

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS – CCSA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANAILTON PEREIRA FONTENELE

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO PELA
FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DO
FORNECIMENTO DE ÁGUA

Biblioteca UESPI PMS
Registro Nº _____
CDD _____
CUTTER _____
V _____ EX _____
Data _____/_____/_____
Visto _____

PARNAÍBA – PI

2014

ANAILTON PEREIRA FONTENELE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO PELA
FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DO
FORNECIMENTO DE ÁGUA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí - UESPI, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do professor Starley Jonnes Pinho Fernandes.

PARNAÍBA - PI

2014

ANAILTON PEREIRA FONTENELE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO PELA
FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DO
FORNECIMENTO DE ÁGUA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí - UESPI, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do professor Starley Jonnes Pinho Fernandes.

Aprovação em: __/__/2014.

Banca Examinadora:

Starley Jonnes Pinho Fernandes – Professor(a) Orientador(a)

Guido de Freitas Bezerra – Examinador(a) 1

Mauro Monção da Silva – Examinador(a) 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço à todas as pessoas que de alguma forma contribuíram com a minha formação, dentre elas posso destacar: a Dra. Daniela Lima da Rocha (juíza de direito) que me impulsionou a dar o primeiro passo para ingressar na universidade, juntamente com a Dra. Maria Deolinda R. Noronha da Costa (promotora de justiça), ao Dr. José Ricardo Costa D'Almeida (juiz de direito), com quem trabalhei mais de 8 anos, meu grande incentivador; aos meus mestres queridos, a quem posso enfatizar a grande contribuição do prof. Renato Bacellar e o Prof. Roberto Cajubá, que muito inspiraram minha formação acadêmica; e, principalmente, minha família (Maria, Nathanaely, Israel e Hatfa Geritsa), pela compreensão, durante todos esses oito anos de estudo, em que sacrifiquei muitos momentos felizes para me dedicar aos estudos, em busca de um bem melhor para eles, em especial, minha querida esposa (Maria), por ter suportado todas as aflições nesses anos, me dando apoio para concluir meu objetivo.

“Abre a boca a favor do mundo, pelo direito de todos os que se acham desamparados. Abre a boca, julga retamente e faz justiça aos pobres e aos necessitados”.

Provérbios 31.8 (Bíblia Sagrada).

RESUMO

O presente trabalho procura identificar a solução para o problema das constantes interrupções na prestação do serviço público essencial do fornecimento de água, por parte das concessionárias de serviços públicos, em virtude da má prestação do serviço e sua responsabilidade civil sob a égide do art. 22, do CDC em contraposição ao art. 6º, §3º, I e II, da Lei nº 8.987/95 que permite a interrupção em casos excepcionais. Para tanto, faz uma pesquisa bibliográfica na obra dos melhores juristas nacionais sobre o tema, que envolve a relação de consumo, bem como, pesquisa a jurisprudência do STJ buscando sempre a posição majoritária da Corte Superior à luz do Código de Defesa do Consumidor. Analisa a relação de consumo e seus componentes. Define o serviço público essencial e suas características principais e utiliza a *Teoria do Diálogo da Fontes* para fundamentar a possibilidade da interrupção dos serviços públicos essenciais ante o inadimplemento do consumidor, de acordo com o entendimento dominante no STJ.

Por fim, enfatiza a responsabilidade objetiva dos órgãos públicos ou seus delegados, com esteio no art. 22, do CDC e art. 6º, §§1º e 2º da Lei nº 8.987/95, a prestar o serviço público de abastecimento de água de forma adequada, eficiente, seguro e contínuo, sob pena de ser obrigado a fazê-lo e a reparar os danos causados ao usuário. Adota o método dedutivo, com base em dados bibliográficos, revista jurídica especializada em jurisprudência dos tribunais e a legislação codificada.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco. Consumidor. Serviço público essencial. Concessionária de serviço público. Má prestação do serviço. Vício do serviço. Interrupção. Continuidade. Diálogo das Fontes. Reparação do dano.

ABSTRACT

This paper seeks to identify the solution to the problem of constant interruptions in the provision of essential public service of water supply on the part of public service concessions, because of poor service provision and civil liability under the aegis of art. 22, the CDC as opposed to art. 6, §3, I and II, of Law 8,987 / 95 that allows the interruption in exceptional cases. Therefore, makes a literature search in the work of the best national lawyers on the subject, which involves the relationship of consumption, as well as research the case law of the Supreme Court always seeking the majority position of the Superior Court in the light of the Consumer Protection Code. Analyzes the consumption ratio and its components. Defines the essential public service and its main characteristics and uses the sources of Dialogue Theory to support the possibility of disruption of essential public services before the consumer default according to the dominant understanding in the STJ.

Finally, it emphasizes the strict liability of public bodies or their representatives with mainstay in art. 22, the CDC and art. 6 §§1º and 2 of Law nº. 8.9.87 / 95, to provide the public water supply adequate, efficient, safe and continuous, on pain of being forced to do so and to repair the damage the user. Adopts the deductive method based on bibliographic data, legal magazine specializing in jurisprudence of the courts and the codified legislation.

Keywords: Civil liability. Strict liability. Risk Theory. Consumer. Essential public service. Public utility. Poor service delivery. Addition service. Interruption. Continuity. Dialogue of Sources. Repair the damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 - A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1. Definição da Responsabilidade civil	12
1.2. Breve esboço histórico da Responsabilidade civil	14
1.3. Espécies de responsabilidade	18
1.3.1. Responsabilidade civil e responsabilidade penal	18
1.3.2. Responsabilidade contratual e extracontratual	20
1.3.3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	23
1.4. Visão panorâmica dos elementos da responsabilidade civil	28
2 – EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	32
2.1. Conceitos	32
2.2. Consumidor	32
2.2.1. Consumidor destinatário final ou <i>stricto sensu</i>	33
2.2.2. Consumidor por equiparação	39
2.3. Fornecedor	43
2.3.1. Fornecedor segundo o art. 3º, <i>caput</i> , do CDC	43
2.3.2. Fornecedor por equiparação	48
2.4. Produto	51
2.4.1. Bens móveis e imóveis	52
2.4.2. Bens materiais e imateriais	52
2.4.3. Produto durável e não durável	53
2.4.4. “Amostra grátis”	55
2.5. Serviço	55
2.5.1. Serviço remunerado, gratuito e aparentemente gratuito	56

2.5.2. Serviço bancário, financeiro, de crédito e securitário	57
2.5.3. Serviços públicos	60
3 – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU SEUS DELEGADOS PELA INTERRUPTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DO FORNECIMENTO DE ÁGUA	66
3.1. Tipos de responsabilidade civil que rege as relações de consumo na Lei 8.078/90	66
3.1.1. A responsabilidade civil objetiva como regra	66
3.1.2. A responsabilidade civil pelo fato e pelo vício do produto e do serviço.....	70
3.2. A responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos essenciais pela interrupção do fornecimento de água e a jurisprudência dominante do STJ	73
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de identificar a solução, na legislação e na jurisprudência do STJ, para o problema das interrupções na prestação do serviço público de água por parte das concessionárias de serviços públicos e sua responsabilidade civil pela má prestação desses serviços essenciais, buscando na Legislação do Consumidor (Lei nº 8.078/90) tal resposta.

Essa interrupção do serviço público essencial de abastecimento de água, que é a problemática do tema abordado, não deve ser confundido com a interrupção realizada, no exercício legal de um direito, pela concessionária, quando fundamentada no inadimplemento do usuário, mas, pela falta de investimentos em equipamentos e técnicas novas que possibilitem uma distribuição da água encanada com mais eficiência e qualidade, na falta de extensão das redes de abastecimento aos bairros novos e mais distantes do centro de uma cidade que acaba impedindo seus moradores de desfrutar desse bem indispensável à saúde humana, pelo aumento de sua população ou, bem como, nos casos de suspensão diária programada dos serviços de abastecimento de água sem qualquer comunicado prévio ao consumidor ou na inexistência de racionamento de situação emergencial.

A previsão legal contida no art. 22, do CDC, coloca os entes públicos e seus delegados, como agentes da relação de consumo, na qualidade de fornecedores, com a obrigação de prestarem ao usuário/consumidor, um serviço público adequado, eficiente e, quanto aos essenciais, contínuo, sendo responsabilizados pelo Código de Defesa do Consumidor a garantir a referida prestação contínua, bem como, a reparar os danos que porventura tenham causado ao consumidor.

Nesse contexto, não é raro os casos de suspensão do serviço público de água nas cidades interioranas do Nordeste do Brasil, surgindo a ideia do tema de um problema pontual que vivenciamos na cidade de Chaval-CE e que nos impulsionou a fazer tal pesquisa, pela falta de estrutura e investimentos por parte das empresas concessionárias prestadoras dos serviços público essenciais, que utiliza-se do monopólio estatal para lesar o usuário e descumprir os preceitos legais, com objetivo de arrecadar mais e dispende menos em detrimento da melhoria do serviço público, fazendo nascer o problema da responsabilidade civil pelos danos causados aos consumidores pela má prestação do serviço.

Mais, qual tipo de responsabilidade civil deverá incidir sobre os órgãos públicos ou seus delegados e qual a lei a ser aplicada nesses casos? Para responder a esta pergunta, realizamos uma pesquisa bibliográfica e de jurisprudência para

fundamentar e compreender a importância do tema à luz do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de relação de consumo, bem como, utilizando a *Teoria do Diálogo das Fontes* como forma de harmonia e complementação das normas que dizem respeito ao tema.

O presente trabalho foi desenvolvido em três capítulos. Inicialmente, no primeiro capítulo, apresenta a responsabilidade civil de forma geral, onde foi possível abordar sua definição no direito civil brasileiro com a posição de juristas de peso, sua origem no Direito Romano, à época da Lei das XII Tábuas e sua reformulação com a inclusão da culpa, por volta do Século III, a.C, pela *Lex Aquilia de Damno*, que fez surgir os primeiros indícios da responsabilidade extracontratual. Na sequência é abordada a responsabilidade civil, vista em suas várias modalidades, fazendo diferença entre responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual e, por último, entre responsabilidade subjetiva e objetiva, dando um maior destaque nesta, por estar intimamente ligada com o tema proposto. E de forma resumida e conclusiva, tem-se uma visão geral dos elementos da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, busca-se introduzir os aspectos do trabalho dentro da Lei nº 8.078/90, onde passamos a discorrer sobre os elementos formadores da relação de consumo, esclarecendo fatos importantes acerca do conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço. Dentre os conceitos, foram abordados temas importantes como a definição do conceito de fornecedor destinatário final pela *Teoria Finalista Aprofundada* e a posição majoritária do STJ, o fornecedor por equiparação nos moldes da Lei nº 10.671/03 (Estatuto do Torcedor) e da teoria de Leonardo Roscoe Bessa, bem como, os serviços públicos e seus requisitos qualificadores, quais sejam, o da adequação, eficiência, segurança e, quanto aos essenciais, continuidade.

Por último, foi dada relevância à aplicação do art. 22, do CDC em harmonia com a Lei nº 8.987/95, mais precisamente, o art. 6º, §3º, II, utilizando a técnica do *Diálogo das Fontes*, para permitir a suspensão dos serviços públicos essenciais, excepcionalmente, nos casos de inadimplemento do consumidor, com algumas ressalvas. Antes, porém, é explanado acerca dos tipos de responsabilidade civis adotadas na relação de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor e a aplicação da Responsabilidade objetiva como regra. É feita, ainda, a distinção entre vício e defeito dos produtos e serviços, pressupostos necessários para responsabilizar o fornecedor.

A pesquisa utilizou o método dedutivo com base em dados de obras doutrinárias acerca do assunto, revista jurídica especializada em jurisprudência dos tribunais e a legislação codificada.

O presente trabalho pretendeu demonstrar a existência da responsabilidade civil objetiva das empresas concessionárias prestadoras do serviço público essencial do fornecimento de água pela sua interrupção, com base no art. 22, do CDC, pelo descumprimento de um dever legal, na obrigação de prestar um serviço público adequado, eficiente, seguro e contínuo, e obrigação de reparar os prejuízos suportados pelo consumidor pela má prestação do serviço na modalidade de vício do serviço, conforme se constatou durante a exposição.

CAPÍTULO 1 – A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.

1.1. Definição de responsabilidade civil.

Conceituar uma ciência, palavras ou instituto não é tarefa muito fácil para os estudiosos, daí porque a maioria prefere apresentar definições sobre determinado assunto. Definir significa: “determinar a extensão ou os limites de algo, dar a conhecer de maneira exata, expor com precisão, explicar”¹, ao passo que conceituar, na acepção da palavra, quer dizer formular conceitos e estes, “são representações dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais”, ou “pensamento, ideia, opinião”².

O termo responsabilidade civil está intimamente ligado à ideia de dano, de prejuízo de ordem patrimonial ou moral, suportado por alguém em virtude de descumprimento de contrato (responsabilidade contratual) ou de conduta ilícita praticada por outrem, que viola o ordenamento jurídico (responsabilidade extracontratual), nascendo a obrigatoriedade de se prestar uma compensação, uma contraprestação por parte do causador do dano ou de seu responsável legal, como forma de trazer à tona a paz social, o *status quo ante* e amenizar os sofrimentos da vítima do dano.

Essa definição da responsabilidade civil, encontramos com maior segurança na doutrina pátria.

Segundo o eminente professor Carlos Roberto Gonçalves, a palavra responsabilidade: “tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano”³. Continuando, o mesmo autor, preleciona que das várias acepções existentes acerca do instituto da responsabilidade, destaca-se a que se apresenta como aspecto da realidade social, em que:

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em estabelecer a harmonia e o

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 3ª. Ed., Curitiba: Positivo, 2004, p. 610.

² *Ibidem*, p. 514.

³ *Direito civil brasileiro*, v. 4, responsabilidade civil, p. 19.

equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade”⁴. Sem grifos no original.

Assim, a responsabilidade civil se apresenta como o interesse que tem a norma jurídica em restabelecer a harmonia e o equilíbrio nas relações sociais rompidos pelo ato ilícito ou pelo descumprimento de um contrato.

É também, uma correção dos efeitos nocivos dos atos ilícitos praticados pelo autor do dano, no sentido de procurar a norma, restabelecer o estado anterior em que se encontrava a vítima (patrimonial ou mesmo moral) ou pelo menos compensar esta, quando impossível o retorno ao estado anterior, o que na maioria das vezes se dá na forma pecuniária, respondendo o autor do ato ilícito com os seus bens.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil está ligada à ideia de que esta nasce da violação do dever jurídico imposto a todos pelo direito positivo, mediante condutas positivas ou negativas, partindo da noção de um dever geral de não prejudicar ninguém expresso no brocardo do Direito Romano “*neminem laedere*”, quando essa violação acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico: o de reparar o dano⁵.

Quando há a violação do dever jurídico originário, fazendo surgir o dever jurídico sucessivo ou secundário, é neste momento, que para Cavalieri Filho, entra a noção de responsabilidade civil, conforme podemos constatar em sua definição sobre o tema, *in verbis*:

“Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, ela foi engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. **Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário**”⁶. Sem grifos no original.

Entendemos como mais completa a definição de Cavarieli Filho, em que pese a definição de Carlos Roberto Gonçalves, baseada no desequilíbrio do fato social

⁴ Ibid, mesma página.

⁵ Programa de responsabilidade civil, p. 2-3.

⁶ Ibidem, p.3.

provocado por atividade que causa prejuízo, pois há realmente um dever geral imposto a todos, pela norma jurídica codificada, de não lesar e quando a norma é violada, ou seja, o dever jurídico de praticar ou de não praticar determinada conduta não é obedecido, surge o dano e, como consequência, o dever jurídico de reparar. Esse dever jurídico sucessivo de reparação dos danos surge da conduta humana violadora de um dever jurídico preexistente provocador de um dano (material ou moral ou estético) a outrem.

Aliás, esse posicionamento é adotado, de forma lúcida, pelo Código Civil de 2002 que em seu artigo 927, *caput*, proclama, *in verbis*:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

O dever jurídico originário está previsto no dispositivo supra, e sua violação tem como causa o surgimento do dever jurídico secundário ou sucessivo, qual seja: a obrigação de reparar o dano.

1.2. Breve esboço histórico da responsabilidade civil.

Primeiramente, cumpre destacar a existência da dicotomia ou modelo dual ou binário da responsabilidade civil em *contratual ou negocial* e *extracontratual ou aquiliana*. A primeira, fundada no descumprimento dos contratos e, a segunda, na violação da norma jurídica.⁷ No presente Trabalho de Curso, nos interessa somente a segunda modalidade de responsabilidade civil que tem como pressuposto, conforme já mencionado, a violação de um direito jurídico originário.

Há, entre os autores, concordância quanto à origem da responsabilidade civil aquiliana, divergindo apenas quanto aos seus elementos, como discorreremos no momento oportuno.

A responsabilidade civil nasceu com a própria evolução e organização do Estado, superada a fase da *vingança privada*. Porém, surgiu no seu aspecto formal no *Direito Romano* sob a égide da *Lei da XII Tábuas*, na forma da responsabilidade sem culpa, aplicando-se ao causador do dano a pena de *Talião*. Todavia, a experiência romana foi fundamental para mudar esta regra para a responsabilidade civil mediante a comprovação da culpa, posto que demonstradas as situações injustas na aplicação da pena sem perquirir a existência ou não da culpa. Esta

⁷ Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, p. 416-417.

mudança ocorreu com a *Lex Aquilia de Damno*, por volta do final do Século III a.C., fixando as bases e limites da responsabilidade civil extracontratual⁸.

