

TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Juordan Sardi Schutz¹

Resumo: O critério de imputação de responsabilidade dos fornecedores, no Código de Defesa do Consumidor, é objetivo, sem culpa, cujo fundamento é o dever de qualidade dos produtos e serviços que disponibilizam no mercado consumidor. A proteção dá-se sob dois prismas: o da sua integridade físico-psíquica e o da sua integridade econômica. Protege-se o consumidor, então, contra defeitos (falha na segurança) e contra vícios (falha na adequação), bem como contra violação de deveres anexos, tais como informação e prevenção. Fora nosso intento examinar as técnicas processuais adequadas à tutela de tais direitos, enfocando a desnecessidade, em alguns casos, de ocorrência de dano.

Palavras-chave: consumidor; responsabilidade; ilícito; dano; tutela dos direitos.

Introdução

O objetivo central do trabalho é analisar alguns aspectos processuais da proteção do consumidor, notadamente em face da proteção de sua saúde e segurança, bem como em relação à responsabilidade por fato e vício do produto ou serviço. Para isso, partimos da hipótese de que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva garante os instrumentos processuais capaz de conferir adequada proteção ao direito material do consumidor.

1 Situações Jurídicas Tuteláveis pelo Direito do Consumidor. Pressupostos de Responsabilização pelo Ilícito e pelo Dano no Direito do Consumidor

O tratamento dispensado à responsabilidade civil, pela legislação consumerista, não se informou pela *summa divisio* clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Adotou-se, ao contrário, um novo fundamento para a responsabilização civil do fornecedor, consistente na relação jurídica de consumo, seja ela contratual ou não (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 113).

Da mesma forma, não se cogita da culpa, típica da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilidade presente nas normas do Código de Defesa do Consumidor é objetiva, embasada na teoria da qualidade, de tal sorte que a lei impõe ao fornecedor um dever de qualidade dos produtos e serviços que coloca no mercado ou presta (MARQUES, 2005, p. 1148).

A responsabilidade do fornecedor, portanto, está objetivada, concentrada no produto ou no serviço prestado, na existência de um defeito – falha na segurança – ou na existência de um vício – falha na adequação, na prestabilidade (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 258).

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, segundo Denari (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 155). Ao se adotar a teoria da qualidade, todavia, verifica-se que aos bens de consumo, no âmbito do direito do

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, turma de 2008/02. Advogado. O presente artigo é adaptação da monografia de conclusão de curso, a qual obteve conceito A, com louvor e indicação para publicação.

consumidor, asseguram-se duas garantias básicas: a primeira contra os vícios de qualidade, a segunda, contra os vícios de quantidade (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 107). Os vícios de qualidade bifurcam-se em vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) e vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 a 25).

Revelam-se aí, então, as duas órbitas de proteção do consumidor contempladas positivamente: a primeira, consistente na proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor, cujo fim é a preservação da sua vida e da integridade contra os acidentes de consumo, decorrentes dos vícios de qualidade por insegurança; a segunda, consistente na proteção de sua incolumidade econômica, decorrente do que Benjamin chamou de *incidentes* de consumo – vale dizer, vícios de qualidade por inadequação – capazes de atingir seu patrimônio (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007. p. 100).

Cabe destacar também a relevância do princípio da proteção da confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dele se espera. Decorrente do anonimato das relações sociais, o princípio da confiança protege a expectativa que o consumidor depositou no produto, na marca, na informação que o acompanha, na sua segurança (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 235-6).

1.1 Dever de Prevenção

O artigo 8º do CDC prevê que “os produtos e serviços colocados no mercado não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. Além disso, em razão do mesmo dispositivo, os fornecedores estão obrigados, “em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. É um dever de informação específico sobre os riscos, aliado ao ônus da garantia de adequação dos produtos que introduz no mercado (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 237). Está vedada, portanto, a introdução de produto no mercado de consumo com indevido grau de periculosidade, cuja avaliação baseia-se na “legítima expectativa de segurança” (MARINS, 1993, p. 117).

O artigo 9º, a respeito do fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, impõe o dever de informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade. A informação, consoante Zelmo Denari, é ostensiva quando se exterioriza de forma tão manifesta que permite o conhecimento de todos, e é adequada quando presta os esclarecimentos necessários (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 149).

Por fim, o artigo 10 veda a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe, ou deveria saber, apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. De acordo com o parágrafo 1º, ainda, o fornecedor tem o dever de informar caso tome conhecimento da periculosidade ou nocividade do bem ou serviço após sua introdução no mercado. Tem-se, nessa hipótese, um típico dever de prevenção de danos do fornecedor (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 251).

Assim, não é lícito introduzir no mercado de consumo qualquer produto ou serviço que possa apresentar grau indevido de periculosidade, tolerando-se aqueles cujo risco for o previsível, de acordo com suas condições de uso e finalidade (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995,



p. 78). Em relação aos produtos perigosos, sua introdução só configura ilícito caso apresentem-se desacompanhados de informações relativas à nocividade ou periculosidade.

Os deveres de informação e prevenção são decorrentes da boa-fé objetiva, sendo, por isso, denominados deveres anexos². Tais deveres, como anotou Clóvis do Couto e Silva em obra ímpar acerca do tema, “consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante (SILVA, 2008, p. 40)”.

Aqui, não se perquire do dano, bastando a mera configuração do ilícito. Isso possui reflexos no plano do direito processual, como se verá na seção subsequente.

1.2 Vícios de Qualidade por Insegurança

Disciplinados no CDC sob o título “Da responsabilidade pelo Fato do Produto ou do Serviço”, os vícios de qualidade por insegurança referem-se, como já dito, a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor. O artigo 12 do CDC prevê que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador respondem 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.

Importa extrair do dispositivo, inicialmente, a taxatividade da enumeração dos responsáveis, de modo que o comerciante só é responsável nas hipóteses do artigo 13³. Note-se que o dever do fornecedor, concentrado no bem, advém da aceitação da teoria da qualidade, impondo um dever legal a todos os fornecedores que ajudam a introduzir o produto no mercado.

Ainda cumpre salientar que, no sistema do CDC, pode haver dano e nexo causal entre o dano e o produto, mas, se não existir o defeito, (art. 12, § 3º, II) não haverá obrigação de reparar para o fornecedor, arcando este, contudo, com o ônus da prova da inexistência do defeito de seu produto (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 259).

