

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Cibele Pinheiro Marçal Tucci**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dicotomia entre responsabilidade por vício ou por fato; 3. Análise da dicotomia nas origens do diploma consumerista; 4. Colocação do problema no CDC brasileiro; 5. Defeito do produto ou serviço como premissa da responsabilidade civil; 6. Distinção entre responsabilidade por fato ou por vício; 7. Principais diferenças entre a responsabilidade por vício e a responsabilidade por fato do produto ou serviço; 7.1. Responsabilidade objetiva, subjetiva (presumida); 7.2. Legitimação passiva para a reparação do dano; 7.3. Inversão do ônus da prova; 7.4. Prazo prescricional.

1. Introdução

A responsabilidade por vício do produto ou serviço no Código de Defesa do Consumidor (CDC) difere substancialmente da responsabilidade por fato do mesmo produto ou serviço, sendo imprescindível apartá-las, para resolver uma variedade de problemas práticos. Só haverá responsabilidade por fato do produto ou serviço se puder ser apontado um evento futuro e incerto, o acidente de consumo, conexo ao defeito do produto ou serviço, que possa ser considerado fato gerador de danos pessoais **ou patrimoniais**, estranhos ao objeto da prestação. Já a responsabilidade por vício está atrelada à idéia de inadimplemento contratual, em que o produto ou serviço defeituoso não se presta à sua finalidade, padece de redução de seu valor intrínseco ou de sua utilidade.

O grande marco distintivo repousa no fato de que, em matéria de responsabilidade civil por vício (diferentemente do que ocorre quando se trata de responsabilidade por fato do produto ou do serviço), é aplicável a teoria subjetiva, tornando relevante a discussão acerca da culpa do fornecedor.

2. Dicotomia entre responsabilidade por vício ou por fato

O art. 4º do CDC estabeleceu como objetivo da política nacional das relações de consumo o atendimento às necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança e a proteção de seus interesses econômicos, enunciando desde logo, como princípio, a garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Mestre em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

A partir da evidente dicotomia estabelecida, em matéria de responsabilidade civil, pelos arts. 12 e seguintes do CDC, a doutrina passou a formular conceitos embasados em dois tipos de responsabilidade civil decorrente de relação de consumo: a) responsabilidade por vício do produto ou do serviço; b) responsabilidade por fato do produto ou do serviço defeituoso.

Segundo orientação que se difundiu entre alguns dos autores especializados na matéria, a responsabilidade por vício e aquela por fato do produto ou serviço devem ser classificadas de acordo com o bem da vida que sofre a lesão ou está ameaçado. Se o bem em questão estiver enquadrado entre os direitos da personalidade do consumidor, especialmente sua incolumidade física ou psíquica, ter-se-ia responsabilidade por fato do produto, decorrente de **defeito de segurança**¹. Por outro lado, se o dano vier a incidir sobre os interesses econômicos do consumidor final, haveria exclusivamente **defeito de qualidade**, tornando o produto ou serviço inadequado ao consumo, ou menos valioso, de modo que a responsabilidade, nesse caso, seria por vício do produto².

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN³, com a autoridade de quem participou ativamente da redação do anteprojeto do CDC, sintetiza esse entendimento que acabamos de referir, propondo a criação da denominada **teoria da qualidade**, segundo a qual a proteção do consumidor comporta dois aspectos: a) seu patrimônio; b) sua saúde.

Segundo as ponderações de ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN⁴, “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 de segurança como uma **vertente acessória** da problemática da adequação ou prestabilidade do produto ou serviço. Cabe, conseqüentemente, ao Direito do Consumidor, apartar os dois conceitos elevando a preocupação com a segurança de produtos e serviços a um **fim em si mesmo**”.

Segundo esse entendimento, parte-se da premissa de que, sendo mais rigorosas as regras afetas à *responsabilidade por fato do produto*, a ela devem ser carreados todos os casos de dano, ameaça ou risco de dano à incolumidade física ou psíquica do consumidor final. O dano de natureza exclusivamente patrimonial receberia, então, tratamento mais brando, sob a égide da *responsabilidade por vício do produto ou do serviço*.

Ocorre que a interpretação do texto da lei (literal e sistemática) parece não autorizar esse tipo de distinção. A dúvida repousa justamente no sentido exato que se deve atribuir à *segurança* do produto ou serviço. Em outras palavras, se somente o produto ou serviço lesivos à incolumidade física e psíquica reputam-se inseguros.

¹ As imperfeições dos produtos ou serviços, segundo diversos autores, devem ser classificadas entre duas espécies, **defeito ou vício**, que não se confundem entre si; v. a propósito, Arruda Alvim *et alii*, *Código de defesa do consumidor comentado*, p. 102. Entretanto, a distinção é irrelevante nos termos em que se assenta o presente estudo.

² Cf. nesse sentido, entre outros, Roberto Senise Lisboa, *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, tese, São Paulo, 2000, pág. 423, Odete Novais Carneiro Queiroz, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 18.

³ Responsabilidade civil e acidente de consumo no código de defesa do consumidor, in *Revista do Advogado* n. 33, p. 16 e segs.

⁴ *idem*.