No direito romano antigo, anterior à *Lei das XII Tábuas* e à *Lex Aquilia*, não havia uma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, sendo os delitos básicos que traziam como consequência a responsabilidade do agente: o furto, o dano e a injúria⁹.

No contexto histórico que fez surgir a *Lex Aquilia*, a composição dos danos era obrigatória e tarifada, conforme pondera o mestre Carlos Roberto Gonçalves, “as mais esdrúxulas tarifações”, antecedentes históricos das modernas tabelas de indenizações por acidentes de trabalho¹⁰ e por que não dizer, das tabelas do Seguro de Acidentes de Veículos de Vias Terrestres (DPVAT).

Para o mesmo autor, a *Lex Aquilia* esboçou o princípio regulador da reparação do dano e constituiu o germe da jurisprudência clássica em relação à injúria e fonte direta da atual concepção da culpa aquiliana.¹¹ Reforça este argumento o fato de que embora a *Lei das XII Tábuas* tenha instituído o procedimento da *autocomposição*, reduzindo os conflitos entre os clãs (famílias) com a aplicação das penas retributivas, em diminutas passagens se reportou aos princípios da responsabilidade civil do autor do delito¹². Porém, deve ser ressaltado que somente com o surgimento da *Lex Aquilia*, a culpa foi inserida como elemento indissociável da responsabilidade civil que anteriormente se assentava na ideia do dano, posto que o delito se caracterizava pela existência do prejuízo¹³.

No direito francês, houve um aperfeiçoamento das ideias romanas, onde podemos destacar o surgimento de um princípio geral de responsabilidade civil, o estabelecimento de princípios que foram adotados por outros povos, a distinção entre *responsabilidade civil* e *responsabilidade penal*, a existência da culpa contratual. Ainda, foi estabelecida a distinção entre culpa contratual e culpa aquiliana, conforme a previsão nos artigos 1.382 e 1383, do Código de Napoleão, estabelecendo a doutrina francesa, com base no primeiro dispositivo, os elementos tradicionais da responsabilidade civil: a conduta do agente, a culpa, o nexo de causalidade e o dano¹⁴, para alguns, e: dano, culpa e relação de causalidade¹⁵, para outros.

⁸ Idem, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 160.

⁹ Roberto Senise Lisboa, *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 370.

¹⁰ *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 25.

¹¹ *Ibid*, mesma página.

¹² Roberto Senise Lisboa, *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 370-371.

¹³ *Ibidem*, p.371-372.

¹⁴ Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 160.

Foi o Código de Napoleão de 1804 que primeiramente positivou a responsabilidade civil aquiliana com base na culpa subjetiva, prevendo em seu art. 1.382, que o agente causador do dano somente viria a ser obrigado a repará-lo se fosse demonstrada a sua culpa.

O direito francês foi ainda responsável pela definição de *responsabilidade civil subjetiva*, fundada na culpa, e *responsabilidade civil objetiva*, fundada na teoria do risco, que independeria de culpa.

Na revolução industrial, outro paradigma de responsabilidade foi pensado, tendo como fato gerador a multiplicação das máquinas que culminaram com o aumento dos acidentes de trabalho, gerando inúmeros litígios diários que eram submetidos ao Judiciário, fruto de muitas discussões e inspirado nas jurisprudências e doutrinas francesas. Em busca de um modelo que se aplicasse a responsabilidade aos que realizavam determinadas atividades com risco à coletividade surge a responsabilidade sem culpa, embora, não aceita na França, foi recepcionado fora de seus limites por outros governos, inclusive o Brasil¹⁶.

Nesse período, aduz Roberto Senise Lisboa, “algumas atividades passaram a ser consideradas perigosas por sua natureza ou por determinação legal”, como, por exemplo, a produção industrial e os transportes coletivos, em virtude da impossibilidade que tinha a família da vítima de provar a culpa do patrão em acidentes relacionados ao trabalho com máquinas ou transportes, fruto da orientação doutrinária e jurisprudencial da época, surgindo a responsabilidade independente da culpa e fundada no risco da atividade com base na teoria do risco e segundo os estudos de Salleilles e Josserand¹⁷.

No Brasil, antes mesmo do Código Civil de 1916, no Código Criminal de 1830, que também tratava de matéria civil na falta de um código civil, por determinação da Constituição do Império, foi abordada a responsabilidade civil que, inicialmente, dependia da condenação criminal do autor do dano, vigorando até que fosse adotado o princípio da independência da jurisdição civil da criminal.

O Código Criminal previa, dentre outros assuntos, a reparação natural ou a indenização integral, quando possível, os juros reparatórios, a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito da indenização aos herdeiros, etc¹⁸.

¹⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 24.

¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

¹⁷ *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 374-375.

¹⁸ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 27.

O Código Civil de 1916 veio filiado à teoria da responsabilidade aquiliana, exigindo a prova da culpa ou dolo do causador do dano para que houvesse obrigação de reparação do prejuízo, com raras exceções em que, timidamente, admitia a culpa presumida do dano.

Segundo Flávio Tartuce, o art. 15 da Lei Substantiva de 1916: “representou uma das primeiras tentativas em consagrar a nova vertente doutrinária, trazendo a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes”¹⁹.

Paralelamente aos eventos históricos que mudaram a legislação mundial no período do grande desenvolvimento industrial, no que diz respeito ao ato de reparar o dano, com o surgimento das várias teorias e, em especial, da teoria do risco, com base na responsabilidade civil sem culpa ou objetiva, contrapondo-se à tese clássica do dano como elemento nuclear da responsabilidade civil e à tese da culpa, surgida com a *Lex Aquilia*²⁰, a legislação nacional civilista, que era inspirada basicamente no direito francês, aos poucos foi cedendo espaço para a teoria do risco (conforme já abordado, esta não foi adotada dentro dos limites da França), em virtude da própria evolução da sociedade e do desenvolvimento industrial, aliados aos problemas que esse progresso ocasionou.

A Constituição Federal de 1988 foi quem, modernamente, primeiro abordou o tema da responsabilidade civil objetiva, no capítulo referente à Administração Pública (Art. 37, §6º²¹), reconhecendo a *Teoria do Risco Administrativo* em nível constitucional, embora, a regra geral que prevalecia no Código Civil de 1916 (já bastante ultrapassada para o novo paradigma de sociedade), era a da responsabilidade subjetiva, demonstrando que já havia uma reestruturação do pensamento doutrinário e jurisprudencial admitindo em certos casos específicos a aplicação da referida teoria.

Na sequência das mudanças no Ordenamento Jurídico pátrio, na aplicação da teoria da responsabilidade civil mais adequada para os novos tempos, surge o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), consagrando como regra geral a responsabilidade civil sem culpa, nas relações de consumo, dos fornecedores de produtos e serviços²², estendendo sua aplicação, que antes somente tinha

¹⁹ Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil, p. 161.

²⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 27.

²¹ “Art. 37.(...)”

§6º. 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”.

²² Assunto que será abordado com mais detalhes no Capítulo 3 deste Trabalho de Curso, no momento da aplicação do tema.

incidência no âmbito do Direito Administrativo, para o Direito Privado, representando um marco relevante para a nova tendência do direito comparado e nacional de adoção da teoria do risco.

E, por fim, tendo o legislador se rendido à voz da doutrina e da jurisprudência nacionais que clamavam pela adoção da responsabilidade objetiva, bem como, mostrando a sedimentação no direito brasileiro da existência da responsabilidade sem culpa em determinadas atividades de risco, onde seria inócuo perquirir sobre a culpa como medida de equidade, o novo Código Civil de 2002, apesar de adotar como regra a responsabilidade subjetiva, como fez seu antecessor de 1916, inovou ao trazer para a codificação civil a teoria da responsabilidade sem culpa, desde que nos casos especificados em lei ou quando tratar-se de atividades perigosas que ofereçam risco ao direito de outrem (art. 927, parágrafo único²³).

1.3. Espécies de responsabilidade.

A doutrina apresenta, de forma didática, com o objetivo de facilitar o estudo do assunto, a distinção de responsabilidade conforme a natureza da norma violada, a origem da conduta lesiva e conforme a relação de culpa, sendo as divisões mais clássicas: a responsabilidade civil e responsabilidade penal, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva – esta que, principalmente, nos interessa no desenvolvimento do tema proposto.

1.3.1. Responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Na antiguidade, não havia distinção entre a responsabilidade civil e penal posto que o responsável pelo crime ou pelo prejuízo material a alguém pagava uma pena. Embora essa pena, que anteriormente era classificada como cruel, infamante e degradante, evoluiu, permitindo uma nova espécie de pena em forma de pecúnia ainda nos dias dos romanos. Porém, foi a *Lex Aquilia de Damno* quem fez uma leve distinção para que se admitisse a forma pecuniária como a única pena para os casos considerados não criminosos, mas permanecia a responsabilidade penal como a única conhecida e aplicada, ficando para os juristas franceses a

²³ “Art. 927. (...)”.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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”.

incumbência de firmar tal distinção separando a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Concordam, parte da doutrina abalizada, que a origem da responsabilidade civil e penal é a mesma, partindo do princípio romano *neminem laedere*, oriunda da violação de um dever jurídico preexistente, onde ambas se fundamentam no mesmo fato, mas tendo consequências diversas: a punição, na responsabilidade criminal, e a reparação, na responsabilidade civil.

Nesse diapasão, uma mesma ação ou omissão pode gerar consequências para o agente do dano tanto no campo da responsabilidade civil quanto no âmbito da responsabilidade penal ou mesmo das duas, concomitantemente, não havendo *bis in idem*²⁴. Exemplo clássico da doutrina é a colisão de veículos em que o causador do sinistro responde pelos danos causados ao veículo atingido, pagando as despesas do conserto como forma de aplicação da responsabilidade civil, bem como, sendo-lhe imputado a responsabilidade criminal, caso haja dano pessoal às vítimas, em consequência das lesões sofridas ou até mesmo da morte provocada pelo acidente, ou ambas as responsabilidades quando da soma dos danos²⁵.

A distinção da responsabilidade civil e penal se verifica, basicamente, quanto à natureza da norma jurídica violada, bem como, quanto à quantidade ou ao grau de culpa do agente na conduta lesiva.

Assim, no primeiro caso, quando a norma violada é de natureza pública a responsabilidade será penal, pois busca proteger a sociedade como um todo, gerando efeitos pessoais e intransferíveis para o agente da conduta antijurídica, tendo como resultado a aplicação de pena privativa de sua liberdade ou outras restritivas de seus direitos ao passo que na responsabilidade civil a norma violada é sempre de natureza privada, gerando efeitos patrimoniais para o devedor, em que o particular poderá ou não buscar a reparação do prejuízo, segundo critérios de sua conveniência e oportunidade²⁶. Já quanto ao grau de culpa, procura a norma penal inibir e repreender as condutas ilícitas de maior gravidade que atingem bens jurídicos de maior relevância ficando as de menor gravidade para a lei civil, sendo um *minus* ou *residuum*, em relação àquelas, nas palavras de Beling, citado por Cavalieri Filho²⁷. Na responsabilidade civil a culpa ainda que seja levíssima obriga a indenizar, todavia, na responsabilidade penal, não haverá infração, levando-se em

²⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 58.

²⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 42.

²⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 42-43.

²⁷ Programa de responsabilidade civil, p. 15.

conta princípios como o da insignificância que rege a norma penal. Frise-se, ainda, que “a responsabilidade civil é independente da criminal” (art. 935, do CC/2002²⁸).

1.3.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

Outra classificação da responsabilidade civil indicada pela doutrina é a da responsabilidade em *contratual e extracontratual*. Aquela, ocorre quando derivada do descumprimento de uma obrigação preexistente, esta, quando originária de uma conduta lesiva violadora da norma jurídica sem qualquer vinculação entre autor e vítima com fatos anteriores ao evento.

Todavia, esta dicotomia não é pacífica na doutrina, embora a *teoria clássica* ou *dualista* tenha sido adotada pelas codificações de vários países, incluindo-se o Brasil, redigida no Código Civil de 2002, que separou as duas espécies de responsabilidade em capítulos distintos. A contratual, teve sua previsão legal nos arts. 389 a 395 e a extracontratual, nos arts. 186 a 188 e 927 a 944, onde fica patente as particularidades aplicadas a cada caso, conquanto busquem o mesmo fim: a reparação ou indenização pelos prejuízos suportados pela vítima mediante a conduta lesiva do agente do sinistro ou do descumprimento contratual.

Já o Código de Defesa do Consumidor tomou rumo diverso, conforme preleciona Cavalieri Filho, *in verbis*:

“O Código do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um **tratamento unitário**, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, **numa relação de consumo, contratual ou não**, dá causa a um acidente de consumo”²⁹. Sem grifos no original.

Aliás, a *teoria unitária* ou *monista*, que prega a uniformidade de resultado e despreza os aspectos sob os quais se apresenta a responsabilidade civil no cenário

²⁸ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

²⁹ Programa de responsabilidade civil, p. 42.

jurídico, é dominante, hoje, na doutrina e apoiada por algumas codificações modernas que “tendem a aproximar as duas variantes da responsabilidade civil, submetendo a um regime uniforme os aspectos comuns a ambas”³⁰. Fábio Ulhoa, adepto desta corrente, classifica a *responsabilidade civil como não negocial*, descartando assim a distinção tradicional da doutrina em virtude do entendimento predominante de “que não há relevância na distinção” entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual³¹.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, compartilhando com Carlos Roberto Gonçalves, o posicionamento clássico da *teoria dualista*, explica que a subdivisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual “é muito mais didática e legislativa do que propriamente científica”³².

Não deixando de dar razão à *teoria monista*, em que pese sua posição de destaque na doutrina, no presente trabalho, nos posicionamos com a divisão didática da responsabilidade civil em contratual e extracontratual posto que analisamos os seus aspectos com base na legislação pátria, embora, o resultado buscado seja o mesmo, como não se espera que seja diferente.

Neste contexto, ultrapassada as discussões sobre as *teorias monista e dualista*, basicamente, a *responsabilidade civil contratual* tem origem no inadimplemento de uma obrigação preexistente, nascida de um contrato (bilateral ou unilateral) e a *extracontratual*, tem origem na lei.

Desta forma, conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho, se o dever de indenizar é consequência do inadimplemento de um vínculo obrigacional preexistente, estamos falando de *responsabilidade contratual*, também denominada de *ilícito contratual ou relativo*; se, no entanto, o dever de indenizar surge da lesão a direito subjetivo sem que exista qualquer relação jurídica anterior entre as partes, estaremos diante da *responsabilidade extracontratual* também denominada *ilícito aquiliano ou absoluto*. O que fica claro é que há uma transgressão do dever jurídico originário tanto em uma quanto em outra. Nesse diapasão o dever jurídico provém da vontade dos indivíduos ou da lei³³.

Por último, arrematam os autores algumas particularidades a título de diferenças básicas entre as duas espécies de responsabilidade: quanto a quem cabe

³⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 45.

³¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil*, p. 332-333.

³² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 74.

³³ *Programa de responsabilidade civil*, p. 16.

o ônus da prova, quanto à necessária existência de uma relação entre as partes, e quanto à capacidade desta.

A primeira diferença que merece destaque diz respeito ao *ônus da prova* quanto à culpa, uma vez que na responsabilidade aquiliana a culpa deve sempre ser provada pela vítima enquanto na responsabilidade contratual opera-se a inversão do ônus da prova, ficando a cargo da vítima apenas demonstrar que ocorreu o inadimplemento, presumindo-se a culpa, cabendo à outra parte provar que não teve culpa no evento ou a ocorrência de alguma das excludentes da responsabilidade prevista na norma jurídica³⁴. Assim, a vítima tem maior vantagem na condenação do agente quando a responsabilidade tem origem no descumprimento de contrato, bastando provar que houve o inadimplemento do contrato que gerou o dano³⁵.

A segunda diferença diz respeito à existência de relação jurídica anterior entre as partes ou não. Na responsabilidade contratual o dever de reparar nasce do inadimplemento da convenção, ou seja, da violação de um dever de adimplir e na responsabilidade extracontratual, onde não há qualquer vinculação preexistente ao fato, o dever de indenizar nasce da violação do dever de não infligir a norma de não lesar, de não causar dano a ninguém. Aquela impõe um dever positivo de cumprir o avençado, esta, um dever negativo de não praticar certa conduta violadora do direito alheio³⁶.

A terceira diferença é relativa à capacidade do agente causador do dano. *Josserand*, citado por Carlos Roberto Gonçalves, “entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual”³⁷. Isto porque para que haja um pacto é necessário que as partes sejam capazes (art. 104, I, do Código Civil de 2002³⁸). Já na responsabilidade extracontratual, embora a lei preveja a responsabilidade pelos danos provocados pelos incapazes aos seus representantes legais (art. 932, I e II, do Código Civil de 2002³⁹), prevê a mesma Lei Substantiva a possibilidade de o incapaz responder, caso o seu responsável legal não tenha obrigação de fazer ou não tiver bens suficientes, salvo quando privá-lo do

³⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 76.

³⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 46.

³⁶ Assunto já bastante esclarecido no presente subitem.

³⁷ *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 47.

³⁸ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; (...).”

³⁹ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; (...).”

necessário para viver (art. 928 do Código Civil de 2002⁴⁰), tratando-se de um tipo de responsabilidade subsidiária.

Por isso, acertadamente, pondera o mestre civilista quando declara, ratificando as razões de *Josserand*, em relação à visível limitação da capacidade civil na responsabilidade contratual posto que na responsabilidade extracontratual o ato lesivo praticado por amentais e por menores de idade geram o dano indenizável, o que não corre na responsabilidade contratual que exige na formação dos contratos agente plenamente capaz⁴¹.

