidos como expressões com conteúdos diversos. Entretanto, no art. 18, § 6.º, III, que define impropriedade, temos que os produtos inadequados acabam sendo, em verdade — nos termos propostos pelo legislador —, espécie dos produtos impróprios. Mister, então, esclarecimentos doutrinários a tal respeito.

A impropriedade é uma das formas de ocorrência dos vícios de qualidade e de quantidade. *Não é a única*. É o que afirma o art. 18, *caput*: o fornecedor é responsável pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos “impróprios ou inadequados”, “lhes diminuam o valor” ou se manifestem como “disparidade” informativa. Logo, a visão que temos de *vício de qualidade por inadequação* abarca não só a idéia de impropriedade, mas também a de inadequação — chamemos de *stricto sensu*, como forma de contornar a imprecisão do Código — e a de disparidade informativa.

122. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., t. 3, p. 227.

Daí que nem todo vício de qualidade por inadequação o será por impropriedade. Aquele pode decorrer, por exemplo, de uma mera diminuição do valor do produto, não obstante a ausência de quaisquer dos fatos listados no art. 18, § 6.º. Em outras palavras, os vícios de qualidade por inadequação não se esgotam neste dispositivo. Sua real dimensão é dada pelo *caput* do art. 18 e não pelo seu § 6.º.

Sem ir muito longe, com amparo no próprio art. 18, temos que a impropriedade é uma mera conseqüência da *desconformidade*, material ou formal (informativa), dos produtos ou serviço. Isto é, seria, fundamentalmente, o coração dos vícios de qualidade por inadequação. Conforme já referimos, tal concepção vastíssima de impropriedade chega mesmo a incluir os vícios de qualidade por insegurança (“os produtos... nocivos à vida ou à saúde, perigosos”, art. 18, § 6.º, II) e, como veremos abaixo, até alguns casos tipicamente de vício de quantidade.

Tamanha abrangência é compreensível e decorre da necessidade de aumentar o grau de proteção ao consumidor, já que, comumente, é impossível caracterizar, com precisão, o tipo de vício que o bem apresenta. Uma vacina que, por erro no processo de fabricação, ainda contém elementos patogênicos vivos, é portadora de um vício de qualidade por insegurança (pode contaminar o consumidor) ou de um vício de qualidade por inadequação (não é capaz de imunizar o consumidor)? Ou, ainda, de mero vício de quantidade, pois deixa de trazer o teor certo de vírus inertes que se fazia necessário?

Visando evitar que discussões como essas se prolongassem em juízo, o Código foi sábio ao afirmar que *qualquer desconformidade do bem o qualifica como impróprio, localizada que seja na sua segurança, adequação ou até quantidade*, já que, quanto a esta, por exemplo, um pãozinho com menos de 50g está, não há dúvida, “em desacordo com as normas regulamentares de comercialização” (art. 18, § 6.º, II).

11. *A impropriedade de produtos* — Os produtos podem ser impróprios por diversas razões. São impróprios:

a) os produtos com prazo de validade vencido, mesmo que ainda adequados ao consumo (art. 18, § 6.º, I). Há aí uma *impropriedade meramente formal*, alheia ao conteúdo do produto e dizendo respeito somente ao prazo de comercialização que lhe fixa seu fabricante ou a norma. É, por isso mesmo, irrelevante o estado real do produto. O produto com prazo de validade vencido não pode sequer estar exposto na prateleira;

b) os produtos deteriorados (art. 18, § 6.º, II), isto é, aqueles que tiveram modificada a sua qualidade ou condição primitiva por *causas naturais* ou só indiretamente relacionadas com o comportamento humano (transcurso do tempo, má conservação). A deterioração nada tem que ver

com nocividade à saúde. O produto pode estar deteriorado, e seu consumo não trazer nenhum risco à saúde. Corresponde, em linguagem vulgar, ao produto “estragado”;

c) os produtos alterados (art. 18, § 6.º, II), ou seja, aqueles que tiveram modificada a sua qualidade ou condição primitiva com *intervenção humana direta*. A alteração, normalmente, traz uma desconformidade entre aquilo que se diz sobre o produto e o seu conteúdo verdadeiro, exatamente porque o produto original foi alterado. O produto alterado não é necessariamente pior que o genuíno. Pode até mesmo manter o seu valor (comercial, nutritivo, medicinal etc.) e ainda assim, em face da modificação, ser considerado alterado. Pode, inclusive, com a modificação, ganhar outras qualidades valorizadas pelo consumidor. Mesmo assim ofende a lei. Mas alerte-se: a alteração não é condenada *per se*. Há que ser conjugada com a desinformação ou má informação do consumidor. Qualquer alteração comunicada ao consumidor, prévia e adequadamente, é lícita;

d) os produtos adulterados ou corrompidos (art. 18, § 6.º, II). Noções próximas e que têm que ver com os que sofreram uma modificação *necessariamente para pior*. São os produtos modificados em sua essência com *intervenção humana direta*. A corrupção e a adulteração são proibidas *per se*, e, por isso mesmo, distinguem-se da alteração. Outro traço distintivo é que a corrupção e a adulteração quase sempre estão conectadas a comportamento fraudulento. Ao contrário do que se dá com a falsificação, a dissimulação não é elemento essencial. Tanto a corrupção como a adulteração ligam-se fortemente aos produtos consumíveis por ingestão ou de uso no próprio corpo: os alimentos, os fármacos, a água, os cosméticos. Por isso mesmo, trazem um enorme risco para a saúde e segurança do consumidor;

e) os produtos falsificados ou fraudados (art. 18, § 6.º, II). Ambos os conceitos, extremamente assemelhados, referem-se à fraude pura. Na falsificação passa-se um produto por outro. Há todo um processo de imitação, buscando-se, ao máximo, dar ao produto uma aparência de genuinidade. Em outras palavras, falsificar “é dar a um bem uma aparência enganosa para ludibriar seja sobre a quantidade, seja sobre a qualidade”¹²³. Portanto, como se vê, os produtos podem ser fraudados não só em relação a sua qualidade como, ainda, no peso ou medida;

f) os produtos avariados (art. 18, § 6.º, II). São os que não se prestam a cumprir, por completo, sua destinação mercadológica. É a televisão sem imagem, o automóvel que não vai além dos 80 km/h, a geladeira que não esfria. Em outras palavras, são os produtos com puro vício de qualidade por inadequação. O conceito de avaria inclui ainda os produtos que,

123. Roux, citado por J. C. Fourgoux, J. Mihailov e M. V. Jeannin, *Droit de la consommation*, Paris, J. Delmas et Cie., 1983, p. M11.

embora funcionando adequadamente, estão em mau estado (riscados, com pintura não-homogênea);

g) os produtos nocivos à vida ou à saúde, assim como os perigosos (art. 18, § 6.º, II). Vale dizer, todos os produtos portadores de vício de qualidade por insegurança. Como já mencionado anteriormente, ao tratarmos da periculosidade dos produtos e serviços, é bom notar que não é qualquer risco que cobre de impropriedade o bem. O produto pode oferecer risco e, ainda assim, não ser considerado impróprio. É o caso dos bens que carregam periculosidade inerente, como os agrotóxicos e os próprios medicamentos;

h) os produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6.º, II). Aqui o produto é impróprio simplesmente porque desrespeitou a regulamentação. Não se exige que sejam nocivos à saúde e segurança ou mesmo que não se prestem a cumprir a sua destinação original. É mais um caso de *impropriedade meramente formal*. As normas mencionadas pelo preceito são aquelas expedidas pelo Poder Legislativo, as baixadas pelo Poder Público, assim como aquelas formuladas por organismos privados (Associação Brasileira de Normas Técnicas, por exemplo) ou até por entidades de auto-regulamentação. Não se deve esquecer que essas normas limitam-se apenas a fixar *standards* mínimos que, judicial ou administrativamente, podem ser julgados insuficientes;

i) os produtos que, *por qualquer motivo*, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (art. 18, § 6.º, III). Esta é a norma de extensão, mostrando, claramente, que a noção de impropriedade não vem ditada pelo Código em *numerus clausus*.

Para evitar confusão, melhor seria ter dito “os produtos que, por qualquer *outro* motivo, se revelem *impróprios* ao fim a que se destinam”. Isso porque, como já fizemos referência, a noção de adequação não se inclui na de impropriedade. É muito mais abrangente. A adequação — e daí se tira o conceito de vício de qualidade por inadequação —, em uma percepção bem técnica, acaba por envolver não só os casos de impropriedade (art. 18, § 6.º) como, ainda, aqueles outros em que estão em jogo apenas características que “diminuem o valor” dos produtos ou serviços ou que tragam “disparidade informativa” (art. 18, *caput*).

Um produto, assim como um serviço, pode não ter qualquer dos vícios apontados no art. 18, § 6.º, e, ainda assim, ser portador de vício de qualidade por inadequação. Pode até cumprir sua destinação geral, mas, por deixar de cumprir a sua destinação especial, alicerçada em uma expectativa legítima do consumidor, ser tido como inadequado. Um exemplo prático — embora ocorrido em um contexto puramente comercial — merece ser trans-

portado para o sistema do Código, já que serve, pelo seu caráter absolutamente inovador, para esclarecer melhor a questão. Isso apesar de inteiramente fundado no direito tradicional, posto que, ao tempo da decisão, nem sequer se falava em Código de Defesa do Consumidor.

Um comprador precisava de uma máquina de fundição contínua de alumínio, com capacidade para produzir chapas de certa bitola, em determinada quantidade. A vendedora, perfeitamente ciente desses requisitos, apresentou à venda equipamento aparentemente capaz de tal produção. Só que a máquina, depois de instalada, apresentou apenas 1/3 da capacidade buscada pelo comprador. Como magnificamente decidiu o ilustre magistrado paulista Ricardo Cintra Torres de Carvalho, “mesmo que não se tenha bem demonstrado que o equipamento vendido apresentava *defeito* em sentido estrito . . . e que eventualmente poderia produzir chapas de alumínio, o equipamento não se prestava ao fim para que fora comprado . . . É irrelevante . . . ter-se ou não comprovado literalmente a existência de *defeitos*; a máquina não era apropriada ao uso a que se destinava em termos econômicos e industriais”¹²⁴.

Portanto, a norma deste art. 18, § 6.º, III, manifesta-se através de um conceito aberto, flexível e que permite adaptação à mutabilidade e velocidade do mercado, indo além, entre as suas múltiplas facetas, da concepção tradicional e estreita de vício redibitório. Abarca, também, toda a problemática da *durabilidade* dos produtos e serviços, de resto já aventada pelo próprio legislador (art. 4.º, II, *d*). Caberá ao juiz reformar seu contorno a cada momento, ampliando-a e adequando-a, conforme as variações das relações de consumo.

A “inadequação” (ou, melhor, impropriedade) dos produtos a que se refere o dispositivo tem que ver com o “fim a que se destinam”. Qual seria o critério de avaliação desta inadequação? *Estaria ela ligada apenas ao tema do “fim a que se destinam” os produtos?* Parece que não.

Com certeza, a inadequação dos bens de consumo — de uma maneira geral e não somente neste inciso — não é analisada pela ótica exclusiva do fornecedor individual. Vale dizer, o juiz, por exemplo, não se volta para o fornecedor ou fornecedores e deles indaga: qual o padrão de adequação para este ou aquele produto? Não é a opinião do fornecedor individual que determina o que é ou o que não é adequado para o consumo. Tampouco a inadequação dos produtos e serviços é apurada em relação ao que pensa o conjunto de fornecedores, posto que, apesar de uma prática ou método de produção ser tradicional no mercado, ainda assim os produtos por ela lançados podem ser considerados inadequados para o consumo.

124. Ricardo Cintra Torres de Carvalho, in Proc. 1.485/80 e 1.671/80, da comarca de Jacareí, sentença, nesta parte, confirmada por acórdão na Ap. 427.092-0, de 28-11-1990, sendo relator o Juiz José Roberto Bedran, da 4.ª Câm. do 1.º TACSP.

O certo é que a noção de adequação dos bens de consumo há que ser buscada no outro pólo da relação jurídica de consumo. Está ela atada à noção de *expectativa legítima do consumidor*. Produto inadequado, por conseguinte, é aquele que “não está adequado para os fins ordinários para os quais foi adquirido”¹²⁵ (grifos nossos). Pelo que se vê, a adequação, assim como toda a questão da qualidade, da qual é um dado (o outro é a segurança), não é um traço exclusivamente intrínseco ao bem. Ao revés, configura-se como uma relação entre o bem e o seu destinatário, entre o bem e a expectativa legítima do seu consumidor.

