



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

JULIANA ASSIS BARBOSA

**CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES
DE CONSUMO QUANDO PRESENTE CORPO
ESTRANHO EM PRODUTO ALIMENTÍCIO: divergência
entre a 3^o e a 4^a turmas do Superior Tribunal de Justiça.**

**BRASÍLIA
2019**

JULIANA ASSIS BARBOSA

**CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO QUANDO PRESENTE CORPO ESTRANHO EM PRODUTO
ALIMENTÍCIO: divergência entre a 3º e a 4ª turmas do Superior Tribunal
de Justiça.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Profº Me. Ricardo Victor Ferreira Bastos

**BRASÍLIA
2019**

JULIANA ASSIS BARBOSA

**CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO QUANDO PRESENTE CORPO ESTRANHO EM
PRODUTO ALIMENTÍCIO: divergência entre a 3º e a 4ª turmas do
Superior Tribunal de Justiça.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– (FAJS) do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

BRASÍLIA, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Ricardo Victor Ferreira Bastos

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e do amor, a Nossa Senhora das Graças e a São José de Cupertino, que, com toda certeza, me fizeram chegar aqui. Agradeço aos meus pais, José Luís e Joana Assis, que me proporcionaram todo o apoio e todo amor para eu não desistir e seguir rumo aos meus sonhos, bem como minha irmã, Karoline, que me ajudou em várias fases da graduação. Agradecer a todos os meus amigos: Amanda, Ana Paula, Andreia, Andressa, Fernanda e Mariana e a todos os outros que me deram apoio durante esse caminho árduo, vocês fizeram a graduação ser mais leve. Ao meu namorado Matheus, que é meu exemplo de persistência e dedicação. E, por fim, ao meu orientador, Ricardo, que aceitou me orientar nesse trabalho, com todo zelo e cuidado.

RESUMO

No contexto jurídico atual, percebe-se que há divergência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do dano moral aos fornecedores de produtos alimentícios que contenham objeto estranho, tendo em vista que a norma jurídica brasileira, o Código de Defesa do Consumidor, é omissa quanto ao reconhecimento da responsabilidade civil do fornecedor quando é encontrado objeto estranho no interior de produtos alimentícios. Desta forma, é importante observar os aspectos basilares do Direito Civil, mais especificamente quanto aos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil, e do Direito do Consumidor, explorando os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e distinção entre fato e vício do produto, para que se possa ter conceitos sólidos, a fim de compreender a possível responsabilidade civil dos fornecedores de produtos alimentícios que contenham objetos estranhos em seu interior. Após delimitados os conceitos basilares de ambas as matérias, é considerável explorar do posicionamento dos tribunais superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem a competência para a análise das normas infraconstitucionais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação de consumo. Vício ou defeito. Produto alimentício. Dano moral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	9
2.1 Aspectos históricos do direito do consumidor.....	9
2.2 A estruturação da relação jurídica de consumo.....	10
2.3 O fornecedor.....	11
2.3.1 Pessoa física ou jurídica	11
2.3.2 Equiparado.....	12
2.4 O consumidor	13
2.4.1 Princípio da vulnerabilidade do consumidor.....	13
2.4.2 Consumidor padrão.....	15
2.4.2.1 Conceito de consumidor na interpretação da teoria finalista	16
2.4.2.2 Conceito de consumidor na interpretação da teoria maximalista.....	17
2.4.2.3 Teoria finalista mitigada – posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	17
2.4.3 Consumidor comparado.....	18
2.4.3.1 Coletividade de pessoas como consumidora por equiparação.....	18
2.4.3.2 Vítimas de evento danosos como consumidoras por equiparação.....	20
2.4.3.3 Pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas	21
2.5 Produto e serviço	21
2.5.1 Produto como objeto da relação de consumo.....	21
2.5.2 Serviço como objeto da relação de consumo.....	23
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	24
3.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil	24
3.2 Espécies de responsabilidade no direito brasileiro	25
3.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva	25
3.2.2 Responsabilidade Civil Objetiva	25
3.3 A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor	26
3.3.1 Pelo vício do produto	26
3.3.2 Pelo fato do produto	28
3.4 A teoria da perda de uma chance e desvio da finalidade produtiva	30

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	34
4.1 Recurso Especial N.º 1.239.060/MG	36
4.2 Recurso Especial N.º 1.424.304/SP.....	38
4.3 Recurso Especial N.º 1.131.139/SP.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar a aplicação do dano moral nas relações de consumo, quando há corpo estranho em produto alimentício. Ou seja, busca analisar se há ou não a aplicação de dano moral aos fornecedores de produtos alimentícios, tendo em vista a exposição à perigo aos consumidores.

O tema abordado foi escolhido tendo em vista o posicionamento dos Tribunais Superiores, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, em específico o posicionamento da 3ª e 4ª Turmas, quanto à aplicação do dano moral quando presente corpo estranho em produto alimentício. O fornecedor poderá ser condenado, civilmente, à danos morais quando o consumidor encontrar corpo estranho em seu alimento? A simples exposição, sem ter tido contato com o alimento, é capaz de gerar responsabilidade civil?

Serão estudados, de maneira aprofundada, os seguintes recursos: REsp 1.239.060/MG, no qual, a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu pela aplicação dos danos morais ao fornecedor, devido aos danos sofridos pelo consumidor; REsp 1.424.304/SP, o qual também teve a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi aplicado os danos morais ao fornecedor; e o REsp 1.131.139/SP, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, que não aplicou o dano moral ao fornecedor, por entender que a simples aquisição do alimento com corpo estranho não tem o condão de gerar responsabilidade civil ao fornecedor.

Quanto ao tema em questão, não há dúvidas quanto a qual norma deverá ser aplicada, mas sim quanto a hermenêutica da norma, uma vez que a norma, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, não é completa, tendo em vista que apresenta lacunas quanto ao quadro fático, referente à configuração do dano moral nos casos de vício de adequação e o defeito de segurança.

Devido a essa lacuna na norma brasileira, o Superior Tribunal de Justiça, competente para analisar a norma infraconstitucional, nos recursos julgados, tem complementado a norma jurídica, no sentido de dar uma interpretação quanto à aplicação do dano moral. Entretanto, nos julgados a serem analisados, será possível verificar a divergência de interpretação, da 3ª e 4ª Turmas, uma vez que, para um é aplicável o dano moral com o simples fato de expor à perigo, e, para outro, há restrições a este posicionamento, devendo ser analisado caso a caso, a fim de verificar a real exposição à perigo.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é analisar os fundamentos jurídicos dos acórdãos dos recursos, já citados, para que se possa entender os reais motivos da divergência jurisprudencial quanto ao tema abordado. Para chegar à esta conclusão, fora necessário o apoio de renomadas doutrinas, bem como de artigos científicos para trazer conceitos básicos de Direito Civil, mais especificamente, da Responsabilidade Civil, bem como do Direito do Consumidor.

Primeiramente, será apresentado um contexto histórico do Direito do Consumidor, bem como o surgimento deste no Brasil. Posteriormente serão apresentados os elementos necessários para a configuração da relação de consumo, à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como os elementos necessários para a aplicação da responsabilidade civil.

Por fim, serão analisados os julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais apresentam divergência de posicionamento, ou seja, se poderá ser reconhecida a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos alimentícios que contiverem, em seu interior, corpo estranho.

2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Aspectos históricos do direito do consumidor

Conforme apontamentos históricos, as primeiras sociedades produziam determinados produtos apenas para sua própria sobrevivência e para satisfazer suas necessidades mínimas, sem intuito de permuta. Contudo, ao passar dos tempos, percebeu-se que havia superabundância de determinados produtos e a carência de outros.

Tal paradoxo exposto foi solucionado por meio de escambo; ou seja, pela troca de determinados bens e serviços, sem o uso direto da moeda, possibilitando, desta maneira, a troca de bens excedentes entre os grupos sociais. Todavia, tal ferramenta de troca mostrou-se insuficiente, uma vez que, por vezes, havia a falta de correspondência entre o bem excedente de um grupo e a carência de um produto pelo outro (MELO, 2018).

Tais contratemplos históricos foram solucionados com a emergência da moeda, a qual unificou o sistema de comércio; ou seja, adquiria-se um produto, um serviço, por meio da oferta de um valor preestabelecido. Diante disso, começou-se a falar na ideia de comércio:

Nem sempre o que era desnecessário a um grupo se mostrava útil a outro que, entretanto, podia dispor de bens indispensáveis aos primeiros. As trocas, desse modo, de bens por bens, não se realizavam por falta de equivalência de utilidade para as partes interessadas. Chegou-se, desse modo, à contingência de ser criada uma mercadoria capaz de ser permutada por qualquer outra, servindo, assim, de padrão para as trocas, foi a moeda (...) o aparecimento da moeda deu lugar ao surgimento de uma atividade específica, inicialmente praticada por um número reduzido de pessoas e depois grandemente desenvolvida. (...) E à atividade consistente em pôr em circulação as mercadorias, adotando esse mecanismo, se deu o nome de comércio (...) (Fran, 2014, p. 44-46 *apud* MELO, 2018).

Ao final do século XVIII e início do século XIX, raiou-se a primeira Revolução Industrial, inovando a forma de fabricação de produtos, produzindo-se em larga escala, a fim de uniformizar a produção, minimizar os custos e tornar célere as negociações. Todavia, a relação contratual entre comprador e fornecedor tornou-se assimétrica, uma vez que os fornecedores, os quais assenhoravam as máquinas de produção em larga escala, ditavam as cláusulas contratuais em tais relações de consumo, tornando-se, o comprador\ consumidor, a parte vulnerável do negócio jurídico (MELO, 2018).