1.3.3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Finalmente chegamos à classificação que nos interessa e que é base de inspiração de nosso Trabalho de Curso. Essa classificação tem a ver com o fundamento da responsabilidade civil, baseada na culpa ou independentemente desta.

A responsabilidade civil subjetiva tem como fundamento o elemento culpa, em sentido lato (culpa *stricto senso* e o dolo), na conduta do agente causador do dano, para que surja o dever de indenizar. Essa teoria clássica teve sua origem, conforme já relatado, na Roma Antiga, com o advento da *Lex Aquilia de Damno*. Segundo essa teoria o causador do evento danoso só responde se provada sua culpa, ônus que cabe à vítima, vez que “não havendo culpa, não há responsabilidade”⁴². Essa concepção de responsabilidade civil é a adotada atualmente pela maioria dos códigos dos países do mundo como regra geral.

Todavia, com a evolução da própria sociedade houve a necessidade de aplicação de uma responsabilidade que independesse de culpa, quando esta se mostrou insuficiente para trazer justiça ao caso concreto e o dano não podia ser imputado diretamente ao responsável pela atividade que representava perigo ao bem jurídico de outrem e causado por terceiro que mantenha algum vínculo jurídico com aquele, retornando a ideia da responsabilidade civil objetiva já ultrapassada à época dos romanos, porém, com novos fundamentos autorizadores, desde que

⁴⁰ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

⁴¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 47.

⁴² *Ibid*, p. 48.

presentes dois dos pressupostos da responsabilidade civil: o dano e nexo de causalidade. Nesse sentido os ensinamentos da doutrina mais abalizada, *in verbis*:

“A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, essa teoria dita objetiva, ou do risco, tem por postulado que todo dano é indenizável (...)”⁴³.

Citando o mesmo jurista, Carlos Roberto Gonçalves explica que a ideia atual de responsabilidade objetiva se justifica no sentido de que a culpa não mais é suficiente para regular todos os casos de responsabilidade civil, ocorrendo a necessidade da responsabilidade sem culpa, diferente da responsabilidade objetiva dos primórdios do direito romano que se justificava na ideia de vingança⁴⁴, o que culminou com a substituição desta pela teoria clássica de responsabilidade com base na culpa, implantada pela *Lex Aquilia*.

No caminho dessa definição a doutrina não se define quanto à existência da culpa presumida, prevista legalmente em algumas situações específica, ora sendo qualificada dentro da responsabilidade objetiva ora pertencendo à responsabilidade subjetiva por haver, ainda que mínima, a necessidade da exclusão da culpa, que nesse caso é ônus do agente causador da conduta lesiva provar sua inexistência de acordo com as espécies de excludentes previstas na lei.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a responsabilidade civil por ato de terceiro⁴⁵, “migrou de uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva para exemplo de responsabilidade civil objetiva⁴⁶”.

Concorda com os autores, Carlos Roberto Gonçalves, ao prelecionar com autoridade sobre o tema:

“Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em

⁴³ Agostinho Alvim, *Da inexecução*, p. 237, n. 169, *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 48.

⁴⁴ *Ibid*, p. 49.

⁴⁵ Casos de responsabilidade presumida previstas no Código Civil de 2002, em seus arts. 932 e 933 e principalmente, art. 936.

⁴⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 84.

alguns, ela é presumida pela lei (e pela jurisprudência). Em outros, é de todo prescindível⁴⁷. Sem grifos no original.

Esta indefinição se justifica pelo fato de que a doutrina tradicional ou clássica da responsabilidade objetiva define-a como independente da existência de qualquer culpa o que contraria a tese de uma culpa ainda que presumida pela lei ou pela jurisprudência. Contudo, ratificamos o posicionamento supra, por entender a responsabilidade com base na culpa presumida ser subespécie da responsabilidade objetiva.

A teoria do risco seria a mais coerente entre as demais teorias a justificar a responsabilidade objetiva, no sentido que toda pessoa que exerce atividade e cria um risco de dano para terceiros, lucrando com essa atividade, deve repará-lo ainda que não tenha culpa diretamente, em cumprimento à máxima de “quem colhe os bônus deve arcar com os ônus”.

No Brasil, a responsabilidade civil objetiva é fundada em uma das modalidades da teoria do risco⁴⁸. Para alguns doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves, seria o “risco-proveito” e o “risco criado”⁴⁹.

As modalidades, segundo a doutrina pátria, são:

a) *Teoria do Risco Administrativo*: aplicada quando há responsabilidade objetiva do Estado, prevista na Constituição Federal de 1988, art. 37, §6⁵⁰;

b) *Teoria do Risco Criado*: nos casos em que alguém cria o risco a terceiro, decorrente de outra pessoa ou coisa;

c) *Teoria do Risco de Atividade*: quando o risco a terceiros decorre da atividade desempenhada;

d) *Teoria do Risco-proveito*: aplicada principalmente no CDC, quando decorre de uma atividade lucrativa, como os riscos envolvendo os produtos e serviços em que o agente obtém lucro com a atividade; e

⁴⁷ Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, p. 48.

⁴⁸ Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 229.

⁴⁹ Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, p. 49.

⁵⁰ Já citado na nota de rodapé nº 21, retro, para onde remetemos o leitor.

e) *Teoria do Risco Integral*: que só é adotada no Brasil, excepcionalmente, tendo como exemplo os danos ambientais onde não há excludentes de responsabilidade⁵¹.

Em que pese o posicionamento forte dos autores acima citados, Fábio Ulhoa apresenta a distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva sob outra ótica: quando o agente pratica ato ilícito ou ato lícito. Segundo a posição do autor, “quem responde subjetivamente fez algo que não devia ter feito; quem responde objetivamente fez só o que devia fazer⁵²”. Assim, o referido autor, contraria os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves e Cavalieri Filho, entre outros doutrinadores, que veem a causa da responsabilidade civil, tanto com base na culpa quanto com base no risco da atividade ou do dever de vigilância, na violação do dever jurídico originário de não lesar outrem, nascendo de sua violação o dever jurídico sucessivo de reparar o prejuízo suportado pela vítima, com o objetivo de restaurar o *status quo ante*.

Por entendermos mais compreensível a definição de Carlos Roberto Gonçalves e de Cavalieri Filho sobre o assunto, não abordaremos a posição de Fábio Ulhoa, fazendo menção de seu pensamento apenas a título de curiosidade por não concordamos com o seu ponto de vista, pois quem está obrigado a responder, ainda que objetivamente, causou dano a outrem e, assim, descumpriu o ordenamento jurídico vigente praticando conduta contrária ao direito, qualificando o ato ilícito.

Embora o fato delituoso não tenha, *a priori*, sido praticado diretamente pelo responsável civil, mesmo na responsabilidade objetiva, o ato ilícito foi praticado por um terceiro com quem aquele mantém algum tipo de vínculo jurídico⁵³, como nos casos enumerados no art. 932, do Código Civil de 2002⁵⁴, e isto decorre exclusivamente da lei, como já mencionado no caso de responsabilidade por ato de terceiro, quando há infringência ao dever legal de vigilância que recai sobre o responsável legal.

⁵¹ Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 229-230.

⁵² Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil*, p. 334.

⁵³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 71.

⁵⁴ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

Ademais, não há uma substituição da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva posto que a regra geral da responsabilidade civil no direito brasileiro é a da responsabilidade subjetiva. Como diria Arnaldo César Coelho: “A regra é clara”⁵⁵, e é o que se pode deduzir do art. 186, do atual Código Civil ⁵⁶, que adotou a teoria recepcionada pelo seu antecessor (Código Civil de 1916), “que erigiu o dolo e a culpa como fundamento para a obrigação de reparar o dano”⁵⁷, com previsão de casos específicos, em dispositivos esparsos do Código, da responsabilidade objetiva. Além da previsão na legislação esparsa, há casos também de construção eminentemente doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade objetiva, a exemplo da inscrição indevida do nome da vítima nos órgãos de restrição de crédito em que ocorre o dano moral *in re ipsa*, como no aresto a seguir transcrito a título ilustrativo, *in verbis*:

“STJ-0443246) RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **CADASTROS DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Em caso de inscrição indevida de nome em cadastros de inadimplência, o dano moral é in re ipsa, sendo desnecessária a comprovação nos autos do abalo moral sofrido por quem teve o nome inscrito. Precedentes do STJ. 2. O quantum indenizatório por danos morais apenas comporta revisão na via recursal especial se for exorbitante ou irrisório. Precedentes do STJ. 3. O recurso especial não é sede própria para rever questão referente à fixação de honorários advocatícios na hipótese em que seja necessário reexaminar elementos fáticos. Aplicação da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 405.748/SC (2013/0335140-0), 3ª Turma do STJ, Rel. João Otávio de Noronha. j. 04.02.2014, unânime, DJe 14.02.2014)”⁵⁸. Grifos nossos.**

Além do mais, foi uma inovação salutar o acolhimento da teoria do risco pelo Código Civil de 2002, em seu parágrafo único do art. 927⁵⁹ prevendo a responsabilidade civil independente de culpa, nos casos legais e nas atividades que

⁵⁵ Comentarista esportivo da Rede Globo de Televisão.

⁵⁶ “**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 50.

⁵⁸ *Juris Plenum Ouro* – nº 37, maio/14.

⁵⁹ “**Art. 927.** (...).

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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”.

por sua natureza implicarem riscos aos direitos de outrem, passando a coexistir harmoniosamente com a regra geral da responsabilidade civil subjetiva⁶⁰.

Deve-se ressaltar que já havia previsões da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente ao Código Civil de 2002. É o caso do Decreto nº 2.681 de 1912, que disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro; da Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, relativo a acidentes de trabalho fundado no risco profissional; do Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966, Código Brasileiro do Ar, que estabelece a responsabilidade civil das empresas aéreas pelo risco da atividade explorada; e da Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, que prevê a responsabilidade pelos danos nucleares⁶¹.

Desta forma, o fato de o legislador ter previsto, primeiramente, no *caput* do art. 927 a teoria da responsabilidade com base na culpa relegando a teoria da responsabilidade objetiva ao parágrafo único, denota a preferência do ordenamento pátrio pela primeira modalidade como regra geral. Aliás, trazer a responsabilidade objetiva como regra implicaria verdadeiros abusos do direito e fomentaria a insegurança jurídica e, no dizer de TARTUCE, “beneficiando inclusive o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado pelos arts. 884 a 886 do CC.”⁶²

1.4. Visão panorâmica dos elementos da responsabilidade civil.

Conforme dito supra, há discordância dos doutrinadores quanto aos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil configuradores do ato ilícito que enseja o dever de reparar o dano. Nosso objetivo neste trabalho não inclui aprofundar-se no presente tema, que abordaremos superficialmente, como forma de compreender melhor a matéria da responsabilidade civil sem entrar nos debates conceituais propostos pelos insígnis juristas civilistas que tratam do assunto.

Assim, é cediço que os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, ou objetiva, são encontrados no art. 186, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sem grifos no original.

⁶⁰ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 73.

⁶¹ *Ibidem*, mesma página.

⁶² Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 228.

Com base no artigo supra mencionado é que a doutrina, unanimemente, concorda que estão presente os pressupostos configuradores do ato ilícito indenizável, aplicáveis tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade aquiliana, todavia, divergindo em relação de quais e quantos seriam esses elementos.

Os autores brasileiros de maior notoriedade no ramo do direito civil, assim manifestam seus posicionamentos sobre o assunto:

a) Dentre os que entendem que **são três** os pressupostos da responsabilidade civil, podemos destacar:

a.1) Sérgio Cavallieti Filho: 1- a conduta culposa do agente, 2 – o nexo causal, e 3 – o dano⁶³;

a.2) Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: 1 – a conduta humana (positiva ou negativa), 2- o dano ou prejuízo e 3 – o nexo de causalidade⁶⁴;

a.3) Maria Helena Diniz. 1 – ação, comissiva ou omissiva qualificada juridicamente, 2 – dano moral ou patrimonial, e 3 – nexo de causalidade⁶⁵

b) Já os que adotam posicionamento contrário no sentido que **são quatro os elementos formadores do ato ilícito**, e, neste ponto, prevalece a doutrina dominante são, dentre outros:

b.1) Carlos Roberto Gonçalves. 1 – ação ou omissão, 2 – culpa ou dolo do agente, 3 – relação de causalidade, e 4 – o dano⁶⁶;

b.2) Sílvio de Salvo Venosa. 1 – ação ou omissão voluntária, 2 – relação de causalidade ou nexo causal, 3 – dano, e 4 - culpa⁶⁷; e

b.3) Flávio Tartuce. 1 – a conduta humana, 2 – a culpa genérica ou *lato sensu*, 3 – nexo de causalidade, e 4 – o dano ou prejuízo⁶⁸.

Basicamente, observando detalhadamente a classificação dos juristas, os elementos da responsabilidades são os mesmos, apenas divididos ou subdivididos de forma didática para facilitar a compreensão, mas na essência não há distinção, pois a conduta do agente que pratica o ato lesivo, a culpa, o nexo e o dano há de se

⁶³ Programa de responsabilidade civil, p. 19.

⁶⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 89.

⁶⁵ *Curso de direito civil brasileiro*, p. 42 *apud* Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, p. 433.

⁶⁶ *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 53-54.

⁶⁷ *Código Civil interpretado*, p. 839, *apud* Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, p. 433.

⁶⁸ *Ibid*, p. 434.

verificar sempre no caso concreto independentemente de que forma estarão agrupados (se em quatro ou em três elementos), o resultado será sempre o mesmo: a reparação de um dano causado a outrem resultante de uma conduta humana, seja direta ou indiretamente, violadora da norma jurídica, seja pelo descumprimento de um contrato, seja pela situação de risco criado, seja pela prática do próprio ato lesivo.

Embora, como citado supra, não haja unanimidade quanto aos elementos da responsabilidade civil, especificamente, a responsabilidade subjetiva, prevalece o entendimento de que a culpa em sentido lato (culpa *stricto sensu* e o dolo) é elemento essencial da responsabilidade civil, em que pese o posicionamento dos autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, que negam a essencialidade da culpa como elemento geral da responsabilidade civil tendo-a apenas como elemento accidental, em virtude da existência, no presente Código Civil, de outra espécie de responsabilidade que dispensa aquele elemento para sua configuração (responsabilidade objetiva prevista no art. 927)⁶⁹.

Desta forma, deve-se ressaltar que a *culpa* é a base da teoria subjetiva da responsabilidade civil adotada como regra na Lei Substantiva, porém, com espaço para aplicação da teoria do risco.

Para a doutrina dominante a culpa como elemento da responsabilidade civil prevista no art. 186 do CC/2002, diz respeito à culpa *lato sensu*, expresso na frase "ação ou omissão voluntária (dolo)" e "negligência ou imprudência (culpa *stricto sensu*)".

Já quanto à *conduta do agente*⁷⁰ e o *dano*, há que ficar configurado o *nexo de causalidade*, que é o liame entre a ação e a causa, ainda que indireta, quando praticado por terceiro que esteja sob a responsabilidade legal do agente obrigado por reparar o dano ou pela atividade perigosa criadora do risco, uma vez que não existe obrigação de indenizar sem que haja o nexo causal expresso no verbo "causar" do art. 186, do Código Civil, acima transcrito. Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves cita o exemplo da vítima de trânsito que se joga na frente do carro para suicidar-se. Houve o dano e a conduta humana, mas não há relação de causalidade, posto que o motorista foi um instrumento da ação da vítima⁷¹.

Outro ponto importante, que merece destaque, é que sem o *dano* não existe reparação, embora tenha sido cometido ato ilícito, conforme se deduz do trecho:

⁶⁹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**, p. 88-89.

⁷⁰ Conduta dolosa ou culposa, conforme ato comissivo ou omissivo do agente, previsto no art. 186, do CC/02.

⁷¹ **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, p. 54.

“violar direito e causar dano”. Por outro lado, nem todo dano provém de ato ilícito e nem todo ato ilícito é danoso. O próprio Código Civil prevê em seu art. 188⁷², a possibilidade do agente causar dano a outrem sem cometer ato ilícito posto que estar protegido por causa excludente de ilicitude, sendo o ato lícito permitido por lei, exceto quando a vítima não tenha culpa do estado de perigo criado por terceiro, conforme art. 929 e 930⁷³, do mencionado diploma civil⁷⁴.

Desta forma prevalece a premissa do art. 927, *caput*, da referida Lei Substantiva, de que só há obrigação de indenizar quando ocorrer ato ilícito que causa dano a vítima, *in verbis*:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Grifei.

Não se dever olvidar que a responsabilidade civil objetiva que é exceção à regra no Código Civil de 2002, no Código do Consumidor é regra, e merece nossa especial atenção no presente Trabalho de Curso, conforme começaremos a abordar a partir de agora.

⁷² “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

⁷³ “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

“Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

⁷⁴ Programa de responsabilidade civil, p. 19-20.

CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

2.1. Conceitos.

Ultrapassa a primeira fase de nosso trabalho, base jurídica para a formação do tema escolhido, passaremos neste capítulo a discorrer sobre conceitos e definições dos termos principais ou elementos essenciais que caracterizam a relação de consumo no nosso ordenamento jurídico pátrio, tendo como base principal a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), com auxílio da mais respeitada doutrina e posicionamento dominante no STJ e decisões do STF, com qual iremos abordar a problemática de nossa pesquisa. Nessa linha, o próprio Código Consumerista apresenta seus próprios conceitos, delimitando a abordagem da construção doutrinária e jurisprudencial, mas sem impedir a atuação destas, na formação de tais conceitos, como se verifica nos artigos 2º (consumidor), e 3º, *caput* (fornecedor), §1º (produto) e §2º (serviço), do referido diploma legal.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a *relação de consumo* (objeto de tutela da Lei nº 8.078/90) é formada quando de um lado, encontramos o consumidor (destinatário final do produto ou serviço) e do outro, o fornecedor (*lato sensu*), estando vinculados a um produto ou serviço, oferecido ou prestado por este, e adquirido e/ou utilizado por aquele, Mas, a relação de consumo pode ocorrer em casos excepcionais, mesmo que inexista vinculação direta entre os sujeitos da relação consumerista (consumidor por equiparação).

Passamos, então, a examinar os termos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produto e serviço) da relação de consumo.

2.2. Consumidor.

O Código Consumerista apresenta dois conceitos de consumidor: o consumidor como destinatário final ou *consumidor stricto sensu* (ou ainda, *standard*) e o *consumidor por equiparação*. Este último, subdivide-se em três espécies: a coletividade de pessoas que intervenham nas relações de consumo, as vítimas de acidente de consumo e as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas.

O consumidor *stricto sensu* tem sua delimitação legal no art. 2º, *caput*⁷⁵ do CDC; e o consumidor por equiparação vem previsto nos dispositivos do parágrafo único do artigo supra citado⁷⁶, no art. 17⁷⁷ e no art. 29⁷⁸, do mesmo diploma legal.

2.2.1. Consumidor destinatário final ou *stricto sensu*.

O primeiro conceito de consumidor vem previsto no *caput* do art. 2º do CDC que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Deste conceito podemos notar a identificação, além do consumidor pessoa física, a presença da pessoa jurídica como consumidora em consonância com o termo “destinatário final”, o que provocou muitas discursões na doutrina e criou muitos obstáculos para compreensão do dispositivo em tela, principalmente, nas relações fornecedor-pessoa jurídica posto que até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não havia regramento que amparasse as relações contratuais entre fornecedores integrantes da cadeia de produção e a pessoa jurídica, senão, o Código Consumerista.

O artigo em comento identifica o consumidor *stricto sensu*, ou seja, aquele consumidor que não só adquire o produto ou o serviço como utiliza-o, mesmo que não tenha comprado ou contratado, mas recebeu do que comprou ou contratou.

Para Leonardo de Medeiros Garcia, três são os elementos destacados do conceito de consumidor em análise: O elemento subjetivo (pessoa física ou pessoa jurídica), o elemento objetivo (aquisição ou utilização do produto ou serviço) e o elemento teleológico (a finalidade), insculpido nas palavras “destinatário final”⁷⁹, sendo que, neste último, é que há toda uma discussão doutrinária e jurisprudencial para aplicação do Código de Consumo quando perquirida a participação da pessoa jurídica como consumidora de produtos e serviço e sua reutilização na cadeia produtiva que veremos na sequência.

Já o douto Rizzato Nunes aduz que no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, *caput*, as definições de consumidor foram “bem-elaboradas” embora

⁷⁵ “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

⁷⁶ “Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

⁷⁷ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

⁷⁸ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁷⁹ Diretor do consumidor: código comentado e jurisprudência, p.29.

tenha resultado em alguns óbices que devem ser superados⁸⁰, concordando com os demais autores, principalmente, na busca da delimitação do termo destinatário final. Na conceituação do art. 2º, *caput*, aduz ainda o mesmo autor, que como o referido dispositivo não faz distinção a qual tipo de pessoa jurídica estaria abrangido pelo Código, significa dizer que tanto a microempresa como uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação, ou seja, qualquer pessoa jurídica está apta a receber a proteção do CDC nas relações de consumo com outros fornecedores⁸¹.

Para a interpretação do conceito de *consumidor stricto sensu*, necessário se faz delimitar a abrangência do consumidor como destinatário final de produtos e serviços, vez que esta frase é a que “apresenta a maior oportunidade de problemas”⁸² e “questionamentos” por trás da complexidade do dispositivo⁸³, e, para isto, foram criadas pela doutrina duas correntes para explicar o conceito de consumidor como destinatário final, tendo na respeitável doutrinadora Cláudia Lima Marques o seu maior expoente na pesquisa das teorias *Finalista* e *Maximalista*, criadas para explicar melhor o conceito.

A *corrente finalista ou subjetiva* prega que o consumidor destinatário final do produto ou serviço é o consumidor fático e econômico ou seja, o consumidor não profissional, o que significa dizer que o bem ou o serviço não poderá ser colocado a revenda ou reutilizado na cadeia de produção com objetivo de obtenção de lucro. É o caso do consumidor que adquire o produto ou contrata o serviço ou utiliza-o para uso próprio ou de sua família. É o consumidor real, ficando de fora deste conceito a pessoa jurídica e o profissional.

Merece destaque a distinção feita por Bruno Miragem citado por Fabrício Bolzan sobre *destinatário fático* e *destinatário fático e econômico*, *in verbis*:

“O destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquire ou utiliza) **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

⁸⁰ Curso de direito do consumidor, p. 120.

⁸¹ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *idem*, p. 121

⁸² *Ibid*, mesma página.

⁸³ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, 91.

produtos ou aproveitando-os no oferecimento de algum outro serviço”⁸⁴. Com grifos no original.

A primeira definição, do exemplo citado acima, implicará na abordagem da pessoa jurídica como consumidora, nos moldes do art. 2º, *caput*, do CDC, adotada pela segunda corrente que adiante abordaremos, enquanto a segunda diferença, é a base da doutrina finalista do conceito de consumidor *stricto sensu*, em análise.

Nas palavras de Leonardo de Medeiros Garcia, lecionando com sapiência sobre o tema, segundo a corrente finalista, consumidor como destinatário final: “(...) é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário fático e econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir (...)”⁸⁵.

Nesse diapasão, a pessoa jurídica prevista no *caput*, do art. 2º, do Código Consumerista, não seria considerada consumidora. Todavia, a Teoria Finalista começo a fazer a distinção quanto à natureza do produto ou serviço em relação à pessoa jurídica para englobá-la no conceito de consumidor *stricto sensu*. Se o produto fosse utilizado como matéria prima e o serviço como parte do processo de produção, a pessoa jurídica não seria consumidora na relação negocial, porém, se o produto ou serviço não se enquadrasse como insumos ou matéria prima, parte da cadeia produtiva, então estaria qualificada como consumidora e recebendo a proteção do microssistema do consumidor⁸⁶. Exemplo dado por Leonardo de Medeiros Garcia, no primeiro caso é o da fábrica têxtil que compra algodão, matéria prima para sua produção. Já no segundo caso, quando a mesma fábrica compra veículo de transporte de seus funcionários ou serviços de segurança ou de limpeza⁸⁷.

Rizzatto Nunes tem sua própria solução para o problema da pessoa jurídica quando esta reutiliza o bem ou o serviço na cadeia produtiva sem mencionar uma ou outra teoria. Para o autor, vai depender do tipo de bem ou serviço para que haja a incidência do CDC, “independentemente de o bem ou o serviço estar sendo usado ou não para a “produção” de outros”⁸⁸. Se os bens são por natureza “bens de produção”, a relação jurídica será regulada pelo direito comum, não podendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor ao caso, como acontece com a usina de álcool comprada para a produção de álcool e o prédio da montadora de veículos. Se todavia, os bens são por natureza “bens de consumo”, produzidos para serem distribuídos, levados ao mercado de consumo, então a relação implicará a tutela do

⁸⁴ Ibid, p. 92.

⁸⁵ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p. 30.

⁸⁶ Ibidem, mesma página.

⁸⁷ Ibid, 30-31.

⁸⁸ Curso de direito do consumidor, p. 126.

CDC, independentemente de ter sido o produto ou serviço objeto de aquisição pela pessoa jurídica que, neste caso, será consumidora, como no exemplo dado da máquina de escrever que sendo fabricada em série, não importando o destino ou uso que se fará dela por ser bem de consumo⁸⁹.

Não concordamos com a respeitável posição do referido autor, no sentido de qualificar os bens do comércio em bens de produção e bens de consumo para justificar a qualidade da pessoa jurídica como consumidora e merecedora da tutela do CDC, por achar mais coerente a teoria finalista atenuada, adotada pela jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Já a segunda corrente, a *Maximalista*, prega que para ser um consumidor nos termos do art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, basta que haja a retirada do bem (produto ou serviço), da cadeia de produção sem necessidade de se identificar a finalidade de seu uso, tendo como base o *destinatário fático*, conforme já explicado acima, que é aquele que retira o produto ou contrata o serviço da cadeia de produção sem ser o destinatário econômico, o que resolveria o problema da pessoa jurídica e do profissional, qualificando-os como consumidor final nos termos da lei. Tal teoria é muito elástica na sua definição de consumidor em sentido estrito.

A corrente *Maximalista ou objetiva* vê o Código de Defesa do Consumidor como o novo regulamento das relações de consumo, "um código geral de normas e princípios para ambos os sujeitos da relação de consumo (consumidor-fornecedor)⁹⁰, incluindo o fornecedor no conceito de consumidor *stricto sensu*, porém, lembramos que esta não é a corrente majoritária na doutrina e jurisprudência.

Ademais, defende com destreza Fabrício Bolzan, que nas relações entre fornecedores a aplicação atual é a do Código Civil de 2002, conforme se verifica, *in verbis*:

"Com a devida vênia aos maximalistas, **na atualidade não há por que defender tal posicionamento**, pois o próprio Código Civil vigente evoluiu muito na identificação e defesa da empresa mais frágil nas relações firmadas entre fornecedores, conforme visto acima, o **Código Civil de 2002** trouxe em seu conteúdo institutos como: **função social do contrato; princípio de probidade e boa-fé; interpretação mais favorável ao aderente**"⁹¹. Com grifos no original.

⁸⁹ Ibid, p. 125-127.

⁹⁰ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 99.

⁹¹ Ibid, p. 100.

Leonardo de Medeiros Garcia aduz que a definição de consumidor para a corrente maximalista “é **puramente objetiva**, não importando a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço, podendo até mesmo haver intenção de lucro”⁹².

Para finalizar a discursão sobre o tema do conceito de consumidor como destinatário final de serviços e produtos ou, como a doutrina costuma identificar, *consumidor stricto sensu* ou *standard*, com base na definição legal do art. 2º, *caput*, do CDC, baseados nos estudos da doutrina abalizada de Cláudia Lima Marques, especialista no assunto, como pregam os próprios juristas brasileiros, passamos a analisar a Teoria Finalista Atenuada/Mitigada/Aprofundada que é a teoria atualmente aceita pelo STJ.

O posicionamento de Cláudia Lima Marques sobre o conceito de consumidor tem como ponto de partida a noção de “vulnerabilidade”, na relação de consumo, prevista no art. 4º, I, do Diploma Consumerista⁹³, como princípio, que se classifica em vulnerabilidade **técnica, jurídica** ou científica e a **fática** ou socioeconômica, segundo uma interpretação teleológica do Código de Proteção ao Consumidor⁹⁴.

Assim o conceito de consumidor com base na vulnerabilidade que tem aplicação prática nos casos que envolvam a pessoa jurídica e os profissionais, conquanto sejam vulneráveis, acaba por mesclar as duas correntes existentes (a Finalista e Maximalista), porém, aperfeiçoadas, formando uma terceira corrente mista: a *Teoria Finalista Mitigada* ou como prefere chamar sua autora, *Teoria Finalista Aprofundada*.

Todavia, a aplicação da Teoria Finalista Mitigada às pessoas jurídicas deve ser precedida de comprovação, em cada caso, dessa vulnerabilidade na relação de consumo e não penas com fundamento em presunção, como acontece com o consumidor pessoa física, mesmo que aquela não preencha os requisitos do consumidor destinatário econômico.

Leonardo de Medeiros Garcia, a título de reforço do nosso pensamento acima exposto, com base nos estudos de Claudia Lima Marques, conclui que:

⁹² *Diretor do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 31.

⁹³ “Art. 4º. 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;{...}”.

⁹⁴ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p.29.

"(...) a ilustre autora adota a *Teoria Finalista*, mas a relativiza, pois admite exceções ao seu campo de aplicação quando a pessoa física ou jurídica apresentar uma vulnerabilidade capaz de provocar desequilíbrio na relação contratual. Seria o que chamamos de *Teoria Finalista Mitigada*, uma vez que a análise da vulnerabilidade no caso concreto relativiza ou mitiga a teoria finalista. (...). Com grifos no original⁹⁵.

O STJ em 2005, no julgamento do REsp. 476428/SC, adotou majoritariamente esse posicionamento, permanecendo até os dias atuais, ao considerar a pessoa jurídica "destinatária final" mediante a mitigação da *Teoria Finalista*, admitindo-a, excepcionalmente, desde que demonstrado no caso concreto a vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica e a atuação fora da sua área de especialidade, mesmo que o produto ou o serviço sejam utilizados em sua atividade empresarial, aplicando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor "a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Exemplo válido do hotel que compra gás para melhor acomodar sua clientela ou da empresa de alimentos que contrata serviços de informática não usados na linha de produção, o que a doutrina chama de "consumidor intermediário"⁹⁶. No mesmo sentido: STJ, Ag.Rg no Ag. 1316667/RO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS, Terceira Turma, DJ de 11/03/2011.

Nesse diapasão, há possibilidade também do ente público ser englobado como consumidor de bens e serviços segundo os ditames da Teoria Finalista Aprofundada preponderante no Tribunal Superior.

Fabrizio Bolzan sintetiza o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em suas reiteradas decisões, pacificando a adoção da Teoria Finalista Atenuada na conceituação de consumidor, se preenchido os seguintes requisitos:

- a) Comprovar sua vulnerabilidade no caso concreto; e
- b) Não ser consumidor intermediário⁹⁷ (nesse ponto, contraria os ensinamentos de Leonardo de Medeiros Garcia, exposto acima).

Sobre o tema, acosto a jurisprudência recente do STJ, *in verbis*:

⁹⁵ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p. 36.

⁹⁶ Ibid, p. 37-38.

⁹⁷ Direito do consumidor esquematizado, p. 111.

“STJ-0448907) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO DA ANEEL. ANÁLISE DE NORMAS CONTIDAS EM RESOLUÇÃO. INVIABILIDADE. 1. Preliminarmente, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar, mesmo com fins de prequestionamento, todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto. No caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. **Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço.** Entretanto, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente à tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Descabida a pretensão de análise a dispositivos da Resolução da ANEEL, na medida em que o recurso especial não se presta para uniformizar a interpretação de normas não contidas em Leis Federais. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (Recurso Especial nº 1297857/SP (2011/0012409-9), 2ª Turma do STJ, Rel. Mauro Campbell Marques. j. 20.03.2014, unânime, DJe 26.03.2014)⁹⁸. Sem grifos no original.

2.2.2. Consumidor por equiparação.

A segunda modalidade de consumidor, amparado pelo Código Consumerista, é o consumidor por equiparação, que não necessita produzir nenhum ato de consumo, como no caso do consumidor *stricto sensu* destinatário final do produto e do serviço, para merecer a proteção do Código de Consumo, basta se enquadrar em uma das três espécies prevista na Lei, em situação de individualidade ou de uma

⁹⁸ Juris Plenum Ouro – nº 38, julho/14

coletividade de pessoas, determináveis ou não. Assim o Código de Defesa do Consumidor prevê a pessoa do consumidor-equiparável no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29⁹⁹.

Trata-se de uma relação semi-indireta e indireta de terceiro com um dos sujeitos da relação de consumo, merecendo a intervenção e aplicação do CDC para resolver situações desvantajosas e danosas ao consumidor equiparado.

A primeira espécie é prevista no parágrafo único do art. 2º¹⁰⁰, e se trata da coletividade de pessoas que haja intervindo de alguma forma na relação de consumo. Essa intervenção tem relação direta com o consumidor em sentido estrito que é quem realizou o ato de consumo e criou a situação que ensejou a participação do consumidor equiparado. Exemplo claro é de uma família que participa de um jantar familiar ofertado por um dos seus integrantes e ocorre uma infecção generalizada em virtude da utilização de uma maionese com data de validade válida, porém, estragada, que foi utilizada na salada de legumes, um caso corriqueiro noticiado nos telejornais nos dias atuais.

Há semelhança e, ao mesmo tempo, diferença com o consumidor equiparado do art. 29, embora ambos os dispositivos possam abranger uma coletividade de pessoas, ainda que indeterminável, a primeira espécie de consumidor por equiparação revela que é necessário a participação, mesmo que seja indireta, das pessoas na relação consumerista. Já na espécie prevista no art. 29, basta que haja uma potencialidade lesiva das práticas comerciais e contratuais abusivas, a exemplo da publicidade enganosa¹⁰¹.

Porém há quem discorde. Bruno Miragem, citado por Fabrício Bolzan sustenta que essa intervenção da coletividade de pessoas prevista no parágrafo único do art. 2º, abrange não só os que realizam o "consumo efetivo" mais também "a participação potencial da coletividade" na relação de consumo, sendo "prescindível o consumo efetivo e **suficiente a mera exposição** da coletividade para identificar o alcance da "intervenção", conforme previsão legal"¹⁰². Achamos mais razoável o primeiro pensamento visto que a potencialidade lesiva das práticas comerciais e contratuais é tema da terceira espécie de consumidor por equiparação insculpido no art. 29, conforme explanaremos na sequência.

⁹⁹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 131.

¹⁰⁰ Art. 2º. (...).

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

¹⁰¹ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 40.

¹⁰² *Direito do consumidor esquematizado*, p. 134.