O vício de qualidade por insegurança pode ser conceituado, consoante lição de Benjamin, como “a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 114)”. Observam-se dois elementos nucleares, cujas presenças fazem-se indispensáveis para caracterização do vício de qualidade por insegurança: a desconformidade com a legítima expectativa do consumidor e a aptidão para provocar acidentes de consumo.

Os produtos e serviços, no tocante à sua segurança, podem ser classificados em grupos de periculosidade inerente e de periculosidade adquirida⁴.

A periculosidade inerente, ou latente, é aquela que integra a zona da expectativa legítima do consumidor. O bem de consumo de periculosidade inerente ou latente traz em si um risco intrínseco a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Entretanto, só se

² Assim, SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 37

³ Assim, ARRUDA ALVIM, *Código...*, p. 99 e MARQUES, *Comentários*, p. 280.

⁴ A distinção, de resto, é feita por Benjamin, Arruda Alvim, Denari, entre outros.



considera inerente a periculosidade quando dotada de normalidade, em relação ao produto ou serviço, e de previsibilidade, ou seja, deve o consumidor estar apto a prever a periculosidade (BENJAMIN, *In: BENJAMIN; MARQUES; BESSA*, 2007, p. 116-7). Em se tratando de periculosidade inerente, inexistente vício de qualidade por insegurança, contanto que esteja o consumidor devidamente informado acerca dessa periculosidade.

Por sua vez, os produtos ou serviços de periculosidade adquirida são aqueles cujo perigo decorre de um defeito que apresentam. São bens que, ausente vício de qualidade por insegurança, não manifestam risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. Daí que a característica essencial dos produtos ou serviços de periculosidade adquirida é a imprevisibilidade. O dever de informação, nesses casos, é impossível, de forma que se está diante de um vício de qualidade por insegurança.

Em razão da periculosidade inerente, pode-se dizer que todo produto ou serviço apresenta uma margem de insegurança. De modo que a lei não exige que o produto seja totalmente seguro, mas apenas que apresente a segurança que dele legitimamente se pode esperar.

O elemento central do conceito de defeito é, portanto, a *carência de segurança* (BENJAMIN, *In: BENJAMIN; MARQUES; BESSA*, 2007, p. 118). Não é qualquer insegurança, porém, que torna o produto defeituoso, tratando-se, na verdade, de graus de insegurança – determinados com apoio no art. 12, parágrafo 1º –, nem todos aptos a transformar o produto em defeituoso. O que se busca, então, é a segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. Assim, o “juiz deve ser o intérprete do sentimento geral de legítima segurança esperada do produto, atendendo ao uso e consumo e a expectativa de utilização, à luz do conhecimento ordinário (SILVA apud DENARI, *In: GRINOVER et al*, 2001, p. 165)”. Doutrinariamente, os defeitos, em razão das modalidades de periculosidade adquirida, podem ser divididos em defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização, consoante a previsão do art. 12, *caput*.

O defeito de fabricação, cujos efeitos jurídicos mais importantes são o de proceder ao *recall* e de reparar os danos causados, originam-se quando da manufatura do produto, em decorrência do automatismo e padronização do processo produtivo (BENJAMIN, *In: BENJAMIN; MARQUES; BESSA*, 2007, p. 125). Tais defeitos possuem tríplice traço fundamental, quais sejam, a inevitabilidade, a previsibilidade estatística e a manifestação universal (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 103-104). Significa dizer que mesmo a melhor técnica não pode eliminá-los (inevitáveis), pois sua frequência de sua ocorrência presta-se ao cálculo estatístico e que os danos por eles provocados cingem-se a uns poucos⁵.

Já os defeitos de concepção estão presentes naqueles produtos ou serviços que apresentam risco de dano desarrazoado, nada obstante tenham sido produzidos meticulosamente, conforme planos detalhados e especificações. Em razão de erro havido quando da elaboração de seu projeto, afetam as características gerais da produção (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 103). Parte-se da idéia de que o fabricante responde pela idealização de produto que não tenha a aptidão de evitar riscos à saúde e a segurança, não aceitáveis dentro de determinados padrões pelos consumidores (MARINS, 1993, p. 113). Possuem, igualmente, três traços fundamentais: inevitabilidade, dificuldade de previsibilidade estatística e manifestação universal. Da mesma forma que o defeito de fabricação, o defeito de concepção não pode ser evitado, mormente se o conhecimento

⁵ Antônio Hermann Benjamin insere os defeitos que surgem no acondicionamento ou armazenamento nessa categoria (Fato..., p. 125).



técnico à época não permitia sua identificação ou previsão. Em razão de manifestar-se universalmente, seu potencial de danosidade coletiva é maior.

Os defeitos de comercialização, por fim, também denominados defeitos de informação, estão relacionados aos danos provocados por defeitos decorrentes de apresentação dos produtos, assim como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Assim, o fornecedor, ao comercializar um produto, deve informar o consumidor sobre o uso adequado, sobre os riscos inerentes e outras características relevantes de modo que a falta de advertência sobre o risco que causa o dano é o que gera a responsabilidade (LORENZETTI, 2003, p. 422). Na maioria das vezes, o que se tem é uma periculosidade inerente que – por carência informativa – transforma-se em periculosidade adquirida.

O artigo 12, parágrafo 3º do CDC traz as hipóteses de exclusão de responsabilidade, as quais, aponta maciça doutrina, são *numerus clausus*. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador não serão responsabilizados quando provarem que não colocaram o produto no mercado, que não há defeito ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. A tais excludentes, alia-se o caso fortuito e a força maior (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 128)⁶. Cumpre ressaltar, ainda, na hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro que o comerciante não é terceiro, já que para a sua responsabilização há norma especial: o art. 13⁷.

O Código de Defesa do Consumidor prevê três modalidades de responsáveis: o real (o fabricante, o construtor e o produtor), o presumido (o importador) e o aparente (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real).

Questão delicada diz respeito à responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, cujo conceito é aquele “risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 129)”.