Devido a tal evolução histórica e o desequilíbrio presente nas relações de consumo, os Estados tornaram-se responsáveis por restabelecerem o equilíbrio contratual, a fim de proporcionar a proteção à parte vulnerável dessas relações. Na Carta Magna de 1988, no artigo

5, inciso XXXII, é possível identificar a preocupação do legislador em nivelar a relação de consumo entre consumidor e fornecedor, a fim de proteger a parte vulnerável da relação contratual, qual seja, o próprio consumidor, quando estabelece que “o Estado promovera, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Além dessa disposição da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se a obrigação ao Congresso Nacional de elaborar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias da promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor, conforme elucida o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Obedecendo a Carta Magna, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, foi publicado no dia 12 de setembro de 1990.

2.2 A estruturação da relação jurídica de consumo

Para identificar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é necessário entender a estrutura da relação jurídica de consumo, ou seja, é necessário analisar seus elementos subjetivos e objetivos e o conteúdo dessa relação (TARTUCE; NEVES, 2018, p.79).

Acerca da relação jurídica, a autora Maria Helena Diniz explica:

(...)a relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a que outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deôntico das normas aplicáveis à situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo 11rotege-lo (...) (DINIZ, 2010, p. 515 *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p. 79)

Isto posto, pode-se dizer que os elementos de uma relação jurídica, amoldado para a relação consumerista, são: a) sujeito ativo (consumidor) e passivo (fornecedor); b) uma prestação (entrega de um produto ou serviço); e o negócio jurídico, capaz de gerar, alterar ou extinguir direitos.

2.3 O fornecedor.

2.3.1 Pessoa física ou jurídica.

O artigo 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078\ 1990), compreende como fornecedor tanto o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 81):

Fornecedor é toda **pessoa física ou jurídica**, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem **atividade de produção**, montagem, criação, construção, transformação,

importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Analisando o texto normativo, percebe-se que o legislador alberga a maior as possibilidades de pessoas que podem figurar como fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços: podem ser tanto pessoas naturais, como pessoas jurídicas e, ainda, entes despersonalizado ou despersonificado, “como nos casos de massa falida ou de uma sociedade irregular ou sociedade de fato” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 81).

Sobre a finalidade lucrativa do fornecedor, é necessário analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração (BRASIL, 2004 *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p. 81).

Portanto, até mesmo as entidades beneficentes são passíveis de serem reconhecidas como fornecedoras de bens ou prestadoras de serviço, desde que, conforme supracitado, desempenhem atividade no mercado de consumo, mediante remuneração.

Os fornecedores ou prestadores são classificadas como pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado. Estes últimos podem ser tanto empresas privadas nacionais, como estrangeiras.

Para que se possa caracterizar uma pessoa jurídica como fornecedora ou prestadora, é necessário que desenvolva uma atividade, ou seja, um “conjunto de atos coordenados para uma finalidade específica” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 81).

O autor Antonio Junqueira de Azevedo identifica a atividade como:

(...) (i) de uma **pluralidade de atos**; (ii) de uma **finalidade comum** que dirige e coordena os atos; (iii) de uma **dimensão temporal**, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige *ad incertam personam* (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem. (AZEVEDO, 2009. p. 400).

Portanto, se uma pessoa age de forma isolada, pratica um único ato, ou seja, se essa pessoa vende algo esporadicamente, mesmo havendo intuito de obter lucro, não será esta considerada como fornecedora ou prestadora, uma vez que não há habitualidade. Ou seja, para ser classificado como fornecedor ou prestador de bens e serviços, respectivamente, é necessário que haja habitualidade na circulação de bens e produtos.

Ainda, o CDC, em seu artigo 3º, elenca, de forma exemplificativa, algumas das atividades desenvolvidas com o intuito de lucro, direto ou indireto, pelos fornecedores.

Algumas delas são:

Atividade de produção (caso dos fabricantes de gêneros alimentícios industrializados; atividade de montagem (hipótese da montadoras de automóveis nacionais ou estrangeiras); atividade de criação (situação de um autor de obra intelectual que coloca produtos no mercado); atividade de construção (caso de uma construtora e incorporadora imobiliária); atividade de transformação (comum na panificação das padarias, supermercados e afins); atividade de importação (como no caso das empresas que trazem veículos fabricados em outros países para vender no Brasil); atividade de exportação (caso de uma empresa nacional que fabrica calçados e vende seus produtos no exterior; e atividades de distribuição e comercialização (de produtos e serviços de terceiros ou próprios, desenvolvidas, por exemplo, pelas empresas de telefonia e pelas grandes lojas de eletrodomésticos). (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 83).

2.3.2 Equiparado.

Por último, é necessário elencar, ainda, o entendimento da doutrina que amplia o conceito de fornecedor, que é o fornecedor equiparado. Segundo Leonardo Bessa, “tal figura seria um intermediário na relação de consumo, com posição de auxílio ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços, como nos casos das empresas que mantêm e administram bancos de dados dos consumidores, segundo Bessa (2007, p. 127, *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p. 84).

Ainda, Cláudia Lima Marques exemplifica o fornecedor comparado como o “estipulante profissional ou empregador dos seguros de vida em grupo” e explica a função do fornecedor equiparado como:

A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o ‘dono’ da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando – e com justiça – o campo de aplicação do CDC (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, *apud* TARTUCE; NEVES, p. 84).

O Tribunal do Paraná, na Apelação Cível nº 1284659-8, entendeu que o agente financeiro, “responsável pelo empréstimo visando à aquisição do bem de consumo” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 85) também se encaixa no conceito de fornecedor equiparado.

Vejamos:

Aplicação do CDC. Fornecedor equiparado. Inversão do ônus da prova. Fatos aduzidos na inicial não refutados pela ré. Apelação (2). Agente financeiro. Integrante da cadeia de fornecedores do produto. Mútuo coligado à compra e venda. Responsabilização solidária pelos danos decorrentes da relação

jurídica comerciante consumidor. Inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito. Dano moral *in re ipsa*. Prescindibilidade da comprovação do dano. Cobrança abusiva. Inversão do ônus da prova. Fatos adesivos. Autora. Majoração dos danos morais. Pedido não acolhido. Responsabilização autônoma da terceira ré que aumenta o valor a ser recebido pela autora. Termo inicial dos juros de mora. Responsabilidade contratual. Juros contados da citação. Devolução do sofá. Impossibilidade. Vedação ao enriquecimento sem causa. Parcelas quitadas não foram objeto do pedido inicial. Apelação Cível 1 e Recurso adesivo conhecidos e parcialmente providos. Apelação Cível 2 conhecida e não provida” (PARANÁ, 2015).

2.4 O consumidor

2.4.1 Princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Antes de explicar o conceito e as demais classificações do “consumidor”, é necessário tecer comentários acerca de um dos princípios mais importantes que norteiam a relação jurídica consumerista, o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Segundo o artigo 4º, inciso I, do CDC:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo [...].

É evidente a intenção do legislador em proteger o consumidor, o qual, na maioria dos casos, apresenta-se como a parte vulnerável da relação contratual. Isso se dá por conta da posição desfavorável que está presente nas relações de consumo. De acordo com Carlos Alberto Bittar:

(...) essas desigualdades não encontram, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem da crise de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturaram com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato (...) (BITTAR, 2002, *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p. 33).

Tendo em vista a disparidade presente nas relações de consumo, emergiu a necessidade do Poder Legislativo regular essas relações, a fim de proteger os interesses da parte vulnerável. Diante desse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078/1990.

Desta feita, não há mais que se falar em posição de igualdade nas relações jurídicas consumeristas. Diante disso, Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem apontam que:

[...]a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado

(assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulvar, *Rapport*, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa. (MARQUE; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 120).

Ainda, Guido Alpa, jurista europeu aponta que um dos principais motivos para a criação de uma legislação específica para proteger o consumidor é pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana (ALPA, 2002, p. 23 *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p.34).

Vale ressaltar, também:

[...] que o consumidor, a todo tempo, é exposto aos meios de oferta e informação, sendo impossível que a parte tenha conhecimento amplo sobre todos os produtos e serviços colocados no mercado. A publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, eis que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação. (TARTUCE; NEVES, 2018, p.34).

Em decorrência da disparidade de forças entre consumidor e fornecedor, é reconhecida, a vulnerabilidade do consumidor, como “condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando declinação ou prova em contrário, em hipótese alguma”. (LISBOA, 2001, p. 85 *apud* TARTUCE; NEVES, 2018, p.34).

Desta forma, percebe-se que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência. O consumidor sempre será a parte vulnerável, “característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 34).

Entende-se, desta forma, que a vulnerabilidade é condição jurídica do consumidor. Entretanto, a depender da situação uma pessoa pode não ser identificada como consumidora, por não ter como condição a vulnerabilidade. Vejamos:

[...] uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto. A título de exemplo, pode-se citar o caso de um empresário bem-sucedido. Caso esse empresário adquira um bem de produção para sua empresa, não poderá ser enquadrado como destinatário final do produto, não sendo um consumidor vulnerável. Entretanto, adquirindo um bem para uso próprio e dele não retirando lucro, será consumidor, havendo a presunção absoluta de sua vulnerabilidade. (TARTUCE; NEVES, 2018, p.35).

2.4.2 Consumidor padrão

O artigo 2º do CDC (Lei nº 8.078/1990) diz que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Ou seja, consumidor pode ser tanto pessoa natural como pessoa jurídica, que adquire ou utiliza produto serviço, como destinatário final.

Percebe-se na doutrina que o conceito padrão do artigo 2º do CDC fora bastante questionado, uma vez que havia dúvidas se o CDC teria usado o conceito de consumidor sobre a análise econômica, sociológica, psicológica, filosófica ou a fusão de todos eles. Segundo o professor José Geraldo Brito Filomeno:

[...] o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de **caráter econômico**, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo--se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial (GRINOVER; BENJAMIN; FINK; FILOMENO; BERY JUNIOR; DENARI, 2011, *apud* ALMEIDA, 2018, p.73).