A expectativa legítima do consumidor — e, por conseguinte, a inadequação — é apreciada com base em diversos fatores: a natureza do bem de consumo, o estado da técnica, as informações ofertadas pelo fornecedor e, também, o “fim a que se destinam” os bens de consumo¹²⁶. Bem se percebe, então, que o “fim a que se destinam” os bens de consumo não é o único elemento a pesar no cálculo da adequação. É tão-só um dos critérios que levam o intérprete à conclusão de adequação ou inadequação de um produto ou serviço.

Além da expectativa legítima dos consumidores, alguns dados podem auxiliar — embora nenhum deles sirva para decidir a questão — na identificação da adequação ou inadequação do bem:

a) está em conformidade com outros bens similares, mas de marcas distintas, encontráveis no mercado? Isto é, analisam-se “as características de outros bens da mesma classe que são fornecidos por pessoas que não o fornecedor em questão”¹²⁷.

b) está de acordo com os *standards* regulamentares, públicos ou privados?

Não custa repetir que o bem pode responder afirmativamente às duas indagações acima formuladas e, ainda assim, ser considerado impróprio.

Reconhecer que a inadequação de um bem de consumo é julgada em função da expectativa do consumidor resolve parte do problema. Que consumidor servirá de modelo?

Duas formas, complementares, podem ser enxergadas: a apreciação *in abstracto*, tendo por base o consumidor médio, e a apreciação *in concreto*, levando em conta o consumidor particular, individualizado, para o qual o bem de consumo se destina. Em princípio a avaliação deve ser feita *in abstracto*. Mas situações especiais podem exigir que se adote uma análise

125. James White e Robert S. Summers, *Handbook...*, cit., p. 349.

126. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 188.

127. James White e Robert S. Summers, *Handbook...*, cit., p. 355.

*in concreto*¹²⁸. Por exemplo, quando o fornecedor sabe, ou deveria saber, que aquele consumidor apresenta expectativas peculiares derivadas de situações pessoais (grau de instrução, v. g.), desmembrando-se, por causa disso, do padrão médio. Ou, ainda, quando o consumidor, explícita ou implicitamente, deixa claro para o fornecedor uma expectativa especial em relação àquele produto ou serviço.

Em suma, adequação não é sinônimo de *perfeição*¹²⁹, de carência absoluta de riscos ou de aspectos negativos. É um *conceito relativo* que, exatamente por levar em consideração as expectativas legítimas dos consumidores, mostra-se dotado de enorme mutabilidade e flexibilidade. O que pode ser adequado hoje pode deixar de sê-lo amanhã. Cabe ao juiz, como único legitimado para dar a interpretação final da lei, acompanhar essas transformações que ocorrem, necessariamente, no mercado de consumo.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — o abatimento proporcional do preço;

II — complementação do peso ou medida;

III — a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1.º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4.º do artigo anterior.

§ 2.º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

1. *Os vícios de quantidade* — o *caput* do art. 18 já faz referência aos vícios de quantidade, que ora estão relacionados ao peso, ora à medida.

128. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 188.

129. James White e Robert S. Summers, *Handbook...*, cit., p. 355.

Tais vícios ocorrem tanto em produtos como em serviços. Naqueles, afetam tanto os móveis quanto os imóveis. Assim, se o taxímetro está marcando a mais, há evidente vício de quantidade de medida no serviço. Se o pacote de arroz de 1kg vem apenas com 900g, também presente está o vício de quantidade de peso em produto móvel. Igual a situação quando o consumidor adquire um lote para construir sua moradia, só que aí o vício atinge um imóvel.

O dispositivo legal, por um lapso técnico, menciona apenas os produtos. Não existe, realmente, qualquer razão jurídica para o não-regramento desses vícios quantitativos quando o objeto da relação for um serviço. Note-se que o legislador, normalmente, esboça um regime jurídico para os produtos e outro para os serviços, em paralelo, sempre que assim seja necessário (arts. 12 e 14, 18 e 20).

O lapso, porém, não tem maior repercussão, particularmente quando a oferta ou publicidade do serviço fizer referência quantitativa. Isso porque o art. 20 fala, expressamente, em “disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária”. No exemplo do táxi, acima citado, o fornecedor será responsabilizado pela diferença a maior na medida em que a prestação é feita através de oferta em que o consumidor sabe, por antecipação, o preço do quilômetro rodado. Em todo caso, o juiz terá sempre a sua disposição a analogia (art. 7.º, *caput*).

É certo que nem todas as hipóteses previstas nos incisos do art. 19 são totalmente viáveis nos vícios de quantidade de serviço. Assim, por exemplo, nem sempre será possível — ou justo — aplicar “a substituição do serviço por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios”. Se uma agência de viagem, ao contratar com o consumidor, lhe oferece um pacote de trinta dias e, por qualquer razão, antecipa a volta em um dia, não seria uma boa solução exigir que repetisse todo o serviço “sem os aludidos vícios”. Haveria aí desenlace que daria ensejo a um enriquecimento imerecido do consumidor. Melhor seria utilizar, por exemplo, o abatimento proporcional do preço.

Em síntese: embora o art. 19 tenha sido redigido com os olhos voltados para os produtos, é perfeitamente possível sua aplicação para o regramento dos mesmos vícios de quantidade de serviços. Aliás, como já indicado, o art. 7.º, expressamente, prevê a utilização da analogia na tutela do consumidor.

Evidentemente o regime jurídico dos vícios de quantidade não é idêntico — embora similar — ao dos vícios de qualidade por inadequação. Tanto assim que o art. 19 cuida, especificamente, do seu regramento. Portanto, só supletivamente aplicar-se-á aos vícios de quantidade o regime do art. 18.

Ao contrário do que sucede com as opções conferidas ao consumidor no caso de vício de qualidade por inadequação, o art. 19 não contém nenhuma alternativa “preliminar” obrigatória, verdadeiro pré-requisito para o exercício das outras. Ou seja, o consumidor, uma vez constatado o vício de quantidade, pode, de imediato, escolher quaisquer das alternativas elencadas no art. 19.

2. *Os vícios de quantidade no regime do Código Civil* — É grande a inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor nesta matéria dos vícios de quantidade. Convém lembrar que o Código Civil, só de maneira insatisfatória, regrou o tema, dando ênfase aos bens imóveis. Por essa razão, não raras vezes a jurisprudência — e até a doutrina — foram chamadas a esclarecer se, em um caso concreto, se estava diante de hipótese de exercício de ação redibitória (ou *quantum minoris*) ou de ação *ex empto*. Incertezas essas que dificultavam enormemente o exercício pelos consumidores de seus direitos.

Estabelece o art. 1.136 do Código Civil: “Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões”.

O Código de Defesa do Consumidor, também em tema de vício de quantidade, rompe com o sistema do Código Civil. Primeiro porque não faz qualquer distinção entre móveis ou imóveis. Segundo porque prevê a alternativa da “substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo”, sem os vícios de quantidade. Terceiro porque não se cuida somente de irregularidade na “extensão” ou “dimensão” do bem, mas sim em sua quantidade, conceito este muito mais amplo que aqueles. Finalmente porque supera a clássica distinção entre negócio *ad corpus* e negócio *ad mensuram*.

De vez que qualquer bem de consumo (produto ou serviço) tem que trazer, necessariamente, informações “corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa” sobre sua quantidade (art. 31), esta sempre condiciona o preço. Por conseguinte, a regra no Código de Defesa do Consumidor é o negócio *ad mensuram*. Não há como se falar em referência à quantidade como dado meramente enunciativo, já que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa... obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30).

3. *Responsabilidade solidária e com culpa presumida* — Segundo o art. 19, todos os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de

quantidade. Há aí, portanto, uma solidariedade legal e total. Logo, o consumidor pode acionar não apenas o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, mas também o último elo da cadeia de distribuição, ou, para usar a linguagem do Código, o “fornecedor imediato”.

Essa solidariedade, conforme já explicado acima, comporta uma exceção: é quando a pesagem ou medição estiver a cargo do fornecedor imediato e o seu instrumental não se mostrar devidamente aferido (art. 19, § 2.º). É que, neste caso, o legislador, com a quebra da solidariedade, quis sancionar o comerciante que, por má-fé ou não, deixa de aferir, adequadamente, suas ferramentas de pesagem e medição. Se o instrumental não apresentar irregularidade, retorna a regra da solidariedade.

Como nos casos de vício de qualidade por inadequação, não se trata de responsabilização objetiva, mas sim de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. É que em sede de vício de quantidade aplica-se também o art. 23.

4. *As diversas alternativas* — Os vícios de quantidade dão ensejo a três alternativas idênticas àquelas previstas para os vícios de qualidade por inadequação: o abatimento proporcional do preço, a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios e, finalmente, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada.

Em acréscimo a essas três alternativas comuns aos dois regimes, os vícios de quantidade têm uma opção que lhes é exclusiva (a complementação do peso ou medida), sendo que uma outra é igualmente específica dos vícios de qualidade por inadequação (a substituição das partes viciadas). Relembre-se, mais uma vez, que o Código fulmina com nulidade de pleno direito as cláusulas que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga” (art. 51, II), dispositivo este que se aplica tanto aos vícios de qualidade por inadequação como aos vícios de quantidade.

Quer-nos parecer que, em tema dos dois tipos de vícios, a eventual restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, pressupõe a devolução do produto portador do vício.

Por outro lado, em se tratando de serviço, na medida da impossibilidade de sua “restituição física”, o dispositivo legal haverá que ser entendido como significando a restituição imediata da quantia paga *em excesso*. Ou seja, ainda no exemplo do taxímetro com irregularidade, não seria de justiça permitir ao consumidor, após seu transporte, simplesmente exigir a devolução de *toda* a quantia que pagou (art. 19, IV). Seu direito resume-se — além de perdas e danos — à restituição do que pagou indevidamente. No caso do outro exemplo, o pacote de viagem, tampouco cabe a restituição integral do preço. É cabível, isso sim, além de perdas e danos, a restituição proporcional

do preço, o que, em outras palavras, equivale ao abatimento proporcional do preço (art. 19, I).

A redação do art. 19, III, traz um erro de datilografia em relação aos originais da Comissão de Redação. Não se trata de troca do produto por um outro “da mesma espécie, marca *ou* modelo”, mas sim de permuta que envolva outro produto “da mesma espécie, marca *e* modelo”.

Caso o consumidor opte pela substituição do produto, em não sendo possível tal nas mesmas condições de espécie, marca e modelo, admite-se a troca por produto diverso, desde que feitas as necessárias alterações de preço (art. 19, § 1.º).

Em todas as hipóteses, cabem perdas e danos.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

§ 1.º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2.º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

1. *Os vícios de qualidade por inadequação dos serviços* — Não só os produtos apresentam vícios de qualidade por inadequação. “Uma prestação de serviço pode, da mesma forma que um produto, não estar conforme à expectativa legítima do consumidor”¹³⁰.

Já vimos que o art. 18 cuida, fundamentalmente, dos vícios de qualidade por inadequação de *produtos*. Os serviços, em face das suas peculiaridades,

130. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 232.

ridades, têm regime assemelhado, mas não idêntico. Sua sede está no art. 20. De qualquer modo, muito do que se disse sobre o sistema do art. 18 aplica-se, igualmente, a este art. 20.

O legislador exprimiu de maneira simplificada aquilo que é imensamente complexo. As variações do fornecimento de serviço são em número muito maior que aquelas do fornecimento de produtos. A propósito, no mercado de consumo, a cada dia que passa, as formas de prestação de serviço se multiplicam.

Em matéria de regramento de vícios de qualidade por inadequação dos serviços, o Código, portanto, limitou-se a traçar regras gerais que necessitam, diante do caso concreto, de adaptação. *E não é este singelo comentário o local apropriado para esmiuçar tamanho labirinto.* Qualquer temperamento, contudo, há que preservar o *espírito* do Código: de um lado o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I) e a “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho” (art. 4.º, II, *d*).

2. *As formas de manifestação dos vícios de qualidade por inadequação dos serviços* — Tal qual ocorre com os vícios de qualidade por inadequação de produtos e, de certo modo, com os vícios de quantidade, os vícios de qualidade por inadequação de serviços apresentam três formas básicas de manifestação. São elas:

- a) sua impropriedade ao consumo;
- b) a diminuição de seu valor;
- c) a disparidade informativa.

A manifestação de qualquer dessas formas atinge o direito que o consumidor tem a um serviço sem vício de qualidade por inadequação, e, por isso mesmo, há que se consertar a situação através das alternativas elencadas pelo Código.

3. *Os sujeitos responsáveis* — A responsabilidade incide diretamente sobre quem prestou o serviço. Se mais de um os prestadores, todos respondem solidariamente, em similitude com o art. 18. Não se faz qualquer distinção entre prestador direto ou indireto, entre prestador principal ou secundário. Aplica-se aqui integralmente a regra dos arts. 7.º, parágrafo único, e 25, § 1.º.