3. Análise da dicotomia nas origens do diploma consumerista

Também em Portugal, muito antes da promulgação do CDC brasileiro, e pouco tempo após a promulgação, naquele país, do primeiro diploma europeu efetivamente dedicado à defesa dos consumidores (Lei n. 29/81 de 22 de agosto), CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵, em obra específica sobre o tema, dá-nos notícia de que nos programas preliminares da Comunidade Comum Européia, especificamente a Resolução do Conselho Europeu de 14 de abril de 1975⁶, n. 15, alínea ‘ i ’, já proclamava que: “os bens e serviços colocados à disposição dos consumidores devem ser tais que, utilizados em condições normais e previsíveis, não apresentem perigos para a sua *saúde e segurança*”.

Segundo esclarece, a propósito, esse mesmo autor⁷, “As mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta idéia como tal, são impostas por razões de saúde pública” mas a imprecisão terminológica, não permitia conclusões definitivas: “Não resulta claro neste texto, como noutros de teor semelhante, se saúde e segurança são conceitos distintos ou aspectos diferentes dum mesmo objetivo. Mais correcto e preciso seria mencionar a necessidade de condições de segurança para a vida e a saúde dos consumidores”.

Ressalta a primeira vista, em cenário de ainda incipiente proteção ao direito dos consumidores na Europa⁸, o evidente desprezo pelos interesses *econômicos* do consumidor, deixando desprotegido o seu patrimônio⁹, uma vez que todas as atenções se voltam para a sua *segurança pessoal*.

As preocupações eram sempre voltadas à proteção da saúde física do consumidor. Verifica-se, por exemplo, que no julgado norte americano apontado como precursor, em matéria de fixação da responsabilidade objetiva do fornecedor por fato do produto (*Greenman v. Yuba Power Products*), a sentença datada de 1962 faz menção expressa aos danos à pessoa: “*manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being*”¹⁰.

A mesma tendência era observada na Europa, como dá mostra a CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE A RESPONSABILIDADE DERIVADA DE PRODUTOS EM CASO DE LESÕES CORPORAIS OU MORTE, aprovada pelo Conselho da CEE, em 27 de janeiro de 1977.

⁵ *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 71.

⁶ Programa preliminar da comunidade econômica européia para uma política de proteção e de informação dos consumidores – Resolução do Conselho de 14 de abril de 1975.

⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* cit., p. 71

⁸ Há louváveis resquícios de proteção do consumidor, datadas do século XIX, como o *Sale of Goods Act*, de 1893, na Inglaterra, que não rompe, propriamente, com a tendência individualista da época, mas já traz significativas exceções ao princípio *caveat emptor*. Igualmente, já em 1916 nos Estados Unidos, e em 1932, na Grã-Bretanha, apareceram pela primeira vez indicações jurisprudenciais de um dever geral de diligência (*duty of care*) e inversão do ônus da prova.

⁹ V. por todos, Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* cit., p. 71 e segs.

¹⁰ *Apud* Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* cit., p. 137, nt. 159.

Apenas em 1981, com o “SEGUNDO PROGRAMA DA COMUNIDADE COMUM EUROPEIA PARA UMA POLÍTICA DE PROTEÇÃO E DE INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES” aprovado pela Resolução de 19 de maio, passou-se a incluir de maneira tímida a proteção contra danos patrimoniais decorrentes de vício do produto ou serviço: n. 28, alínea 2 – “O consumidor deve ser protegido contra os prejuízos causados aos seus interesses econômicos por um produto defeituoso ou por serviços insatisfatórios.”

De qualquer forma, o que importa para o que se pretende aqui demonstrar, é que a responsabilidade civil por fato do produto estava inicialmente atrelada à idéia de proteção da saúde física do consumidor, o que acabou gerando a já referida bipartição da matéria em duas searas, quais sejam, a responsabilidade por fato do produto ou serviço, decorrente de defeito de segurança, de um lado; e, de outro, a responsabilidade por vício, decorrente de defeito de qualidade.

Ora, é inquestionável que a natureza do bem da vida lesionado é de suma importância e a matéria da responsabilidade civil poderia ter sido regulamentada, pelo legislador, usando exatamente esse critério de distinção. A sanção imposta ao responsável por dano à incolumidade física ou psíquica poderia ser agravada, em relação aos danos estritamente patrimoniais, como acontecia, por exemplo, nos arts. 1.537, 1.538 e 1.539 do Código Civil de 1916.

Ocorre que ao regulamentar a matéria, o legislador brasileiro não relacionou expressamente a responsabilidade por fato do produto a danos de natureza pessoal. Essa construção é produto da construção doutrinária e deve, a meu ver, ser colocada nos devidos termos.

4. Colocação do problema no CDC brasileiro

O Capítulo IV, do Título I, do CDC possui três seções distintas. A primeira delas regulamenta a proteção à saúde e segurança do consumidor e versa sobre **produtos e serviços inerentemente perigosos** (*não se trata propriamente de responsabilidade civil*); a segunda trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, referindo expressamente à **reparação dos danos, mas sem fazer qualquer distinção quanto à natureza do bem atingido (dano evento)**; e, finalmente, a terceira seção cuida da responsabilidade por vício dos produtos e serviços, referindo a defeitos intrínsecos, extrínsecos ou presumidos, que os tornem **inadequados ao consumo a que se destinam, ou que lhes diminuam o valor**.