Desta forma, segundo o autor, o conceito de consumidor deve ser analisado segundo a ótica econômica; ou seja, consumidor como aquele que “adquire bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final” (GRINOVER; BENJAMIN; FINK; FILOMENO; BERY JUNIOR; DENARI, 2011, p. 23 *apud* ALMEIDA, 2018, p. 74).

Após delimitar o conceito de consumidor pela ótica econômica, deve ser analisado, em seguida, o conceito de destinatário final. Segundo Bruno Miragem:

O destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo definitivo sua utilidade. O destinatário fático e econômico do produto ou serviço em questão. Neste último caso, é destinatário final por ter praticado ato de consumo e não pela aquisição de insumos que posteriormente reempregará na atividade no mercado, transformando-os em outros produtos ou aproveitando-os no oferecimento de algum outro serviço. (MIRAGEM, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 74).

Ou seja, para que se possa analisar a condição de consumidor, é necessário que entenda dois elementos:

[...] o princípio da vulnerabilidade e a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. (MIRAGEM, 2010, p. 85-86 *apud* ALMEIDA, 2018, p. 76).

2.4.2.1 Conceito de consumidor na interpretação da teoria finalista

Para explicar o conceito de destinatário final, emergiram duas teorias: a teoria finalista e a maximalista. Para a teoria finalista, também chamada de subjetiva, o consumidor de um produto ou serviço nos termos do artigo 2º do CDC, é “o destinatário fático e econômico, ou seja, não basta retirar o bem do mercado de consumo, havendo a necessidade de o produto ou serviço ser efetivamente consumido” (ALMEIDA, 2018, p. 78).

Entretanto, segundo essa teoria, estariam suprimidas as pessoas jurídicas e todos os profissionais, uma vez que não se enquadrariam em destinatários finais, “pois o bem adquirido no mercado de alguma forma integraria a cadeia produtiva na elaboração de novos produtos ou na prestação de outros serviços” (ALMEIDA, 2018, p. 78).

Segundo Lima Marques:

[...] destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência — é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 84-85).

Ou seja, não há que se falar em destinatário final do produto ou do serviço, mas no “consumo intermediário”, nas cadeias de produção. Todavia, a autora reconhece que há exceções. Portanto, há a possibilidade de indicar algumas pessoas jurídicas como consumidoras. A autora, ainda, diz ser necessário a análise de cada caso pelo Poder Judiciário:

[...] reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 79).

Isto posto, pode-se concluir que, segundo essa teoria, o conceito de consumidor deve ser entendido e relacionado a ideia de destinatário fático e econômico, sendo que essa análise é feita em cada caso separadamente, para fins de aplicação do conceito de consumidor.

2.4.2.2 Conceito de consumidor na interpretação da teoria maximalista

Para a teoria maximalista, consumidor é qualquer pessoa que retira um bem ou um serviço do mercado, ou seja, consumidor é pura e simplesmente o destinatário fático, ou seja, leva em conta o caráter objetivo.

Segundo a autora Claudia Lima Marques:

[...]os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 80)

Essa teoria envolve não somente a pessoa física como consumidora, mas também a pessoa jurídica ou o profissional que possuem a “finalidade de lucro quando adquirem um produto ou utilizam um serviço” (ALMEIDA, 2018, p. 81).

Portanto, percebe-se que essa teoria não entende o CDC como norma que protege os vulneráveis na relação de consumo, ensejando a não aceitação dessa teoria para o ordenamento jurídico. Tal fato fez com que o Superior Tribunal de Justiça mesclasse ambas as teorias, tanto a teoria finalista quanto a maximalista, a fim de proteger a parte vulnerável nas relações de consumo.

2.4.2.3. Teoria finalista mitigada – Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A presente teoria emergiu a partir de um entendimento do STJ, ao julgar o REsp 476428, o qual apontou que a pessoa jurídica é apta a ser qualificada como consumidora, desde que reste comprovada, no caso concreto, a sua posição de vulnerabilidade na relação jurídica.

Ou seja, tal teoria entende como destinatário final qualquer pessoa que retira produto ou serviço do mercado, desde que àquela pessoa seja conferido o status de vulnerabilidade, não tendo a necessidade de por fim à cadeia de produção.

Vejamos a ementa do acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações

entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2009).

Portanto, a teoria predominante no ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria Finalista Mitigada, que trata o destinatário final qualquer pessoa capaz de comprovar sua vulnerabilidade na relação consumerista, que retira do mercado produto ou serviço, ainda que não ponha fim à cadeia de produção.

2.4.3 Consumidor comparado

Há três tipos de consumidores comparados, também chamados de consumidores por equiparação, que são: coletividade de pessoas que participa de relações de consumo; vítimas de acidente de consumo; e pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas (ALMEIDA, 2018, p. 105).

2.4.3.1 Coletividade de pessoas como consumidora por equiparação

Verifica-se do parágrafo único do artigo 2º do CDC que o legislador quis comparar a coletividade de pessoas, que participa de relações de consumo, ao consumidor. É de se frisar que “além da relação efetiva e concreta, a relação potencial, e tem por finalidade evitar a ocorrência de um dano em face dessa coletividade de consumidores ou de repará-lo” (ALMEIDA, 2018, p.105).

E, nesse mesmo sentido, Filomeno explica o mencionado dispositivo legal como:

(...) a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando--se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. (FILOMENO, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 105).

Desta forma, pode concluir que para considerar uma coletividade como consumidora por equiparação é necessário que haja coletividade de pessoas, determináveis ou indetermináveis (ALMEIDA, 2018, p. 106).

É necessário, ainda, apontar que não é necessário haver o consumo concreto do produto ou serviço, restando necessária apenas, “a mera exposição da coletividade para identificar o alcance da “intervenção”, conforme previsão legal” (ALMEIDA, 2018, p. 106).

O autor Bruno Miragem entende que:

(...) se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas sim a todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo (MIRAGEM, 2011, *apud* ALMEIDA, 2018, p.106-107).

Outro ponto a ser delineado é se a pessoa jurídica poderia, ou não, encaixar-se no conceito de consumidor comparado. Para Sergio Cavaliere Filho, é possível a inclusão das pessoas jurídicas nesse conceito pois:

(...) não fez a lei qualquer ressalva quanto ao fato da profissionalidade ou não desses terceiros equiparados a consumidores. Os critérios são, a nosso sentir, estritamente objetivos e, novamente, o traço marcante continua a ser a vulnerabilidade, em todos os seus múltiplos aspectos. (CAVALIERI FILHO, 2006, *apud* ALMEIDA, 2018, p.107).

Desta forma, verifica-se que para a inserção da pessoa jurídica no conceito de consumidor equiparado é necessário que a mesma seja vulnerável. Portanto, se no caso concreto a pessoa jurídica tiver o elemento da vulnerabilidade, esta poderá ser classificada como consumidor por equiparação.

O autor, Rizzato Nunes, além de considerar a pessoa jurídica como coletividade de pessoas, entende que as entidades despidas de personalidade jurídica também se enquadram nesse conceito:

(...) a regra do parágrafo único permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidora ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços. (NUNES, 2009, *apud* ALMEIDA, 2018, p.108).

É importante ressaltar a relevância da ação coletiva para tutela do direito do consumidor, uma vez que em inúmeros casos, em que os consumidores ingressaram individualmente suas demandas, o Poder Judiciário condena os fornecedores à pagamentos de indenização irrisórios, o que, por vezes, desinteressa o consumidor em pleitear seus direitos, uma vez que o valor da indenização que se pretende ganhar, tendo em vista o dano que sofreu, não é o mesmo que os magistrados têm concedido.

Entretanto, o processo coletivo tem o escopo de dirimir essas adversidades, tendo em vista que tanto o Ministério Público quanto entidades de defesa do consumidor tem a legitimidade para defender, dentro da ação coletiva, direitos que pertencem a uma determinada, ou indeterminável, coletividade.

2.4.3.2 *Vítimas de evento danoso como consumidoras por equiparação*

Além de o CDC tutelar a coletividade de pessoas como consumidoras por equiparação, em seu artigo 17, tutela, também, a responsabilidade dos fornecedores por acidente de consumo.

Desta forma, “consideram-se consumidores equiparados as vítimas do evento danoso — de um acidente de consumo —, independentemente da efetiva aquisição de um produto ou da contratação de um serviço” (ALMEIDA, 2018, p. 110).

Portanto, para ser apontado como consumidor equiparado na presente classificação é necessário que o indivíduo sofra um acidente devido a um produto ou serviço que apresenta defeitos:

Imaginem uma pessoa que ganhou uma TV de LED como presente de aniversário, portanto não comprou o bem, ou seja, não é consumidora em sentido estrito, mas o produto explodiu no rosto do aniversariante. Temos aí um exemplo de consumidor por equiparação, na medida em que foi vítima de um acidente de consumo em razão do defeito no produto. (ALMEIDA, 2018, p. 110).

É necessário pontuar que, nessa classificação, não é necessário que o consumidor, o qual, no caso concreto, é vítima de um produto ou serviço, tenha efetivamente utilizado tal este e consumido aquele. Ou seja, basta que haja um acidente de consumo para que haja o enquadramento.

Essa responsabilização do fornecedor por acidente no consumo deriva do instituto que a “a teoria da responsabilidade civil norte-americana chama de extensão aos bystanders, ou seja, circunstantes ou terceiros” (FILOMENO, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 110). Ou seja, “são pessoas estranhas à relação jurídica de consumo, mas que sofreram danos em razão dos defeitos do produto ou serviço que podem ser de ordem intrínseca ou extrínseca” (ALMEIDA, 2018, p. 111).

Todos os produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo devem estar de acordo com a garantia dos mesmos, ou seja, não devem oferecer riscos ao consumidor, exceto em casos específicos, como por exemplo, os produtos inflamáveis. Nesse sentido, o legislador dispôs, no artigo 8º, do CDC que:

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se

os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. (BRASIL, 1990)

Desta forma, percebe-se que os produtos e serviços disponíveis no mercado não devem ocasionar nenhum tipo de lesão. Ou seja:

[...] aludida garantia está diretamente atrelada ao produto e ao serviço, isto é, a garantia é concedida ao consumidor não em razão de ser ele o adquirente/contratante, mas pelo fato de o produto/serviço colocado no mercado de consumo não poder acarretar danos além dos normais e previsíveis (ALMEIDA, 2018, p. 111).