Na Europa, a Diretiva 374/85 da Comunidade Econômica Européia, diploma inspirador de grande parte das normas do nosso Código no tocante a responsabilidade por produtos defeituosos, acolheu o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, ao prever em seu artigo 7º que o fornecedor não é responsável quando provar que “o estado dos conhecimentos científicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito” (alínea e). A Diretiva permitiu, todavia, que qualquer Estado-membro derogue a excludente e preveja, em sua legislação, que o produtor é responsável pelos riscos do desenvolvimento (art. 15, DIR 374/85 CEE). Na Argentina, a questão segue aberta, pois, enquanto alguns entendem que basta que haja um dano, mesmo impossível de prever, para que haja responsabilidade, outros objetam ao argumento de que no direito argentino só se responde pelas consequências mediatas

⁶ Arruda Alvim divide o estudo do caso fortuito e da força maior em dois momentos: a) quando acontecerem antes da inserção do produto causador do dano no mercado e; b) quando acontecerem depois da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo. Na primeira hipótese, não há exclusão de responsabilidade porque até o momento da introdução no mercado há dever de garantir que o produto não sofra alteração que o torne defeituoso. Após o ingresso no mercado, contudo, não há hipótese de defeito imputável aos responsáveis do art. 12, *caput* (Código..., p. 127). A mesma divisão é feita por James Marins, *Responsabilidade...*, p. 153.

⁷ Assim, Benjamin, p. 128. Denari entende, todavia, que o comerciante pode ser responsabilizado como terceiro, quando demonstrada sua culpa exclusiva (art. 12, III), *Da Qualidade...*, p. 172



previsíveis, ao passo que a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento é um consequência mediata não previsível (LORENZETTI, 2003, p. 450-1).

No tocante ao direito brasileiro, Arruda Alvim observa que, se utilizada a hipótese do risco do desenvolvimento de modo extremo, a assunção dos riscos pelo setor produtivo pode tornar-se insuportável, vindo em detrimento do próprio desenvolvimento social (ARRUDA ALVIM *et al*, 1995, p. 111). Nessa linha, conclui que é lícito ao fornecedor introduzir no mercado de consumo produto cuja periculosidade – dado o grau de conhecimento à época – não era conhecida, de forma que o risco do desenvolvimento não pode ser considerado um defeito, eximindo a responsabilidade do fornecedor. James Marins, após detida análise da questão dos riscos do desenvolvimento, conclui, do cotejo entre os artigos 6º, 10 e 12 do CDC, da mesma forma, acentuando que, tendo em conta a época da colocação no mercado, não pode haver expectativa legítima que vá além da ciência existente (MARINS, 1993, p. 135-6).

Antônio Hermann Benjamin, no entanto, entendendo que a exigência moderna é de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com o prejuízo, define o risco do desenvolvimento como defeito de criação, decorrente da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma tecnologia nova (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 129). Na mesma linha, Silvio Luís da Rocha, advertindo que as excludentes são *numerus clausus*, entende que o risco do desenvolvimento deveria estar expressamente previsto para eximir a responsabilidade (ROCHA, 2000, p. 112). Zelmo Denari afirma, igualmente, que qualquer eximente de responsabilidade deve ser vista com reservas, quando em jogo vidas humanas (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 166).

Por adotar a responsabilidade objetiva, cuja finalidade é não apenas a tutela dos consumidores, mas também a racional distribuição dos riscos entre os sujeitos da cadeia produtiva⁸, não podia o CDC exonerar a responsabilidade na presença de um risco de desenvolvimento. Isto porque a responsabilidade objetiva está alicerçada no risco da empresa. Os doutrinadores italianos Alpa e Bessone nos trazem as razões jurídicas que justificam a adoção da imputação objetiva do risco (ALPA e BESSONE, 1987, p. 369-370):

- a) L'interesse pubblico all'integrità fisica, alla sicurezza e alla salute delle persone richiede che la legge offra la massima protezione contro la circolazione di prodotti difettosi, che rappresentano un grave pericolo per tutti i consumatori. Poiché il singolo consumatore non ha la possibilità di difendersi da sé, è giusto che il rischio sia interamente adossato all'imprenditore che ha posto sul mercato prodotti dannosi;
- b) Il produttore avvia le merci al mercato assicurando i consumatori che esse sono innocue e di buona qualità; mediante messaggi pubblicitari, etichette e confezioni dei prodotti egli fa il possibile per accreditare queste affermazioni; poiché il dettagliante è una semplice pedina attraverso la quale la merce viene smistata, i consumatori nutrono affidamente solo nell'impresa. Poiché il produttore ha esaltato la bontà dei prodotti e sollecitato l'affidamento del pubblico, non gli si dovrebbe permettere, nell'eventualità di incidenti, di sottrarsi alla responsabilità.

Além disso, salientam os mestres italianos que a empresa pode inserir no preço de cada produto o custo que lhe é imposto pelas regras de responsabilidade objetiva, de sorte

⁸ Assim, ALPA, Guido e BESSONE, Mario, *La Responsabilità Del Produttore*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano: 1987, p. 369



que o risco é repartido entre todos os consumidores (ALPA e BESSONE, 1987, p. 370). Nesse quadro, não é justo permitir que o consumidor, singularmente, suporte o dano proveniente do risco de desenvolvimento, em caso de falha na concepção, enquanto, na hipótese de sucesso do desenvolvimento da tecnologia nova, apenas o fabricante desfrutará dos benefícios financeiros daí decorrentes.

À semelhança do fato do produto, o defeito também é o elemento “detonador” da responsabilidade civil do prestador de serviço. O artigo 14, parágrafo 1º prevê que o serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que o consumidor dele espera, tendo em conta o modo de seu fornecimento, os resultados e os riscos que razoavelmente dele se esperam, assim como a época em que foi prestado. Os defeitos do serviço podem ser de prestação, de concepção e de comercialização (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 136).

Os defeitos de prestação são aqueles que apresentam um desvio do padrão de qualidade fixado antecipadamente; os defeitos de concepção advêm da equivocada formulação do método da prestação do serviço; o defeito de comercialização, por último, surge quando insuficientes ou inadequadas as informações prestadas ao consumidor sobre a fruição e riscos do serviço (BENJAMIN, *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 136). Assim, o fornecedor de serviço responde pelos danos causados aos consumidores em razão de defeito na prestação do serviço, ou por incompletude na informação no tocante à sua execução ou fruição.

Em se tratando de fornecimento de serviço por profissional liberal, estabeleceu o CDC que a responsabilidade será apurada mediante verificação da culpa (art. 14, § 4º). A responsabilidade subjetiva não tem aplicabilidade, entretanto, quando se tratar de pessoas jurídicas compostas por profissionais liberais, tais como clínicas médicas e escritórios de advocacia, pois o que se privilegia é a pessoa física do profissional liberal, e não o tipo de serviço prestado⁹. Como bem anota Zelmo Denari (DENARI, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 174), a responsabilidade do prestador de serviço estende-se, igualmente, a Administração Pública, de modo que, nos acidentes de consumo relacionados com a falta de informações relativas aos serviços de transporte e de distribuição de energia elétrica haverá dever de reparar pela administração direta ou indireta, através das concessionárias de serviços públicos.