O modelo, novamente, é o projeto francês do professor Jean Calais-Auloy: “Une action directe peut être également exercée dans le cas d’une succession de contrats de prestation de services, ainsi que dans celui d’une succession de contrats de vente et de prestation de services” (art. 129, 2.ª parte).

4. *O fundamento da responsabilidade civil* — A responsabilidade

civil do fornecedor de serviço pelos vícios de qualidade por inadequação, assim como sucede no caso dos produtos, não é avaliada objetivamente, mas sim através de culpa presumida *jure et de jure*. Descabida, por conseguinte, prova, em contrário, de diligência (mesmo que extremada) por parte do fornecedor.

Lembre-se, finalmente, que a responsabilidade pessoal do profissional liberal é apurada mediante a verificação de sua culpa (art. 14, § 4.º). Embora tal dispositivo legal esteja inserido no âmbito da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (vícios de qualidade por insegurança), deve ser aplicado igualmente — respeitando-se as peculiaridades dos diversos tipos de serviço — aos vícios de qualidade por inadequação.

5. *As alternativas do consumidor* — Como se dá com os vícios de qualidade por inadequação dos produtos (art. 18) e os vícios de quantidade (art. 19), o Código abre um leque de opções para o consumidor quando lesado por um vício de qualidade por inadequação de serviço. O legislador brasileiro seguiu o projeto francês do *Code de la Consommation*. De acordo com este, “Le consommateur à qui est fourni un service non conforme à son attente légitime peut exiger du professionnel: 1. soit le remboursement ou la diminution du prix; 2. soit la fourniture d’un service conforme” (art. 127).

Três são as alternativas oferecidas: “a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível”, “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos” e “o abatimento proporcional do preço”. Para os casos dos serviços também vale a fulminação de nulidade de pleno direito das cláusulas que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga” (art. 51, II). O texto, como um todo, exige alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, embora o comando legal diga que as opções são de livre escolha do consumidor, nem sempre assim o será. As diversas alternativas foram imaginadas como maneira de propiciar ao consumidor uma reparação adequada e eficiente. E só. Seu objetivo, portanto, não é punir o fornecedor.

Conforme já aventamos, a reexecução dos serviços, sempre a expensas do fornecedor, nem sempre é possível ou mesmo recomendável. Por exemplo, ao adquirir e utilizar um bilhete de transporte aéreo, o consumidor pode receber um serviço com vício de qualidade por inadequação (um atraso decorrente de *overbooking*). Ora, não faz sentido determinar que o fornecedor, em tal caso, reexecute inteiramente o serviço. Ou seja, esta alternativa só é admissível quando a reexecução significar uma recomposição *economicamente viável* do vício de qualidade por inadequação. Como já dito, não é ela forma de punição do fornecedor, nem de enriquecimento sem causa do consumidor.

Em segundo lugar, o direito à reexecução não é *intuitu personae*. Vale dizer, o consumidor, ao optar pela reexecução, não pode impor que o próprio fornecedor primitivo a cumpra. Se assim for imprescindível (a pintura de um quadro, por exemplo), a melhor solução é escolher outra das alternativas restantes. Mas se o fornecedor resolver confiar a reexecução a terceiro, assim o fará por conta e risco, isto é, continuará a responder pela prestabilidade de reexecução (art. 20, § 1.º).

Finalmente, o consumidor, qualquer que seja a opção escolhida, sempre tem direito a perdas e danos, desde que comprovados. Mesmo no abatimento proporcional do preço, já que tal pode se dar levando em consideração unicamente a depreciação do próprio bem de consumo (produto ou serviço). Não inibe esse raciocínio o fato de que só o inciso III prevê, expressamente, o pagamento de perdas e danos. É que o princípio, embora repetido no inciso III, tem assento também na parte geral do Código (art. 6.º, VI), informando, por conseguinte, toda a parte especial e servindo, em particular, para preencher as omissões do legislador.

6. *O conceito de serviço impróprio* — Existem produtos impróprios (art. 18, § 6.º) e também serviços impróprios (art. 20, § 2.º).

A impropriedade dos serviços decorre de:

- a) sua inadequação para os fins que razoavelmente deles se esperam;
- b) seu desrespeito às normas regulamentares de prestabilidade.

A primeira hipótese está afeita inteiramente ao serviço; é um dado intrínseco a ele. A inadequação é *material*. Por isso mesmo, cabe ao consumidor provar a desconformidade entre o serviço e a sua finalidade esperada. Aí está a essência do vício de qualidade por inadequação dos serviços.

Na segunda hipótese, a inadequação é meramente *formal*. O serviço, bastando estar formalmente desconforme com as normas regulamentares (as sanitárias, por exemplo), é presumido, absolutamente, portador de um vício de qualidade por inadequação. Não se exige dele, ao contrário do que sucede com a primeira hipótese, que tenha, de fato, uma desconformidade *real* com a expectativa legítima do consumidor.

Naquela hipótese, a prestabilidade é apreciada com os olhos voltados, essencialmente, para o serviço. Nesta, diversamente, a prestabilidade decorre da análise daquilo que a norma diz ser prestável. Veja-se o exemplo de uma auto-escola que funcione sem atender às normas regulamentares quanto ao grau de experiência de seus instrutores. O consumidor, receptor do serviço, pode até estar satisfeito com o seu aprendizado. Nem por isso o serviço deixa de apresentar um vício de qualidade por inadequação.

Cumpre salientar, mais desta vez, que o simples respeito às normas regulamentares não dá imunidade ao serviço no que tange aos vícios de qualidade por inadequação. O traçado normativo fixa somente um *standard* mínimo de qualidade. E o juiz — como porta-voz da expectativa legítima dos consumidores — pode muito bem entender que seu conteúdo, como mínimo, não atingiu o patamar da suficiência.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

1. *Os serviços de reparos a produtos* — O art. 21 cuida de uma modalidade especial de serviço, isto é, aquele destinado a consertar um produto. De acordo com o dispositivo legal, é inerente à reparação o emprego de peças que sejam:

- a) originais;
- b) adequadas;
- c) novas.

Peças originais são aquelas recomendadas ou endossadas pelo fabricante do produto a ser reparado. Peças adequadas são as que, por cumprirem as mesmas funções da substituída, retiram o vício que macula o produto objeto do serviço. Finalmente, a idéia de peça nova opõe-se à de peça recondicionada ou de segunda mão.

A expressão “manutenção das especificações técnicas do fabricante” do produto carente de conserto mitiga o dever de utilização de peças originais. Nada tem que ver com a necessidade de emprego de peças novas e adequadas. Caso o fornecedor faça uso de peças não originais, mas que atendam às especificações técnicas do fabricante do produto consertado, deve informar cabal e adequadamente o consumidor, assumindo ele o risco quanto ao atendimento às especificações técnicas, de vez que o consumidor não tem condições de verificar, por si mesmo, a exatidão da afirmativa.

Já a previsão de “autorização em contrário do consumidor” tem que ver com o dever de utilização de peças novas. Ao consumidor é lícito optar pelo reparo de seu produto através de peças recondicionadas, de regra

mais baratas, mas também com menor qualidade ou vida útil. Só sua autorização expressa libera o fornecedor do dever de apenas fazer uso de peças absolutamente novas. Não cumpre ele sua obrigação quando informa o consumidor *a posteriori*. A informação — verdadeira consulta — e também a aprovação devem ser feitas *a priori*.

Por conseguinte, dos três deveres elencados, dois podem ser afastados com a informação e consentimento do consumidor. Quanto a este aspecto — e de um modo geral — o dispositivo legal não apresenta redação impecável. Quando diz “salvo, quanto a estes últimos”, quer se referir à dispensa da originalidade e da novidade, uma vez que impossível é a disposição do direito à adequação. Nenhum consumidor pode abrir mão da adequação de um produto ou serviço. O máximo que se lhe permite é chegar a tal qualidade por meios mais baratos, mas, nem por isso, inadequados.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

1. *A Constituição Federal* — A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6.º, determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”¹³¹.

Os vícios de qualidade por inadequação dos serviços públicos não estavam, com certeza, na mente do legislador constitucional ao redigir o art. 37, § 6.º. Até porque — para usar a tradicional dicotomia — o seu fundamento legal é a responsabilidade civil aquiliana, enquanto o art. 22

131. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 269.

do Código de Defesa do Consumidor está inserido na Seção III, que cuida, exatamente, daquilo que os clássicos denominam responsabilidade civil contratual.

De qualquer modo, a amplitude do dispositivo constitucional acolhe, sem problemas, o regramento que o Código de Defesa do Consumidor dá aos serviços públicos, especialmente porque o legislador ordinário não adotou o rigor da distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

2. *A teoria da qualidade e os serviços públicos* — Não é mérito do art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do Estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero fornecedor (art. 3.º, *caput*). Na falta do art. 22, o Estado ainda seria responsável pelos serviços que prestasse, só que por força do art. 20. Portanto, a *ratio* principal da prescrição comentada é tão-só apartar o Estado do tratamento jurídico padrão fixado para outros serviços de consumo.

Mas nem por isso o preceito deixa de ter inovações. A primeira delas consiste em estabelecer uma obrigação especial de *adequação, eficiência e segurança* para os serviços públicos, independentemente da sua forma de prestação ou do sujeito que os forneça. Mostra que o legislador, pelo menos quanto aos serviços públicos, entendeu mais prudente repetir a regra geral imposta a todos os fornecedores (art. 4.º, II, *d*).

A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais — e só eles — devem ser *contínuos*, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado com continuidade, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo. Ressalte-se que o dispositivo não obriga o Poder Público a prestar o serviço. Seu objetivo é mais modesto: uma vez que o serviço essencial esteja sendo prestado, não mais pode ele ser interrompido. Uma coisa é o consumidor saber que não pode contar, por qualquer razão alegada pela Administração, com um determinado serviço público. Outra, bem distinta, é despojar-se o consumidor, sem mais nem menos, de um serviço essencial que vinha usufruindo.

3. *Os tipos de serviços públicos abrangidos* — Qualquer serviço público — seja público *stricto sensu* ou de utilidade pública, seja *uti universi* ou *uti singuli* — deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura. Em outras palavras: os serviços públicos simplesmente não podem portar vícios de qualidade (insegurança ou inadequação) ou de quantidade. Essa a norma geral.

Obrigação complementar é a da continuidade. Só que não exigível com tanta generalidade. Diz a lei que só os serviços essenciais devem ser prestados continuamente. Vê-se que é um dever jurídico não imposto ao fornecedor privado (art. 20). Continuidade, aqui, como salientado anteriormente, quer dizer que, se o serviço essencial está sendo prestado pela Administração Pública, não pode ser interrompido, a não ser que assim se dê em razão de caso fortuito ou força maior, excludentes clássicas.

O Código não disse o que entendia por serviços essenciais. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção da saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios). A lista não segue *ad infinitum*, devendo ser rigidamente jungida aos casos de efetiva imprescindibilidade. E este conceito, como tantos outros no direito do consumidor, é mutável, conforme evoluam as necessidades da sociedade de consumo.

Não pode a Administração, por exemplo, de uma hora para outra, decidir que não mais prestará serviços de telefonia, sob o pretexto de que o próprio mercado deles se encarregará. Uma vez que a iniciativa privada não esteja habilitada a atender, com eficiência, as necessidades dos consumidores, o Poder Público acha-se, então, obrigado a dar continuidade ao serviço que prestava anteriormente.

4. *A execução específica e o dever de indenizar* — O parágrafo único do art. 22 também excepciona o art. 20, dando uma feição diferenciada para o regime jurídico dos serviços públicos. Logo, em relação a estes, não são aplicáveis as alternativas do art. 20.

Uma vez que a Administração não esteja cumprindo as quatro obrigações básicas enumeradas pelo *caput* do art. 22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam “as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las”. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir da decisão, ou seja, para o futuro. Por isso mesmo, impõe-se o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores.

Conseqüentemente, se com a sua omissão o Poder Público causou danos aos consumidores, impõe-se o dever de repará-los. De que forma? Através dos sistemas previstos no Código. Se for vício de qualidade por insegurança, aplica-se o art. 14. Se for vício de qualidade por inadequação, afastadas as opções do art. 20, cabe tão-somente indenização, informada

pelo disposto no art. 23 (culpa presumida). Isto porque o dispositivo só confere duas alternativas ao consumidor (ao contrário do que sucede no art. 20): execução específica ou indenização.