Desse modo, não é necessário identificar quem adquiriu o bem de consumo, se foi o consumidor em sentido estrito ou se foi a vítima do evento danoso. Se houve acidente de consumo, o fornecedor deverá ser responsabilizado.

Para Bruno Miragem:

[...] a regra da equiparação do CDC parte do pressuposto que a garantia de qualidade do fornecedor vincula-se ao produto ou serviço oferecido. Neste sentido, prescinde do contrato, de modo que o terceiro, consumidor equiparado, deve apenas realizar a prova de que o dano sofrido decorre de um defeito do produto. (MIRAGEM, 2010, apud ALMEIDA, 2018, p. 111)

Segue o mesmo entendimento, o autor Sergio Cavalieri Filho, ao lecionar que:

(...) não faz qualquer sentido exigir que o fornecedor disponibilize no mercado de consumo produtos ou serviços seguros apenas para o consumidor, não se importando com terceiros que possam vir a sofrer danos pelo fato do produto ou do serviço, razão pela qual deu a estas vítimas um tratamento diferenciado, que se justifica, repita-se, pela relevância social que atinge a prevenção e a reparação de tais danos, (CAVALIERI FILHO, 2010, apud ALMEIDA, 2018, p. 111-112)

2.4.3.3 Pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas

Por fim, equiparam-se a consumidor qualquer pessoa, determinável ou indeterminável, exposta às práticas comerciais e contratuais abusivas, conforme expõe o artigo 29 do CDC: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990).

Nessa classificação, não é necessário que haja a participação legítima do indivíduo na relação de consumo, ou seja, não é necessário que os indivíduos sejam induzidos ao erro através de uma publicidade enganosa, por exemplo, tendo em vista que “a mera exposição à mensagem publicitária será suficiente para equipará-las a consumidoras” (ALMEIDA, 2018, p. 113).

Nessa linha de pensamento, Rizzato Nunes explica que:

[...] não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único

consumidor real que pretenda insurgir -se contra tal prática. (NUNES, 2009, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 113).

Vale ressaltar que, independentemente de haver ou não uma ação individual que traga à tona a prática comercial e contratual abusiva, haverá publicidade enganosa, tendo o Ministério Público, bem como entidades de defesa do consumidor, legitimidade ativa para tutelar o direito do consumidor, bem como inibir estas práticas.

2.5 Produto e serviço

2.5.1 Produto como objeto da relação de consumo.

O produto e serviço, como elementos objetivos, fazem parte da relação jurídica de consumo. O artigo 3º, §1º do CDC dispõe que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 1990).

Grande parte da doutrina entende como infeliz o posicionamento do legislador em utilizar o termo “produto”, pois limitou de forma demasiada sua aplicação. Desta forma, os autores consumeristas primam pela extensão do significado “produto”, a fim de abranger qualquer bem disponibilizado no mercado de consumo. Vejamos os posicionamentos de alguns doutrinadores.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno “produto (entenda-se ‘bens’) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (FILOMENO, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 127).

Para Sergio Cavalieri Filho “produto é utilizado em seu sentido econômico e universal, isto é, aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação” (CAVALIERI FILHO, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 127).

Por fim, Cláudia Lima Marques estabelece produto como “qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p. 127).

Vale ressaltar, ainda que o CDC tutela também o consumidor que obtém um produto, o qual já foi usado, no mercado de consumo, devendo obedecer aos requisitos da relação de consumo; ou seja, é necessário que o vendedor seja considerado fornecedor, sob a óptica do CDC.

Ou seja, embora o dispositivo legal tenha restringido o alcance do elemento “produto”, a doutrina abrange seu conceito a fim de tutelar o vulnerável nas suas relações com o mercado de consumo e os produtos que são disponibilizados nos mesmos.

Nesse sentido, a doutrina entende como produto os seguintes objetos: “bem móvel, bem imóvel, bem material, bem imaterial, bem consumível fisicamente, bem não consumível fisicamente, bem fungível, bem infungível, bem principal, bem acessório, bem novo, bem usado, bem durável, bem não durável e amostra grátis” (ALMEIDA, 2018, p. 128).

2.5.2. Serviço como objeto da relação de consumo.

Dispõe o CDC, no §2º, do artigo 3º, que “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” (BRASIL, 1990).

Para que o serviço seja considerado como um dos elementos da relação jurídica de consumo, é necessário que este seja disponibilizado por uma pessoa, física ou jurídica, que seja enquadrada no conceito de fornecedor e contratado (ALMEIDA, 2018, p. 136).

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno “Aqui o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado”. (FILOMENO, 2010, *apud* ALMEIDA, 2018, p.137).

É necessário dar enfoque a alguns pontos expostos pelo legislador, como: “exigência de remuneração; exclusão das relações trabalhistas; rol exemplificativo de serviços, com destaque para a inclusão dos serviços bancários” (ALMEIDA, 2018, p. 137).

No que pesa a exigência de remuneração, esta pode ser tanto como a forma direta, como a indireta. Remuneração direta é entendida como:

[...] a contraprestação imediata feita pelo consumidor ao utilizar um serviço no mercado de consumo. Cita-se, como exemplo, o pagamento em pecúnia efetuado pelo consumidor imediatamente após utilizar o estacionamento de um shopping center (ALMEIDA, 2018, p. 137).

Contudo, notou-se que há alguns serviços que são intitulados como “gratuitos”, mas que há uma remuneração indireta, como nos casos em que há estacionamento gratuito de shoppings, mas que, no final das contas, o valor do estacionamento, do serviço, está distribuído pelos produtos vendidos nesses estabelecimentos.

No julgamento do Recurso Especial nº 566.468, o Superior Tribunal de Justiça, o relator, Ministro Jorge Scartezini, entendeu que a remuneração indireta é suficiente para configurar o serviço como elemento da relação de consumo. Vejamos: “[...] para a

caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta” (BRASIL, 2004).

Quanto à exclusão das relações trabalhistas, isso ocorre pois há lei específica que regula a matéria, no caso, a Consolidação das Leis do Trabalho, pelo fato de que os direitos trabalhistas encontram-se na classe de direitos fundamentais e por haver uma justiça competente para julgar as ações trabalhistas, qual seja, a Justiça do Trabalho.

No que diz respeito à inclusão dos serviços bancários como objeto da relação de consumo, embora tenha ocorrido muita controvérsia sobre o tema, tanto entre os doutrinadores quanto nos tribunais superiores, prevalece o entendimento de que, “em razão de suas atividades, os serviços bancários enquadrarem-se no conceito de objeto das relações de consumo” (ALMEIDA, 2018, p. 141).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

3.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil.

As primeiras noções acerca do tema responsabilidade civil, é, de acordo com Gagliano (2018, p. 53):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Portanto, preliminarmente, entende-se a responsabilidade civil como a obrigação, decorrente de ação ou omissão de um indivíduo, de reparar um dano causado a outrem. Ainda, disciplina da seguinte forma o artigo 186, do Código Civil brasileiro (Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Um exemplo, de acordo com Gagliano (2018, p. 52):

Se uma pessoa, dolosa ou culposamente, causar prejuízo a outrem, fica obrigada a reparar o dano. Ou seja, se TICIO, dirigindo imprudentemente, atinge o veículo de CAIO, o interesse jurídico patrimonial deste último restou violado, por força do ato ilícito cometido pelo primeiro, que deverá indenizá-lo espontânea ou coercitivamente (pela via judicial).

De acordo com o exposto acima, pode concluir, de acordo com Gagliano (2018, p. 59):

[...]a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Desta forma, é possível verificar que a responsabilidade civil se divide em três elementos: conduta (ação ou omissão); dano; e nexa de causalidade.

A conduta, é o elemento subjetivo. De acordo com Gonçalves (2017, p. 57): “O elemento objetivo da culpa é o dever violado”.

Ainda, ao conceituar a culpa, cita, Beviláqua (1985 *apud* GONÇALVES, 2017, p. 58): “Culpa, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico”.

Já o dano é a lesão a um bem jurídico. Vejamos a anotação de Alvim (1965, *apud* GONÇALVES, 2017, p. 367):

dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Acrescenta, ainda, Enneccerus (1935, *apud* GONÇALVES, 2017, p. 367): “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)”.

Portanto, conforme as palavras de Gonçalves (2017, p. 368):

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

Nexo de causalidade é o liame existente entre a conduta e o dano. Se não estiver presente o nexo de causalidade, não será cabível a reparação do dano. Segundo Gonçalves (2017, p.361): “O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor”.

3.2 Espécies de responsabilidade no direito brasileiro

3.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

De acordo com Gagliano (2018, p. 63): “A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”.

A responsabilidade civil subjetiva encontra parâmetro legal no artigo 186, do Código Civil (Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme verifica-se: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desta forma, entende-se que a responsabilidade subjetiva ocorrerá quando um indivíduo, agindo com negligência ou imprudência, causar um dano a outrem, devendo, desde logo, repará-lo.

De acordo com Gagliano (2018, p. 64):

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — unuscuque

sua culpa nocet. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

3.2.2 Responsabilidade Civil Objetiva

Ocorrerá a responsabilidade objetiva quando for dispensável a presença da culpa para existir o dever de reparar algum dano provocado. De acordo com Gagliano (2018, p. 64):

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Entretanto, caso a parte queira as partes queiram discutir se houve, ou não, culpa, elas o poderão fazer. O que diferencia a responsabilidade civil subjetiva e objetiva é que naquela, deverá ser comprovada a culpa e, nesta, não é necessário que esteja configurado o elemento culpa.