Importa destacar, por último, que para tutela dos acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima do evento, como prevê o artigo 17 do CDC. Protege-se, assim, o terceiro, *bystander*. Dessa forma, beneficia-se a pessoa física que mesmo não sendo adquirente ou usuária final do serviço prestado tenha sido vítima do fato do produto e do serviço.

1.3 Vícios de Qualidade por Inadequação

Como já anotamos acima, o CDC positivou um novo dever legal para o fornecedor, um dever anexo, um dever de qualidade. A teoria da qualidade concentra-se no objeto da prestação contratual, pois visualiza o resultado da atividade dos fornecedores, de modo a impor-lhes o dever de qualidade dos produtos que colocam no mercado (MARQUES, 2005, p. 337). Daí tratar-se do capítulo referente a “responsabilidade por vício do produto e do serviço” sob o título “vícios de qualidade por inadequação”.

⁹ Assim, MARQUES, *Comentários...*, p. 289 e BENJAMIN, *Fato...*, p. 137



O Código de Defesa do Consumidor trata da matéria concernente à responsabilidade por vício do produto e do serviço nos artigos 18 a 25, tendo como grande novidade a disciplina dos vícios dos serviços (arts. 20 e 21), sem paralelo na lei civil (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 145). O CDC, no entanto, não revogou a disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil de 1916, tampouco teve sua vigência afetada pelo advento do Código Civil de 2002, mas tão-somente estabeleceu uma disciplina própria para as relações de consumo (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 145).

Aliás, como bem destaca Zelmo Denari, os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos e serviços podem ser ocultos e aparentes, e contam com mecanismos reparadores mais amplos, abrangentes e satisfatórios do que aqueles previstos no instituto dos vícios redibitórios civilista. Isso porque o objetivo da disciplina dos vícios no CDC é o oferecimento de garantias ao comprador para assegurar a qualidade da coisa (BESSA, *In*: PFEIFFER e PASQUALOTTO, 2005, p. 272).

O CDC, em seu artigo 18, *caput*, dispõe que

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

Extraí-se da leitura do dispositivo supra a existência de três espécies de vícios: aqueles que tornam o produto impróprio ao consumo; aqueles que lhe diminuem o valor e; aqueles decorrentes da disparidade entre as características dos produtos e aquelas veiculadas na oferta e publicidade, chamados por Cláudia Lima Marques de vícios de qualidade por falha na informação (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 336).

Cabe salientar que, diante do dever de qualidade, de adequação do produto ao uso que se destina, é necessário que o vício já esteja presente quando da colocação do bem no mercado, havendo obrigação dos fornecedores de liberar no mercado apenas produtos isentos de vícios.

Diferentemente da disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil, a disciplina do CDC abrange os vícios aparentes. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, não há distinção entre vício aparente e vício de fácil constatação, previstos no art. 26, *caput*, pois se deve considerar que a finalidade do instituto é a distinção de vício oculto. Na verdade, a qualidade ou não de *aparente*, depende da maior ou menor complexidade do produto ou serviço e, ao mesmo tempo, do nível de conhecimento técnico do consumidor (BESSA *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 148). Segundo o autor, com o adjetivo aparente, buscou-se aludir à facilidade ou não de identificação imediata do vício, o que conduz à idéia de fácil constatação. Para ele, então, *aparente* e *fácil constatação* são equivalentes. O que há, em verdade, é um esforço normativo para esclarecer que a aparência ou não do vício decorre das circunstâncias da aquisição do produto ou serviço. Para fins práticos, a distinção entre vício oculto e vício aparente é relevante na determinação do início dos prazos decadenciais.

Já o artigo 19 do CDC dispõe:



os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária(...).

Nos termos dos artigos 18 e 19, os vícios podem ser de qualidade ou de quantidade. A principal novidade do sistema consumerista, no tocante aos vícios de quantidade, é a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores da cadeia de produção e circulação. A exceção a regra da responsabilidade solidária é a hipótese de pesagem e medição realizada pelo comerciante (art. 19, § 2º), quando a responsabilidade será específica do fornecedor imediato (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 355).

Não é demais notar, em se tratando de responsabilidade solidária prevista em lei, que a pretensão do consumidor poderá ser dirigida tanto ao comerciante, quanto ao fabricante ou a qualquer outro fornecedor intermediário que tenha participado da cadeia de produção e circulação do bem, tudo em homenagem ao direito básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI, CDC). A todos, portanto, imputa-se a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Após a satisfação do consumidor, podem os fornecedores discutir quem irá assumir o valor despendido, nos mesmos autos da ação originária, uma vez que está vedada a denunciação à lide, nos termos do art. 88 do CDC (WATANABE, *In*: GRINOVER *et al*, 2001, p. 783).

Em seu artigo 18, parágrafo 1º, o CDC expande as opções do adquirente ou usuário de produto com vício de qualidade por inadequação. Possui o consumidor três alternativas: a substituição do produto por outro da mesma espécie; a restituição da quantia paga; o abatimento proporcional do preço. Produto da mesma espécie é aquele que reúne características idênticas às do portador do vício, incluindo-se, aí, marca, modelo, potência, configuração e cor. Dentre as hipóteses de composição dos vícios mencionadas, duas devem ser dirigidas ao fornecedor-direto, ou seja, aquele que contratou, que vendeu o produto ao consumidor (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 338). São elas: a restituição imediata da quantia paga e o abatimento proporcional do preço.

Além dessas três alternativas indicadas, o consumidor pode exigir indenização pelas perdas e danos. Aliás, é de notar-se que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação não o exime de responsabilidade (art. 23), pois a responsabilidade nasce com a mera violação do dever legal de qualidade, de forma objetiva, não importando, dessa forma, o conhecimento do vício pelo fornecedor responsabilizado (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 396).

No artigo 20, o CDC inova ao disciplinar os vícios dos serviços, preocupando-se que os serviços oferecidos no mercado de consumo atendam a um grau de qualidade e funcionalidade que “os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária”

A noção de impropriedade do serviço está indicada no art. 20, parágrafo 2º: “são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”

A noção de serviço inadequado, então, está objetivada, a fim de não depender do contrato celebrado com o fornecedor, em regra de adesão. A nova idéia de vício do serviço concentra-se, como bem anota Cláudia Lima Marques, na funcionalidade, na adequação do



serviço prestado e não existência da diligencia normal do prestador de serviços (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 359). A prestação de um serviço adequado passa a ser a regra, não bastando a prestação diligente.