Há que se destacar, ainda, que a presente modalidade de consumidor por equiparação é o principal fundamento para as ações coletivas previstas no art. 81 a 100, do Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, que são ações hábeis a tutelar coletivamente os direitos dos consumidores expostos às práticas comerciais e contratuais abusivas, muitas vezes tão fragmentado que desestimula o consumidor a procurar a justiça individualmente, pela insignificância do vício levando a permanecer e suportar os prejuízos que lhes é impingido pela parte mais forte na relação de consumo¹⁰³.

A segunda de espécie de consumidor-equiparável é a do art. 17¹⁰⁴, da Lei nº 8.078/90, que são todas as vítimas do acidente de consumo provocado pelo fato do produto ou fato do serviço, ou seja, que estão expostas aos defeitos dos bens de consumo, com sua previsão legal nos artigos 12 a 14, do CDC, estranhas à relação de consumo. É o chamado *bystander* da doutrina norte-americana, que sofrem danos físicos, morais e de segurança, pessoas estranhas à relação de consumo mas que acabam sendo vítimas dos defeitos dos produtos e dos serviços da relação negocial celebrada entre consumidor *stricto sensu* e fornecedor.

Essa espécie de consumidor também encontra relação com a violação ao disposto no art. 8º, *caput*¹⁰⁵, do Diploma de Consumo, assegurando a garantia de que os produtos e serviços exposto ao consumidor não acarretem riscos à saúde ou segurança além dos considerados normais e previsíveis.

Exemplo notório da presente espécie de consumidor equiparável foi a explosão de um *Shopping Center* na cidade de Osasco, Estado de São Paulo, em que pessoas sofreram danos em razão do acidente, embora, muitas delas não se enquadravam como consumidoras destinatárias finais e, o outro exemplo, o acidente aéreo com o avião, na cidade de São Paulo, que caiu sobre várias residências e pessoas que trafegavam nas proximidades, da mesma forma que o primeiro exemplo, todas foram vítimas do acidente de consumo (avião de passageiros-consumidores)¹⁰⁶, recebendo a proteção do Código de Consumo.

Um outro exemplo bastante atual é a inscrição indevida do nome das vítimas nos cadastros dos maus-pagadores gerados por contratos fraudulentos com pessoas que se utilizaram dos dados pessoais das vítimas para falsificarem

¹⁰³ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 138-139.

¹⁰⁴ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

¹⁰⁵ “Art. 8º. 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.”

¹⁰⁶ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 197.

documentos e conseguir junto ao comércio ou instituições financeiras, linha de crédito ou compra de bens de consumo, gerando o que a doutrina e jurisprudência denominam de dano moral *in re ipsa*. Nesse sentido: (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 405.748/SC (2013/0335140-0), 3ª Turma do STJ, Rel. João Otávio de Noronha. j. 04.02.2014, unânime, DJe 14.02.2014)¹⁰⁷.

Por último, a doutrina apresenta a terceira espécie de consumidor por equiparação prevista no art. 29¹⁰⁸, do Código de Proteção ao Consumo. É o caso das pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas que envolve a oferta, a publicidade, a cobrança de dívidas, a inserção de seus nomes em banco de dados e às abusividades contratuais como a “cláusula de não indenizar” reprovada pelo Direito do Consumidor.

A coletividade de pessoas determináveis ou indetermináveis é semelhante ao conceito previsto no art. 2º, parágrafo único já comentado. Todavia, diferente daquela espécie de consumidor por equiparação, esta (prevista no art. 29), não exige para sua configuração a participação direta da coletividade ou individualmente, na relação consumerista, bastando apenas à exposição ao perigo ou acidente de consumo como no exemplo clássico das propagandas enganosas divulgadas no meio comercial entre a população sem que necessariamente haja a lesão para que seja acionada a defesa do consumidor e aplicação do CDC ao caso concreto, ou seja, basta a potencialidade de lesão ao consumidor.

Nesse sentido, ensina Fabrício Bolzan que:

“Prescindível neste caso, portanto, a efetiva participação na relação de consumo, isto é, não precisam as pessoas efetivamente ser induzidas a erro por uma publicidade enganosa, pois a mera exposição à mensagem publicitária será suficiente para equipará-las a consumidoras”¹⁰⁹. Com grifos no original.

Neste contexto, havendo a prática comercial ludibriadora, toda a coletividade de pessoas estará exposta e será lesada mesmo que, *a priori*, não seja identificado individualmente um consumidor, não impedindo aquele que se sinta lesado de acionar o Judiciário sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰. Tal proteção pode se dar mediante a intervenção dos órgãos legitimados a propor ações

¹⁰⁷ Julgado que teve sua ementa já citada no Capítulo 1, item 1.3 (espécies de responsabilidade) e subitem 1.3.3 (Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva), para onde remetemos o leitor.

¹⁰⁸ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

¹⁰⁹ **Direito do consumidor esquematizado**, p. 143.

¹¹⁰ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, **Curso de direito do consumidor**, p. 135.

coletivas, como é o caso do Ministério Público ou Defensoria Pública, bem como, pelo consumidor individualmente.

No geral, a doutrina entende que o conceito de consumidor por equiparação insculpido no art. 29 é amplo e abrange também as pessoas jurídicas ao ponto de receber uma interpretação elástica para incidir sobre aquelas que não são consideradas consumidoras pela Teoria Finalista Mitigada, havendo o risco de desqualificar o próprio cerne do Código de Defesa do Consumidor se for interpretado isoladamente.

Todavia, cabe lembrar que tal posicionamento esbarra na jurisprudência dominante do STJ, conforme já explanado, que adota a Teoria Finalista Aprofundada, exigindo, para a proteção da pessoa jurídica e sua qualificação como consumidora, a aplicação do Princípio da Vulnerabilidade previsto no art. 4º, I, do Código Consumerista¹¹¹, onde deverá ser comprovado no caso concreto, numa interpretação sistemática do CDC, que prioriza o consumidor destinatário final (consumidor fático e econômico) dos produtos e serviços como regra geral.

2.3. Fornecedor.

A exemplo do conceito de consumidor, analisado acima, existe dois tipos de fornecedores como elementos caracterizadores da relação de consumo. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor prevê apenas uma modalidade, sendo a outra, resultado de lei esparsa e de construção doutrinária e jurisprudencial: é o fornecedor propriamente dito, insculpido no art. 3º, *caput*, do CDC. O *fornecedor por equiparação* é encontrado na teoria de Leonardo Roscoe Bessa exposta na obra *Fornecedor Equiparado*, organizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, bem como, com base no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003, art. 3º).

2.3.1. Fornecedor segundo o art. 3º, *caput*,¹¹² do CDC.

O conceito de fornecedor previsto no Código de Proteção ao Consumidor, em seu art. 3º, *caput*, é muito abrangente, conforme concordam os autores pátrios,

¹¹¹ Citação do dispositivo na nota de rodapé nº 99, retro.

¹¹² "Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

sendo que o termo “fornecedor” seria gênero e os demais designativos indicados no artigo, seriam espécies. Exemplo: o produtor, o montador, o comerciante, etc.

Nesse sentido, quando o CDC quer responsabilizar a todos os envolvidos na cadeia de produção e comercialização, pelo fato ou pelo vício do produto ou serviço, utiliza o termo fornecedor, em caso contrário, utiliza a espécie em particular¹¹³.

Para bem entender o sentido geral e as espécies de fornecedor, ditados no Código em comento, a título exemplificativo, citamos os artigos em que estas definições são bem nítidas:

a) *Fornecedor gênero*: **art. 14, caput** (de serviços, que responde objetivamente pelo fato do serviço), **art. 18, caput** (de produtos de consumo duráveis ou não, solidários pelos vícios de qualidade ou quantidade), **art. 19, caput** (fornecedores solidários pelos vícios de quantidade) e **art. 20, caput** (responsáveis pelos vícios de qualidade e de disparidades com a oferta e mensagem publicitária);

b) *Fornecedor espécie*: **art. 8º, parágrafo único** (o fabricante), **art. 12** (o fabricante, o produtor, o construtor e o importador), **art. 13** (o comerciante), **art. 14, §4º** (os profissionais liberais), **art. 18, §5º** e **art. 19, §2º** (o fornecedor imediato – comerciante), **art. 25, §2º** (o fabricante, o construtor, o importador e o incorporador), **art. 32** (o fabricante e o importador de peças de reposição) e **art. 33, caput** (o fabricante indicado nas embalagens dos produtos e mensagens publicitárias).

Essa amplitude é observada tanto no que se refere ao elenco de pessoas que são abrangidas pelo conceito de fornecedor quanto em relação às atividades de atuação¹¹⁴. Assim, o artigo define como fornecedor a pessoa física, jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira e os entes despersonalizados **que desenvolvem atividades de produção, montagem criação, construção, etc.**

Percebe-se que o legislador usou de técnica distinta para conceituar o consumidor, na medida que restringiu o conceito de consumidor *stricto sensu*, em seu art. 2º, *caput*, enquanto que em relação ao conceito de fornecedor, insculpido no art. 3º, *caput*, o Código Consumerista ampliou o conceito para abranger tanto o fabricante originário e o intermediário como o comerciante. Nas palavras de João Batista de Almeida:

¹¹³ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 41.

¹¹⁴ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 149.

“Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal”¹¹⁵.

Porém, o fator que distingue o fornecedor atuando na relação de consumo e o fornecedor atuando na relação comercial ou civil comum, está na atividade principal desenvolvida associada ao fator habitualidade. A atividade desenvolvida deve ser a atividade-fim e não qualquer atividade atípica para a caracterização da relação de consumo e desde que constante¹¹⁶. São aqueles que atuam no mercado de consumo fornecendo produtos e serviços ao consumidor em suas especialidades de atuação. Quando atuam fora dessa atividade-fim têm suas relações com terceiros regidos pelo Código Civil. Exemplo da doutrina é o da escola que vende aulas por praticar atividade de ensino. Neste caso, sendo fornecedora de serviços. Mas, quando esta escola vende um carro que servia para transporte de professores não está exercendo sua atividade-fim, não atuando com habitualidade e desta forma não restando caracterizada a relação fornecedor-consumidor, atividade protegida pela Norma Consumerista¹¹⁷.

Nesse diapasão, além da atividade-fim há o requisito da *habitualidade* que deverá ser observado.

Para Fabrício Bolzan, o requisito da habitualidade deve ser observado obrigatoriamente quando do enquadramento da pessoa física, bem como, da pessoa jurídica no conceito de fornecedor, nos moldes do art. 3º, *caput*, do CDC¹¹⁸.

Já para Rizzatto Nunes, a habitualidade da pessoa jurídica em sua atividade-fim, denominada “atividade típica”, para configurá-la como fornecedor, não é necessária para a pessoa física que mesmo desenvolvendo *atividade eventual* de comércio é capaz de incluí-la no conceito de fornecedor segundo o dispositivo legal em análise, pois o que será avaliado neste caso é a atividade desenvolvida se de comércio com o fim de lucro ou não. A estudante, que compra roupas para vender e pagar seus estudos, ainda que em períodos festivos, é o exemplo prático apresentado¹¹⁹. Por outro lado, não se pode dizer o mesmo da pessoa jurídica que pratica uma atividade atípica, não tendo sua relação regida pelo Código de Defesa

¹¹⁵ A proteção jurídica do consumidor. 2ª ed. Saraiva:2000, p. 41, *apud* Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 42.

¹¹⁶ Veremos que em relação à habitualidade há quem pense diferente.

¹¹⁷ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p.41.

¹¹⁸ *Direito do consumidor esquematizado*, p.154.

¹¹⁹ *Curso de direito do consumidor*, p. 135.

do Consumo, mas pela lei civil ou comercial, posto que não pratica a atividade com habitualidade.

Aduz, ainda, o autor que “a simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual (pela pessoa jurídica) não transforma a relação jurídica em relação de consumo”. O mesmo ocorre com a pessoa física, por exemplo, quando vende o seu carro usado, não exercendo atividade eventual de comércio. Nessa situação tais atos serão regidos pela legislação comum e não pelo CDC. É fundamental existir atividade regular ou eventual para configuração da relação de consumo que deverá ser provada no caso concreto¹²⁰.

Entre os dois posicionamentos supra expostos, nos inclinamos ao último, por considerarmos mais coerente com a nossa realidade brasileira que possui milhares de pessoas que exercem atos de comércio de forma eventual e vivem na informalidade como forma de incrementar sua renda familiar sem que isso seja empecilho para estabelecer relação de consumo e/ou responsabilidade perante os consumidores desse comércio eventual ou da oportunidade.

Além do requisito da habitualidade no exercício da atividade produtiva principal, que pode ser mitigado em relação à pessoa física, há quem defenda, a exigência do requisito do *profissionalismo*. Tese defendida por Bruno Miragem citado por Fabrício Bolzan, *in verbis*:

“Na visão de Bruno Miragem, a ‘atividade do fornecedor é *habitual* porque ela é profissional’. E continua o autor em seu raciocínio defendendo: ‘ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade. Daí por que a profissionalidade configura um requisito do conceito de fornecedor¹²¹.’”

Em que pese os argumentos do autor supra, esta não é a melhor interpretação do tema, pelo fato de não ter sido adotado pelos demais autores de renome, estudados neste Trabalho de Curso e nem adotado pelo STJ. Fabrício Bolzan entende que “**seria um *plus* em relação à habitualidade**”, sendo esta suficiente para identificar o fornecedor previsto no CDC, sem falar no empecilho que seria para a pessoa física e os entes despersonalizados para serem incluídos no conceito, caso a tese do requisito do profissionalismo prevalecesse¹²².

¹²⁰ Ibidem, p. 136.

¹²¹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 155.

¹²² Ibid, mesma página.

O STJ entende necessário apenas o requisito da habitualidade no exercício da atividade de comercialização de produtos e serviços conforme julgado no AgREsp 1.963, rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado em 04/04/2011.

No caso da pessoa jurídica como fornecedora, a habitualidade deve estar caracterizada quando prática sua atividade típica ou atividade-fim, fato inverso de quando se coloca do outro lado da relação consumerista, ou seja, como consumidora, quando não poderá utilizar o produto ou serviço em sua atividade típica ou atividade-fim. Porém, se uma pessoa jurídica que tem como função social a comercialização de hortifrutigranjeiro vende um computador que era utilizado por seus funcionários, não será considerada fornecedora para o CDC. Já se, ao invés de vender, compra um computador para ser usado por seus funcionários, na visão majoritária do STJ (com base na *Teoria Finalista Mitigada*), será considerado consumidora, sendo aplicável, no primeiro exemplo, o Código Civil e, no último, o Código de Defesa do Consumidor.

Leonardo de Medeiros Garcia acrescenta que a pessoa jurídica pública, também, é fornecedora, na medida que presta um serviço essencial de utilidade pública (água, luz, telefone) e que em troca o administrado/consumidor paga por este serviço, diferentemente do que ocorre com o pagamento dos tributos aos cofres públicos. Neste, o contribuinte paga ao Estado para que este cumpra sua função institucional numa relação administração/contribuinte¹²³. Na verdade, essa relação Estado/contribuinte é uma relação coercitiva, por parte do primeiro, que utilizando-se de seu poder de império retira parte da riqueza do segundo, para financiar suas atividades primárias, como a saúde, a educação, a segurança, etc. Ao passo que na relação de consumo o cidadão paga, voluntariamente, para ter um serviço prestado com qualidade, podendo até exigi-lo quando ocorre interrupção desses serviços, com base nas normas da relação consumerista.

A pessoa física também é fornecedora na medida em que pratica atividade de comércio com habitualidade, havendo quem defenda que basta que haja a eventualidade da atividade, como já explanado supra, posto que embora fique na linha tênue entre a pessoa jurídica não fornecedora e a pessoa jurídica de fato, a pessoa física se distingue por não ter uma sede própria para suas atividades, nem possui empregados e não exercer atividade rotineira, como sucede com o camelô¹²⁴. Exemplo: a estudante que vende produtos para pagar a faculdade ou qualquer pessoa que desenvolva atividade comercial com objetivo de lucro. Também entram neste conceito, os profissionais liberais (o encanador, o electricista, o mecânico, etc)

¹²³ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p.42-43.

¹²⁴ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Curso de direito do consumidor, p. 138-139.

consumidor por seus atos vinculados à relação principal, como obrigação típica de fornecedor¹²⁹, conforme teor da Súmula do STJ n° 359¹³⁰.

Tal posicionamento, sobre o tema supra, recebe apoio de Claudia Lima Marques para quem fornecedor equiparado seria um terceiro na relação de consumo, porém, um terceiro intermediário mas que responde ao consumidor ou a um grupo de consumidores pela sua participação na relação principal, assumindo o ônus por seus atos ou sua intervenção, como ocorre quando o consumidor tem seu nome inscrito indevidamente sem que tenha efetuado nenhuma compra¹³¹, fato que gera o dano moral *in re ipsa* que não necessita ser provado. Nesse sentido o julgado, *in verbis*:

"TJMG-0463617) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE DEVEDORES. SPC MASTER (CDL BELO HORIZONTE). ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INEXISTÊNCIA. PROVA NEGATIVA. DANO MORAL IN RE IPSA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ENDEREÇO DIVERSO DO FORNECIDO. INVALIDADE. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. **1. Tendo o SPC Master (CDL Belo Horizonte) disponibilizado a consulta ao banco de dados do SPC, tal fato, por si só, é suficiente a caracterizar sua legitimidade passiva para a ação que busca reparação pela ausência de notificação prévia do consumidor, conforme determina o art. 43, § 2º, do CDC.** Preliminar rejeitada. 2. Tratando-se de ação de indenização por danos morais em que a Autora afirma a inexistência de débito apto a justificar a inserção em cadastro de inadimplentes, é ônus do réu, pretendo credor, provar a existência de vínculo contratual, por tratar-se de prova negativa. **3. A inscrição em cadastro de devedores de pessoa que sequer celebrou contrato configura ato ilícito apto a ensejar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.** 4. **O dano moral, neste caso, existe in re ipsa,** ou seja, para sua configuração basta a prova da ocorrência do fato ofensivo. 5. Os juros de mora, quando se trata de dano moral extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Entretanto, para evitar a reformatio in pejus, deve ser mantida a data da citação como termo inicial de sua incidência. 6. **Segundo a norma do art. 43, § 2º, do CDC, a entidade mantenedora dos cadastros restritivos tem o**

¹²⁹ Ibid, p. 157-158.