A responsabilidade da Administração Pública, por conseguinte, ora será objetiva (vício de qualidade por insegurança), ora será subjetiva com culpa presumida (vícios de quantidade e de qualidade por inadequação).

Em resumo: a Administração Pública, como fornecedor que é (art. 3.º), em termos de responsabilidade civil, iguala-se aos agentes econômicos privados, sempre que se estiver diante de vícios de qualidade por insegurança (produtos e serviços), vícios de quantidade (produtos e serviços) e vícios de qualidade por inadequação (produtos apenas). Só quanto aos vícios de qualidade por inadequação dos *serviços* é que o Poder Público recebe do Código de Defesa do Consumidor tratamento diferenciado (art. 22).

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

1. *O conteúdo do art. 23 e o Código Civil* — O art. 23 limita-se a repetir, com aperfeiçoamentos, *parte* do texto do art. 1.102, do Código Civil, que, ao cuidar dos vícios redibitórios, estabelece que, “salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade”.

Desapareceu o permissivo para que, por disposição contratual, o fornecedor possa eximir-se de responsabilidade quando ignore a existência do vício. A propósito, no novo regramento estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, é nula de pleno direito a cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por “vícios de qualquer natureza” (art. 51, I). Mais especificamente, quanto à “garantia legal de adequação do produto ou serviço”, o legislador afirmou estar “vedada a exoneração contratual do fornecedor” (art. 24), dispositivo este que, como veremos, inclui os vícios de quantidade. Por último, de forma mais ampla, o art. 25 obsta qualquer “estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar” decorrente do sistema de garantias de consumo.

2. *O fundamento da responsabilidade nos vícios de quantidade e nos de qualidade por inadequação* — Já destacamos que a garantia contra os vícios de qualidade por insegurança, nos produtos e serviços, alicerça-se

em um dever *objetivo*, isto é, em uma obrigação cujo descumprimento permite ao consumidor buscar reparação independentemente da prova de culpa do fornecedor (arts. 12 e 14).

Não custa repetir que a responsabilidade civil do fornecedor pelos vícios de quantidade e pelos de qualidade por inadequação não é objetiva, mas sim *subjetiva*. Só que subjetiva, sim, mas com *presunção absoluta de culpa*.

Na prática, contudo, os resultados alcançados por ambos os modelos são, em geral, idênticos: a responsabilização do causador do dano sem indagação mais profunda sobre a sua culpabilidade, não se lhe dando, de mais a mais, oportunidade para fazer prova contrária de comportamento diligente. Outros sistemas, é verdade, já optaram por um *standard* objetivo de responsabilidade civil do fornecedor por tais tipos de vícios. É o caso da Inglaterra, onde o *Sales of Goods Act 1979* o responsabiliza objetivamente.

Como magnificamente acentua Aguiar Dias, “a assimilação entre um e outro sistema é perfeita, significando o abandono disfarçado ou ostensivo, conforme o caso, do princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade. Em teoria, a distinção subsiste, ilustrada por um exemplo prático: no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”¹³².

Aliás, ao analisar a teoria tradicional dos vícios redibitórios — agora aperfeiçoada, pelo prisma do direito do consumidor, como teoria da qualidade — o insuperável Silvio Rodrigues já pregava que “é de menor importância a questão da boa ou má fé do vendedor, pois a ignorância do vício não o exime da responsabilidade (Cód. Civ., art. 1.102). Efetivamente, a questão da culpa do alienante é secundária. Pois como a lei, em matéria de vício redibitório, tem por escopo emprestar segurança às relações jurídicas, é a justa expectativa do adquirente que ela visa assegurar. De maneira que, não obstante o alienante ignorar o defeito oculto da coisa, sua responsabilidade persiste, pois o legislador almeja possibilitar ao adquirente a certeza de que aquela sua expectativa normal não será frustrada”¹³³.

Portanto, em sede de vícios de qualidade por inadequação e de vícios de quantidade (porque estes devem ser — e são — tratados sob o mesmo regime) vigora uma *presunção, jure et de jure*, de culpa do fornecedor. Por

132. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., v. 1, p. 84.

133. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 3, p. 115. No mesmo sentido a melhor doutrina francesa: “La garantie contre les vices cachés n’est pas la sanction d’une faute commise par le vendeur — elle est due par un vendeur même de bonne foi” (Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons...*, cit., p. 221-2).

isso mesmo, não exclui a responsabilidade do fornecedor (aí incluindo-se o comerciante) a alegação de que atuou com a máxima diligência na introdução do produto ou serviço no mercado.

Mas qual a justificativa jurídica para tal imposição? Aqui merece ser trazido à colação comento esclarecedor de Gabriel A. Stiglitz: “o dever de garantia é . . . considerado como *de resultado ou de fim* e, então, supõe uma presunção de responsabilidade que — ao igual que a teoria do risco criado no extracontratual — situa o sistema ressarcitório, neste campo contratual, na órbita de ação dos fatores objetivos de atribuição”¹³⁴.

Assinale-se, em derradeiro, que o art. 23 não se aplica aos vícios de qualidade por insegurança e compreende-se que assim o seja. O Código tratou desta matéria em local diverso. Traçou para tais vícios um regime jurídico próprio, de responsabilidade civil objetiva (arts. 12 e 14). Ora, o sistema do art. 23, conforme já referido, não se funda na objetivização da responsabilidade, mas sim na presunção absoluta de culpa, de vez que a “ignorância do fornecedor . . . não o exime de responsabilidade”.

3. *As excludentes de responsabilidade pelas garantias* — Se a prova da ausência de culpa não tem o condão de isentar de responsabilidade o fornecedor, o que, então, lhe serve para tal? Estaríamos aí diante de hipótese de *responsabilidade civil absoluta*? A resposta é um sonoro não.

A responsabilidade do fornecedor, em tema de vícios de quantidade e de qualidade por inadequação, é lastreada em uma presunção absoluta de culpa, mas a responsabilidade, em si considerada, não é, de maneira alguma, absoluta. Ou seja, a desnecessidade de prova de culpa não significa que o consumidor nada mais tenha a provar.

Em primeiro lugar, cumpre atentar para um dado, alheio ao tema das excludentes do fornecedor, mas que, de qualquer maneira, tem muito que ver com a sua responsabilização. É que, pelo ângulo do consumidor, os casos de responsabilidade civil baseados em garantia legal são mais difíceis de solução judicial que os de garantia contratual, pois “a prova de descumprimento de uma garantia explícita e expressa é provavelmente mais fácil de cumprir do que a de violação de um *standard* de adequação” (*merchantability*)¹³⁵.

Agora já no plano do *onus probandi* do consumidor, cabe-lhe provar — embora não discutindo a culpa do fornecedor — o dano, o nexo causal entre o vício e o dano (especialmente quando este for externo ao bem), assim como que o vício ou as causas (o germe do vício) que lhe deram origem são anteriores ou contemporâneos ao fornecimento. Quanto

134. Gabriel A. Stiglitz, *Protección...*, cit., p. 91.

135. James White e Robert S. Summers, *Handbook...*, cit., p. 344.

a este último elemento, provado que não deu ao bem uso anormal, cria-se uma presunção contra o fornecedor, afirmativa da anterioridade do vício.

Não se encontra na Seção III, quanto aos vícios de quantidade e os vícios de qualidade por inadequação, dispositivo legal semelhante aos arts. 12, § 3.º, e 14, § 3.º. Não há qualquer razão que impeça o transporte daquelas excludentes para o âmbito dos vícios de quantidade e para os vícios de qualidade por inadequação. Aliás, a analogia o recomenda. Mantém-se, desta forma, um sistema uniforme de excludentes, em acordo com a modernidade do direito do consumidor.

Não faz realmente sentido admitir que a culpa da vítima ou de terceiro afaste a responsabilidade civil por acidente de consumo e não possa fazer o mesmo em matéria de vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação. Igual raciocínio pode ser utilizado para o caso fortuito e a força maior, desde que absolutamente alheios à atividade do fornecedor. No mesmo sentido é a opinião abalizada de Gabriel A. Stiglitz, quando sujeita o fornecedor, “para liberar-se da obrigação de indenizar, à prova do caso fortuito ou força maior, ou a culpa da vítima ou de terceiro”¹³⁶.

Quanto ao poder eximente do caso fortuito e da força maior, alguns esclarecimentos são necessários, tanto nesta matéria, quanto naquela pertinente aos vícios de qualidade por insegurança.

Como muito bem assevera Pontes de Miranda, “em princípio, ninguém presta em caso de força maior ou caso fortuito”¹³⁷. É a regra do art. 1.058, *caput*, do Código Civil: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. No direito do consumidor, alicerçado na concepção de que a empresa é a única em condições de pulverizar os riscos da sociedade de consumo, a exclusão da responsabilidade civil pelo caso fortuito ou força maior significa um rompimento de filosofia. De fato, tais excludentes não operariam se o fornecedor não praticasse, antes, a atividade. É exatamente porque esta ganha existência pela mão do empresário que o risco do caso fortuito ou força maior manifesta-se.

Mas a letra do Código deixa dúvidas sobre seu desejo em limitar a atuação do caso fortuito ou força maior. Tal constatação não implica dizer que concordemos, como princípio, com a aplicação dessas excludentes em matéria de responsabilidade civil do fornecedor, em especial quanto aos vícios de qualidade por insegurança.

É desnecessário distinguir, aqui — como em outras disciplinas — a força maior do caso fortuito. A diferenciação “só teria de ser feita, só seria

136. Gabriel A. Stiglitz, *Protección...*, cit., p. 91.

137. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, t. 23, p. 90.

importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes. Então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não têm base histórica, nem segurança em doutrina”¹³⁸.

Que fique um alerta, entretanto: não é caso fortuito ou força maior o fato que se origina na própria atividade produtiva, em si considerada. A inevitabilidade há que decorrer de elementos que se encontrem fora desta. Por exemplo, não caracteriza a excludente a alegação de que, em produção massificada, é inevitável a colocação no mercado de produtos com vícios de qualidade. Trata-se, aí, de inevitabilidade materializada *no interior da atividade econômica. Não há contribuição externa*, alheia a si mesma. É uma inevitabilidade que se comporta como verdadeira consequência natural da atividade. Por isso mesmo, não exime o responsável do dever de reparar. Não se pode, a pretexto de abrigar tais excludentes, reintroduzir o requisito de culpa, de resto totalmente contrário ao sistema do Código.

Finalmente, não é excludente, nos termos do que já explicamos, a diligência do fornecedor em descobrir o vício. Tampouco se exime de responsabilidade o comerciante sob o argumento de que certo vício só poderia ser conhecido pelo fabricante, produtor ou construtor. A mesma solução vale para a tentativa de afastamento da responsabilidade do comerciante sob o fundamento de sua não-especialização naquele tipo de produto ou serviço.

Tanto rigor se justifica pela possibilidade de reembolso que se abre ao comerciante, quando não tiver por si dado causa ao vício. Aplicável, na matéria, o art. 13, parágrafo único, assim como a sistemática do Código Civil, tanto quanto à solidariedade passiva (arts. 904-915), como quanto à sub-rogação (arts. 985-990).

4. *A irrelevância da aparência ou fácil constatação do vício* — Não afasta a garantia legal, igualmente, a alegação de que o vício é aparente ou de fácil constatação. Só a prova cabal de que o consumidor, realmente, conhecia o vício e todas as suas implicações para a adequação do produto ou serviço é que tem o condão de exonerar o fornecedor.

No sistema da garantia contra os vícios redibitórios, conforme estabelece o Código Civil, em seu art. 1.101, *caput*, a desconformidade tem que ser oculta (“vícios ou defeitos ocultos”). Aí está um dos requisitos para a aplicação da garantia tradicional, requisito este desprezado pelo direito do consumidor.

Não foi esse o modelo seguido pelo Código de Defesa do Consumidor. Para este é absolutamente irrelevante o caráter oculto do vício. Interessa-

138. Pontes de Miranda, *Tratado...*, cit., t. 23, p. 79.

lhe, em vez disso, a própria desconformidade do bem com a expectativa legítima do consumidor. Tal vem expresso, diretamente, no art. 26, *caput*: há direito de reclamar não só pelos vícios ocultos, como, ainda, pelos “*aparentes ou de fácil constatação*”.

Vício aparente é aquele que é patente, perfeitamente óbvio para o consumidor, passível de verificação *sem qualquer esforço*, físico ou mental. Basta a mera observação passiva. Um automóvel em que falte uma das rodas, por exemplo. Diversamente, vício de fácil constatação é o que, através de *esforço mínimo* (físico ou mental), pode ser percebido pelo consumidor. O mesmo automóvel, só que agora com problemas do limpador de pára-brisa, pois sua constatação exige um esforço físico, mínimo, é verdade, de acioná-lo. Num o procedimento do consumidor é de puro observador. No outro, é de verdadeiro experimentador.