Assim, pode-se considerar que o serviço apresenta vício de qualidade por inadequação, na terminologia de Antônio Hermann Benjamin, quando não corresponde a legítima expectativa nele depositada. A diligência do prestado de serviço importará tão-somente em caso de eventual alegação de inadimplemento contratual (MARQUES *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 360).

Ressalte-se que, a exemplo do artigo 18, o artigo 20 permite ao consumidor, em caso de inadequação do serviço, exigir, alternativamente e à sua escolha, a reexecução do serviço, sem custo adicional, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

O artigo 22 traz para o campo de aplicação da legislação consumerista as entidades da Administração Pública direta e indireta, ao prever que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias ou permissionárias têm obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, impondo-se a continuidade apenas em relação aos serviços públicos essenciais. Aplica-se, dessarte, o CDC aos serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, telefonia, entre outros¹⁰. Dessa forma, em caso de danos ocasionados na prestação dos serviços por empresas concessionárias, cabe ao consumidor apenas a prova da ocorrência do dano, do nexo de causalidade entre a ação/omissão da concessionária e o dano e do montante do prejuízo.

Cumprido anotar, por último, que, no art. 25, parágrafo 1º, o CDC impõe à cadeia de fornecimento a obrigação solidária, decorrente da lei, portanto, o dever de indenizar por danos causados, tanto pelos fatos dos produtos e serviços – acidentes de consumo, vistos na seção anterior –, quanto pelos vícios dos produtos e serviços. O fundamento por trás dessa solidariedade é o direito de ressarcimento das vítimas-consumidores, previsto no art. 6º, VI do CDC.

2. Tutelas Jurisdicionais do Direito no Âmbito do Direito do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 83, que para a defesa dos direitos por ele protegidos são “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

A norma consubstancia, assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que exige do legislador a estruturação de procedimentos e técnicas processuais atentas às necessidades do direito material e do juiz o dever de extrair das normas processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (MARINONI, maio de 2005, p. 212). Em sendo o direito do consumidor um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CRFB), exige procedimento como meio para sua efetiva proteção (ALEXY, 1997, p. 473).

Nessa perspectiva, insere-se o artigo 84 do CDC, demonstrando o caráter precursor das normas do Código e sua preocupação fundamental com a efetividade do processo,

¹⁰ Cabe ressaltar que, nas hipóteses de responsabilização dos entes da Administração Pública, incide o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.



consagrando instrumento de ação específica (MIRAGEM, *In*: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 1021), ao prever:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Dessa forma, o artigo 84 é base para as tutelas jurisdicionais diferenciadas acerca das quais pretende versar o presente estudo. Com apoio nesse dispositivo, pode-se falar em tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutela ressarcitória.

Antes, porém, de examinar cada uma das técnicas adequadas à proteção do consumidor, faz-se imperativa a distinção entre ato ilícito e dano, cujas noções são fundamentais para compreendê-las adequadamente.

A distinção, como será apresentada, é obra, segundo Marinoni, da recente doutrina italiana, elaborada a partir da revisão do conceito de ilícito (MARINONI, 1998, p. 30), em razão da necessidade de proteção contra a concorrência desleal. Em poucas palavras, pode-se dizer que o ilícito é o ato contrário ao direito que tem aptidão de causar dano (MARINONI, 1998, p. 35), enquanto o dano é consequência meramente eventual do ilícito, é o sintoma sensível da violação da norma (MARINONI, 2008, p. 124). Assim, o dano é a prova do ilícito. É forçoso observar, igualmente, que, em certos casos, a prova do ilícito ou sua ameaça é de mais fácil caracterização do que a prova do dano, a exemplo das hipóteses de concorrência desleal, nas quais o titular da marca tem o direito de inibir seu uso, sem precisar aludir a dano.

Não se pode olvidar, no entanto, nada obstante o mérito da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a crítica que lhe foi dirigida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a respeito da sua compreensão de que as tutelas jurisdicionais são meras técnicas para a tutela do direito material¹¹. Por entender dessa forma, Marinoni rejeita a existência de tutela mandamental, preferindo falar em tutela inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória, etc

¹¹ Segundo Marinoni, a sentença mandamental, por exemplo, não constitui uma forma de tutela do direito, já que, caso fosse assim, ter-se-ia uma única forma de tutela produzindo resultados substanciais distintos, pois a sentença mandamental poder prestar tutela inibitória ou ressarcitória na forma específica. Nesse quadro, a técnica processual estaria sendo chamada de tutela jurisdicional, esquecendo-se os resultados do processo no plano do direito material (Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos, *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.), *Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.)



(ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 105). Pondera Alvaro de Oliveira que a tutela material possui previsão abstrata no plano do direito material, só se concretizando depois de esgotada a função jurisdicional, quando se tem, propriamente, a tutela do direito (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 106). No plano processual, então, o que possui relevo é a tutela jurisdicional e os elementos e valores inerentes ao processo, que acabam afastados pela transferência para o plano do direito material daquilo que é inerente ao direito processual (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 106).

Inicialmente, traçaremos as linhas gerais no que toca às ações inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica, apresentando, ao final, um apanhado das situações jurídicas tuteláveis pelo direito do consumidor, frente às tutelas jurisdicionais diferenciadas examinadas.

2.1. Tutela Inibitória

A ação inibitória busca provimento jurisdicional de natureza mandamental. A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que se atenda ao comando judicial (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 3). A tutela mandamental, assim, encontra campo de aplicação quando se trata de agir sobre a vontade da parte demandada, não sobre seu patrimônio; não se confunde, pois com condenação, como faz Aldo Frignani (FRIGNANI, 1971, p. 559 e ss.), pois nesta o que prevalece é a “norma principal” da segurança, ao passo que na mandamental é a efetividade (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 183). Além disso, o mandamento atua sobre a vontade do demandado, por meio de coerção; a condenação atua sobre o patrimônio, através da técnica da sub-rogação (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 184). A ação inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento de natureza preventiva (LORENZETTI, 2003, p. 435), cujo objetivo é impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito (MARINONI, 2008, p. 192). Ademais, a ação inibitória é autônoma, não se confundindo com a ação cautelar, tampouco com a ação de reparação de danos (MARINONI, 1998, p. 50), que é, na verdade, consequência do reconhecimento ilícito.