Nesse sentido, o parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), preceitua: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, há tanto a responsabilidade civil subjetiva, em que é necessário que seja comprovado o elemento culpa, e a responsabilidade civil objetiva, em que não é necessário configuração do elemento culpa, para que haja a reparação do dano causado.

3.3 A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor

3.3.1 Pelo vício do produto

Segundo o artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, o vício do produto ocorre quando há um vício de qualidade ou de quantidade com o condão de tornarem o produto inadequado ou até mesmo impróprio para o consumo, acarretando o mal funcionamento do produto.

Veja-se alguns exemplos de vício do produto que o §6º, do artigo 18, preceitua:

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

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

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. (BRASIL, 1990).

Nas palavras de Gonçalves (2015, n.p.):

[...] define como vícios de produtos aqueles ligados a qualidade e 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. Impróprios ou inadequados ao uso e consumo são aqueles produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, ou os 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. São também impróprios ou inadequados os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Também, de acordo com Cavaliere Filho (2014, p. 310): “Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento”.

Um dos exemplos de casos de vício do produto ocorre quando, de acordo com Cavaliere Filho (2014, p. 310 e 311): “Se A, dirigindo seu automóvel zero-quilômetro, fica repentinamente sem freio, mas consegue parar sem maiores problemas, teremos aí o vício do produto”.

Conforme Rizzato Nunes (2000, p. 214 *apud* CAVALIERE FILHO, 2014, p. 346):

(...) há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício; o defeito pressupõe o vício. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento ou não funcionamento.

Pode-se dizer, portanto, que a responsabilidade por vício do produto dá-se por “defeitos inerentes ao produtos e serviços, vícios *in re ipsa*, e não de danos por eles causados” (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 346).

Embora nos artigos 18 e 20, do Código de Defesa do Consumidor, não disponha acerca da responsabilidade do fornecedor ser objetiva ou subjetiva:

não há dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista que o texto dos citados arts. 18 e 20 não faz nenhuma referência à culpa (negligência ou imprudência), necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 347).

O artigo 23, do CDC, (BRASIL, 1990) dispõe que: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.”.

Ou seja, mesmo que o fornecedor não conheça do vício do produto, este não fica isento de responsabilidade, a não ser por mau uso do produto pelo consumidor. De acordo com Cavaliere Filho (2014, p. 347):

O art. 23 do CDC, por sua vez, reforça a responsabilidade objetiva ao dispor: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.” A ignorância mencionada neste dispositivo é o desconhecimento do vício de qualidade do produto ou do serviço, e que não exime de responsabilidade o fornecedor por nenhum motivo. Essa responsabilidade só poderá ser afastada por causa alheia, como o mau uso do produto, culpa exclusiva de terceiro, fortuito externo à atividade do fornecedor e posterior à entrega do bem ao consumidor.

3.3.2 Pelo fato do produto.

Conforme preceitua o artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor, ocorre o fato do produto quando este apresenta algum defeito capaz de causar um incidente ao consumidor, capaz de gerar responsabilidade aos fabricantes e comerciantes. Veja-se:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação. (BRASIL, 1990).

O fato do produto, portanto, é um defeito que causa um dano maior que o vício do produto, tendo em vista que provoca, no consumidor, um acidente, podendo causar um dano moral e, ou, um dano material. Portanto, o defeito do produto, que causa danos ao consumidor, é o fato que gera a responsabilidade pelo fato do produto ao fornecedor. Conforme Cavaliere Filho (2014, p. 310): “[...] no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço”.

Pode-se ter como exemplo de fato de produto, nas palavras de Cavaliere Filho (2014, p. 310 e 311): “[...] se A não consegue parar, e acaba colidindo com outro veículo, sofrendo ferimentos físicos, além de danos nos dois automóveis, aí já será fato do produto”.

O artigo 12, do CDC, dispõe acerca da responsabilidade que se tem quanto ao fato do produto. Veja-se:

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. (BRASIL, 1990).

Desta forma, pode-se dizer que o fato do produto deriva de um defeito encontrado no mesmo, capaz de gerar dano moral e\ou material. Verifica-se, então, que o ponto crucial do fato do produto é o defeito neste.

Passando a análise sobre o defeito, ele pode ser de criação, de fabricação ou acerca de informações erradas ou insuficientes. Tais defeitos, capazes de gerar os danos acima expostos, são chamados de acidentes de consumo, em que há uma reverberação do defeito, interferindo, desta forma, “a incolumidade física-psíquica do consumidor e do seu patrimônio” (CAVALIERE FILHO, 2014, p.311).

De acordo com Cavaliere Filho (2014, p. 311), um dos grandes causadores dos acidentes de consumo é o próprio fornecimento de produtos que comprometem a saúde e\ou a segurança:

O fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos acidentes de consumo. Ora é um defeito de fabricação ou montagem em uma máquina de lavar, numa televisão, ou em qualquer outro aparelho eletrodoméstico, que provoca incêndio e destrói a casa; ora uma deficiência no sistema de freio do veículo que causa acidente com graves consequências; ora, ainda, é um erro na formulação de medicamento ou substância alimentícia que causa dano à saúde do consumidor, como câncer, aborto, esterilidade etc.

É importante ressaltar que o ponto de partida para que o fornecedor seja responsabilizado pelo fato do produto é o risco assumiu. Nas palavras de Cavaliere Filho (2014, p.313):

Tem-se afirmado que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o risco, daí a teoria do risco do empreendimento ou empresarial. Mas o risco, por si só, não gera a obrigação de indenizar. Risco é perigo, é mera probabilidade de dano; e ninguém viola dever jurídico simplesmente porque fabrica um produto ou exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente

admitidos e necessários. Milhões fazem isso sem terem que responder por alguma coisa perante a ordem jurídica. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente.

Concomitantemente, verifica-se que, se de um lado há o risco do fornecedor, há o dever de segurança, que deverá ser mantida por este. Conforme o §1º, do artigo 12, do CDC, (BRASIL, 1990):

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.

O dever de segurança obriga o fornecedor a não dispor, no mercado de consumo, produtos que sejam defeituosos, de modo que, caso tal obrigação não for cumprida, o fornecedor irá responder objetivamente ou seja, independentemente de culpa. Veja-se o posicionamento de Cavaliere Filho (2014, p. 314):

Criou o dever de segurança para o fornecedor, verdadeira cláusula geral – o dever de não lançar no mercado produto com defeito –, de sorte que se o lançar, e este der causa ao acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa. A regra que fundamenta a responsabilidade do fornecedor na existência do defeito cria, ipso facto, o dever de produzir sem defeito. A produção de produto defeituoso é, portanto, a violação do dever jurídico de zelar pela segurança dos consumidores. Aí reside a contrariedade da conduta do fornecedor ao direito, e com isso fica caracterizada a ilicitude como elemento da responsabilidade civil.

Portanto, ao lançar um produto no mercado de consumo, o fornecedor deverá se preocupar, especialmente, com a segurança daquilo que irá dispor, uma vez que, descumprimento o dispositivo legal, do dever de segurança, o fornecedor irá responder independentemente de culpa, pelos danos sofridos pelo consumidor. Depreende-se, portanto, que, o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o dano causado pelos consumidores. Segundo Cavaliere Filho (2014, p. 314):

Para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, a lei impõe o dever de segurança; dever de fornecer produtos seguros, sob pena de responder independentemente de culpa (objetivamente) pelos danos que causar ao consumidor. Tudo quanto é necessário para a existência da responsabilidade é ter o produto causado um dano. Aí está, em nosso entender, o verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor.

3.4 A teoria da perda de uma chance e desvio da finalidade produtiva

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe que a responsabilidade civil será aplicada nos casos em que houver, conforme mencionado anteriormente, 4 (quatro) elementos: conduta, dano, culpa e nexa causal.

Ocorre que, ao mesmo passo em que a sociedade se desenvolve, há a emergência de novos conflitos sociais que necessitam ser solucionados pelo Estado. Desta forma, o autor Marcos Dessaune, trouxe a ideia da teoria do desvio produtivo do consumidor, na sua obra “Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado.”.

Em linhas gerais:

[...] o desvio produtivo do consumidor é devidamente configurado na relação de consumo, quando este “precisa desperdiçar seu tempo e desviar suas competências” de uma atividade imprescindível a ele como, exemplo, o trabalho ou algum tipo de negócios com fins econômicos, ou qualquer ocupação de sua livre escolha, inclusive o direito de não fazer nada, o direito a preguiça ao ócio. Portanto, para tentar resolver o problema criado pelo fornecedor, o consumidor assume o ônus a um custo de oportunidade de natureza irrecuperável, por ele indesejável. (DESSAUNE, 2011, *apud* PRATES, Paulo).

Depreende-se, portanto, que o desvio produtivo é a perda do tempo por parte do consumidor, situação essa corriqueira nas relações de consumo. Segundo Marcos Dessaune:

“... os fornecedores e prestadores de serviços devem aplicar em suas atividades meios para os quais “os recursos produtivo do consumidor” sejam liberados, “por intermédio de um produto final” a fim de que o indivíduo através desse tempo livre tenha condições de realizar novas condutas de acordo com sua preferência. Esta atitude social implícita possibilita que o ser humano se realize, usufruindo seu tempo e de sua liberdade social, econômica, laboral, do lazer, da criatividade entre outras.” (Dessaune, 2011, *apud* PRATES, Paulo. O desvio produtivo do consumidor e a industrialização do mero aborrecimento. Monografias. Brasil escola. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-desvio-produtivo-consumidor-industrializacao-mero-aborrecimento.htm>>. Acesso em: 03 set. 2019).