Evidentemente, a aplicação da garantia aos vícios aparentes ou de fácil constatação não impede o fornecimento de produtos ou serviços *pouco menos que perfeitos* ou, mesmo que totalmente viciados para sua *destinação normal*, tenham sido adquiridos para uma outra, onde sua prestabilidade é total. Desde que o consumidor, de fato, esteja totalmente informado acerca de sua inadequação para uma de suas destinações múltiplas.

Ainda no caso do carro sem uma das rodas. Se o consumidor o adquiriu para reutilizar suas peças em outro automóvel seu, a carência de uma das rodas não implica, necessariamente, vício *para esta destinação*. A não ser que as peças que lhe interessem sejam exatamente as quatro rodas! É também o exemplo dos consumidores que adquirem produtos em “ponta de estoque”. Desde que o produto traga informação suficiente sobre tal, não há como se falar, aí, em vício de qualidade por inadequação.

Acrescente-se, porém, que se o vício for de tal monta que inviabilize ou dificulte, substancial ou irremediavelmente, a utilização do produto ou fruição do serviço, o conhecimento e aceitação plenos do consumidor são irrelevantes, já que atentatórios à *garantia legal mínima* fixada pelo Código. E para esta o legislador criou um impedimento completo de exoneração.

De qualquer modo, nas hipóteses cabíveis, como já assinalado, cabe ao fornecedor a prova de que o consumidor adquiriu o produto ou serviço com *total e adequado* conhecimento de sua imperfeição. Não lhe é suficiente provar que informou o consumidor sobre a desconformidade. Sua prova vai mais além: o consumidor deve estar ciente de que aquela desconformidade limita (em sentido amplo) a utilização normal do produto ou serviço.

Assim é porque o consumidor, como regra, adquire o produto ou serviço de utilização múltipla com a expectativa legítima de que tenha, de fato, tal multiplicidade. Ademais, na medida em que busca o produto ou serviço para si ou para a sua família, não lhe interessa manter produtos ou

serviços que contenham vício, mesmo quando este se localiza em uma de suas utilidades, ou, ainda, quando o preço é reduzido ou se lhe oferece outro tipo de compensação. O consumidor quer sempre o melhor que seu dinheiro pode comprar. Conseqüentemente, se esta é a regra, compete ao fornecedor provar que aquele consumidor específico dela se desviou.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

1. *O problema* — A adequação do produto ou serviço à expectativa legítima do consumidor produz sua satisfação. A situação ideal, então, seria esta: o consumidor — uma vez superada a fase de avaliação e escolha do seu produto ou serviço, e concretizada a aquisição, instaurando-se, por conseguinte, a relação jurídica de consumo — tem, na sua expectativa preenchida, o único resultado de todo o processo.

Mas assim não acontece sempre, pelo menos necessariamente.

2. *O negócio jurídico de consumo como território principal das garantias legal e contratual* — Se é certo que os problemas do consumidor podem ter início muito *antes* da própria aquisição do produto ou serviço — por exemplo, com práticas comerciais abusivas —, a verdade é que, só diante do bem de consumo, tem ele condições de apreciar, concretamente, a adequação deste às suas expectativas legítimas. É para essas situações, identificáveis quase sempre *após* a realização do negócio jurídico de consumo, que se põe a questão das *garantias*.

Como regra, pois, as garantias são institutos que resguardam o consumidor contra *riscos* (nas órbitas da integridade físico-psíquica e da integridade econômica) que se manifestam após a instauração da relação jurídica negocial de consumo. Dizemos que tal é o traço normal das garantias, pois, excepcionalmente, para os vícios de qualidade por insegurança, é possível a sua utilização sem que esteja presente qualquer negócio jurídico por parte da vítima. É a hipótese do *bystander*, onde relação jurídica entre vítima e fornecedor pode até haver; mas não é negocial.

Imagine-se um automóvel, recém-chegado à concessionária, que é guiado, em teste, por um de seus empregados. No seu percurso, por um defeito de fabricação nos freios, atropela e fere um pedestre. Não se pode aí, com rigor, falar-se, pelo prisma da relação consumidor-fornecedor, que houve negócio jurídico de consumo. E, apesar disso, o fabricante (ou importador),

por aquele acidente, responde em decorrência de uma garantia legal de segurança que lhe é imposta (art. 12, *caput*).

3. *Os diversos tipos de garantias* — Inicialmente, pelo prisma de sua fonte, as garantias, no sentido que aqui tomamos o vocábulo, são classificadas em *legais* e *contratuais*. Enquanto estas decorrem de manifestação de vontade das partes, aquelas são impostas *ex lege*. Surgem, daí, conseqüências importantes. A garantia legal independe de termo (art. 24), não podendo, exatamente porque imposta como dever, ser afastada, total ou parcialmente (art. 25, *caput*). Diversamente, a garantia contratual é estampada em um termo escrito (art. 50), sendo que as partes decidem livremente seu conteúdo, fixando a lei apenas requisitos formais de manifestação (art. 50, parágrafo único).

Pelo ângulo de seu conteúdo, identificamos: as *garantias do direito* e as *garantias do produto ou serviço*. Entre aquelas ressalta-se a *garantia contra a evicção*. Estas, por seu turno, subdividem-se em *garantia contra os vícios de quantidade*, *garantia contra os vícios de qualidade por insegurança* e *garantia contra os vícios de qualidade por inadequação*.

Logo, bem se percebe, tanto a *teoria da qualidade* como a *teoria da quantidade*, na forma como as expusemos, representam verdadeira base teórico-jurídica para as garantias contra os vícios de quantidade e de qualidade por inadequação e por insegurança.

A garantia legal contra os vícios de qualidade por insegurança é cuidada, largamente, nas Seções I e II. Diversamente, as outras vêm tratadas essencialmente na Seção III. Em conseqüência, os arts. 23 e 24 dirigem-se basicamente às garantias contra os vícios de quantidade e de qualidade por inadequação.

O Código de Defesa do Consumidor não cuida da garantia da evicção. Continua ela regrada pelo Código Civil (arts. 1.107 a 1.117). Quanto às garantias de qualidade (segurança e adequação) e de quantidade, cria-se um *sistema novo, especial, que afasta o Código Civil*, particularmente no que se refere ao regramento dos vícios redibitórios (arts. 1.101 a 1.106).

4. *As garantias como forma de alocação de riscos* — No contexto do Código de Defesa do Consumidor, as garantias se mostram, impossível negar, como uma forma de *alocação de riscos* entre o consumidor e o fornecedor¹³⁹.

Sua *ratio* é dirimir, por antecipação, quais dos riscos que são suportados pelo consumidor e, o que é mais importante, quais, entre tantos, que ficam sob encargo do fornecedor. Note-se que a alocação é feita por

139. No mesmo sentido, veja-se Ian Ramsay, *Consumer protection; text and materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 421.

exclusão: determinam-se os riscos enfrentados pelo fornecedor. Os remanescentes permanecem sobre os ombros do consumidor.

5. *Garantia legal e garantia contratual* — Afora a garantia legal, o Código também vislumbra uma outra: a contratual. Segundo o art. 50, *caput*, “a garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito”. Os dois institutos são inconfundíveis.

Uma diferença inicial aponta: a garantia legal independe de termo, enquanto este é ínsito à garantia contratual.

Por demais, bem se vê, a garantia contratual *soma-se* à legal, não podendo, em nenhuma hipótese, substituir ou mesmo limitar esta, já que o próprio Código veda a sua disposição pelo consumidor (arts. 25 e 51, I).

É possível enxergar-se diferença mais profunda entre um tipo e outro de garantia. Assim, a garantia legal obriga o fornecedor a suportar o ônus dos vícios existentes à época do fornecimento. Diversamente, pela garantia contratual o fornecedor, geralmente, compromete-se a manter a adequação do bem por um determinado período, curando seus vícios, independentemente de prova de anterioridade¹⁴⁰. Quanto a esta, como quanto a qualquer outro elemento da garantia contratual, o termo pode traçar limites.

Não é lícito ao fornecedor, a pretexto de concessão de uma garantia contratual, limitar, através dos termos desta, a extensão da garantia legal. Esta, não custa repetir, por ser imposta *ex vi legis*, não pode ser derogada ou limitada, nem mesmo quando, ao lado da derrogação ou limitação, são conferidos novos direitos. Nada, no seio da vontade das partes, a substitui, nada a afasta. Exceção parcial ocorre somente quando o consumidor for pessoa jurídica (art. 51, I, *in fine*).

Como muito bem preleciona Thierry Bourgoignie, o direito do consumidor consagra a existência de um direito à garantia que, em sendo imperativo, é tido como um mínimo obrigatório na relação consumidor-fornecedor. E as garantias convencionais, embora permitidas, só podem conter, no seu documento contratual, disposições *mais vantajosas* que aquelas já salvaguardadas pela garantia legal¹⁴¹.

A vedação é absolutamente de rigor. Um bom exemplo, comprobatório dos abusos praticados no mercado, é o famoso julgado norte-americano *Henningsen v. Bloomfield Motors*, de 1960, relacionado à venda de um automóvel. Conforme a decisão de Francis, J., “os termos da garantia representam um comentário triste acerca das práticas comerciais dos fabricantes de automóveis. As garantias desenvolveram-se no direito no interesse e para

140. Jean Calais-Auloy, *Droit...*, cit., p. 227.

141. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 304.

proteger o consumidor ordinário, que não se pode esperar tenha o conhecimento ou capacidade, ou mesmo a oportunidade, de fazer inspeção adequada de meios mecânicos, como os automóveis, e de decidir, por ele mesmo, se tais meios são razoavelmente adequados para o seu fim peculiar . . . O fabricante concorda em substituir partes viciadas, no prazo de 90 dias após a venda, ou até que o carro tenha rodado 4.000 milhas, qualquer dos dois que primeiro ocorra, *se a peça for enviada para a fábrica, com despesas de transporte pagas, e se o seu exame demonstra, suficientemente, que é viciada*. É difícil imaginar um ônus maior para o consumidor. . . ”¹⁴².

6. *A origem das garantias legais* — O Código de Defesa do Consumidor não inventou as garantias, nem as legais, nem as contratuais. Foi buscá-las no direito tradicional, alterou seu conteúdo e abrangência, limitando, ademais, o poder de disposição das partes. Na origem do novo sistema está, principalmente, a teoria clássica dos vícios redibitórios.

O art. 24 encontra-se na base desta modernização — verdadeira revolução — da teoria dos vícios redibitórios, revisão esta que é uma das prioridades do Código.

Fábio Konder Comparato mostra, com exatidão, a evolução histórica dos vícios redibitórios. Segundo ele, “enquanto no direito romano clássico a venda tem por objeto, em princípio, a coisa tal qual é, no direito justiniano seu objeto é a coisa tal qual deveria ser”. E continua: “Quer isto significar que, se no período clássico o vendedor não responde pelos vícios da coisa por ele desconhecidos, no direito de Justiniano essa responsabilidade lhe é atribuída mesmo no caso de ignorância. O comprador tinha dois tipos de ações, ambas *bonae fidei*, para se proteger contra esses defeitos ocultos: a *redhibitoria* e a *quantii minoris*, conforme fosse sua intenção resolver o contrato ou obter simples abatimento no preço pago. Provando, no entanto, que o vendedor conhecia o vício da coisa, teria direito à restituição do que pagou em dobro”. Finalmente, ainda segundo o grande mestre paulista, “tais normas foram substancialmente recebidas no Código de Napoleão, e de lá passaram a todos os demais Códigos ocidentais”¹⁴³.

O afastamento do regime anterior é substancial. No trabalho de modernização do tratamento dos vícios redibitórios, o legislador foi buscar inspiração no direito do *common law*, assim como na evolução jurisprudencial francesa, não esquecendo, é certo, toda a construção magnífica do novo direito europeu do consumidor.

Todos os produtos e serviços recebem uma garantia legal que indepen-

142. 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

143. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, cit., p. 92.

de de manifestação do fornecedor. Já que é imposta *ex vi legis*, não requer a emissão de termo.

Cotejemos, mais uma vez, o Código Civil. Reza o seu art. 1.102 que “*salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade*” (grifos nossos). Ao compararmos os dois textos, o velho e o novo, algumas diferenças ressaltam.

Por primeiro, o preceito do Código de Defesa do Consumidor aponta para a natureza jurídica correta da proteção contra os vícios redibitórios — para usar a nomenclatura do direito tradicional —, e por isso fala em “*garantia legal*” de adequação, isto é, chama de garantia aquilo que realmente o é.