¹³⁰ "Súmula n° 359: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".

¹³¹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 158.

dever de avisar, por escrito e previamente, ao consumidor, sobre a anotação de seu nome nos cadastros de devedores, sendo que a falha em tal procedimento acarreta dano moral indenizável. 7. O valor da indenização por dano moral deve ser mantido, se a fixação do respectivo quantum se mostra proporcional à intensidade do dano, sua repercussão no meio social, à finalidade pedagógica, bem como à capacidade econômica do ofensor. 8. Recursos não providos. (Apelação Cível nº 3240402-96.2011.8.13.0024 (10024113240402001), 16ª Câmara Cível do TJMG, Rel. José Marcos Vieira. j. 13.11.2013, DJ 22.11.2013)¹³². Sem grifos no original.

Na aplicação da teoria, Leonardo Roscoe Bessa inclui, ainda, outras situações que demonstram a figura do fornecedor equiparado, como no caso da atividade de divulgação de publicidade (enganosa ou abusiva), colocando o anunciante na posição de fornecedor responsável. Todavia, neste ponto, o autor não teve a aprovação da jurisprudência do STJ, que discorda e não vem responsabilizando o veículo de comunicação pela publicidade anunciada, para quem a responsabilidade seria do fornecedor solicitante do anúncio (STJ – 4ª Turma, REsp 1.157.2228, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJE de 24/04/2011)¹³³.

Na legislação pátria, há equiparação do fornecedor no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03), que em seu art. 3º¹³⁴, prevê a figura do fornecedor equiparada nas atividades das entidades responsáveis pela organização da competição e entidade de prática desportiva que detêm o mando de jogo. Assim, os torcedores serão consumidores, o que já acontecia em previsão anterior, na Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), em seu art. 42, §3º¹³⁵, o que levou a jurisprudência pátria a aplicar nos eventos desportivos o Estatuto Consumerista¹³⁶.

Ao nosso ver, a aplicação do CDC com mais habitualidade nas relações desportivas seria a solução para cobrança de mais segurança nos estádios, das entidades administradoras da competição e dos clubes desportivos, como forma de cessar a violência nos estádios e das vítimas serem ressarcidas pelos danos sofridos durante um jogo de futebol. Porém, na prática isto não vem acontecendo,

¹³² Juris Plenum Ouro – nº 38, julho/14.

¹³³ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 159.

¹³⁴ “Art. 3º. Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.”

¹³⁵ “Art. 42. (...).

§3º. O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

¹³⁶ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 43.

embora, o torcedor, na qualidade de consumidor, conte com a mesma tutela coletiva prevista no Código Consumidor, segundo a previsão expressa do art. 40¹³⁷ do Estatuto do Torcedor, sendo legitimados para propor a ação coletiva as mesmas pessoas indicadas naquele Código.

Para tirar qualquer dúvida sobre a equiparação do fornecedor no Estatuto do Torcedor acima exposto, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.937/DF, que teve como relator o Ministro Cezar Peluso, julgada em 23 de fevereiro de 2012, decidiu pela constitucionalidade do Estatuto do Torcedor, aduzindo que (especificamente no que se refere à aplicação do CDC aos eventos desportivos), “a equiparação não seria apenas obra dela (da Lei), mas conclusão necessária da relação jurídica que enlaçaria os eventos desportivos profissionais e os torcedores”¹³⁸.

2.4. Produto.

A definição de *produto* como elemento da relação de consumo é ampla e geral, não tendo a lei se ocupado em particularizar o conceito, pela sua desnecessidade, apenas qualificando-o como “qualquer produto móvel e imóvel, material e imaterial” (§1º do art. 3º, do CDC¹³⁹), desde que faça parte de uma relação consumerista, como é óbvio.

Fabrizio Bolzan esclarecer que houve críticas pela doutrina no que se refere a qualificação do *produto* como objeto da relação de consumo, posto que para Cavalieri Filho o objeto da relação de consumo seria a *prestação* a que tem direito o consumidor e a qual está obrigado o fornecedor e não o produto, sendo este o objeto da *prestação*, juntamente, com o serviço. Já para José Geraldo Brito, a crítica é dirigida ao legislador pelo fato de ter adotado o termo “produto” ao invés de “bens” por ser mais abrangente¹⁴⁰. Todavia, para o ilustre doutrinador Rizzatto Nunes, discordando de José Geraldo Brito, defende que a adoção do termo “produto” ao invés de “bem” ou “coisa”, como fazia o Código Civil de 1916, é uma tendência contemporânea das sociedades capitalistas, sendo um termo universal da atualidade para designar o elemento valorativo da relação de consumo, não sendo uma

¹³⁷ “Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei n. 8.078, de 11 setembro de 1990.”

¹³⁸ Fabrizio Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 161.

¹³⁹ “Art. 3º. (...)”

§1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

¹⁴⁰ Fabrizio Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 161-162.

novidade no mercado econômico, financeiro, de comunicações, dentre outros, passando a ter uso no meio jurídico¹⁴¹.

Porém, em que pese as discussões acima relatadas a doutrina abalizada concorda que o *produto* a que a Lei Consumerista se refere diz respeito a qualquer bem colocado à disposição no mercado de consumo que seja resultante da produção ou fabricação analisado no seu sentido econômico e universal, na relação entre fornecedor e consumidor, para satisfazer as expectativas daquele que adquire o produto ou serviço.

2.4.1. Bens móveis e imóveis.

No conceito de produto, entra na definição legal tanto os bens móveis quanto os imóveis, cuja diferenciação se encontra delimitada na Lei Civil, com destaque na aplicação das normas do Código do Consumidor aos contratos imobiliários e contratos de empréstimos, financiamentos e seguros que tenham relação direta com aquele, “quando o consumidor for adquirir a casa própria¹⁴²”.

Sobre a incidência do CDC nos contratos imobiliários a Terceira Turma do STJ tomou posicionamento favorável no REsp nº 804.202/MG, rel. Min^a. Nancy Adrighi, julgado em 19/08/2008, que tratava da venda casada de seguro habitacional pelo SFH imposta ao mutuário, aplicando o art. 39, I, do CDC¹⁴³, vindo a sumular o caso na Súmula nº 473¹⁴⁴.

2.4.2. Bens materiais e imateriais.

Sobre os bens imateriais, pouco discorre a doutrina, pela dificuldade que se tem de analisar a relação de consumo que envolva bens imateriais, ou seja, aqueles bens que não podem ser tocados. Já quanto aos bens materiais não é necessário comentar pela sua obviedade, sendo o produto das demais relações de consumo em geral.

¹⁴¹ Curso de direito do consumidor, p. 139.

¹⁴² Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 164.

¹⁴³ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;(...).”

¹⁴⁴ “Súmula nº 473: O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada”.

Fabrizio Bolzan apresenta como exemplo de bens imateriais na relação de consumo, citando os ensinamentos de Bruno Miragem, as relações comerciais realizadas pela INTERNET, onde se pode constatar a característica da *ubiquidade* que basicamente se traduz como a dificuldade de precisar onde, territorialmente, a relação jurídica negocial ocorreu, caso em que a doutrina tem identificado como elemento distintivo deste tipo de comércio a *desterritorialização*¹⁴⁵.

Rizzatto Nunes, outro doutrinador de peso (quando o tema é direito do consumidor), aduz que é necessário primeiro indagar o que seria este produto imaterial que “o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir” em virtude da generalidade em que o termo “produto” teve no Código de Defesa do Consumidor. Em seguida apresenta como exemplo desta modalidade de produto da relação consumerista, os contratos bancários, como o mútuo, a aplicação em renda fixa, caução de títulos, dentre outros¹⁴⁶, sem também discorrer mais sobre o tema.

Leonardo de Medeiros Garcia¹⁴⁷ e Roberto Senise Lisboa¹⁴⁸, sequer comentaram o tema, só a título de exemplo.

2.4.3. Produto durável e não durável.

A classificação de produtos (ou bens) em duráveis ou não duráveis está relacionada ao tempo de seu exaurimento ou desgaste por ocasião do uso e não pela sua perpetuação no tempo, posto que como o termo “consumo” deduz não há bem permanente ou eterno. No CDC essa divisão é feita na seção que prevê a prescrição (art. 26, I e II¹⁴⁹) do direito de reclamar pelos vícios, onde a contagem do prazo decadencial para reclamar pelo vício aparente do produto é de 30 dias, para os produtos não duráveis e 90 dias para os produtos duráveis.

Neste contexto, *produtos duráveis* são aqueles que não se extingue de imediato com o seu uso normal, são feitos para serem usados várias vezes, porém, não estão salvos do desgaste natural pelo uso e pelo tempo, uma vez que não duram para sempre e a redução de suas propriedades não implica vício do produto.

¹⁴⁵ Direito do consumidor esquematizado, p. 166

¹⁴⁶ Curso de direito do consumidor, p. 140-141.

¹⁴⁷ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência.

¹⁴⁸ Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.

¹⁴⁹ " Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis. (...)”.

Ademais, o Código de Consumo não traz nenhuma proteção contra o desgaste do produto, que não deve ser confundido com vício, exceto, se houve prazo de funcionamento assumido pelo próprio fabricante, como se extrai dos art. 30, 31, 37 e 50 do CDC¹⁵⁰. Exemplos de produtos duráveis: veículos automotores, peças de vestuários, os eletrodomésticos, eletroeletrônicos, computadores, móveis, etc.

Já os *produtos não duráveis*, em contrapartida, seriam aqueles que se extinguem, com o uso ou em tempo mais curto que os duráveis, tendo prazo menor para reclamar dos vícios. Essa extinção pelo uso pode ser imediata ou paulatina, dependendo do tipo de produto. No primeiro caso, temos como exemplo as bebidas em geral (cerveja, refrigerante, leite) e no segundo caso, serve como exemplo, os sabonetes, que se extingue pelo uso sequencial. Outros exemplos apresentados pela doutrina são os alimentos, os remédios, caneta, etc.

Rizzatto Nunes, complementa que:

"O fato de todo produto não se extinguir de uma só vez não lhe tira a condição de "não durável". O que caracteriza essa qualificação é sua maneira de extinção "enquanto" é utilizado¹⁵¹".

Isto, disse o autor supra, para distinguir o produto não durável do produto descartável que, na concepção do respeitável jurista, seria aquele que somente pode ser utilizado uma única vez, como no caso do prato de papelão para comer um doce ou um copo de papelão para beber algo. Usados, joga-se fora, se aproximando mais dos produtos duráveis¹⁵².

Assim, a não durabilidade se qualifica pela forma como é sua extinção quando utilizado. Se é imediata ou à medida que é consumido. Ademais, o fato de que o produto não ser extinto de uma só vez não significa que seria durável, diferindo do "produto descartável" que permanece como era mesmo após sua utilização, enquanto o produto não durável vai se extinguindo ou vai se exaurindo.

¹⁵⁰ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 141-42.

¹⁵¹ *Ibid*, p. 143.

¹⁵² Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 142.

2.4.4. “Amostra grátis”.

Por último, em referência ao produto como elemento da relação jurídica, a doutrina levanta uma questão importante: se a amostra grátis (que é um produto entregue sem exigência de pagamento), está amparada pela proteção do Código de Defesa do Consumidor. O entendimento da doutrina pátria é no sentido de que cabe sim a aplicação do CDC nos casos de responsabilidade pelo fato ou pelo vício do produto, vez que o fornecedor é responsável pelos produtos postos em circulação no mercado consumerista¹⁵³.

A única referência, no CDC ao caso, mas de forma superficial, está no parágrafo único do art. 39¹⁵⁴, que libera o consumidor de pagamento de produtos encaminhados sem que tenham sido solicitados, a exemplo, também, do serviço.

Esses produtos que são ofertados pelos fornecedores aos consumidores em geral, de forma não remunerada, trata-se na realidade de um produto aparentemente gratuito mais que traz em sua finalidade o propósito de convencer o consumidor a adquirir o produto, caso aprove, em compras posteriores, vislumbrando-se a intenção futura de lucro, sendo mais que justo que os fornecedores arquem com os riscos da atividade lucrativa, caso haja danos ao consumidor pela utilização dos produtos dados “gratuitamente”, principalmente no que diz respeito à sua “qualidade, garantia, durabilidade, proteção contra os vícios, defeitos etc¹⁵⁵”.

2.5. Serviço.

O §2º do art. 3º, do CDC¹⁵⁶, especifica o que seja *serviço* para fins de aplicação do Estatuto do Consumidor. Desse conceito podemos facilmente destacar algumas características visíveis desse elemento da relação de consumo de forma exemplificativa: qualquer atividade prestada mediante remuneração (característica principal), fornecida no mercado de consumo, incluídas as de natureza financeira e congêneres, excluídas as gratuitas e as decorrentes das relações trabalhistas.

¹⁵³ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 168-169.

¹⁵⁴ Art. 39. (...).

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

¹⁵⁵ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 143.

¹⁵⁶ “Art. 3º. (...)

§2º. 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”.

Há uma abrangência conceitual uma vez que o Código utiliza a expressão “qualquer” tipo de serviço prestado por um fornecedor contratado por um consumidor, o que faz das citações do texto do §2º do dispositivo supra mencionado, rol apenas exemplificativo.

Passamos aos mais importantes temas do quarto elemento da relação de consumo.

2.5.1. Serviço remunerado, gratuito e aparentemente gratuito.

A característica que mais se destaca para configuração do serviço como elemento da relação consumerista é a da *remuneração*, que se contrapõe ao *serviço gratuito* (exceção ao dispositivo em tela). Todavia, deve ser analisado com cautela o caráter gratuito do serviço para saber se se trata ou não de relação de consumo.

A remuneração não vem a ser, especificamente, o preço cobrado pelo custo de um serviço posto no mercado de consumo, mas qualquer tipo de ganho, direto ou indireto, repassado ao fornecedor pelo consumidor destinatário final, beneficiando até aqueles que sequer praticaram atos de consumo ou quando a remuneração de um serviço oferecido gratuitamente vem embutido na prestação de outro serviço, pois “praticamente nada é gratuito no mercado de consumo”¹⁵⁷.

Assim, Fabrício Bolzan utilizou a expressão “remuneração direta” e “remuneração indireta” para melhor explicar os serviços como objeto da relação de consumo. Assim, na remuneração direta seria a contraprestação imediata prestada pelo consumidor ao utilizar o serviço e a remuneração indireta seria os serviços considerados gratuitos, porém, com aplicação de remuneração embutida. No primeiro caso, exemplificando, o pagamento em dinheiro pelo estacionamento de um *shopping center*, e, no segundo, a utilização do mesmo estacionamento de forma “gratuita”, não deixando de ser remunerado, posto que o valor do serviço se encontra embutido nos produtos vendidos no estabelecimento comercial¹⁵⁸. Aliás, a tese da remuneração indireta caracterizadora da relação de consumo já foi acolhida pela 4ª Turma do STJ no julgamento do REsp nº 566.468, DJ 17/12/2004.

Leonardo de Medeiros Garcia faz distinção do que seria “serviço puramente gratuito” do “serviço aparentemente gratuito”. No primeiro caso, estariam os serviços realizados como favores ou por parentesco, enquanto que no segundo caso, são

¹⁵⁷ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 150-151.

¹⁵⁸ *Direito do consumidor esquematizado*, p. 171.

aqueles que o fornecedor “está de alguma forma sendo remunerado pelo serviço”, ainda que indiretamente, e, neste caso, merece a aplicação do CDC. Exemplo apresentado pelo autor de serviços aparentemente gratuitos são os prestados pelo transporte coletivo aos maiores de 65 anos de idade em que a coletividade é quem remunera, e os prestados pelos supermercados e *shopping centers* no que diz respeito aos estacionamentos “gratuitos” cujo objetivo principal é atrair o consumidor ao estabelecimento¹⁵⁹. Neste último caso, o serviço é prestado tanto para o consumidor *stricto sensu* como para aquele que nada compra, estando todos sob a proteção dos Direitos do Consumidor em virtude da presunção de segurança que este serviço oferece, conforme já sumulado pelo STJ¹⁶⁰ na Súmula nº 130¹⁶¹.

Para melhor diferenciação, serviço gratuito seria aquele fora da relação de consumo onde não há ganho, nem direta, nem indiretamente, por parte daquele que presta o serviço de forma voluntária, como obtempera Rizzato Nunes no exemplo do médico que atende pessoa que está passando mal na rua e nada cobra pelo serviço¹⁶².

Nesse diapasão, Claudia Lima Marques, em citação feita por Fabrício Bolzan, pondera que:

- a) Ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor;
- b) Ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente;
- c) Ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (totalmente gratuito)¹⁶³.

2.5.2. Serviço bancário, financeiro, de crédito e securitário.

Outro tipo de serviço que ganhou relevância no meio jurídico, pelas discussões judiciais, foram os serviços bancários e congêneres.