Segundo o autor, portanto, a falta de responsabilidade dos fornecedores e prestadores de serviços em prestar um mau atendimento aos consumidores prejudica aspectos de sua vida pessoal, uma vez que, ao invés de poder usar livremente seu tempo, como bem entende, é obrigado a gastar seu tempo com infortúnios ocorridos pelo desleixo dos prestadores de serviços. Veja-se o entendimento de Dessaune:

Como a todo o dever jurídico se contrapõe um direito subjetivo, o consumidor, para não experimentar maiores prejuízos, se sente então forçado a desperdiçar o seu tempo e a desviar as suas competências – de atividades como trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para exigir do fornecedor que satisfaça seu mais legítimo interesse: a resolução do problema de consumo, que impõem ao consumidor um custo de oportunidade de natureza irrecuperável, por ele indesejado. Ou seja: transgredir sua missão e cometer ato ilícito, independente de culpa, o fornecedor acaba onerando indevidamente os recursos produtivos do consumidor. (DESSAUNE, 2011, *apud* PRATES).

Seguindo a mesma linha de Dessaune, alguns autores pontuaram sobre o assunto, conforme vê-se na leitura de André Gustavo Corrêa de Andrade:

Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização”. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos. (ANDRADE, 2008, apud PRATES).

Portanto, é notória a preocupação em responsabilizar os mais fornecedores e prestadores de serviços, os quais não prestam com a obrigação de fornecer um produto ou serviço adequado no mercado de consumo. Desta forma, é necessário que aqueles prestem serviços e disponibilizem produtos compatíveis com as expectativas de proteção aos seus consumidores. Caso contrário, devem ser responsabilizados judicialmente por seus atos.

Diante da mudança no cenário consumerista, o Superior Tribunal de Justiça, no dia 9 de março de 2018, publico o Informativo nº 619, perante o REsp 1.634.851/RJ, conforme verifica-se abaixo:

No entanto, esse tema merece nova reflexão. Isso porque o dia a dia revela que o consumidor, não raramente, trava verdadeira batalha para, após bastante tempo, atender a sua legítima expectativa de obter o produto adequado ao uso, em sua quantidade e qualidade. Aliás, há doutrina a defender, nessas hipóteses, a responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil. Assim, não é razoável que, à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. (...). Logo, à luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor, sob pena de ofensa aos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor, além de configurar violação do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele” (BRASIL, 2018).

Diante disso, percebe-se que o escopo do Informativo foi de instruir os fornecedores acerca de suas responsabilidades advindas da relação de consumo, antes, durante e depois do contrato de prestação de serviço ou do consumo de um produto, devendo, aqueles sanar quaisquer infortúnios advindos dessa relação.

Posteriormente à publicação do Informativo 619, emergiram outros julgados no mesmo sentido, clareando os rumos da responsabilidade civil nos casos de desvio produtivo sofrido

pelo consumidor, como no caso da decisão proferida no AREsp 1.241.259/ SP, publicada no dia 27 de março de 2018:

[...] Frustração em desfavor do consumidor, aquisição de veículo com vício “sério”, cujo reparo não torna indene o périplo anterior ao saneamento - violação de elemento Documento: 81098052 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 27/03/2018 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça integrante da moral humana, constituindo dano indenizável - desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune (...)” (BRASIL, 2018).

No mesmo entendimento, a decisão proferida no AREsp 1.260.458/ SP, publicado no dia 25 de abril de 2018:

Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados.

[...] notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilhar o entendimento de que a "missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência” (BRASIL, 2018).

Portanto, diante do posicionamento da doutrina e, principalmente, do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, deverá ser analisado os casos em que há a má prestação dos serviços, devendo ser aplicada a responsabilidade civil do fornecedor, o qual não prestou devidamente os serviços, permitindo que o consumidor se preste à situações em que há a restrição da liberdade de escolha por parte do consumidor de onde e como ele irá empregar o seu tempo.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Observando-se a jurisprudência dos tribunais, com enfoque no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que não é pacífico um entendimento acerca da configuração do dano moral na aquisição de produto alimentício que apresenta corpo estranho.

Em 2014, O STJ, ao julgar o Resp 1131139/SP, manifestou o entendimento de que não configuraria dano moral a aquisição do produto alimentício que continha vício. Apenas seria considerado dano moral caso o consumidor ingerisse o produto eivado de vício e defeito. Abaixo, o julgado referido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. OBJETO METÁLICO CRAVADO EM BOLACHA DO TIPO "ÁGUA E SAL". OBJETO NÃO INGERIDO. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. A simples aquisição de bolachas do tipo "água e sal", em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo, sem que houvesse ingestão do produto, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação. Precedentes.
2. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que houve inequivocamente vício do produto que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, caput, do CDC. Porém, não se verificou o acidente de consumo, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida.
3. De ofício, a Turma determinou a expedição de cópias à agência sanitária reguladora para apurar eventual responsabilidade administrativa.
4. Recurso especial principal provido e adesivo prejudicado.
(BRASIL, 2010).

Entretanto, houve posicionamento diverso no julgamento do Resp nº 1424304/SP, em que a Terceira Turma adotou o entendimento de que haveria dano moral ao consumidor que adquirisse produto alimentício que contenha objeto estranho, tornando-se desnecessária a ingestão do produto, uma vez que este, ao conter defeito, coloca risco à saúde dos consumidores. Desta forma, entendeu a Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006.

- [...] 2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo.
3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à

compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2014)

Conforme exposto a seguir, identifica-se, contudo, que o posicionamento anteriormente adotado fora novamente aplicado nos julgados posteriores, no qual tão somente configuraria dano moral nos casos em que o consumidor ingerisse o produto contaminado por corpo estranho, sendo indiferente o fato de o consumidor adquirir produto eivado de defeito:

RECURSO ESPECIAL DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL.

PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE LACRADA. TECNOLOGIA PADRONIZADA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. ÂMBITO INDIVIDUAL.

1. Cuida-se de demanda na qual busca o autor a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aquisição de refrigerante contendo inseto morto no interior da embalagem.

2. No âmbito da jurisprudência do STJ, não se configura o dano moral quando ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de objeto estranho no seu interior, por não extrapolar o âmbito individual que justifique a litigiosidade, porquanto atendida a expectativa do consumidor em sua dimensão plural.

3. A tecnologia utilizada nas embalagens dos refrigerantes é padronizada e guarda, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro.

4. Inexiste um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar.

5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE.

MERO DISSABOR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2015)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO.

RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXISTÊNCIA DE MATERIAL ESTRANHO NO INTERIOR DE BEBIDA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO.

DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...] 2. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para a sua alteração.

4. Agravo interno não provido. (BRASIL, 2016)

Em 2017, o Colendo Tribunal adotou novo posicionamento ao julgar o Resp 1644405/RS, em que é configurado dano moral, mesmo que não haja a ingestão do alimento, bastando o consumidor “levar à boca” o objeto estranho. A seguir, trecho do julgado mencionado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA.

EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. (...)

2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, o simples "levar à boca" do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita.

6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2017)

No presente tópico, serão analisados alguns casos concretos, retro mencionados, que foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 Recurso Especial n.º 1.239.060/MG

O REsp nº 1.239.060/MG tem como relatora a Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi e trata-se de ação de indenização por danos morais que fora ajuizada pela então recorrido do recurso, Abel Domingos da Costa em face da recorrente, Nestlé Waters Bebidas e Alimentos

Ltda, afirmando conter uma barata em uma lata de leite condensado, que fora fabricado pela recorrente.

O juízo de primeiro grau condenou a recorrente ao pagamento de R\$50.000,00, à título de indenização por dano moral. Contudo, tal decisão de primeiro grau fora reformulada por acórdão proferido pela segunda instância, o que reduziu a indenização para R\$15.000,00. Contra acórdão proferido pela segunda instância, fora interposto Recurso Especial pela ora recorrente, alegando violação do artigo 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Em seu recurso, a recorrente alega que houve laudo pericial, realizado pelo perito judicial, e que aquele não tinha determinado sua responsabilidade pelos fatos. Ademais, alegou que o Tribunal de Justiça não valorou a prova [do perito] de maneira correta e apontou os resultados inferidos do laudo pericial, vejamos:

[...] (i) o inseto entrou na lata pelos furos feitos pelo autor”; (ii) houve “culpa exclusiva do autor no armazenamento do produto após os dois furos que procedeu na lata”; e (iii) se o inseto estivesse ali desde sua fabricação, já estaria em avançado grau de decomposição. (BRASIL, 2011).

Em contrapartida, o Tribunal Estadual afirmou que ao analisar laudo realizado pelo perito juntamente com o depoimento prestado pelas testemunhas ouvidas em juízo, comprovam que o produto alimentício fabricado pela recorrente estava eivado de vício. Tal análise probatória permitiu que o seguinte fosse aferido:

[...] (i) a lata estava fechada e continha apenas dois furos, tendo sido aberta na presença de funcionários do PROCON; (ii) os furos não apresentavam sinal de força física para propiciar seu alargamento para cima ou para os lados; (iii) por esses furos seria possível escapar alguma pata do inseto; (iv) a barata encontrada na lata estava inteira; e (v) a introdução criminosa do inseto poderia até ser feita, mas demandaria tempo e conhecimento específico de entomólogo para justificar a integridade do inseto em estudo. (BRASIL, 2011).

Diante dos argumentos expostos, a relatora, Ministra Nancy Adrighi, entendeu que não há “má valoração de provas”, como entendeu a recorrente, bem como não haver possibilidade física de a barata ter sido inserida no interior do recipiente, que não há prova nos autos que o recorrido tenha conhecimento necessário para tanto e que a recorrente não tem embasamento probatório para alegar que o autor ação não havia armazenado de forma correta o produto alimentício.

Quanto à condenação por dano moral, a recorrente alegou que não deve ser aplicada, uma vez que levaria ao enriquecimento sem causa pela parte recorrida e que a presença da barata no produto teria causado apenas um “mero dissabor”. Ao alegar isto, colacionou à sua tese um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de requerer a redução do

valor que seria aplicado a título de danos morais, além de alegar que não houve dano à saúde do recorrido.

Ocorre que, ao juntar o citado entendimento do Tribunal Estadual, estaria o recorrente reconhecendo a existência do dano moral, requerendo apenas a redução do valor do dano. Desta forma, entendeu a relatora que não seria possível reconhecer a inexistência do dever de indenizar.