A ação inibitória volta-se contra a probabilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação, de modo que se dirige ao futuro e não ao passado (FRIGNANI, 1971, p. 560). Possui como pressuposto a mera existência de uma atividade *contra ius*, sendo desnecessário que o ilícito compreenda um dano ressarcível (FRIGNANI, 1971, p. 561). Além disso, dentre os pressupostos da ação inibitória, não estão os elementos subjetivos – culpa e dolo – de modo que se alguém, ainda que sem culpa, estiver na iminência de prática um ilícito, a ação inibitória é instrumento processual cabível (MARINONI, 2008, p. 39). A culpa não possui relevância, pois não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura, como bem apontou Ricardo Lorenzetti (LORENZETTI, 2003, p. 435).

A ação inibitória possui três modalidades, ligadas a cronologia do ilícito. A primeira modalidade busca impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Nessa modalidade, verifica-se apenas a probabilidade de ilícito no futuro, enquanto as demais, embora se voltem para o futuro, consideram o passado. A segunda modalidade visa inibir a repetição do ilícito, enquanto a terceira, a continuação.

Oportuno ressaltar que, na Itália, a Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 633/1941), prevê, no artigo 156, as três modalidades de ação inibitória. Mencionado dispositivo refere que “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto (primeira modalidade), oppure intende



impedire la continuazione (terceira modalidade) o la ripetizione (segunda modalidade) di una violazione già, può agire in giudizio per ottenere (...) che sai interdetta la violazione”.

Em se tratando de repetição do ilícito, importante verificar a distinção entre ação com eficácia ilícita continuada e ação continuada ilícita. Na ação com eficácia ilícita continuada, tem-se apenas uma ação, cujo efeito ilícito perdura no tempo, ao passo que na ação continuada ilícita, a ilicitude prossegue na medida do prosseguimento da ação (MARINONI, 2008, p. 199). Assim, a continuação da ação ilícita deve ser inibida, enquanto o ilícito de efeitos continuados deve ser removido.

A ação inibitória, então, concerne à ação ilícita continuada, por uma razão lógica, como aponta Marinoni (MARINONI, 2008, p. 199): não há interesse em inibir algo que já ocorreu e se exauriu, mas sim algo que pode continuar ou ser feito.

A ação inibitória, por buscar provimento jurisdicional de natureza mandamental, consiste em uma ordem judicial dirigida ao réu. Essa ordem pode representar um fazer e um não-fazer, identificando-se, assim, a inibitória positiva e a inibitória negativa (FRIGNANI, 1971, p. 572). Isso se deve a evolução da sociedade e do próprio direito, pelos quais surgiram direitos dependentes de algo que deveria ser feito, não sendo suficiente a simples abstenção.

Nessa linha, resta evidente que o ilícito pode ser omissivo, além de comissivo, ou seja, se alguém possui o dever de fazer para que um direito não seja violado, obviamente o não fazer implica ato contrário ao direito. A ação inibitória, portanto, visando a inibição do ilícito, pode exigir tanto um fazer quanto um não-fazer, conforme o caso (MARINONI, 2008, p. 200), de tal sorte que diante de um ilícito comissivo haverá uma ordem de não fazer, ao passo que na presença de um ilícito omissivo haverá uma ordem de fazer¹².

Merece destaque, ainda, o fato de que a tutela inibitória pode ser prestada diante da probabilidade de inadimplemento de obrigação de natureza periódica, seja ela positiva ou negativa (MARINONI, 2008, p. 299). Para isso, importa observar que não há necessidade de pensar em dano ou culpa, bastando que haja a probabilidade do inadimplemento (MARINONI, 2008, p. 300).

Aliás, é forçosa a admissão da tutela inibitória do inadimplemento não só em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, mas também como forma de assegurar o cumprimento da obrigação na forma específica, desprestigiada em razão da obrigação de pagar o seu equivalente (MARINONI, 2008, p. 294).

2.2. Tutela de Remoção do Ilícito

A tutela de remoção do ilícito, em regra, possui natureza executiva *lato sensu*; age sobre o patrimônio e não sobre a vontade do demandado, como a mandamental, sendo adequada às obrigações de dar coisa e ao dever de restituí-la, como anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 191). Enquanto a ação inibitória destina-se, em suas três modalidades, a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito funda-se na pretensão de remover uma ação ilícita que já ocorreu (MARINONI, 2008, p. 205). A exemplo da inibitória, a ação de remoção do ilícito prescinde do dano e tampouco pretende ressarcir-lo, mas sim dirige-se a eliminá-lo, tenha ele

¹² Assim, Aldo Frignani, *Inibitoria...*, p. 572. Note-se, no entanto, que o autor italiano fala em “condanna ad un non facere e condanna ad un facere”, ignorando a tutela mandamental



causado dano ou não (MARINONI, 1998, p. 117). O ilícito, aqui, está no passado, exaurido, e não no futuro, como ocorre na inibitória.

Pode-se dizer que o fundamento da remoção do ilícito é a necessidade de dar efetividade às normas de direito material, que objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Assim, a ação de remoção do ilícito também relaciona-se com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Note-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional é direito a uma proteção jurídica efetiva, cuja condição é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do seu titular (ALEXY, 1997, p. 472).

A ação de remoção do ilícito dirige-se contra uma ação que se exauriu, mas cujos efeitos permanecem no tempo. Além disso, é necessário que o ilícito tenha aptidão para a produção de dano para que haja interesse em sua remoção (MARINONI, 2008, p. 206): é o chamado ilícito de eficácia continuada.

O escopo da ação de remoção do ilícito é duplo: de um lado, olha para trás, direcionando-se a um ato que já ocorreu; de outro, guarda pelo futuro, ao impedir que danos sejam produzidos (MARINONI, 2008, p. 207). Relativamente ao ato contrário ao direito, a ação de remoção tem natureza repressiva; sua natureza preventiva aparece de forma indireta, no tocante a ocorrência de danos.

Cumpre salientar, ainda, que o juiz, com esteio no artigo 84 do CDC, pode conceder tutela mandamental inibitória no lugar de tutela executiva de remoção do ilícito e vice-versa. Isso porque há, no mencionado dispositivo, uma exceção ao princípio da demanda, que impõe adstrição ao pedido do autor, vedando ao juiz a prolação de sentença, a favor do autor, de natureza diversa, assim como condenação em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado (ALVARO DE OLIVEIRA, *In*: AMARAL e MACHADO, 2006, p. 106). Em razão da possibilidade do juiz, lastreado no artigo 84 do CDC, conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente, verifica-se a fungibilidade entre as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, permitindo que seja concedida uma tutela em lugar da outra tomando em conta a situação concreta e a necessidade de adequada¹³ tutela jurisdicional (MARINONI, 1998, p. 134).