Não há o que autorize, na letra da lei, o entendimento no sentido de que tratar-se-á de responsabilidade por fato, sempre que a lesão puder atingir a incolumidade física, psíquica, a esfera pessoal ou os direitos da personalidade. Não é esse o critério da lei.

Também quando os danos recaírem sobre *bens e direitos* do consumidor poderá ocorrer a responsabilidade por fato do produto. É no sentido amplo que deve ser interpretada a expressão *segurança* (arts. 12 e 14 do CDC). Assim, o produto ou serviço serão reputados defeituosos quando não oferecerem a **segurança** que deles se espera, vale dizer, a garantia de que a sua utilização ou fruição não ameaçará outros bens e direitos da esfera *pessoal* ou *patrimonial* do consumidor.

Assim, mantendo a mesma divisão dicotômica e a mesma nomenclatura das classes, o que se busca, com o presente estudo, é a **perfeita distinção** entre os casos de *responsabilidade por*

fato do produto ou serviço e aqueles decorrentes de *responsabilidade por mero vício*, tomando por base outro critério classificatório, que não o dano evento. Tal distinção escapa aos meios estritamente acadêmicos e acaba produzindo efeitos práticos relevantes para o operador do direito.

5. Defeito do produto ou serviço como premissa da responsabilidade civil

Para que de responsabilidade civil se cuide, é preciso que o produto ou o serviço apresentem alguma *imperfeição*, quando confrontados com *padrões de qualidade e segurança* razoáveis. Inexistindo a imperfeição referida, não haverá o nexo de causalidade possível. O dano terá sido decorrente de outra ordem de fatores como o mau uso e fruição do consumidor, vale dizer, de sua culpa exclusiva, ou da culpa de terceiro. Ou então não há verdadeiramente dano, mas mera frustração de expectativas injustificáveis do consumidor, de modo que não se poderá carrear, ao fornecedor, qualquer sorte de responsabilidade.

Por definição, os produtos ou os serviços serão defeituosos dependendo de não atenderem aos padrões de qualidade, quantidade e segurança que deles sejam exigíveis, ao tempo em que se aperfeiçoou a relação de consumo. Nos exatos termos do art. 18, § 6º do CDC, os produtos são impróprios ao uso e consumo se estiverem com prazo de validade vencido; quando se encontrarem deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados; ou se forem nocivos à vida ou à saúde, em suma perigosos.

Quanto aos serviços, reputam-se impróprios aqueles que se mostram inadequados para o fim que razoavelmente deles se espera, consoante estabelece o art. 20 § 2º do CDC.

Referidos defeitos serão intrínsecos quando relacionados às características próprias do produto ou do serviço em si mesmo considerados; ou extrínsecos, desde que relativos às circunstâncias que lhe são externas, mas contemporâneas à oferta ao público, tais como, apresentação, acondicionamento, falta ou insuficiência de informações sobre a forma de fruição e riscos inerentes, disparidade entre o produto/serviço e as indicações constantes de sua apresentação, embalagem, rotulagem, ou da mensagem publicitária a respeito deles veiculada etc.

Equipara-se, por fim, a defeito do bem ou do serviço, a mera discrepância entre eles e o os padrões de segurança juridicamente exigíveis (art. 12, § 1º e art. 14 § 1º do CDC). Assim também aqueles que estiverem em desacordo com as normas regulamentadoras da fabricação, distribuição, apresentação ou fornecimento serão reputados defeituosos.

Entretanto, a própria lei esclarece que o padrão de segurança a ser observado é aquele contemporâneo à oferta, de modo que o produto ou serviço não se reputarão defeituosos se, posteriormente, por avanços técnicos ou científicos, outro melhor, ou mais seguro, for colocado no mercado¹¹ (risco do desenvolvimento).

¹¹ Ao que parece, foi justamente a inclusão desses dois parágrafos nos artigos 12 e 14, respectivamente, que ensejou alguns equívocos. A partir da referência, neles feita, à segurança do consumidor, parte da doutrina parece haver restringido a responsabilidade por fato do produto aos casos de lesão real ou potencial a direitos da personalidade ou à incolumidade física ou psíquica do consumidor, o que nos parece inexacto, conforme ressai do texto.

6. Distinção entre responsabilidade por fato ou por vício

Uma vez verificado o defeito, deve-se apurar se o dano ocasionado está restrito à *frustração total ou parcial da utilidade pretendida* pelo consumidor ou se decorre de *acidente de consumo* conexo à fruição do bem ou do serviço defeituosos. Assim, se o consumidor não consegue tudo aquilo ou exatamente aquilo que razoavelmente esperava obter da relação de consumo, tem-se que seu dano decorre meramente do vício do produto ou serviço; se, por outro lado, o defeito intrínseco, extrínseco ou presumido (art. 12 § 1º e art. 14 § 1º) acarreta resultado danoso imprevisto, desatrelado da utilidade própria do bem ou serviço, e decorrente de um risco que o consumidor razoavelmente não assumiu, teremos um *acidente de consumo*, e a *responsabilidade será por fato do produto ou serviço*.