A relatora ainda cita o precedente do STJ, o REsp 747.396/DF, em que não fora aplicado o dano moral, uma vez que “a simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, provocar dano moral”.

De acordo com a ministra, a indenização fixada à título de danos morais pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais não resta exorbitante, uma vez que os danos psíquicos causados pela ingestão do produto devem ser reparados, pois a barata encontrada na lata de leite condensado “traz consigo o risco de inúmeras doenças”, conforme afirma a relatora. Vejamos o que esta afirma:

Há de se considerar, em situações como a dos autos, a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contaminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças. Noto que, de acordo com a sentença, o recorrente já havia consumido parte do leite condensado, quando, por uma das “pequenas aberturas [feitas] para sorver o produto chupando da própria lata, observou algo estranho saindo de uma delas” (fl. 414), ou seja, houve contato direto com o inseto, o que aumenta a sensação de mal-estar. (BRASIL, 2011).

Ainda:

Além disso, não cabe dúvida de que essa sensação se protraí no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa. (BRASIL, 2011).

Destarte, a relatora do caso entendeu que, devido as circunstâncias do fato concreto, não resta motivos para reduzir e muito menos não fixar a indenização a título de danos morais, uma vez que o montante fixado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais fora razoável frente aos danos sofridos pelo recorrido.

4.2 Recurso Especial n.º 1.424.304/SP

O RESP n.º 1.424.304/SP é de relatoria da Excelentíssima Ministra Nancy Adrighi.

O caso que levou à apreciação da matéria pelo STJ tem como fundamento fático a aquisição pela parte ora recorrida de uma garrafa de refrigerante da marca Coca-Cola, a qual continha em seu interior corpo estranho, “que aparentava ser um feto cujo

exame mais apurado, através de uma lupa, teria revelado tratar-se de “algo semelhante a uma 'lagartixa', ou ainda, pedaços de pele humana”. (BRASIL, 2014).

Na exordial, a autora (recorrida) requereu a indenização por dano moral no valor de 300 (trezentos salários mínimos), ou seja, R\$ 217.200, 00 (duzentos e dezessete mil e duzentos reais), uma vez que o salário mínimo, à época, fora fixado em R\$724, 00 (setecentos e vinte e quatro reais). (TABELA IRRF. Tabela do salário mínimo. Março, 2013. Disponível em: <https://www.tabeladeirrf.com.br/tabela-do-salario-minimo.html>. Acesso em: 20/09/18).

Em primeiro grau, o pedido fora julgado parcialmente procedente, condenando, a título de dano material, a parte ré (recorrente) ao pagamento de R\$2,49 (dois reais e quarenta e nove centavos). Contra a sentença, a parte autora recorreu ao Tribunal de Justiça, que reformou a sentença dando parcial provimento à apelação, condenando a parte ré ao pagamento de danos morais pelos riscos a que a parte autora estava exposta.

Em sede de Recurso Especial, a parte ré alega violação aos artigos 12 do Código de Defesa do Consumidor e 944, parágrafo único, do Código Civil e dissídio jurisprudencial. Ademais, a recorrente, conforme citada pela relatora, sustenta que:

[...] a sensação de nojo e asco noticiada na exordial por ter a Recorrida encontrado corpo estranho em garrafa de refrigerante, cujo conteúdo sequer foi consumido, não é capaz de trazer qualquer sofrimento moral, que deva ser mitigado pela pecúnia da Recorrente. Com efeito, tal situação nada mais é do que mero aborrecimento que não enseja, data venia, qualquer constrangimento. (fl. 276, e-STJ). (BRASIL, 2014).

Conforme verifica-se do acórdão, segundo o laudo pericial realizado pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, foi constatado que: havia um corpo estranho no produto de gênero alimentício; que este estava lacrado, aparentemente; que há a possibilidade de contaminação mesmo sem que o lacre do produto seja removido; além de confirmar a presença de fungo no produto.

A jurisprudência do STJ, conforme explica a relatora, entende que há a aplicação do dano moral quando o produto alimentício é ingerido, mesmo que parcialmente, em condições impróprias e quando apresenta risco à saúde e à incolumidade física do consumidor, pelo fato de gerar aversão ao produto de gênero alimentício, uma vez que, o fato gerador da repulsa se prolonga no tempo, levando à constante sensação de nojo perante o mesmo alimento.

Contudo, no caso analisado pelo recurso em questão configura-se situação peculiar, uma vez que não houve, parcial e nem total, ingestão do produto alimentício contaminado.

Conforme explica Rizzatto Nunes (2013, p. 299 *apud* REsp n.º 1.424.304/SP, Min. Nancy Adrighi, 3ª Turma, 19/05/2014): “São considerados vícios as características de qualidade

ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor”.

Ou seja, é considerado vício do produto quando este não corresponder à expectativa do consumidor quanto sua utilização e fruição, comprometendo a prestabilidade e a servibilidade do produto ou serviço. Em contrapartida, é considerado defeito [de segurança] do produto quando este, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for hábil a gerar riscos à incolumidade física ou à saúde do consumidor e de terceiros.

Desta forma, a insegurança do produto é um vício de qualidade, que vai além de “frustração de expectativas”, uma vez que há o vício qualificado pela insegurança, “há um fato extrínseco ao vício, que vai além deste”. (BRASIL, 2014).

De acordo com Cláudia Lima Marques, o ilustríssimo Min. Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem (2006, p. 261 *apud* BRASIL, 2014):

A teoria da qualidade [...] bifurcar-se-ia, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade.

Diante disso, é necessário analisar se o caso discutido no recurso em tela trata-se de vício (de qualidade por inadequação) ou de um defeito/fato do produto (vício de qualidade por insegurança), previstos, consecutivamente nos artigos 18 e 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Em alguns casos anteriormente apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, em que não houve a ingestão do produto com objeto estranho em seu interior, não seria possível a aplicação do dano moral, uma vez que não fora sofrido nenhum dano pela parte autora.

Entretanto, ao analisar o CDC percebe-se que este protege o consumidor, a parte hipossuficiente da relação de consumo, de qualquer produto que coloque em risco sua segurança, sua saúde e incolumidade física. Vejamos o que estabelece o artigo 8º do CDC: “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. (BRASIL, 1990)

Desta forma, há um dever legal, por parte do fornecedor, de ofertar produtos e serviços que não ofereçam riscos à saúde e integridade física do consumidor. Vale salientar, ainda, que, conforme o artigo retro mencionado, o CDC tutela o dano na sua potencialidade, com o escopo de evitar sua efetiva ocorrência. Diante dessa imposição legal, desdobra-se, conforme artigo 12,

do CDC, a responsabilidade objetiva do fornecedor de “reparar o dano causado ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos”. (BRASIL, 1990).

Em suma, há defeito [fato do produto] quando o produto oferece risco. Desta forma, o caso em discussão não é vício do produto, mas sim, fato do produto/ defeito, uma vez que a simples presença do corpo estranho no interior da garrafa de refrigerante tem o condão de expor o consumidor à risco.

Conforme expos a relatora, o CDC é paradigmático porque:

[...] observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema da common law (implied warranty). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que dele se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores. (2006, *apud* BRASIL, 2014).

Ainda, entende Cláudio Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, que:

Dois sistemas parecem ter influenciado o legislador consumerista brasileiro: o sistema norte-americano [...], que partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por riscos); e o sistema da Directiva [...], da Comunidade Econômica Europeia, que partiu da ideia de defeito dos produtos industrializados [...] introduzidos no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico), para imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-la e dividir os ônus na sociedade. Desta fusão teria resultado o CDC. (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2006, *apud* BRASIL, 2014).

Destarte, entende-se que é possível a configuração do dano moral decorrente do risco a que fora exposto o consumidor, ainda que este não tenha consumido o produto eivado de defeito.

Vale ressaltar o entendimento de Sergio Cavalieri Filho, o qual entende que o “dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos”. (2003, p. 91 *apud* REsp n.º 1.424.304/SP, Min. Nancy Adrigli, 3ª Turma, 19/05/2014).

Ademais, além de haver uma previsão infraconstitucional de proteção do consumidor, a Constituição Federal de 1988 estabelece a proteção à dignidade da pessoa humana, à saúde e segurança de todos. Desta forma, como o direito à saúde é um direito fundamental, logo, a proteção ao consumidor de qualquer risco à sua saúde e incolumidade física também é, devendo o Estado atentar-se e fiscalizar a conduta dos fornecedores de produtos alimentícios.

Portanto, quando há um defeito no produto é “inafastável o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto” (BRASIL, 2014).

Diante de todo o exposto, foi negado, de maneira unanime, provimento ao recurso especial interposto pela recorrente, Coca Cola.

4.3 Recurso Especial N.º 1.131.139/SP

O REsp nº 1.131.139/SP, tem como relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Luis Felipe Salomão. O caso que deu origem à ação de indenização por danos morais e, posteriormente, ao Recurso Especial, trata-se da aquisição de biscoito com objeto metálico em seu interior que, após perícia, verificou ser uma lâmina.

Na exordial, os autores, consumidores do produto alimentício, aduziram que o o biscoito estava impróprio para consumo, colocando suas vidas e saúde em risco. Vejamos o que fora exposto na inicial:

Com essa conduta da fabricante" - alegam na inicial -, "sofreram os autores, sem dúvida dano moral, consistente na dor psicológica de saberem que ingeriram bolachas fabricadas por um processo inidôneo, dentro da qual havia uma lâmina, fato notoriamente suficiente para uma grande repugnância, dor íntima, angústia, depressão, sentimentos de inferioridade, com enormes reflexos psicológicos negativos em suas vidas pessoais, familiares e profissionais, tudo isso em razão da afronta aos valores personalíssimos provenientes de agressões às suas honras e moral (fls. 12/13). (BRASIL, 2010).