2.3. Tutela ressarcitória

Uma vez ocorrido o dano, que é consequência meramente eventual do ilícito, como já visto, torna-se necessária a tutela ressarcitória. Essa modalidade de tutela, no entanto, diferentemente das vistas anteriormente, supõe não só o dano, como também a responsabilidade por ele. Em regra, o que se perquire é a culpa ou o dolo. No direito do consumidor, todavia, a responsabilidade é objetiva, bastando o dano, o nexo de causalidade entre o produto ou o serviço e o vício ou fato do produto ou serviço¹⁴.

O ressarcimento do dano pode ser na forma específica ou em dinheiro. A reparação na forma específica é, sem dúvida, a mais adequada forma de ressarcimento (GOMES, 2005, p. 64), muito embora nem sempre seja possível. Nada obstante a preferência, consagrou-se, no direito brasileiro, a opção pela indenização pecuniária, especialmente em função da inexistência de técnicas processuais adequadas a prestação dessa forma de

¹³ Como refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Efetividade e Tutela Jurisdicional, p. 106-7) o princípio da adequação exige a conformidade do instrumento ao direito material, comportando tanto os aspectos subjetivos e objetivo quanto o teleológico, os quais devem funcionar de modo simultâneo para que o processo alcance o máximo de eficiência.

¹⁴ Assim, por todos, MARQUES, *Contratos...*, p. 1148



tutela (MARINONI, 2008, p. 310). Hoje é possível buscá-las nos artigos 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC.

Como o lesado poderá optar entre o ressarcimento na forma específica ou pelo equivalente pecuniário, é legítimo que ele opte pelo ressarcimento específico, salvo nas hipóteses de excessiva onerosidade, que serão examinadas. Dessa forma, nas hipóteses em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela só será afastada pela vontade do próprio lesado, ou quando a reparação específica não se justificar, diante de sua excessiva onerosidade (MARINONI, 2008, p. 313).

Importante observar que o direito à efetiva reparação, vale dizer, à reparação na forma específica, exsurge do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, CRFB), o qual impõe ao intérprete a leitura das normas à luz desse princípio, de modo a privilegiar a interpretação capaz de propiciar a efetividade da tutela dos direitos (MARINONI, 2008, p. 315).

A tutela ressarcitória em pecúnia é aquela que alcança ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida, ou o valor equivalente ao custo da reparação do dano; a tutela ressarcitória, na forma específica, por outro lado, tem como escopo reconstituir a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido (MARINONI, 2008, p. 316), ou seja, o *status quo ante*.

Haverá hipóteses, no entanto, em que o ressarcimento, na forma específica constituirá apenas parte da integralidade do ressarcimento, de sorte que – quando impossível o retorno à situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, mas viável o estabelecimento de uma situação anterior ao dano que satisfaça em parte à necessidade de reparação – o ressarcimento na forma específica deve ser cumulado com o ressarcimento pelo equivalente (MARINONI, 2008, p. 321).

O direito brasileiro, no que concerne à onerosidade excessiva, pauta-se pelo critério comparativo do valor da reparação do dano com o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida. Quando o valor da reparação supera a utilidade, é inadmissível a reparação na forma específica, sob pena de se impor um ônus economicamente ineficiente ao causador do dano (MARINONI, 2008, p. 323-324). Não é racional, segundo Marinoni (MARINONI, 2008, p. 323), o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção.

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, uma obrigação de fazer ou uma obrigação de entregar coisa equivalente à destruída. Não há falar-se, exceto nas hipóteses de ressarcimento pelo equivalente, em obrigação de pagar, portanto. Oportuna, aqui, a transcrição da lição de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2008, p. 329):

Em razão do dano, o lesado não passa a ter um mero direito sobre o patrimônio do devedor, mas sim o poder de obrigar o infrator à reparação. A existência de um poder de obrigar à reparação implica na possibilidade de usar o processo para coagir o infrator à reparação, ou seja, na possibilidade de uso da multa para constranger o infrator a ressarcir na forma específica.

Para a efetividade do direito à tutela ressarcitória, impõe-se a utilização da multa, assim como a determinação de que um terceiro faça aquilo que deveria ter sido feito pelo demandado, às custas do último. Ora, como a concessão da obrigação em perdas e danos somente dar-se-á quando impossível, jurídica ou materialmente, a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente, o juiz poderá impor multa diária ao réu,



independentemente de pedido do autor, em busca da maior coincidência possível entre o direito material e sua realização (WATANABE, *In: GRINOVER et al*, 2001, p. 772).

Ademais, a execução específica ou o resultado prático equivalente podem ser alcançados através de provimento mandamental ou de provimento executivo *lato sensu*, ou da conjugação de ambos (WATANABE, *In: GRINOVER et al*, 2001, p. 775), uma vez que o artigo 84 do CDC abre ensejo às tutelas mandamental e executiva, não só para proteção dos direitos do consumidores, mas também de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não importando sua natureza¹⁵.

2.4. Tutelas Jurisdicionais Idôneas à Proteção do Consumidor

Como já foi visto (item 2.1.1), os artigos 8 a 10 do Código de Defesa do Consumidor consagram um dever geral de prevenção. A tutela inibitória, por sua vez, é corolário de um princípio geral de prevenção¹⁶.

O artigo 8º do CDC, em seu *caput*, prevê que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, excetos os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição”. Em seguida, o artigo 9º, tratando de produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança, estabelece o dever de informação adequada e ostensiva do fornecedor, a respeito de suas nocividade ou periculosidade. O artigo 10, por fim, veda a inserção no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deva saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança.

Daí pode-se extrair que a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço que possa apresentar indevido grau de periculosidade é ilícita. Da mesma forma, a inserção de produtos perigosos desacompanhados das informações relativas à nocividade ou periculosidade também configura ilícito. Ganham relevo, nesse passo, as tutelas inibitória¹⁷ e de remoção do ilícito.