É evidente que não se deseja o resultado danoso em nenhuma das duas hipóteses, mas a diferença primordial está em que, como decorrência da falibilidade humana, sempre é possível que o bem da vida adquirido (produto ou serviço) venha a apresentar alguma imperfeição, tornando insatisfatório ou inviável o seu uso e fruição. Esse é um risco inerente a qualquer relação de consumo. Já o dano que ultrapasse a esfera da mera perda da utilidade pretendida, para atingir outros bens e direitos do consumidor, esse, evidentemente, não é previsível, nem querido. Trata-se de um acidente, na acepção aristotélica da palavra, ou seja, um aspecto casual ou fortuito de uma realidade, que por essa razão é irrelevante para a compreensão do que nela é essencial e imprescindível¹².

Em outras palavras, é insito à relação de consumo, o risco de que o produto ou o serviço se mostrem inadequados, insatisfatórios ou imprestáveis para os fins a que se destinam. Todavia, constitui aspecto fortuito e casual dessa mesma relação, a ocorrência de um acidente de consumo, que venha a acarretar outros danos à esfera pessoal ou *patrimonial* do consumidor.

Há sempre que se considerar a causa do deslocamento patrimonial que levou o consumidor a aceitar o pagamento do preço para obter a utilidade que razoavelmente esperava extrair do produto ou do serviço. Nessa exata medida, é imprescindível que um aparelho elétrico desempenhe a sua função típica, que um formicida mate formigas, que uma roupa sirva para adorno e proteção, que uma viagem de lazer seja prazerosa, que um automóvel se locomova dentro de padrões de conforto e segurança, que um programa de computador desempenhe as rotinas anunciadas, que a tradução de um texto seja fidedigna e correta, que determinada publicidade chegue ao público alvo etc.

Qualquer frustração de expectativa razoável, decorrente de alguma imperfeição intrínseca, extrínseca ou presumida do produto ou serviço ocasionará dano *in re ipsa*, por afetar o equilíbrio da relação negocial de consumo. Repita-se, a causa final¹³ que o consumidor aceitou como suficiente para ensejar o deslocamento patrimonial, através do pagamento do preço, estará comprometida, na medida em que o bem da vida adquirido não atendeu às suas justas expectativas.

¹² *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 1ª ed., 2001.

¹³ A palavra não é usada na acepção de causa do negócio jurídico.

Em suma, o que importa notar é se a margem de risco verificada, no caso concreto, é inerente a qualquer relação de consumo assemelhada. Em caso afirmativo, a substituição do produto, o refazimento do serviço, ou o abatimento proporcional do preço, via de regra, serão suficientes para a restituição ao *status quo ante*. Nada impede, todavia, que se apure ainda a necessidade de indenizar mais do que o dano emergente. Do vício do produto ou serviço pode decorrer o lucro cessante, ocasionado pela inexecução da obrigação no modo e no prazo convencionados.

Esses danos, conquanto extraordinários, são diretamente relacionados a frustração da utilidade do produto ou do serviço e não transmudam a hipótese em responsabilidade por fato do produto. O que se pretende argumentar é que o caso continuará sendo de responsabilidade por vício do produto ou serviço, enquanto os danos não atingirem outros bens e direitos do consumidor, cuja existência seja independente da relação de consumo.

Todas as vezes, entretanto, em que o defeito encontrado em um produto ou serviço acarretar um *acontecimento extraordinário*, que por sua vez se transmude em fato gerador de outros danos para o consumidor, ter-se-á um *acidente de consumo* e a responsabilidade do fornecedor decorrerá de fato¹⁴ do produto ou serviço, nos termos estatuídos pelos arts. 12 e 14 do CDC.

Assim, o aparelho que explode, o formicida inócuo, que permite a proliferação da praga e a perda da colheita, a roupa confeccionada com material inflamável que fomenta um incêndio, a viagem para o epicentro de um terremoto anunciado, o automóvel que provoca acidente de trânsito por falha no sistema de freios, o programa de computador que corrompe os arquivos pessoais do usuário, a tradução de um texto que redunde em acusação de plágio, a publicidade defeituosa que arruína a imagem da pessoa ou do produto ... todos são acidentes de consumo e provocam danos maiores ou menores, mas sempre decorrentes de *riscos que o consumidor não assumiu*.

Nesse mesmo sentido, a definição proposta por ARRUDA ALVIM *et alii*¹⁵ também adota o mesmo critério “fato do produto é a manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, que podem ser de criação, produção ou informação (defeito), atingindo (nexo causal) a incolumidade patrimonial, física ou psíquica do consumidor (dano), ensejando a responsabilidade delitual, extracontratual, do fornecedor, independentemente da apuração da culpa (responsabilidade objetiva)”.

Também SERGIO CAVALIERI FILHO¹⁶ entende que o fato do produto é um acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, em decorrência de um defeito do produto. E como fundamento dessa responsabilidade aduz que: “o fato gerador da responsabilidade não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas

¹⁴ Cf. esclarece Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, p. 44: “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”.

¹⁵ *Código de defesa do consumidor comentado*, São Paulo, RT, 2ª. ed., 1995, p. 118.