Por demais, divergindo diretamente do art. 1.102, o texto em análise veda “a exoneração contratual do fornecedor”. Logo, qualquer cláusula contratual neste sentido, mesmo que expressa e inequívoca, não tem o condão de favorecer o fornecedor. A proibição de exoneração deve ser lida em conjunto com o art. 25, *caput*.

A garantia legal de adequação do Código de Defesa do Consumidor guarda ligeira semelhança com as garantias implícitas de comerciabilidade (*implied warranty of merchantability*) e a prestabilidade para um fim especial (*warranty of fitness for a particular purpose*), do Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos (*Uniform Commercial Code*). Não se trata, em absoluto, de transporte automático das soluções do *common law* que, aliás, neste ponto, não se prestam para uma proteção adequada do consumidor. Tanto que, ao sugerir este dispositivo à Comissão, embora tendo em mente o modelo norte-americano, tentei retirar dele os seus aspectos negativos, já bem apontados pela doutrina estrangeira.

7. *Os requisitos da garantia legal de adequação e quantidade* — A garantia legal submete-se a quatro requisitos básicos:

- a) existência de um contrato;
- b) manifestação de um vício;
- c) anterioridade do vício;
- d) reclamação no prazo próprio.

Em sede de vícios de qualidade por insegurança, onde consumidor é definido como “todas as vítimas do evento” (art. 17), o exercício da garantia de segurança pode ser feito por qualquer um, desde que vítima do produto ou serviço. Se esta encontra-se parada no passeio público e é atropelada por um automóvel descontrolado, em virtude de um defeito de fabricação nos seus freios, aproveita-lhe a garantia de segurança. Esse consumidor

não necessita conhecer ou ter relação contratual com o motorista ou com o fabricante. Nem sequer precisa saber, com precisão, qual o tipo de automóvel que o atingiu. Na garantia de segurança não cabe nenhum tipo de indagação contratual.

De modo diverso, as garantias contra os vícios de quantidade e qualidade por inadequação só podem ser alegadas uma vez provada a existência de um contrato na *base da colocação do produto ou serviço no mercado*, isto é, o consumidor — ou um dos consumidores sucessivos — deve ter contratado com o fornecedor. Por isso mesmo, essas garantias não aproveitam os terceiros ou *bystanders*. Mas por terceiro não se entenda, por exemplo, aquele que recebe, como presente, uma máquina fotográfica de um outro consumidor que a adquiriu (relação contratual original) em um estabelecimento comercial.

Logo, o vínculo contratual requisitado não há que ser direto entre a vítima do vício e o sujeito contra quem a garantia é exercida. Na identificação do liame, para preenchimento do requisito, olha-se para o momento em que o produto ou serviço foi comercializado, ou seja, indaga-se se, na *origem* de sua circulação na direção do consumidor, é encontrável um contrato.

Pelas mesmas razões, se o consumidor original adquire o produto do fornecedor e, ainda no prazo da garantia, o troca com outro consumidor, este pode exercer a garantia, pois esta *acompanha* o bem. Vislumbra-se, aí, claramente, um contrato na origem da colocação do produto no mercado.

O segundo requisito diz respeito à manifestação de um vício, desconformidade esta que é, geralmente, de quantidade ou de qualidade por inadequação. Mesmo os vícios de qualidade por insegurança (defeitos) podem dar ensejo, a critério do consumidor, ao exercício da garantia, particularmente quando ele busca opções satisfativas outras que não a pura indenização. Todavia, repita-se, os *bystanders*, quando atingidos em sua incolumidade físico-psíquica, só podem fazer uso da garantia de segurança regrada na Seção II, já que lhes falta o vínculo contratual com o fornecedor, requisito da utilização da garantia na Seção III.

O vício deve existir antes (anterioridade) ou no momento (contemporaneidade) da entrega do bem ou serviço. Seus efeitos, evidentemente, podem surgir após tal momento. Cuida-se aqui da causa e não da consequência. O *germe* do vício deve ser anterior à utilização do produto ou serviço. Se a televisão tem imagem ruim em decorrência de um vício no tubo, é este (causa) e não aquela (consequência) que deve ser contemporâneo à entrega do bem. Mesmo que a imagem, no instante dos primeiros usos pelo consumidor, esteja boa, vindo depois a se deteriorar em razão do vício, este, que é sua causa, permite o uso da garantia, pois era contempo-

râneo ao negócio. O “germe” está coberto pela anterioridade. A “doença”, por assim dizer, é que se manifestou depois.

Diga-se, ainda, que a prova da anterioridade do vício é difícil — em certas situações, impossível — para o consumidor. Por isso mesmo, o juiz, particularmente no caso de produtos ou serviços novos, deve aplicar a regra da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII.

Finalmente, a garantia tem que ser praticada dentro do prazo legal (30 ou 90 dias) que, como esquadriharemos abaixo, ora corre da “entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços” (art. 26, § 1.º), ora flui do “momento em que ficar evidenciado o defeito”, diga-se, o vício (art. 26, § 3.º).

8. *O objeto das garantias legais do art. 24* — Na sistemática do Código, a garantia legal do art. 24 aplica-se, fundamentalmente, aos vícios de qualidade por inadequação e aos vícios de quantidade. Tanto assim que foi inserida na Seção III do Capítulo IV, onde estão regradadas essas duas modalidades de vícios. A segurança tem sua própria garantia legal, também imposta *ex lege* (art. 8.º, *caput*), e, pois, também independente de termo.

Mais uma vez o legislador disse menos do que seria necessário, tanto no art. 23 como no art. 24. Naquele porque o texto faz menção apenas aos “vícios de qualidade por inadequação”, quando, conforme já analisamos, os vícios de quantidade, no decorrer do Código, são tratados de maneira assemelhada aos da adequação. No art. 24, por sua vez, o legislador menciona “garantia legal de adequação”, quando deveria ter feito referência também à “garantia legal de quantidade”. Daí que, mais neste ponto, o intérprete haverá que fazer uso da analogia referida no art. 7.º, *caput*.

A garantia legal — exatamente por ser legal — não se aplica apenas ao que o fornecedor diz para o consumidor. A propósito, pode aquele nada dizer (“garantir”) a este e, ainda assim, a garantia se apresenta em sua inteireza. Isso porque a sua fonte não está na dependência do que o fornecedor diz ou faz, mas sim do que a lei impõe a este como dever para com o consumidor.

Tudo como reação a práticas rotineiras no mercado de consumo, onde o fornecedor, particularmente o fabricante, a pretexto de mero silêncio, está, em verdade, contrariando expectativa, expressa ou tácita do consumidor, em relação ao produto ou serviço. Já excogitamos acima que a garantia de qualidade e quantidade pode ser *geral* (para o uso ou destinação comum do bem) ou *especial* (para o uso ou destinação específica do bem). Se o consumidor, direta ou indiretamente, solicita ou deixa transparecer que deseja aquele produto ou serviço para um fim especial, distinto, em maior ou menor escala, de outro que lhe é normal, entende-se que o fornecedor,

ao efetuar a transação, garante, juntamente com a geral, a expectativa particular.

Guardadas as devidas proporções, é esta a solução do *Uniform Commercial Code*. Fixa seu art. 2-315 que “sempre que o vendedor, ao tempo da contratação, tiver razão para conhecer qualquer razão particular pela qual os bens são desejados e o comprador confia na aptidão ou julgamento do vendedor para selecionar ou fornecer bens adequados, há, . . . , uma garantia implícita de que os bens são adequados para tal fim”.

Mesmo no Brasil, não é de agora que a jurisprudência vem mostrando inconformismo com essa situação em que o silêncio do fornecedor quer significar, na percepção do consumidor, aceitação de sua expectativa legítima.

Novamente, no exemplo, já trazido à colação, da máquina de fazer alumínio, o juiz Ricardo Cintra Torres de Carvalho relata, com precisão, essa insatisfação: “anoto, em relação a isto, que a legislação, doutrina e jurisprudência se encaminham claramente, como decorrência da complexidade de nossa sociedade, em tornar sempre mais sólida a garantia dos produtos fabricados, aumentando sempre a responsabilidade do fabricante. A ele compete, hoje, anunciar não apenas as qualidades de seu produto, mas também suas restrições e demais elementos que devam ser levados em conta pelos compradores. Mais, é inadmissível que a vontade de vender o leve a silenciar sobre qualquer elemento pressuposto pelo comprador como presente, e que ele saiba não existir”¹⁴⁴.

9. *O prazo da garantia legal* — Toda garantia contratual é dada com prazo certo, variando conforme se trate de produto ou de serviço, ou até entre produtos ou serviços assemelhados. Sua fixação depende, precipuamente, da vontade do fornecedor. Já a garantia legal, por ser imposta pelo legislador, não tem tanta flexibilidade. Não se estabelece um prazo individual para cada produto ou serviço. Seria um exercício impossível.

Os prazos das garantias legais — de segurança, de adequação e de quantidade — defluem não do art. 24, mas sim do regramento da decadência, para os vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação (art. 26), e da prescrição, para os vícios de qualidade por insegurança (art. 27).

A distinção que se faz não é entre produtos de um lado e serviços do outro, ou mesmo entre bens móveis e bens imóveis (critério este último adotado pelo CC na disciplina dos vícios redibitórios). O juízo adotado para as garantias legais de adequação e de quantidade é o da facilidade da constatação do vício e da durabilidade do produto (vejam-se os comentários aos arts. 26 e 27).

144. Proc. 1.485/80 e 1.671/80, cit.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

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

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

1. *A vedação das cláusulas limitativas* — Em sede de responsabilidade civil do fornecedor, está absolutamente proibida qualquer “cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar”. Não importa a origem do dever de indenizar (vício de qualidade por insegurança, vício de qualidade por inadequação ou vício de quantidade). De se notar que o verbo “indenizar”, neste contexto, deve ser entendido de forma ampla, no sentido de “reparar”, pois as alternativas dos arts. 18, 19 e 20, por exemplo, não são propriamente de indenização, mas sim de reparação. Aliás, é este o sentido da proibição do art. 51, I (fala-se em “responsabilidade” em vez de “obrigação de indenizar”).

A vedação inclui não só a exoneração absoluta como também a atenuação (fixação de limites ou tetos), assim como toda cláusula que impossibilite o cumprimento do dever de indenizar. Este último caso permite ampla atividade interpretativa do juiz. Tal proibição deve ser entendida como maculando de ilícita qualquer cláusula que dificulte, material ou juridicamente, o exercício do direito à reparação.

Note-se que o art. 25, *caput*, deve ser lido em conjunto com o art. 51, I. Diz esse preceito que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I — impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

A vedação das cláusulas limitativas de responsabilidade tem, como já aventado, uma única exceção. Trata-se dos contratos em que o consumidor é pessoa jurídica (art. 51, I, *in fine*).

É bom ressaltar, porém, que o permissivo legal excepcional diz respeito à *limitação*, continuando a proibição absoluta das cláusulas de exoneração completa e das que impossibilitem o exercício do direito à reparação. Finalmente, a cláusula limitativa só é admissível “em situações justificáveis”, cabendo o ônus da prova do caráter justificável da hipótese ao fornecedor.

2. *A proibição de transferência de responsabilidade* — O contrato de consumo tampouco pode trazer cláusula em que a responsabilidade seja transferida a terceiros. Segundo o art. 51, III, são nulas de pleno direito as cláusulas que “transfiram responsabilidade a terceiros”.

3. *A solidariedade dos causadores do dano* — A norma do art. 25, § 1.º, aplica-se a todas as modalidades de responsabilidade civil fundadas nos arts. 8.º a 25.

No caso dos vícios de qualidade por inadequação de produtos e dos vícios de quantidade tal seria desnecessário, de vez que a solidariedade já vem incluída nos próprios dispositivos legais (arts. 18, *caput*, e 19, *caput*).

4. *A responsabilidade do fornecedor de componente ou peça* — O art. 25, § 2.º, deixa claro que o fabricante, construtor ou importador de peças ou componentes (autopeças, por exemplo) também é responsável solidário quando o vício no produto ou serviço final for causado pela parte incorporada.

O dispositivo tem mais utilidade para o montador (aí incluindo-se o construtor) do que propriamente para o consumidor, posto que abre uma porta para que atue regressivamente, em especial contra o fabricante ou importador da peça ou componente.

O projeto francês de *Code de la Consommation* tem dispositivo semelhante: “En cas de dommage causé par un défaut du produit incorporé dans un autre sont responsables le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l’incorporation” (art. 165).

O texto, embora inserido na Seção III, que cuida “da responsabilidade por vício do produto e do serviço”, aplica-se também aos vícios de qualidade por insegurança regrados nas Seções I e II. A propósito, o seu inspirador francês está assentado exatamente no “chapitre cinq”, que rege a “sécurité des biens et des services”.