Nos casos em que se tema que o fornecedor industrialize, fabrique, importe ou exponha à venda produto ou serviço dotado de alto grau de periculosidade ou nocividade, bem como com defeito de fabricação ou de concepção, tem lugar a tutela inibitória, fundada no artigo 84 do CDC, objetivando impedir a comercialização de tais bens. Do mesmo modo, em se tratando de infração ao dever de informação, vale dizer, de publicidade capaz de induzir o consumidor a erro em relação aos riscos do produto ou do serviço, ou de publicidade omissa a respeito dos riscos, sejam eles normais e previsíveis, sejam provenientes da potencial nocividade ou periculosidade, cabe ação inibitória para obrigar o fornecedor a realizar a chamada contrapropaganda (MARINONI, 2008, p. 249) (art. 60 do CDC). A contrapropaganda é a exteriorização da correção da informação anterior do fornecedor, de sorte a cumprir integralmente o dever de informar.

A tutela para remoção do ilícito, por sua vez, encontra espaço quando já cometido o ilícito, assim entendido como a fabricação, industrialização, importação ou exposição à venda de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade, assim como

¹⁵ Assim a lição de MARINONI, *Técnica Processual...*, p. 329.

¹⁶ A respeito, MARINONI, *Tutela Inibitória*, p. 55 e ss

¹⁷ Embora não seja o objeto do presente estudo, cabe observar que os artigos 83 e 84 do CDC, iluminados pela idéia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, via tutela preventiva, contra cláusula gerais abusivas (art. 6º, IV, CDC), permitem que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, CDC) possam propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais abusivas (MARINONI, *Tutela Inibitória*, p. 99).



daqueles dotados de defeitos de concepção ou fabricação; também os produtos com potencial nocivo e perigoso desacompanhados da informação respectiva devem ser removidos. A ação proposta, nesses casos, age para remover o ilícito, uma vez que este depende de uma só ação – em desacordo com o CDC –, que já se exauriu, mas cujos efeitos são continuados¹⁸.

Com isso, pode-se dizer, genericamente, que a infração a deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, que podem, inclusive, perdurar depois de adimplida a obrigação principal (SILVA, 2008, p. 38), dá azo às tutelas inibitória e de remoção do ilícito, consoante a natureza do ilícito e a peculiaridade do caso concreto.

Em se tratando de responsabilidade por vícios dos produtos ou serviços, ou de vícios de qualidade por inadequação, o que se busca é assegurar o cumprimento perfeito, ou seja, a inserção de produto ou serviço com qualidade e quantidade garantidas.

Nos casos de vícios de produto ou do serviço (item 2.1.3), garante-se ao consumidor a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto, a substituição do produto e a reexecução do serviço.

Nessas hipóteses, é inegável que o juiz, baseado no art. 84, § 4º do CDC, possa ordenar, inclusive sob pena de multa, a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto e a reexecução do serviço. Quando o demandado, nada obstante a fixação da multa, não reexecutar o serviço, esse deverá ser feito por conta e risco do demandado, conforme o art. 20§ 1º do CDC. Da mesma forma, no caso de substituição das partes viciadas do produto, admite-se que o consumidor requeira, com base no art. 84 § 4º do CDC, uma ordem sob pena de multa.

Ademais, a multa, prevista no mencionado artigo, também pode ser utilizada para constranger o demandado a custear o trabalho do terceiro (MARINONI, 2008, p. 338-9). Acentua Luiz Guilherme Marinoni, ainda, a aplicabilidade do art. 461-A do CPC, de sorte que, no caso de direito à substituição do bem, pode também o juiz ordenar entrega de coisa ou determinar a busca e apreensão (MARINONI, 2008, p. 306).

Juntamente com a responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços, disciplina o CDC a responsabilidade pelos “acidentes de consumo”, para usar a expressão de Antônio Hermann Benjamin, afirmando, no art. 12, *caput*, que os fornecedores – fabricante, produtor, construtor e importador – respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos de fabricação, de concepção e de comercialização de seus produtos. O artigo 14, *caput*, vai no mesmo sentido, tratando de serviços, ao prever que o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, assim como por insuficientes informação relativas a sua fruição e riscos.

Nesses casos, o dano afigura-se imprescindível, fazendo-se necessário a presença do defeito do produto e o liame de causalidade entre o defeito e o dano; prescinde-se da culpa, uma vez que a responsabilidade é objetiva.

¹⁸ Importa anotar, nesse ponto, a relevância das sanções administrativas previstas nos artigos 55 a 60 do CDC, consistentes em apreensão, inutilização de produtos, proibição de fabricação de produtos, suspensão de fornecimento de produto ou serviço, cassação do registro do produto e revogação da concessão e permissão de uso, cassação de alvará de licença, interdição e suspensão temporária da atividade e contrapropaganda, muitas delas tomando em consideração apenas o ato contrário ao direito, ou seja, a violação da norma que exige um padrão de adequação ou segurança dos produtos e serviços postos no mercado de consumo.



Considerando que o art. 6º, VI do Código do Consumidor coloca entre os direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos”, torna-se evidente que, quando constatado o dever de ressarcir, abre-se espaço para utilização da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente em pecúnia.

A utilização do art. 84 do CDC também pode dar-se quando buscar o demandante tutela ressarcitória na forma específica, inclusive na forma antecipada, que pode consistir em ordem de fazer dirigida ao demandado para que entregue quantia em dinheiro a terceiro a quem incumbirá a reparação.

Por fim, cumpre salientar que é indubitável, nessa hipótese, a possibilidade de utilizar-se a multa para compelir o réu a reparar na forma específica (MARINONI, 2008, p. 337), até mesmo em razão da preferência a reparação específica em detrimento da reparação pecuniária.

Conclusão

Diante desse arcabouço legal e doutrinário, podemos concluir que a tutela do consumidor não se dá tão-somente no plano do direito material, pois existem instrumentos processuais atentos às necessidades materiais e ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que lhe conferem proteção também em juízo, fazendo valer seu direito básico a efetiva prevenção e reparação dos danos.



Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997

ALPA, Guido e BESSONE, Mario, **La Responsabilità del Produttore**, Terza Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

AMARAL, Guilherme Rizzo e MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.), **Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARRUDA ALVIM *et al*, **Código do consumidor comentado**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). **Enciclopedia del Diritto**, vol. 21. Milano: Giuffrè Editore, 1971.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. RJ: Forense Universitária, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. *In*: **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, n.º 02, p. 133-212, maio de 2005.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



PFEIFFER, Roberto A. C. e PASQUALOTTO, Adalberto (coord). **Código de Defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

PONTES DE MIRANDA, **Tratado das Ações**, Tomo VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2008.