¹⁶ *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Malheiros, 3ª. ed., 2002, p. 422.

sim o *defeito do produto*. Bastará o nexa causal entre o defeito do produto ou serviço e o *acidente de consumo*”.

Em suma, se o dano pessoal ou patrimonial decorrente de um defeito extrapola a mera frustração das expectativas do consumidor, quanto à utilização do produto ou fruição do serviço, chegando a atingí-lo de maneira imprevisível, com lesão a outros bens e direitos, *a responsabilidade será por fato do produto ou serviço*. A reparação do dano, aqui, deverá ser a mais ampla possível, e não se vislumbra que o ressarcimento possa decorrer da simples substituição do produto, do refazimento do serviço, do abatimento do preço ou do desfazimento do negócio, porque subsistirão outros prejuízos, que são estranhos àquela relação de consumo.

É possível, então, aproximar a responsabilidade por vício do produto ou serviço, daquela que decorreria da mera inexecução das obrigações; enquanto a responsabilidade por fato do produto ou serviço extrapola os limites do contrato, para ingressar no terreno da responsabilidade aquiliana.

Neste ponto, é preciso atentar para o fato que as disposições do CDC não adotam a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. A despeito disso, não se pode negar que a responsabilidade por vício do produto muito se assemelha à responsabilidade contratual, decorrente da mora, vale dizer, a sanção aplicável por inadimplemento da prestação no tempo e modo convencionados. Quem fornece um produto defeituoso ou presta um serviço inadequado merece, em última análise, ser equiparado a quem está descumprindo uma obrigação contratual.

Já a responsabilidade por fato do produto está atrelada a um acidente de consumo que amplia a questão para além dos limites da relação negocial. A lesão ainda decorre do defeito do produto ou serviço, mas o dano extrapola os limites da sua utilidade para o consumidor, indo alcançar bens e direitos outros, na sua esfera pessoal ou patrimonial. O consumidor não perde apenas a utilidade da coisa ou do serviço adquiridos, mas sofre outra sorte de perda, está sim inusitada e imprevisível, decorrente de um acidente de consumo.

7. Principais diferenças entre a responsabilidade por vício e a responsabilidade por fato do produto ou serviço

São grandes as diferenças entre a responsabilidade por fato ou por vício, do produto ou serviço e a questão não se restringe ao mero interesse acadêmico, produzindo substanciais efeitos práticos para o operador do direito.

A primeira e a mais relevante de todas elas, segundo me parece, é a abordagem do elemento culpa, num e noutro caso.

7.1 Responsabilidade objetiva, subjetiva (presumida)

Independentemente de uma exposição mais aprofundada, que não cabe nos estreitos limites do presente estudo, verifica-se que o elemento culpa, no conceito de responsabilidade

civil, sofreu longo processo de evolução¹⁷, do qual vale a pena fazer breve menção a dois regimes: a) o da **responsabilidade objetiva**, em que se prescinde completamente de qualquer aferição quanto a existência ou não de culpa, bastando que se estabeleça o nexo de causalidade entre o evento danoso e o dano (ex. responsabilidade civil do Estado); e b) o da **responsabilidade subjetiva**, em que a reparação do dano só será exigível em face da averiguação da culpa do agente (regra geral vigente no plano do direito civil). Dentro da teoria da chamada responsabilidade subjetiva, uma vertente destaca-se: a **responsabilidade presumida**, em que não há necessidade de produção de prova, pelo autor da demanda, quanto à culpa do réu, que se presume, mas a este último se admite a prova em contrário¹⁸.

A teor do que dispõem expressamente os arts. 12 e 14 do CDC, a responsabilidade pela reparação do dano, *em caso de fato do produto ou do serviço* é objetiva. Como lembra ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ¹⁹, o risco criado pelo fornecedor é inequívoco, exigindo a tutela dos interesses do consumidor para que se alcance o reequilíbrio na relação de consumo²⁰.

Segundo lição irrepreensível de SERGIO CAVALIERI FILHO²¹: “*O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes de acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através de mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor final.*”

Interessante notar, todavia, que apesar da aceitação unânime da conclusão referente à adoção da responsabilidade objetiva, em matéria de responsabilidade por fato do produto, deve-se ponderar que não se trata da chamada teoria do risco integral. À semelhança do que acontece em matéria de responsabilidade civil do Estado, parece exato afirmar que o CDC adotou a teoria do risco da atividade produtiva.

As exceções previstas nos arts. 12, § 2º e 14, § 2º indicam que mesmo estando tipificada a relação de consumo, mesmo havendo certeza quanto à existência de prejuízo decorrente de fato do produto ou serviço, ao fornecedor admite-se a prova de que ocorreu alguma excludente, para elidir a presunção de sua responsabilidade pela reparação.

Algumas das exceções previstas pelos art. 12, § 3º, e art. 14 § 3º não estão propriamente atreladas a questão da culpa, mas a outros elementos da responsabilidade, tais como:

¹⁷ Cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 1995, *passim*.

¹⁸ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, Parecer in RT 735/121, Jan.1997.

¹⁹ *Responsabilidade por vício do produto e do serviço* cit., p. 18.