Seção IV

Da Decadência e da Prescrição

1. *As limitações temporais das garantias legais de qualidade e quantidade* — Nenhuma garantia, legal ou contratual, é eterna. Tampouco o são

os próprios produtos ou serviços. Este é o dado fático a exigir que as garantias sejam limitadas no tempo.

Mas se pode ajuntar, ainda, um dado político-jurídico. Não interessa à sociedade que os negócios jurídicos de consumo sejam, *ad infinitum*, passíveis de contestação. Na doutrina ainda atual de J. M. de Carvalho Santos, o interesse social “está a exigir que tenham solução definitiva as situações contrárias ao direito. E se o credor permanece inerte, sem providenciar para o efetivo exercício de seu direito, estabelece-se uma incerteza, uma situação de dúvida, que a ordem jurídica condena. E por condená-la, não tolerando que permaneça este estado contrário aos interesses superiores da ordem pública, é que impõe um termo, fazendo tal estado cessar”¹⁴⁵.

É assim em outras disciplinas jurídicas e não poderia ser diferente no direito do consumidor. A segurança das relações jurídicas, limitada, entre outras causas, pelas garantias, exige que, passado um período razoável, as partes vinculadas não mais possam atacar aquilo que, do seu relacionamento, surgiu.

2. *Decadência x prescrição* — Entre as diversas novidades do Código nesta matéria, vale citar algumas. Primeiro, não deixou ele dúvidas que a Seção IV cuida de dois tipos de prazos distintos: um de decadência e outro de prescrição. Em segundo lugar, aplica a decadência aos vícios de quantidade e aos de qualidade por inadequação, deixando a prescrição para os vícios de qualidade por insegurança. Ademais, ao revés do que ocorre com o Código Civil, não se faz distinção entre móveis e imóveis, mas sim entre produtos e serviços duráveis e não duráveis. Finalmente, apesar de se posicionar pela decadência no art. 26, permite que os prazos sejam “obstados”, passando, assim, ao largo da *vexata quaestio* da interrupção e suspensão dos prazos decadenciais.

Se o Código apartou prescrição de decadência, nem por isso os dois institutos, nos ensinamentos doutrinários, na jurisprudência ou mesmo na legislação, ganham contornos mais nítidos. Evidentemente, não é nosso intuito aqui desenvolver a controvérsia, cientes que estamos da advertência da *communis opinio doctorum* de que não são “muito nítidos os traços diferenciais que os extremam”¹⁴⁶. Ninguém, nem mesmo juristas de escol, consegue ocultar “a complexidade de tratamento da matéria em doutrina e na legislação. A bem dizer é este um dos pontos mais controvertidos da ciência jurídica”¹⁴⁷.

145. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, v. 3, p. 372.

146. J. M. de Carvalho Santos, *Código...*, cit., p. 373.

147. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 1, p. 597.

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

I — 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II — 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

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

§ 2.º Obstat a decadência:

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

II — (Vetado.)

- Redação do texto vetado: “a reclamação formalizada perante os órgãos ou entidades com atribuições de defesa do consumidor, pelo prazo de 90 (noventa) dias”;

III — a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3.º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

1. *A natureza jurídica dos prazos do art. 26* — Estamos, no art. 26, diante de verdadeiro prazo decadencial. O Código, é certo, ora fala em *decadência*, ora em *prazo decadencial*, ora, ainda, em *caducidade*. De qualquer modo, por serem estas expressões sinônimas, dúvida não fica sobre a natureza jurídica do instituto¹⁴⁸.

O Código Civil, ao reger os vícios redibitórios, tema este incorporado pelo Código de Defesa do Consumidor nas teorias da qualidade e da quantidade, assim dispõe: “Art. 178. *Prescreve*: . . . § 2.º Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação para haver abatimento do preço da coisa móvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver

148. Sobre a sinonímia entre *decadência* e *caducidade*, confira-se Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 1, p. 595.

o preço pago, mais perdas e danos”. E continua dizendo que prescreve “em seis meses: . . . IV — a ação para haver o abatimento do preço da coisa imóvel, recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato comutativo, e haver o preço pago, mais perdas e danos, contado o prazo da tradição da coisa” (art. 178, § 5.º).

Logo, o Código Civil não deixa dúvida sobre a natureza prescricional do prazo para alegar vício redibitório, seja quanto à coisa móvel, seja quanto à coisa imóvel. Todavia, como brilhantemente anota o inigualável Caio Mario da Silva Pereira, não é o Código Civil o local ideal para se buscar luzes para apartar decadência de prescrição. “O recurso ao pronunciamento legislativo não é mais feliz. O Código Civil de 1916 menciona (art. 178) apenas prescrição, sem apontar numerosas das hipóteses ali consignadas como sendo típicos casos de caducidade de direito e não de prescrição liberatória”¹⁴⁹. Talvez por essa razão não titubeie Camara Leal ao apontar, como prazos decadenciais, aqueles referentes aos vícios redibitórios¹⁵⁰.

2. *O conceito de decadência* — Por ser difícil a distinção entre prescrição e decadência, não quer dizer que os institutos não possam, pelo menos em sede doutrinária, ser apartados.

Leciona Nelson Nery Jr., com sua abalizada autoridade de processualista e civilista, que “embora tenham pontos em comum, com inegáveis semelhanças, os institutos da prescrição e da decadência se diferem substancialmente”¹⁵¹.

Assim é definida a decadência, em monografia clássica: “é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado”¹⁵².

3. *Dois prazos decadenciais distintos no art. 26* — De acordo com o Código Civil, o prazo para alegar vício redibitório nos bens móveis é um (quinze dias) e nos bens imóveis, outro (seis meses). O Código de Defesa do Consumidor não segue esta linha. Prefere não distinguir os bens (produtos e serviços) pela sua *mobilidade* ou não, dando ênfase a sua *durabilidade* ou não.

Trata-se, sem dúvida alguma, de critério muito mais consentâneo com a realidade da sociedade de consumo. Os bens imobiliários perdem, a cada

149. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 1, p. 598.

150. Antônio Luís da Camara Leal, *Da prescrição e da decadência*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 119-20.

151. Nelson Nery Junior, *Vícios do ato jurídico e reserva mental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 93.

152. Antônio Luís da Camara Leal, *Da prescrição...*, cit., p. 101.

dia que passa, a aura, quase divina, que informou o legislador do início do século. E este é um fenômeno ainda não concluído. Muitos dos bens móveis hoje produzidos rivalizam em complexidade com os imóveis, e chegam mesmo a ultrapassá-los.

O que é de mais difícil apreensão: um computador pessoal ou uma gleba de terra destituída de qualquer benfeitoria? Eis a razão por que não mais se justifica que, em termos de vícios redibitórios (agora vícios de quantidade e de qualidade), o imóvel tenha prazo para alegação de seis meses, enquanto o móvel tenha apenas quinze dias.

3.1. *O prazo de trinta dias* — Para os bens não duráveis, o prazo é de trinta dias. Por exemplo, o consumidor que adquiriu alimentos em um supermercado tem trinta dias para alegar os vícios. Pode parecer um prazo exageradamente longo, mas assim não o é. Mais e mais avançam as técnicas de conservação de alimentos, medicamentos e cosméticos. Um produto congelado pode ser adquirido hoje e só ser consumido daqui a seis meses, tudo conforme as especificações do próprio fabricante. Por conseguinte, os trinta dias, cotejados com essa realidade, ganham ares de equilíbrio.

O prazo é de trinta dias para *reclamar* e não para *ajuizar* a ação. Isto é, não se exige que o consumidor, impreterivelmente, proponha a ação cabível em trinta dias “a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços”. Faculta-se-lhe obstar esse prazo, direta (reclamação junto ao fornecedor) ou indiretamente (inquérito civil instaurado pelo Ministério Público).

Por bens não duráveis entenda-se todos aqueles que se exaurem ao primeiro uso ou em pouco tempo após a aquisição. Aí cabem, entre tantos outros, os alimentos, medicamentos, cosméticos, serviços de lazer e de transporte. A noção de bem não durável é mais ampla que aquela de bem consumível do Código Civil (art. 51). Isso porque os bens não duráveis não se limitam àqueles “cujo uso importa destruição imediata da própria substância”. São distintas, como já afirmamos, as noções de produtos não duráveis e produtos perecíveis (art. 13, III).

3.2. *O prazo de noventa dias* — Se o produto ou serviço for durável, o prazo para reclamar é de noventa dias. Ressalte-se, novamente, que o consumidor não necessita, nesse período, ir correndo propor sua ação indenizatória. O prazo é para *reclamar* do vício. Ao contrário, o Código lhe permite que reclame junto ao seu fornecedor e também que o Ministério Público instaure inquérito civil.

Bens duráveis podem ser definidos por exclusão em relação aos não duráveis. De qualquer modo, caracterizam-se eles por terem uma vida útil não efêmera, embora não se exija que seja prolongada. Do nosso cotidiano podem ser tirados alguns exemplos: o automóvel, os computadores, os uten-

sílios domésticos, os móveis, os serviços de assistência técnica, os de oficina, os de reforma de habitações, os de decoração. Os produtos imóveis são, como regra, duráveis.

4. O “*dies a quo*” do prazo decadencial — A distinção entre vícios ocultos de um lado e vícios aparentes ou de fácil constatação do outro nada tem que ver com o prazo decadencial em si. *Em qualquer das duas hipóteses, será ele sempre de trinta dias para os bens não duráveis e noventa dias para os duráveis.*

O caráter oculto do vício só é relevante na fixação do *dies a quo* do prazo, isto é, do momento em que passa a fluir, do seu ponto de partida.

5. O “*dies a quo*” nos vícios aparentes e de fácil constatação — Nos vícios aparentes ou de fácil constatação, o prazo conta-se “a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços” (art. 26, § 1.º). De modo diverso, se o vício for oculto, o lapso temporal terá início “no momento em que ficar evidenciado o defeito” (art. 26, § 3.º).

5.1. A noção de vícios aparentes e de fácil constatação — Em primeiro lugar, cumpre alertar que vícios aparentes, vícios de fácil constatação e vícios ocultos são noções diversas.

Conforme já destacamos, o vício aparente caracteriza-se pela obviedade. Para percebê-lo basta ao consumidor ter o bem a sua frente. Nem sequer é necessário testá-lo. A sua simples visualização já basta para que o consumidor perceba o vício, posto que este salta aos olhos. É o televisor sem a tela, o automóvel com riscos em toda sua superfície, é a casa sem portas.

Diversamente, no vício de fácil constatação, a percepção da desconformidade exige do consumidor um certo esforço, físico ou mental. O consumidor tem que testar o bem para detectá-la, embora, em o testando, a descubra com imensa facilidade. Não se exige dele qualquer conhecimento técnico especializado ou mesmo atenção além da normal. Uma televisão com o tubo invertido — e este é caso concreto enfrentado pelo Procon-SP —, fazendo as imagens aparecerem de cabeça para baixo, é um bom exemplo. Aí o consumidor necessita aplicar alguma diligência: desembalar o produto, instalá-lo e, finalmente, ligá-lo. Nisso consiste o teste, elementar em tal tipo de vício.

5.2. A entrega do produto ou a execução do serviço e o “*dies a quo*” do prazo — Nos vícios aparentes e de fácil constatação, o prazo começa a fluir da entrega do produto ou da execução do serviço.

Não basta qualquer entrega. O Código requer que ela seja efetiva. Logo, se o fornecedor entrega uma aparelhagem de som e lhe falta uma

das caixas, não estamos diante de entrega efetiva. Como consequência, a decadência não corre enquanto esta não for perfeccionada.

6. O “*dies a quo*” nos vícios ocultos — Se o vício é oculto, o prazo de trinta ou noventa dias que o consumidor tem para reclamar não começa a correr “da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços” (§ 1.º), mas sim do “momento em que ficar evidenciado o defeito”, ou, em melhor técnica, o vício (§ 3.º). É solução já apontada na jurisprudência francesa¹⁵³.

6.1. A noção de vício oculto — Quanto aos vícios ocultos, a precisão do § 1.º foi substituída pela flexibilidade (e imprecisão) do § 3.º. Algumas dúvidas necessitam ser esclarecidas. Outras, só a jurisprudência, no caso a caso, conseguirá dissipar.

O vício oculto é aquele que o consumidor só consegue detectar com conhecimento técnico especializado ou com esforço (físico ou mental) substancial. Não se requer que o consumidor não consiga detectar os *efeitos* produzidos pelo vício. Estes podem ser absolutamente aparentes ou de fácil constatação e, ainda assim, o vício ser considerado oculto.