Os serviços bancários, dentre todos os exemplos do §2º, do art. 3º, em comento, sempre foi alvo de polêmica quanto à sua inclusão no anteprojeto do

¹⁵⁹ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p.44.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 45.

¹⁶¹ “Súmula nº 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

¹⁶² Curso de direito do consumidor, p. 151.

¹⁶³ Direito do consumidor esquematizado, p. 172.

Código do Consumidor, bem como, nas constantes tentativas de excluí-los da aplicação do CDC, resultando daí o motivo de sua citação no dispositivo supra, como forma de cautelar para não dar motivos a dúvidas ou interpretações divergentes. Mas, sua inserção no texto legal não foi suficiente para evitar os debates acerca do assunto.

Embora a discussão originária, no direito brasileiro, tivesse como fundamento os contratos bancários realizados por correntistas ou investidores, titulares de contas correntes, sobre a aplicação da Lei Consumerista ao caso, o maior embate jurídico se travou no tema que dizia respeito ao depósito feito em caderneta de poupança “sob o fundamento de tratar-se de serviço não remunerado, não seria passível de regulamentação pela lei do consumidor¹⁶⁴, segundo os defensores dessa corrente. Porém, o fato foi pacificado pelo STJ no REsp nº 106.888, em 2001, decidindo a colenda corte que “o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) é aplicável aos contratos formados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança”.

Rizzatto Nunes, com maestria leciona que:

“Apesar da clareza do texto legal, que coloca, com todas as letras, que os bancos prestam serviços aos consumidores, houve tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto. Chegou-se, então, ao inusitado: o Poder Judiciário teve de declarar exatamente aquilo que a lei já dizia: que os bancos prestam serviços”¹⁶⁵.
Grifei.

Todavia, essas várias investidas jurídicas para desdizer a Lei, não obtiveram resultados favoráveis. Em 1995, o STJ decidiu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (4ª Turma, REsp nº 57.974-0, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25/04/1995, encerrando as discussões, com a edição da Súmula nº 297¹⁶⁶. Posteriormente, a questão mais uma vez foi reaberta, só que desta vez perante a Corte Suprema, na **Adin 2.591** proposta pela CONSIF - Confederação Nacional do Sistema Financeiro¹⁶⁷.

O objeto principal da Adin 2.591 trazia como discussão a não aplicação do CDC às cadernetas de poupança, aos depósitos bancários, aos contratos de mútuos, aos contratos de utilização dos cartões de créditos, aos seguros, aos de

¹⁶⁴ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 176.

¹⁶⁵ *Curso de direito do consumidor*, p. 144.

¹⁶⁶ Súmula nº 297. “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

¹⁶⁷ Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 145.

aberturas de créditos e demais operações bancárias, pela não caracterização da relação de consumo sob o vício de inconstitucionalidade em ofensa direta ao art. 192, da Carta Magna¹⁶⁸. Porém, o STF não acolheu as alegações da CONSIF, julgando improcedente a Adin por nove votos a dois, em junho de 2006, pacificando a controvérsia da matéria, que teve a seguinte ementa:

"Art. 3º, §2º, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ART. 5º, XXXII DA CF/1998 – ART. 170, V, DA CF/1988 – AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE **1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.** 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica **que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.** 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição (STF, Adin nº 2.591, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 29/09/2006, com ementa modificada em Emb. Decl. j. 14/12/2006"¹⁶⁹. Sem grifos no original.

Com o posicionamento adotado pelo STF supra, ficou de fora apenas a fixação dos juros bancários, posto que a Corte Suprema não admitiu a interferência do Judiciário na fixação dos juros, tendo em vista ser competência do Conselho Monetário Nacional com ajuda do Banco Central, fiscalizar as instituições financeiras, principalmente, na elaboração das taxas de juros nos contratos. Fato corroborado pelo advento da EC 40, de 2003 que alterou a redação do art. 192, da Constituição Federal, revogando os §§1º, 2º e 3º, e a edição da Súmula nº 382¹⁷⁰, do STJ, permitindo às instituições financeiras a estipulação de juros superiores a 12% ao ano sem que isso caracterize abusividade¹⁷¹.

No entanto, deve-se fazer a diferença entre juros remuneratórios (juros devidos para compensar ou remunerar o capital) e os juros moratórios (juros devidos pelo atraso no pagamento), uma vez que quanto a estes, o entendimento majoritário é que não poderão ser superiores a 12% ao ano, conforme posicionamento do STJ na Súmula nº 379¹⁷², desde que não regidos por legislação específica¹⁷³.

¹⁶⁸ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 178.

¹⁶⁹ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 47.

¹⁷⁰ "Súmula nº 382. A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade".

¹⁷¹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 182.

¹⁷² "Súmula nº 379. Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

¹⁷³ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 182-183.

2.5.3. Serviços públicos.

O serviço público recebeu uma especial atenção do Código de Defesa do Consumidor, embora, a pessoa jurídica de direito público tenha sido mencionada no rol dos demais fornecedores, previsto no *caput*, do art. 3º¹⁷⁴, do mesmo diploma legal. Teve sua inclusão no art. 22¹⁷⁵, por se tratar de uma espécie distinta de prestação de serviços com suas próprias particularidades, uma vez que envolve a Administração Pública e o administrado, na relação de consumo, bem como, recebeu especial atenção neste Trabalho de Curso, tendo em vista que o tema desenvolvido é exatamente sobre esta espécie de prestação de serviço, especificamente, os serviços essenciais de fornecimento de água, com o que trataremos com maior cuidado e detalhes no capítulo seguinte.

As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, prestadoras de serviços públicos, segundo a inteligência do artigo 22, do CDC, devem prestar serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, sob pena da responsabilidade pelo vício do serviço ou pelo fato do serviço previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a incidência do CDC aos serviços públicos no campo da responsabilidade civil, João Batista de Almeida leciona que "são aplicáveis a tais fornecedores, os dois regimes de responsabilização: pelo fato (defeito) e por vício do serviço"¹⁷⁶.

Nesse diapasão, deve-se identificar primeiro, o que seria serviço público abrangido pela relação de consumo.

Há que se distinguir os *serviços públicos prestados mediante contraprestação ou remuneração*, daqueles prestados *mediante pagamento de tributos*. Os primeiros, também conhecidos pela doutrina e jurisprudência como *uti singuli* ou individuais (serviços públicos impróprios), estariam sujeitos à aplicação do CDC, por colocar de um lado, o consumidor e do outro, o fornecedor, caracterizando a relação de consumo, principalmente, pelo pagamento direto e opcional de remuneração na espécie de tarifa ou preço público, nos termos do §2º, do art. 3º¹⁷⁷, do Código de

¹⁷⁴ "Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira..."

¹⁷⁵ "Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

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

¹⁷⁶ Manual de Direito do Consumidor, p. 75.

¹⁷⁷ "Art. 3º. (...)

Defesa do Consumidor. Exemplo desse tipo de serviço público, seriam os serviços de fornecimento de água e esgoto, de energia elétrica, transporte coletivo, telefonia, etc¹⁷⁸.

Já os serviços públicos prestados mediante pagamento de tributo, conhecidos como *uti universi* ou gerais (serviços públicos próprios), não teriam a incidência do CDC por não estar caracterizada uma relação de consumo entre a Administração e o administrado que seria contribuinte de forma não opcional, pelo fato de que não efetua um pagamento pelos serviços prestados, mas aos cofres públicos, na modalidade de taxas, para que a Administração distribua de acordo com a Lei Orçamentária Anual com objetivo de cumprir suas atividades institucionais em prol da coletividade. Exemplo: segurança pública, saúde pública, iluminação pública, previdência, etc¹⁷⁹.

Porém, tal distinção não é pacífica na doutrina, nem na jurisprudência, prevalecendo o entendimento do STJ.

Leonardo Roscoe Bessa explica que existem três posições sobre a aplicação do CDC aos serviços públicos:

- 1) Interpretação extensiva, em que todos os serviços públicos estão sujeitos ao CDC;
- 2) A prestação do serviço deve ser remunerada, seja por taxa ou por tarifa; e
- 3) Somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC¹⁸⁰. O STJ, vem adotando esta posição (STJ, REsp 793422/RS, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ 17.08.2006). Ainda:

“STJ-0436729) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. **SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE ESGOTO. ART. 42 DO CDC. EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. RESP 1.117.903/RS JULGADO PELO**

§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, ...”.

¹⁷⁸ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 218.

¹⁷⁹ *Ibid*, mesma página.

¹⁸⁰ *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 171, *apud* Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, mesma página.

possível, dotando de maior eficácia todas as ações do Estado, sendo um dever imposto a este, numa relação de menos gastos e mais benefícios¹⁸⁹.

Rizzatto Nunes coloca a característica da eficiência como gênero, onde as demais qualidades do serviço público (adequação, segurança e continuidade), seriam espécies, conforme se extrai, *in verbis*:

"Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade (no caso dos serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos"¹⁹⁰.

Com base no entendimento esposado supra, o serviço público só será eficiente se for adequado, se for seguro e se for contínuo (este no caso dos serviços essenciais), sendo a principal característica, a eficiência é indispensável na conjugação com as demais para se ter um serviço público de qualidade que atenda as exigências do mercado de consumo. Isto, significa dizer que não basta prestar o serviço público, é necessário que produza resultados positivos para o consumidor, não bastando que seja adequado ou seguro, mas que funcione, cumprindo sua finalidade.

A característica da *adequação* do serviço público, é exigência, também, da Constituição Federal, quando em seu art. 175, parágrafo único¹⁹¹, dispõe sobre as matérias a serem abordadas na lei que regulará o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, dentre elas: "a obrigação de manter serviço adequado" .

Nessa linha de pensamento, a Lei nº 8.987/95 que veio regulamentar o dispositivo constitucional supra, nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 6º, conceitua o que seria serviço público adequado, *in verbis*:

"Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de **serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

¹⁸⁹ Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 153.

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 154.

¹⁹¹ "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...);

IV – a obrigação de manter serviço adequado".

§1º. **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade, eficiência, segurança**, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§2º. **A atualidade** compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço". Sem grifos no original.

Como visto, a exemplo do que ocorre com o conceito de eficiência do serviço público, o conceito de adequação do serviço público compreende a continuidade, eficiência e segurança numa interligação indissociável dos componentes formadores do serviço público, além de outras características, previstas no dispositivo transcrito supra, que podemos destacar a atualidade como item indispensável para o fornecimento do serviço de forma adequada.

Quanto ao pressuposto da *segurança*, este é exigido não só para os serviços públicos como para toda prestação de serviço em geral, sendo sua ausência motivo caracterizador do serviço defeituoso que enseja a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, conforme digressão do §1º, do art. 14, do Código Consumerista¹⁹², não merecendo maiores explicações.

Assim, fica patente a necessidade de aplicação das normas de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço e pelo vício do serviço, previstos no CDC, aos serviços públicos, desde que remunerados por tarifa, nos moldes do art. 22, do Estatuto do Consumidor.

¹⁹² Art. 14. (...).

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

I – o modo de seu fornecimento;

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

III – a época em que foi fornecido.

CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU SEUS DELEGADOS PELA INTERRUPTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DO FORNECIMENTO DE ÁGUA.

3.1. Tipos de responsabilidade civil que rege a relação de consumo na Lei 8.078/90.

Chegamos ao momento crucial de nosso Trabalho de Curso, após termos discorrido, no Capítulo 1, de forma geral e abrangente acerca da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro onde prevalece, como regra geral, a responsabilidade civil subjetiva e, no Capítulo 2, sobre os elementos da relação de consumo na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, analisando as várias espécies interpretativas acerca do conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço, preparando o caminho para melhor compreensão do tema proposto.

No presente capítulo, faremos uma inter-relação dos capítulos anteriores, quando abordaremos a responsabilidade civil objetiva, aplicada como regra no CDC e suas consequências jurídicas quando da interrupção da prestação do serviço público essencial e contínuos do fornecimento de água, com escopo no art. 22, do Código Consumerista e a posição predominante na jurisprudência do STJ.

3.1.1. A responsabilidade civil objetiva como regra.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor inaugurou uma nova sistemática quanto à divisão dual da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, existente no Direito Privado, desde o surgimento da *Lex Aquilia de Damno*, por volta do final do Século III a.C., em Roma¹⁹³, unificando a responsabilidade civil, posto que para a Lei do Consumidor não tem relevância se a responsabilidade civil é originária de um contrato ou de um ato ilícito extracontratual, por ser tal divisão ultrapassada para os dias atuais, “uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são idênticos¹⁹⁴”, fazendo surgir a *Teoria Unitária da Responsabilidade Civil*.

Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves destacam a adoção, pelo Código de Defesa do Consumidor, da *responsabilidade civil objetiva e solidária* dos

¹⁹³ Conforme já examinado no Capítulo 1, no subtítulo 1.2.

¹⁹⁴ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 432-433, *apud* Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, p. 110.

fornecedores de produtos e serviços como regra geral na relação de consumo. E justificam:

“Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da *reparação integral dos danos*, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. **Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeito dos produtos e serviços**”¹⁹⁵. Grifei.

A responsabilidade objetiva, conforme prevê explicitamente o CDC nos artigos 12, 14, 18, 19 e 20, se baseia na Teoria do Risco-proveito¹⁹⁶, no sentido de que aquele que auferir proveito de atividade que expõe a riscos outras pessoas deve arcar com as consequências danosas dessa atividade em virtude do lucro alcançado, com base na responsabilidade civil que independe de culpa.

José Geraldo Brito Filomeno, citado por Fabrício Bolzan¹⁹⁷, leciona com muita propriedade que a eleição da responsabilidade objetiva como regra no Código Consumerista se deve aos seguintes fatores:

- a) A produção em massa;
- b) A vulnerabilidade do consumidor;
- c) A insuficiência da responsabilidade subjetiva;
- d) O fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam;
- e) Em decorrência de antecedentes legislativos.

O ilustre mestre Rizzatto Nunes, sobre o tema, lembra que anteriormente à vigência da Lei 8.078/90, na sistemática do Código Civil de 1916, o consumidor era quem tinha a obrigação do ônus da prova em relação ao defeito ou vício do produto ou serviço, tendo poucas chances de ser ressarcido dos danos sofridos. E declara:

“Poder-se-ia dizer que antes – por incrível que possa parecer – o **risco do negócio era do consumidor**. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar

¹⁹⁵ Manual de direito do consumidor: direito material e processual, p. 111.

¹⁹⁶ Teoria já estudada no Capítulo 1, no subtítulo 1.3.3, do presente Trabalho.

¹⁹⁷ Direito do consumidor esquematizado, p. 424.

sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano. É extraordinário, mas esse sistema teve vigência até 10 de março de 1991, em flagrante injustiça e inversão lógica e natural das coisas¹⁹⁸. Sem grifos no original.

O Código Civil de 2002, embora posterior ao Código de Defesa do Consumidor, seguiu o modelo de responsabilidade civil de seu antecessor, com base na culpa. Todavia, mostrou uma tímida mudança de paradigma, ao incluir no parágrafo único do art. 927 a responsabilidade objetiva, como exceção, nos casos previstos em lei ou em virtude de exercício de atividades perigosas, contrariando a tendência moderna que deu origem à Lei 8.078/90, já em vigor.

Nesse diapasão, entende a doutrina que a responsabilidade com base na culpa seria incompatível com o novo modelo de relação jurídica que tem como característica principal a desigualdade das partes componentes da relação de consumo, estando “de um dos lados, o todo-poderoso fornecedor, que é o detentor do monopólio dos meios de produção e, do outro, o consumidor-vulnerável, o débil no mercado de consumo¹⁹⁹”.

Porém, existe uma exceção à responsabilidade objetiva no CDC. Trata-se dos profissionais liberais com fundamento no §4º, do artigo 14, do Estatuto do consumidor²⁰⁰ em que é aplicada a responsabilidade civil subjetiva no que se refere aos danos causados pelo fato do serviço ou *acidente de consumo*, não existindo quando verificada a existência de vício do serviço, que segue a regra geral da responsabilidade sem culpa.

A exceção à regra da responsabilidade objetiva é justificada em virtude do caráter personalíssimo ou *intuito personae* da prestação do serviço, estando o profissional liberal, muitas vezes, em situação vulnerável ou hipossuficiente como ocorre com o próprio consumidor, o que justifica sua responsabilidade somente quando provada sua culpa (*culpa lato sensu*), a exemplo do que ocorre com o advogado, dentista, médico, etc. Outra justificativa apresentada pela doutrina pátria seria a qualificação da prestação dos serviços prestados pelos profissionais liberais, como *obrigação de meio* e não de *resultado*²⁰¹. Na obrigação de meio, a responsabilidade seria subjetiva, e na de resultado, a responsabilidade objetiva ou

¹⁹⁸ Curso de direito do consumidor, p. 222.

¹⁹⁹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 424.

²⁰⁰ “Art. 14. (...)”

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

²⁰¹ Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, p. 112.

culpa presumida²⁰². Porém, a exceção da exceção se verifica no caso dos médicos-cirurgiões plásticos estéticos (STJ – REsp 81.101/PR, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 140) e o médico responsável pela ultrassonografia (STJ – AgRg no Ag 744.181/RN, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 11.11.2008, DJe 26.11.2008), por constitui obrigação de resultado²⁰³.