²⁰ Assim também é a responsabilidade prevista pelo parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil.

²¹ *Programa de responsabilidade civil* cit., p. 422.

a) a falta da prestação propriamente dita (se não forneceu o produto, nem prestou o serviço), que importa a falta do próprio fato lesivo;

b) a culpa **exclusiva** da vítima ou de terceiro, parece interferir com o nexo de causalidade. A causa²² mesma da lesão não terá sido o defeito da coisa, mas a atuação culposa da vítima, ou de terceiro (assim entendido aquele que se encontra alheio à cadeia de consumo);

c) a inexistência de qualquer imperfeição do produto ou do serviço efetivamente fornecido ou prestado, quando não é possível estabelecer o nexo de causalidade entre eventual defeito e a lesão que teria dele decorrido, de modo que fica excluída a responsabilidade do fornecedor.

Ouso duvidar, todavia, em matéria de mero *vício do produto ou do serviço*, que a responsabilidade do fornecedor seja também objetiva, opinião que parece ter se tornado voz corrente em nossos tribunais²³.

Em prol da natureza subjetiva da responsabilidade por vício do produto ou serviço militam não apenas a interpretação literal dos arts. 18 a 20 do CDC, mas também outra espécie de argumentação.

Com efeito, o legislador consumerista foi pródigo em conceder benefícios, garantias e cercar de privilégios o consumidor, em detrimento do fornecedor, justamente em razão da propalada vulnerabilidade deste, no mercado de consumo.

Tendo inserido no CDC um artigo de lei com a magnitude do art. 4º, que aponta como objetivo precípuo da política nacional das relações de consumo o *atendimento às necessidades do consumidor*, não é crível que o mesmo legislador tenha simplesmente esquecido de referir à responsabilidade objetiva do fornecedor, em matéria de vício do produto, especialmente porque esse efeito só decorre de lei expressa.

A omissão foi intencional. A menção expressa à *responsabilidade objetiva* nos arts. 12 e 14, está indubitavelmente atrelada ao *fato do produto ou serviço*. A responsabilidade por vício é subjetiva. A simples inclusão do art. 23 naquele diploma jurídico, vem espancar de vez quaisquer dúvidas. Preceitua essa regra que a *ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade*

²² O enfoque da causa pode depender da teoria, a seu respeito, adotada: a) pela teoria da equivalência das causas, avalia-se se o ato lesivo operou como *conditio sine qua non* para a produção do dano, de modo que, suprimido o ato, ter-se-ia a supressão do dano; b) pela teoria da causa eficiente, o que se busca precisar é se o ato reputado lesivo é adequado, suficiente à produção do dano verificado; por fim, c) a teoria da imediatidade pressupõe que entre o ato lesivo e o dano haja uma relação direta, sem o concurso de qualquer concausa. Com apoio em Odete Novais Carneiro Queiroz (*Responsabilidade por vício do produto e do serviço* cit., p. 40), a interpretação literal do que dispõe o art. 403 do CC de 1916, leva à conclusão de que a teoria adotada entre nós, ao menos no que se refere a responsabilidade negocial, é a da imediatidade da causa.

²³ V., sobre a responsabilidade do fornecedor, Zelmo Denari, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 178; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários ao código de proteção do consumidor*, cit., p. 58; Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 227.

por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. Ora, qual seria o sentido de fazer tal ressalva, se o regime adotado fosse o da responsabilidade objetiva?

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN²⁴ entende que se trata de responsabilidade subjetiva, com presunção *iuris et de iure* de culpa, já confessando que o resultado prático é o mesmo. Na verdade, a distinção entre responsabilidade objetiva e essa espécie inusitada de responsabilidade subjetiva, com presunção absoluta de culpa, é meramente retórica. Tanto faz que se prescindia do elemento culpa, quanto que se presume a culpa, sem admitir prova em contrário. Esses são apenas dois modos de enxergar a mesma realidade.

ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ²⁵ também compartilha do entendimento de que a responsabilidade por vício é subjetiva, mas acaba revelando a contradição de seu pensamento ao asseverar que, “desse modo não se romperiam nossas raízes subjetivistas e, por vias transversas, será alcançada a efetiva tutela do consumidor com a não admissão da prova em contrário”²⁶.

Penso que a responsabilidade, em caso de mero vício, é subjetiva, com culpa presumida, vale dizer, opera em favor do consumidor a presunção de que haja culpa do fornecedor, **mas admite-se a este último a prova em contrário, com as restrições decorrentes do sistema.** O fornecedor imediato não pode, por exemplo, alegar que a culpa é de outro fornecedor, porquanto são todos solidariamente responsáveis pelo evento danoso. Não pode alegar a concorrência de culpa da vítima, uma vez que só a culpa *exclusiva* desta elide a sua responsabilidade. Não pode alegar que agiu de boa-fé, porque desconhecia o vício (art. 23 do CDC). Mas pode, indubitavelmente, alegar que não contribuiu (nem ele, nem nenhum dos seus antecessores na cadeia de consumo) com culpa para a formação do defeito; ou que não havia (objetivamente) meios suficientes para evitá-lo. Pode invocar a ocorrência de caso fortuito e força maior.