Realmente. Uma vez que a desconformidade *per se* seja oculta, mesmo que seus efeitos não o sejam, está caracterizado o vício oculto. Um exemplo melhor esclarecerá o que afirmamos. O consumidor pode adquirir um televisor com vício de sintonia e, por serem difíceis as condições de transmissão na sua região, atribuir tal a este fato e não àquele. Aí temos que os *efeitos* do vício são totalmente aparentes e o vício, em si considerado, não o é. Um técnico, com conhecimento especializado, poderia, de imediato, atribuir a irregularidade na sintonização ao produto mesmo e não às condições físicas da área. Mas tal conhecimento não se exige do consumidor.

Neste último caso, embora passados os noventa dias da data da entrega efetiva do televisor, o consumidor ainda pode reclamar, de vez que o vício é oculto, apesar de seus efeitos não o serem. O seu prazo fatal só começará a correr no “momento em que ficar evidenciado o defeito” (art. 26, § 3.º), e não os seus efeitos.

Frise-se que o art. 26, § 3.º, tem uma imprecisão técnica. Não se cuida aí de “defeito” (vício de qualidade por insegurança), regrado, quanto ao aspecto temporal para reclamar, no art. 27. Aqui se está diante de vício de quantidade e de qualidade por inadequação.

6.2. A manifestação do vício e o “*dies a quo*” do prazo — A regra, lida apressadamente, não oferece dificuldade: uma vez que se manifeste o

153. Cass. Civ., 5 de janeiro de 1972, JCP, 1973-II-17.340, comentários de P. Malinvaud; ver, também, Cass. Civ., 4 de janeiro de 1979, JCP, 1979-IV-82.

vício oculto, a partir daí flui o prazo fatal do consumidor para manifestar sua insatisfação. Tudo visto desta forma parece simples. Mas não é.

O legislador, na disciplina desta matéria, não tinha, de fato, muitas opções. De um lado, poderia estabelecer um prazo totalmente arbitrário para a garantia, abrangendo todo e qualquer produto ou serviço. Por exemplo, seis meses (e por que não dez anos?) a contar da entrega do bem. De outro lado, poderia deixar — como deixou — que o prazo padrão (trinta ou noventa dias) passasse a correr apenas do momento em que o vício se manifestasse.

Esta última hipótese, a adotada pelo legislador, tem prós e contras. Falta-lhe objetividade e pode dar ensejo a abusos. E estes podem encarecer desnecessariamente os produtos e serviços. Mas é ela a única realista, reconhecendo que muito pouco é uniforme entre os incontáveis produtos e serviços oferecidos no mercado. Em acréscimo, a solução encontrada pelo legislador permite a real incorporação da durabilidade na teoria da qualidade.

Como vimos, o Código estabelece a durabilidade como um requisito essencial de produtos e serviços. Sucede que se o legislador fixasse um prazo padrão qualquer para os vícios ocultos (seis meses, por exemplo), e o fizesse fluir a partir da entrega da prestação, a durabilidade, em muitos e muitos produtos e serviços, apesar de legalmente garantida, não poderia ser cobrada. É que tal dado varia de produto para produto, de serviço para serviço. É um fator relativo, sempre calculado em relação à vida útil do bem.

Tome-se o exemplo de um videocassete. Sua vida útil média, hoje, é de oito anos. Muito provavelmente, só após quatro anos é que o consumidor terá condições de avaliar se a garantia de durabilidade foi ou não foi cumprida. Se o prazo para alegar vícios (entre os quais a durabilidade) fosse de seis meses *a contar da entrega*, raramente o consumidor faria uso de sua garantia de durabilidade neste caso. A não ser quando o videocassete, excepcionalmente, tivesse a sua vida útil encurtada de tal modo que se adequasse ao prazo decadencial fixo (seis meses, *in casu*).

O sistema do Código, como dissemos, é complexo. O prazo decadencial não varia, trate-se de vício oculto, ou não. Mutável é somente o *ponto de partida* deste prazo. Numa situação identifica-se com a entrega do produto ou a execução dos serviços e, noutra, com a manifestação do vício. De qualquer modo, em ambas, o consumidor tem que provar a anterioridade do vício ou, na pior das hipóteses, de seu germe. E é este requerimento que traz uma certa segurança para o critério flexível adotado pelo legislador no tratamento dos vícios ocultos.

Em síntese, diante de um vício oculto qualquer o juiz vai sempre atuar

casuisticamente. Aliás, como faz em outros sistemas legislativos. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia. Quanto mais próximo esteja o produto ou serviço do término de sua vida útil, mais difícil será ao consumidor provar que o vício é de origem (anterioridade) e não mera decorrência de desgaste normal de uso. Ao revés, quanto mais distante estiver o bem do término de sua vida útil, maior facilidade terá o consumidor de provar a anterioridade do vício. A jurisprudência estrangeira, neste último caso, vem entendendo que há uma presunção relativa de anterioridade quando o bem é novo ou recém-adquirido.

Note-se que a dificuldade da matéria não é recente, nem se limita ao Brasil. O Código Civil francês, em matéria de vício redibitório, menciona a ação do comprador “dans un bref délai” (art. 1.648), sem especificar a duração precisa do prazo, deixando-o à apreciação do juiz. Tal lapso, como muito bem acentua Thierry Bourgoignie, deve ser contado “do momento da descoberta do vício”¹⁵⁴. O juiz, para tais hipóteses, tem grande liberdade para, com fundamento em perícias, adaptar a norma ao caso concreto. Muito antes de qualquer movimento de proteção ao consumidor, Planiol e Ripert, no modelo francês, já cuidavam dessa ampla margem de apreciação do juiz¹⁵⁵.

Só que, enquanto o legislador francês preferiu não dar prazo algum, o nosso o deu (trinta ou noventa dias), deixando, contudo, de fixar seu *dies a quo* — o ponto de partida — de modo cristalino. O *Projet de Code de la Consommation*, a sua vez, cria um sistema dual de prazos para a alegação dos vícios de quantidade e de qualidade por inadequação (*défaut de conformité*): nenhum vício poderá ser alegado após *dez anos* da colocação do produto ou serviço no mercado (art. 124). Ademais, todos os vícios

154. Thierry Bourgoignie, *Éléments...*, cit., p. 292.

155. Recuperemos o que ensinam os dois clássicos: “Conformément à la tradition romaine, le Code civil a exigé que l’action en garantie des vices fût intentée dans un court délai; imposée par la rapidité des ventes opérées sur les marchés, cette règle s’est maintenue avec l’extension de la garantie: la preuve des vices et de leur existence au jour de la vente deviendrait impossible si l’exercice de l’action était trop tardif”. E continuam: “Mais contrairement au Droit romain, le Code civil ne fixe pas la durée de ce délai; l’art. 1648 exige seulement que l’action soit intentée *dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l’usage du lieu où la vente a été faite*”. Em conclusão: “Les juges du fait déterminent librement le point de départ du délai. Le plus souvent, ils ne tiennent compte ni du moment de la vente, ni de l’époque de la livraison; mais ils font courir le délai de l’art. 1648 du jour où le vice s’est révélé à l’acheteur. Ainsi le vice d’une machine n’apparaît que le jour où la machine est en plein fonctionnement; le vice du fil destiné à la confection des bas n’apparaît qu’après la teinture; le vice des matériaux de construction n’apparaît qu’aux premières gelées qui suivent la construction. Le délai commence à courir à ces dates” (Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, t. 10, p. 155-6).

que apareçam em menos de dois anos após a colocação do bem no mercado são presumidos, salvo prova em contrário, existentes no momento desta (art. 121, variante A).

Em resumo: a dificuldade existe, mas não é insuperável. Dois critérios, complementares, vão ser empregados pelo juiz. O primeiro deles tem que ver com a prova que do consumidor se espera acerca da anterioridade do vício (cujo ônus pode ser invertido, particularmente quando o bem for novo). Uma vez que ele preexistia ao fornecimento, pouco importa o tempo que tenha passado deste até o seu descobrimento pelo consumidor. O segundo critério diz respeito à vida útil do produto ou serviço. Serve também para fundamentar a imposição de uma presunção de anterioridade do vício quando este se manifestar em produtos ou serviços novos ou ainda na primeira metade de sua vida útil.

7. *A obstrução da decadência* — Na doutrina tradicional é majoritária a opinião de que a decadência nem se interrompe nem se suspende¹⁵⁶. O Código passou ao largo do problema teórico, afirmando que há causas de *obstrução* da decadência. São duas.

A primeira delas é a reclamação feita pelo consumidor junto ao seu fornecedor. Deve ela ser comprovadamente formulada, isto é, o consumidor deve provar que, de fato, reclamou. A lei fala em reclamação ao “fornecedor”. Vale dizer: naqueles casos de solidariedade, o consumidor, para estancar a decadência, pode encaminhar sua insatisfação para *qualquer um* dos coobrigados. E o seu efeito aplica-se contra todos.

A decadência não volta a correr enquanto não houver resposta negativa do fornecedor. Negativa em relação ao pleito do consumidor. A resposta deve ser transmitida de maneira “inequívoca”, quer dizer, de modo que o consumidor entenda, perfeitamente, que o fornecedor lhe está negando o direito que ele afirma ter.

Outra causa de obstrução da decadência é a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público. Enquanto não terminado, o prazo não volta a fluir.

E se, uma vez arquivado pelo Promotor de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público não concorda com o ato e determina o seu prosseguimento (Lei n. 7.347/85, art. 9.º, § 4.º)? Nenhuma dificuldade. O arquivamento não encerra o inquérito civil enquanto não confirmado pelo Conselho. Sempre que este órgão não o aceite, é como se arquivamento não tivesse existido, e, evidentemente, o inquérito civil não foi “encerrado”.

156. Para uma análise da possibilidade de “suspensão” do prazo decadencial, confira-se Vittorio Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 33.

Art. 27. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado.)

- Redação do texto vetado: “Interrompe-se o prazo de prescrição do direito de indenização pelo fato do produto ou serviço nas hipóteses previstas no § 1.º do artigo anterior, sem prejuízo de outras disposições legais”.

1. *O conceito de prescrição* — Conforme acentua Nelson Nery Jr., “existe grande divergência entre os doutrinadores a respeito do conceito e natureza jurídica da prescrição, com profundos reflexos no nosso vigente Código Civil, que sequer faz menção à figura da decadência, tratando somente da prescrição, confundindo os dois institutos”¹⁵⁷.

Dissipando dúvidas sobre o tema, encontráveis até na melhor doutrina, acrescenta o jurista do Ministério Público de São Paulo: “nada tem a ver, portanto, o direito de ação com a prescrição, importando significar que a prescrição não extingue a ação, mas sim a pretensão”. E conclui: “do mesmo modo, a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver à prescrição... Assim, não há como falar-se em prescrição do direito”¹⁵⁸.

2. *O prazo prescricional para os vícios de qualidade por insegurança* — A regra do art. 27 é mais simples (ou menos complicada) que a do art. 26.

O prazo prescricional estabelecido é sempre de *cinco anos*. Não se faz qualquer distinção quanto à natureza do bem de consumo, ou quanto à forma de apresentação do vício (oculto ou não) que deu origem ao dano. A única exigência é que se trate de vício de qualidade por insegurança.

3. *O “dies a quo” do prazo prescricional* — O prazo prescricional só começa a correr uma vez presentes dois requisitos *cumulativos*:

- a) o conhecimento do dano;
- b) a identificação da autoria.

157. Nelson Nery Junior, *Vícios...*, cit., p. 90.

158. Nelson Nery Junior, *Vícios...*, cit., p. 92.

O conhecimento do dano tem que ver com a percepção do consumidor de que, efetivamente, sofreu um dano. Não se trata de simples “manifestação do dano”. Este, é certo, pode já ter se manifestado e, nem por isso, ter sido percebido pela vítima. Imagine-se o caso de um consumidor, contaminado por radiação em alimentos, que, repentinamente, começa a perder cabelo (manifestação do dano), mas que, por falta de orientação médica, atribui tal fato a um problema genético de calvície. A queda do cabelo, aí, por si só, não preenche o requisito do conhecimento do dano. O máximo que se tem, neste caso, é conhecimento dos *efeitos* do dano, embora caren-te a percepção de que se trata de dano. E o que o dispositivo quer é que o consumidor tenha consciência de que aquilo que sofre é, de fato, um dano.

Na identificação da autoria, se o consumidor identificar um dos autores e não os outros, a prescrição só começa a correr em relação àquele.

4. *As causas de suspensão e interrupção do prazo* — Uma vez vetado o parágrafo único do art. 27, o prazo prescricional passa, em matéria de suspensão e interrupção, a ser regrado pelo Código Civil.