O juízo de primeira instância indeferiu os pedidos aduzidos na inicial. Os autores da ação recorreram ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual reformou a sentença e condenou a apelada, ré da ação de indenização, ao pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), a título de danos moais.

Contra acórdão de segundo grau fora interposto Recurso Especial, pela apelada, que alegou violação ao artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor no acórdão recorrido, uma vez que reconheceu vício do produto e, contudo, condenou-a por fato do produto. Alega ainda que não há razão de ser do dano moral, uma vez que a bolacha, que continha objeto metálico, não fora ingerida pelos autores, além apontar enriquecimento seu causa pelos autos pelo valor da condenação.

Ao analisar o caso, o ministro relator entendeu que houve vício do produto, que tornou seu consumo impróprio. Contudo, não verificou que houve acidente de consumo, ou seja, não

foi constatado que houve fato do produto, consoante o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

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

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

I - que não colocou o produto no mercado;

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

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O ministro relator cita em seu voto a distinção entre os conceitos de fato do produto e vício por adequação. Primeiramente, ele expõe o conceito de fato do produto, segundo entendimento de Claudia Lima Marques (2002, p. 1.030 e 1.032 *apud* REsp 1.131.139/SP, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, 16/11/2014):

Os arts. 8º e 10 do CDC impõem aos fornecedores, inclusive ao comerciante final, não fabricante, a obrigação de não colocarem no mercado produtos ou serviços que acarretem 'riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. (...) A sanção virá, no sistema do CDC, pela aplicação tanto de normas contratuais (sobre vício de qualidade, substituição de freios do automóvel, art. 18, caput), quanto das normas extracontratuais, presentes no art. 12 (ressarcimento dos danos causados em acidente de automóvel por falha dos freios). A falta de “segurança”, o defeito do produto, dá origem à responsabilidade extracontratual pelo dano, segundo o art. 12, do CDC, tomando em conta a sua falta de segurança esperada ou de informação.

Posteriormente, delinea o conceito de vício por inadequação (2002, p. 988 *apud* REsp 1.131.139/SP, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, 16/11/2014):

Quanto aos vícios por inadequação, o dispositivo mais importante é o do art. 18 do CDC, o qual institui em seu caput uma solidariedade entre todos os fornecedores da cadeia de produção, com relação à reparação do dano (note-se que é um dano contratual na visão do consumidor) sofrido pelo consumidor em virtude da inadequação do produto ao fim que se destina.

O relator ainda cita a delimitação, dos temas acima abordados, feita por Zelmo Denari (2004, p. 176/177 *apud* REsp 1.131.139/SP, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, 16/11/2014):

O Código de Defesa do Consumidor se ocupa dos vícios de adequação em sua Seção III, disciplinando nos arts. 18 a 25 a responsabilidade por vícios, e dos vícios de segurança em sua Seção II, arts. 12 a 17, sob a rubrica 'Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço'. Para bem explicar a distinção entre os dois modelos de defeito e responsabilidade, podemos considerar as seguintes situações jurídicas: a) um produto ou serviço pode ser defeituoso sem ser inseguro; b) um produto ou serviço pode ser defeituoso e, ao mesmo tempo, inseguro. (...) A insegurança é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia. De resto, em ambas as hipóteses, sua utilização ou fruição suscita um evento danoso (eventus damni) que se convencionou designar como 'acidente de consumo'. (...) De outra parte, os defeitos de insegurança, previstos nos arts. 12 e segs. do Código de Defesa do Consumidor, suscitam responsabilidade de muito maior vulto, pois nos acidentes de consumo os danos materiais ultrapassam, em muito, os limites valorativos do produto ou serviço.

Portanto, de acordo com todo o exposto, a simples aquisição do alimento que continha corpo estranho (lâmina) não é capaz de gerar dano moral, uma vez que não houve a ingestão do produto, não podendo falar de defeito/ fato do produto.

4. CONCLUSÃO

Diante dos aspectos trazidos no presente trabalho, acerca da possibilidade de responsabilidade civil dos fornecedores de produtos alimentícios que contenham corpo estranho em seu interior, da análise dos elementos necessários para configuração da responsabilidade civil e dos elementos que configuram a relação consumerista, bem como da jurisprudência pátria quanto ao tema, observou-se algumas situações nas quais estaria configurado o dano moral quando presente corpo estranho em produto alimentício.

Diante da omissão legislativa presente no Código de Defesa do Consumidor, não há um dispositivo neste código capaz de regular, de forma objetiva, tal situação, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário, na presença do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem a competência de sanar as dúvidas quanto à legislação infraconstitucional, através da hermenêutica jurídica, com o objetivo de trazer ao ordenamento jurídico clareza quanto ao caso em questão.

Para tanto, foram analisados cerca de 15 (quinze) julgados e, dentro destes, 1 (um) sendo do Tribunal de Justiça do Paraná, sendo os outros julgados, pertencente ao Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer que estes julgados são datados, aproximadamente, entre os anos 2005 e 2018, variando caso à caso.

Portanto, observando-se os divergentes posicionamentos dos ilustríssimos ministros do Superior Tribunal de Justiça, não se pode afirmar a existência de um padrão de quando estaria configurado o dano moral ante a presença de corpo estranho em produtos alimentícios. Em alguns casos, a simples aquisição, sem que haja o efetivo consumo do produto, configura a responsabilidade civil, com o argumento de que estaria expondo o consumidor à violação da sua saúde, a qual é tutelada como direito fundamental pela Carta Magna.

Por outro lado, em outros casos, não se configuraria a responsabilidade civil a mera aquisição do alimento, tendo em vista que não houve a efetiva ingestão do produto, não tendo que se falar em risco à integridade do consumidor. Desta feita, verificado os casos julgamento pelo colendo Tribunal Superior, não há uma resposta certa, não há um padrão jurídico no que tange o assunto em debate, pois cada caso será observado com suas devidas peculiaridades, e a depender de qual órgão será julgado.

Assim, verifica-se que, há várias respostas para uma mesma pergunta. Não há que se falar em posicionamento correto ou incorreto, mas sim em graus de peculiaridade do caso concreto. Porquanto não há uma resposta padrão, do momento a partir do qual poderá ensejar a responsabilidade civil, faz-se necessário acompanhar os julgados do Superior Tribunal de Justiça, que, por certo, irá um dia pacificar o entendimento sobre a matéria em debate, trazendo ao sistema jurídico brasileiro a segurança jurídica e o apoio devido às partes das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). *Responsabilidade civil ambiental: reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação: competência internacional e conflito de leis no espaço: prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso: novos pareceres e estudos de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 set 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 12 setembro 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial nº 1644405/RS*. Recorrente: Paulo Ricardo Pereira De Almeida e Simone Beatriz Oliveira Almeida. Recorrido: Germani Alimentos Ltda Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 09/11/2017. Brasília, 17 nov de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1644405&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo em Recurso Especial nº 489.030/SP. Agravante: Maria Aparecida Moura da Silva Souza. Agravado: Spal Indústria Brasileira de Bebidas S/A e Coca Cola Indústria Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 16/04/2015. Brasília, 27 abr de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400588713&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo de Recurso Especial nº 1597890/SP. Agravante: Luciano Oliveira Da Silva. Agravado: Brasil Kirin Indústria De Bebidas Ltda. Relator: Min. Moura Ribeiro. Data de julgado: 27/09/2016. Brasília, 14 de out de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.597.890&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458/SP. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 05/04/2018. Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=>

201800548680&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.241.259. Agravante: Heko Iuvaskima Garcia e Renault Do Brasil S/A. Agravado: os mesmos. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 07 de março de 2018. Brasília, 27 de mar de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800228752&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0619, Embargos em Recurso Especial nº1.634.851/RJ. Embargante: Via Varejo S/A. Embargado: Ministério Público Do Estado Do Rio De Janeiro. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento:12/09/2017. Brasília, 15 de fev de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.634.851&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Espacial. Terceira Turma. REsp 1.424.304/SP. Recorrente: Coca Cola Indústrias LTDA. Recorrido: Marlene Muniz Pintan. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201301311055&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20 de setembro de 2018.)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1239060/MG. Recorrente: Nestlé Waters Bebidas E Alimentos Ltda. Recorrido: Abel Domingos Da Costa. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 10/05/2011. Brasília, 18 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100395600&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1395647/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: em 18/11/2014. Brasília, 19 de dez de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201302475902&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1424304/SP. Recorrente: Coca Cola Industrias Ltda. Recorrido: Marlene Muniz Pintan. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de julgado: 11/03/2014. Brasília, 18 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301311055&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 476428/SC. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis E Turismo Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 01/06/2004. Brasília, 09 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=>

200201456245&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1131139/SP. Recorrente: Nestlé Brasil Ltda. Recorrido: G M de M (Menor) e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão Data de Julgado: 16/11/2010. Brasília, 1 de dez de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901479580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 747.396/DF. Recorrente: Brasal Refrigerantes S.A. Recorrido: Cícero Lima da Costa e Outros. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 09/03/2010. Brasília, 22 de mar de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500733607&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 de setembro.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 12846598. Apelante: Hoepers Recuperadora de Crédito S.A. Losango Promoções de Venda Ltda. Apelado: os mesmos. Relator: Guilherme Freire de Barros Teixeira. Data de Julgamento: 04/12/2014. Paraná, 24 de fev de 2015. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169242510/apelacao-apl-12846598-pr-1284659-8-acordao>. Acesso em: 15 de setembro.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume 4.

GONÇALVES, Renato Afonso. *Direito do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MELO, Rebecca Braz Vieira de. Responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo pela presença de corpo estranho em produto alimentício. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 16 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590454&seo=1>. Acesso em: 18 maio 2019

PRATES, Paulo. O desvio produtivo do consumidor e a industrialização do mero aborrecimento. *Monografias: Brasil Escola*. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-desvio-produtivo-consumidor-industrializacao-mero-aborrecimento.htm>. Acesso em: 3 set. 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.