O que parece faltar, decididamente, aos que repudiam a adoção da responsabilidade subjetiva, em matéria de vício do produto ou serviço é a coragem de remar contra a maré, afirmando que apesar de todos os inegáveis benefícios concedidos ao consumidor (alguns deles guindados à condição de verdadeiros princípios), nesse passo (o da responsabilidade por vício) a própria lei cedeu um pequeno terreno aos interesses do fornecedor.

O que parece “amendrotar” é a instituição de um determinado retrocesso, retirando do “vulnerável e oprimido consumidor” um terreno conquistado a duras penas. Ocorre que uma visão mais acurada da questão afasta qualquer temor.

Na verdade, subsistem tantos benefícios de ordem material e processual, em favor do consumidor, que mesmo o reconhecimento de que a lei adotou a teoria da responsabilidade

²⁴ Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos in *Comentários ao código de proteção do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 63 e ss.

²⁵ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 49.

²⁶ Cf. esclarece Alvino Lima, *Culpa e risco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1960, p. 281, citado pela própria autora do trabalho referido em nota anterior, a responsabilidade subjetiva com presunção absoluta de culpa é, na verdade, responsabilidade objetiva disfarçada.

subjetiva (exclusivamente em matéria de vício do produto), não leva a efeitos muito drásticos, conforme se demonstrará, mas concede um certo fôlego ao fornecedor, em casos especiais.

7.2 Legitimação passiva para a reparação do dano

Decorrência direta do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é o alargamento dos horizontes em termos de legitimação passiva nas ações de reparação de danos fundadas em relação de consumo. Os chamados a indenizar, mas ainda aqui há distinção, que se trate de responsabilidade por vício ou por fato do produto.

É importante notar (e parece que se olvida desse detalhe, em muitos casos) que em se tratando de responsabilidade por fato do produto ou serviço são legitimados passivos (apenas) os agentes relacionados no abrangente rol do art. 12 do CDC²⁷; além deles, o comerciante, se incorrer em uma das hipóteses do art. 13 do CDC.

Já em razão do vício do produto ou serviço, todos os fornecedores que de qualquer forma participaram da cadeia de consumo, sejam ou não culpados pela existência do vício, são responsáveis solidários, não importando a ordem de sua participação, ou a importância de sua atuação. A vinculação é abrangente e garante o ressarcimento dos danos da maneira menos onerosa possível para o consumidor.

7.3 Inversão do ônus da prova

Quer se trate de responsabilidade por fato ou por vício do produto ou do serviço, incide o preceituado pelo art. 6º, VIII do CDC, devendo ser facilitada a defesa do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova, todavia, e como bem advertem NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁸, dá-se *ope iudicis*, diversamente do que ocorre em matéria de distribuição do ônus da prova (*ope legis*, v.g. art. 333 do CPC).

A oportunidade para que o magistrado disponha sobre referida inversão é durante a instrução probatória, quando ainda há ensejo para que o fornecedor se desincumba do ônus que lhe foi atribuído, por inversão. Como bem patenteou a 4ª Câmara do 1º TACSP, no acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1.032.604-4, reportando-se a comentário de LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o

²⁷ Elenco taxativo, segundo alguns autores.

²⁸ *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, Revista dos Tribunais, 2002, pág. 727, nt. 15 aos art. 6º do CDC.

magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes”.²⁹

Assim, o autor deve provar o dano e o nexo de causalidade. Em princípio, deve provar também a existência do defeito, mas se isso se mostrar excessivamente oneroso, quer sob o aspecto econômico ou estritamente técnico, pode pleitear a inversão do ônus da prova.

Nessa última hipótese, ao fornecedor restará demonstrar que não estavam preenchidos os requisitos legais, por não haver *in casu*, a chamada hipossuficiência³⁰ ou ³¹ a verossimilhança das alegações.

Importante notar, todavia, que não cabe ao consumidor provar a *culpa* do fornecedor, mesmo em caso de responsabilidade por vício do produto ou serviço. Em caso de responsabilidade por fato do produto, a responsabilidade é objetiva e prescinde dessa prova. Já em matéria de responsabilidade por vício, essa culpa, como já se disse, é presumida. Mas não se trata, aqui, de mera inversão do ônus da prova. *Originariamente é mesmo o fornecedor quem tem o ônus de provar* que não agiu com culpa, como ocorre todas as vezes que opera alguma presunção *iuris tantum*³². *Inverter* seria atribuir ao consumidor um ônus que ele não tinha, configurando inominado absurdo, na ótica consumerista³³.

A conseqüência prática inafastável é que o fornecedor não deverá esperar nenhuma declaração judicial de inversão do ônus probatório sobre a questão da culpa. Desde o princípio da instrução deve assumir como seu o encargo de provar que não agiu com culpa, e isso apenas em matéria de responsabilidade por vício do produto uma vez que, na responsabilidade por fato, a questão da culpa não assume qualquer relevância.

²⁹ RT, 798:289. Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 125-126. V., no mesmo sentido, Carlos R. Barbosa Moreira, *A defesa do consumidor em juízo*, *RePro*, 61(1991):183; Tucci, José Rogério Cruz e, *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor, in Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, RT, 1993, p. 116-117. Em sentido diametralmente oposto, entendendo que a inversão do ônus da prova é regra do julgamento, v. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, Revista dos Tribunais, 2002, pág. 727, nt. 15 aos art. 6º do CDC.

³⁰ Essa não é necessariamente econômica. Não é porque o consumidor não tem o poder financeiro do fornecedor que se pode presumir que esteja em desvantagem. Depende do custo da prova, segundo regras ordinárias de experiência. Por outro lado, ainda que o consumidor não esteja em desvantagem econômica, sua hipossuficiência pode decorrer de inferioridade técnica ou científica, não dispondo de elementos para demonstrar que o defeito existe.

³¹ Há quem entenda tratar-se de uma única hipótese, em que o consumidor deveria demonstrar não apenas a sua hipossuficiência, como também a verossimilhança de suas alegações. Parece mais consentâneo à espirito da legislação consumerista, que se admita a inversão em qualquer uma das duas hipóteses.

³² Inverter importa trocar de pólo. Há que se examinar, então, a quem competia a prova, originariamente. Não se pode, p. exemplo, dizer que há inversão do ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, extintivos, modificativos argüidos pela defesa. A regra é que essa prova cabe originariamente ao réu (art. 333 do CPC). Igualmente o ônus da prova pode ser distribuído por convenção entre as partes (art. 333, § único); nesse caso, ainda que não se apliquem as regras gerais, não haverá inversão, mas atendimento à convenção (desde que válida e prévia) sobre a distribuição desse ônus.

³³ Na hipótese do art. 38 do CDC, a distribuição do ônus da prova é também ope legis de modo que não há que se falar em inversão. Quem prova a veracidade da informação publicitária é quem a patrocina.

7.4 Prazo prescricional

A reparação do dano em caso de fato do produto ou do serviço estará sujeita a prazo prescricional de cinco anos, enquanto a mesma reparação, em decorrência de mero vício, está sujeita aos prazos mais exíguos, previstos no art. 26 do CDC³⁴.

A simples reclamação do consumidor, pleiteando uma das formas de ressarcimento que se lhe oferecem, desde que comprovada, obsta a fluência do prazo prescricional (interrupção), cujo início fica suspenso *sine die*, até que o fornecedor transmita inequivocamente a sua recusa ao ressarcimento voluntário do dano, tornando imperativa a propositura da ação judicial.

Em matéria de vício de produto, se o consumidor fizer uso da faculdade que lhe assiste, nos termos do art. 18 do CDC, exigindo a substituição das partes defeituosas, deverá aguardar o decurso do prazo de garantia (legal ou convencional – art. 18, § 2º do CDC), para que o fornecedor lhe preste assistência técnica. É intuitivo que, durante esse período, o prazo prescricional permanece interrompido.

O vício há de ser aparente, não importando se de maior ou de menor gravidade. Pode referir-se às características próprias do produto ou serviço, à sua fruição em condições de perfeita segurança, a disparidade entre ele e os indicadores constantes de embalagens, rótulos, mensagens publicitárias, ou a imperfeições de sua apresentação, acondicionamento, por ocasião da oferta ao público. Pode ser afeto à qualidade, à quantidade e pode mesmo ser presumido, se decorrer única e exclusivamente do desatendimento às normas reguladoras do seu fornecimento ou prestação, ou à falta de atendimento às condições de perfeita segurança que dele era razoável esperar (arts. 12 e 14, §§ 1º), impedindo a sua fruição. Em qualquer desses casos o prazo prescricional será o do art. 26 do CDC.

Evidentemente, em se tratando de vício oculto, a fluência do prazo prescricional só terá início quando o consumidor dele tomar conhecimento.

Já em matéria de responsabilidade por fato do produto ou serviço, em decorrência da lesão extrapolar os limites da relação contratual, indo atingir outros bens e direitos, da esfera pessoal ou patrimonial do consumidor, a lei concede-lhe prazo mais dilatado, de cinco anos a contar do conhecimento do dano e de sua autoria, nos exatos termos do art. 27 do CDC.

O que se verifica na prática, todavia, em grande número de julgados, é que para contornar a exigüidade do prazo concedido ao consumidor em caso de vício do produto ou serviço, a responsabilidade é erroneamente classificada, de modo que se rotulam como fato do produto ou serviço, casos em que inequivocamente se está diante de mero vício.

³⁴ Importante notar, todavia, que esses mesmos prazos são muito mais dilatados do que aqueles previstos pela legislação ordinária para os vícios redibitórios, que em parte se assemelham ao vício do produto e do serviço.

BIBLIOGRAFIA:

- ALMEIDA, Carlos Ferreira De. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ARRUDA ALVIM *et alii*. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: RT, 2ª. ed., 1995.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Parecer in RT 735 (1997):121.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, in *Comentários ao código de proteção do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- _____. Responsabilidade civil e acidente de consumo no código de defesa do consumidor, in *Revista do Advogado* n. 33:16.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, tese, São Paulo, 2000.
- MOREIRA, Carlos R. Barbosa. A defesa do consumidor em juízo, *RePro*, 61(1991):183.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1999.
- TUCCI, José Rogério Cruz. Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor, in *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo: RT, 1993.