Assim, tendo a responsabilidade civil objetiva como regra e, no Estatuto de Proteção do Consumidor, a única exceção, os profissionais liberais, quando ocorre o fato ou defeito do serviço, implica dizer que a responsabilidade civil dos órgãos públicos ou seus delegados, pela prestação de serviços inadequados, ineficientes, inseguros e, quanto aos essenciais, descontínuo, prevista no já comentado art. 22 e seu parágrafo único do CDC, é objetiva, independentemente de se perquirir pela culpa. Aliás, essa responsabilidade objetiva já era observada no âmbito da Administração Pública, muito antes, com a promulgação da Carta Magna de 1988, no seu art. 37, §6º²⁰⁴, que serviu de inspiração para a redação da norma principiológica que resultou na Lei 8.078/90, em estudo. Esta é a posição da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido:

“TJPR-0480845) APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Interrupção no fornecimento de energia. Morte de 485 frangos. Stress calórico por falta de energia. **Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Aplicação do art. 37, § 6º da CF. c/c arts. 14 e 22 ambos do CDC.** Ausência de excludentes de responsabilidade. Aplicação das resoluções da Aneel. Descabimento. Princípio da hierarquia das normas. Dever de indenizar mantido. Dano moral presumido. Desnecessidade de efetiva comprovação do abalo. Garantia constitucional. Manutenção da sentença - recurso desprovido por unanimidade. (Processo nº 1136118-3, 8ª Câmara Cível do TJPR, Rel. José Laurindo de Souza Netto. j. 27.02.2014, unânime, DJ 30.04.2014)”²⁰⁵. Grifei.

Fica patente, com base nos estudos acima, a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviços público, na relação de consumo amparada pelo Estatuto do Consumidor.

²⁰² Ibid, p. 113.

²⁰³ Ibid, p. 113-114.

²⁰⁴ Já citado na nota de rodapé nº 21, retro, para onde remetemos o leitor.

²⁰⁵ *Juris Plenum Ouro* – nº 38, julho/14.

3.1.2. A responsabilidade civil pelo fato e pelo vício do produto e do serviço.

Segundo entendimento pacífico na doutrina abalizada, são quatro as situações básicas da responsabilidade civil pelo fato (ou defeito) e pelo vício do produto ou serviço no Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 12, 13, 14, 18, 19 e 20:

- a) Responsabilidade pelo vício do produto;
- b) Responsabilidade pelo fato (ou defeito) do produto;
- c) Responsabilidade pelo vício do serviço; e
- d) Responsabilidade pelo fato (ou defeito) do serviço.

Todavia, em que pese tal concordância, há algumas particularidades que merecem ser ressaltados em nosso trabalho para melhor compreensão do assunto, como por exemplo, identificar as duas características principais que materializam a responsabilidade civil no CDC (*defeito* e *vício* do produto e do serviço) e a regra da solidariedade aplicada aos fornecedores de bens de consumo.

Trataremos essas particularidades, de forma breve, sem olvidar a importância do tema que se baseia da terceira hipótese de responsabilidade apresentada pelo Código e pelos ilustres juristas brasileiros, que seria a *responsabilidade pelo vício do serviço*, com foco no art. 22, do CDC, apresentado no tópico seguinte²⁰⁶.

A diferença básica entre o problema do *vício* e do *defeito* (tanto do produto quanto do serviço) é que no primeiro, os prejuízos são *intrínsecos*, ou seja, são inerentes ao produto ou serviço, estando nos limites do bem de consumo, sem outras consequências. No segundo, ocorre o que a doutrina chama de "acidente de consumo" onde os prejuízos são *extrínsecos*, isto é, ultrapassa os limites do bem de consumo, causadores de "**outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos**"²⁰⁷, no consumidor ou terceiros consumidores por equiparação, nos termos do art. 17 do Diploma Consumerista²⁰⁸.

²⁰⁶ "3.2. A responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos essenciais pela interrupção do fornecimento de água e a jurisprudência dominante do STJ".

²⁰⁷ Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, p. 117.

²⁰⁸ Conforme já explanado no subtópico 2.2.2, do tópico 2.2 do Capítulo Dois.

O eminente professor Leonardo de Medeiros Garcia, assevera que a responsabilidade pelo fato (ou defeito) do produto ou do serviço tem como garantia a *incolumidade físico-psíquica* do consumidor, com objetivo de resguardar sua saúde e segurança; e a responsabilidade pelo vício garante a *incolumidade econômica do consumidor*²⁰⁹.

Rizzatto Nunes, em suas brilhantes lições sobre direito do consumidor, completa o raciocínio supra ao declarar que o defeito (do produto ou serviço) pressupõe a existência do vício, no sentido de que "há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício"²¹⁰. E conclui:

"O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano no vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor. Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas, em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador"²¹¹. Grifei.

Assim, a doutrina pátria é uníssona no sentido de que o defeito ou acidente de consumo, como também é chamado, é um *plus* em relação ao vício. O vício decorre do mal funcionamento, do não funcionamento, diminuição do valor do produto, quantidade errada e serviços insuficiente ou inadequado e o defeito, apresenta todos os problemas anteriores, mais outros danos ao patrimônio do consumidor ou terceiros que não participaram diretamente da relação de consumo.

Exemplificando a distinção, temos o caso em que dois consumidores que compram dois liquidificadores e resolveram fazer um bolo. O primeiro ao ligar o aparelho, o motor explode, arremessando a pá de liquidificação, que fura o copo e atinge a barriga do consumidor, resultando em sua internação hospitalar; verificado o fato do produto. O segundo consumidor, ao ligar o produto, acontece o mesmo problema com a diferença de que a pá atravessa o copo do liquidificador mais não atinge o consumidor, caracterizando-se o vício do produto²¹².

²⁰⁹ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p. 156.

²¹⁰ Curso de direito do consumidor, p. 230.

²¹¹ *Ibid*, mesma página.

²¹² Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito do consumidor: direito material e processual, p. 117.

Noutro exemplo, agora relativo ao fato ou vício do serviço, o encanador é contratado para realizar conserto na casa do consumidor: se o problema não é sanado, ocorre o vício, se, todavia, o encanador falha e provoca um grave dano na casa do consumidor, ocorre o fato do serviço²¹³.

Esclarecida a diferença, a outra particularidade da responsabilidade civil no CDC, apontada pela doutrina e que tem relevância, é a que diz respeito sobre a *solidariedade* da obrigação de reparar o dano entre as pessoas formadoras da cadeia produtiva.

A regra adotada no Código de Defesa do Consumidor é a da solidariedade dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Essa regra é encontrada no parágrafo único do art. 7º²¹⁴, do Código Consumerista, independente de ser contratual ou extracontratual, em virtude da ruptura da Lei 8.078/90 com o sistema dual de responsabilidade, já demonstrado acima, com apenas uma exceção: a responsabilidade subsidiária pelo fato ou defeito do produto, prevista nos art.13²¹⁵, da Lei em estudo, onde diz respeito à responsabilidade do comerciante.

Assim, nas quatro hipóteses de responsabilidade civil objetiva, do Código de Proteção ao Consumidor, apenas em três ocorre a solidariedade (responsabilidade pelo vício do produto, responsabilidade pelo vício do serviço e responsabilidade pelo fato ou defeito do serviço). No caso específico do fato ou defeito do produto há *responsabilidade subsidiária* do comerciante, provado uma das hipóteses do art. 13, do CDC, segundo o entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência nacional²¹⁶, uma vez que a responsabilidade das pessoas indicadas no art. 12, do Código, é direta e imediata.

Por fim, Leonardo de Medeiros Garcia lembra que em relação ao fato do produto ou serviço o Estatuto do Consumidor prevê o instituto da *prescrição*, com

²¹³ Ibid, mesma página.

²¹⁴ "Art. 7º. (...).

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão **solidariamente** pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

²¹⁵ "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...).

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

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

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

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis. (...)."

²¹⁶ Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, p. 118-119.

prazo de 5 anos para o consumidor reclamar os prejuízos (art. 27²¹⁷) e quanto ao vício do produto ou serviço, o instituto da *decadência*, com prazos menores de 30 e 90 dias (art. 26²¹⁸) a depender de sua qualificação como duráveis ou não duráveis²¹⁹, tais prazos também são conhecidos como “prazo de garantia” do produto ou serviço. A não previsão de prazo prescricional quanto ao vício do produto ou serviço no CDC, leva a doutrina a ponderar a aplicação do prazo prescricional geral indicado no art. 205 (prazo de 10 anos) do CC/2002²²⁰, em virtude da omissão da Lei n° 8.078/90.

3.2. A responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos essenciais pela interrupção do fornecimento de água e a jurisprudência dominante do STJ.

Chegamos ao ponto crucial de nosso trabalho, que busca resposta ao problema da interrupção do serviço público essencial do fornecimento de água à luz do art. 22, do CDC, e suas consequências para o usuário do serviço e a responsabilidade do fornecedor, buscando respostas, também, em outras leis específicas no assunto, que servem para orientar e melhor embasar os fundamentos desta responsabilidade, sob a ótica da doutrina e jurisprudência do STJ, como a Lei da Greve (Lei n° 7. 783/89) e a lei que regula a concessão e permissão dos serviços públicos (Lei n° 8.987/95).

Necessário ao estudo do caso, em virtude de sua ampla abrangência legal, é a aplicação da *Teoria do Diálogo da Fontes*, adotada pelo STJ em seus julgamentos, e introduzida na doutrina pátria pela ilustre jurista Cláudia Lima Marques, que leciona a superação do sistema clássico de solução das antinomias jurídicas (pregada por Norberto Bobbio), pela harmonia, coerência e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico, aduzindo, *in verbis*, que:

“(...) é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue de sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das

²¹⁷ “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por **fato do produto ou serviço** prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

²¹⁸ “Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não durável;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. (...)”

²¹⁹ **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**, p. 157.

²²⁰ “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja completamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (...) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. **Uma solução flexível e aberta, de interpretação ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação** (tratamento diferente dos diferentes)²²¹. Sem grifos no original.

No campo da Lei de Consumo, o art. 7º, *caput*²²², abre esse diálogo com as demais normas aplicáveis ao presente estudo quando permite a incidência de outras leis ou normas, inclusive de âmbito internacional, de forma subsidiária, complementar ou mesmo de integração.

Primeiramente, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 22, *caput*, impõe um dever de continuidade dos serviços público essenciais, ao dizer que os órgãos públicos, direta ou indiretamente "são obrigados a fornecer serviços (...) contínuos", ficando evidente o *princípio da continuidade dos serviços públicos*.

Mais o que seria serviço público essencial? Rizzatto Nunes, com a sapiência que lhe é peculiar ensina que, em sentido amplo, todo serviço público é essencial, uma vez que a sociedade não funcionaria sem um serviço de segurança pública, de Justiça, de saúde, dentre outros, como são também os serviços de fornecimento de energia elétrica, água e esgoto, coleta de lixo, telefonia, etc²²³. Porém, o que o define mesmo, segundo o mesmo autor, seria o caráter de urgência do serviço, pela "necessidade concreta e efetiva de sua prestação"²²⁴.

Assim, a essencialidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao *princípio da continuidade do serviço público* que na definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, citado por Fabrício Bolzan, "significa a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido"²²⁵.

²²¹ Cláudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24/25 *apud* Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 125.

²²² "Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivam dos princípios gerais do direito, analogia, costume e equidade."

²²³ *Curso de direito do consumidor*, p. 156.

²²⁴ *Ibidem*, p. 157.

²²⁵ *Direito do consumidor esquematizado*, p. 243/244.

Na aplicação do *diálogo das fontes*, diante da ausência de dispositivo legal, na Norma de Consumo, da definição de quais seriam esses serviços essenciais contínuos, encontramos na Lei da Greve (Lei nº 7.783/89) a definição exata de serviço público essencial que supre as necessidades inadiáveis da população, ou seja, que não devem ser interrompidos, sob pena de colocar em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. Assim, serviço público essencial na legislação infraconstitucional seriam os enumerados em seu art. 10, *in verbis*:

"Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I – **tratamento e abastecimento de água**; produção e distribuição de **energia elétrica**, gás e combustível;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V – transporte coletivo;
- VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – **telecomunicações**;
- VIII – guarda, uso e controle de substância radioativas, equipamento e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo;
- XI – compensação bancária." Grifei.

Dos onze exemplos indicados pela Lei acima, apenas os serviços dos incisos I e VII tem referência direta com nosso Trabalho de Curso, sendo que o primeiro é o objetivo principal.

Definidos quais os serviços públicos são considerados essenciais, partimos para outro tema que se traduz na grande questão sobre o assunto quando se fala do pressuposto da continuidade, que é característica dos serviços públicos essenciais, com base no art. 22, CDC e a possibilidade da interrupção desses serviços em razão do inadimplemento do usuário.

Posteriormente à publicação da Lei nº 7.783/89 (Lei da Greve) e da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entrou em vigor a Lei nº 8.987/95, que veio regular as concessões e permissões dos serviços públicos previstos no art. 175, da Constituição Federal de 1988, causando uma verdadeira celeuma na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto, por permitir, em seu art. 6º, §3º, incisos I e II,²²⁶ a

²²⁶ "Art. 6º. (...).

interrupção dos serviços públicos essenciais, *sem caracterizar a sua descontinuidade*, desde que embasada em situação de emergência ou após aviso prévio, quando motivada por razões técnica ou de segurança das instalações ou, principalmente, pela falta de pagamento da tarifa, por parte do usuário/consumidor.

Diante de tal inovação do legislador, de permitir a interrupção dos serviços públicos, em ambos os casos (em situação de emergência ou após o aviso prévio, e neste caso, atendida as condicionantes), o foco das discussões da doutrina e da jurisprudência se resumiu principalmente, na segunda hipótese, no que toca ao corte do fornecimento dos serviços públicos essenciais, pelo inadimplemento do usuário, após ser comunicado previamente, fazendo surgir assim, três correntes sobre o tema:

1ª) Aqueles que admitem a interrupção;

2ª) Aqueles que não admitem;

3ª) Aqueles que (dependendo da natureza do serviço – compulsório ou não), podem ou não admitir a sua interrupção²²⁷.

No entanto, somente as duas primeiras ganharam maior expressão nos debates jurídicos ao ponto de alguns estudiosos classificarem apenas duas correntes bem definidas acerca da interrupção dos serviços públicos essenciais, como é o caso de Daniel Amorim Assumpção Neves e Flávio Tartuce²²⁸, sendo que acompanharemos o posicionamento da doutrina e do STJ, somente em relação às duas primeiras, em virtude da visão mais geral de nosso Trabalho de Curso.

Para os defensores da primeira corrente, dentre eles, nomes como Cáo Tácito, Luiz Alberto Blanchet, José Geraldo Brito Filomeno e Zelmo Denari, fundamentam seu posicionamento com base no dispositivo da Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, §3º, inciso II, tendo em vista que se trata de uma lei especial e posterior às demais normas que tratam do tema; na aplicação do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* ao considerarem que o usuário inadimplente comprometeria a prestação dos serviços em relação à coletividade caso seja mantida a continuidade do serviço em relação àquele; violação ao *princípio da*

§3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

²²⁷ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 243/244.

²²⁸ *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, p. 312.

isonomia e, por último, que a gratuidade não se presume, decorre de lei ou de contrato²²⁹, o que implicaria o enriquecimento sem causa do usuário e desvio dos recursos públicos, pela inércia da concessionária em tomar as medidas legais cabíveis.

Por outro lado, entende a segunda corrente, que defende a impossibilidade da interrupção dos serviços públicos essenciais, tendo como seu defensor mais ilustre, o douto Luiz Antônio Rizzato Nunes, além de Fabrício Bolzan, ocorre, principalmente, a violação do *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, segundo o qual garantiria ao cidadão a utilização de serviços públicos essenciais, mesmo que gratuitamente, para a manutenção da vida; afronta ao *princípio da continuidade* inserido no art. 22, do CDC, violação ao art. 42, do CDC, expondo o usuário a constrangimento na cobrança de dívida e violação à regra de que a responsabilidade por dívidas deve recair sobre o patrimônio do devedor e não sobre sua pessoa e família²³⁰.

Porém, em que pese os fundamentos jurídicos e doutrinários adotados pelos defensores das duas correntes supra, e diante da indefinição sobre o assunto, a questão só foi pacificada perante a Corte do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro momento, o STJ decidia, com base na segunda teoria, pela impossibilidade da interrupção dos serviços público essenciais, diante do inadimplemento do usuário, com base no princípio da continuidade de sua prestação, tendo em vista que a concessionária de serviço público dispõe dos meios ordinários para a cobrança do débito, conforme pronunciamento da 1ª Turma daquele Tribunal Superior, *in verbis*:

“Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito a utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22). O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito” (STJ, AGResp 298017/MG, DJU 27/08/2001, p. 230, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03/04/2001, 1ª T.)²³¹. Grifei.

²²⁹ Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 245.

²³⁰ *Ibid*, p. 246.

²³¹ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 220.

Contudo, o posicionamento majoritário do STJ mudou, adotando a primeira corrente, conforme entendimento da Primeira Seção que julgou o REsp 363.943, Rel. min. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ de 1º/03/2004²³², no sentido de admitir a interrupção do serviço público, com algumas ressalvas, dentre as quais: desde que precedida de aviso prévio e, contato, que seja de dívida atual, não afetem as unidades pública essenciais (hospitais, prontos-socorros, escolas, creches, fontes de abastecimento d'água e iluminação elétrica, serviços de segurança pública) e respeitada as situações de miserabilidade e doença terminal do consumidor que torne necessidade vital a prestação de tal serviço.

Para justificar a mudança de entendimento, a Corte Superior adotou a *Teoria do Diálogo das Fontes*, esposada por Claudia Lima Marques, analisando o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, em harmonia com a Lei nº 8.987/95, e seu dispositivo insculpido no art. 6º, §3º, II, que prevê a legalidade da medida²³³, tendo em vista que o Código de Consumo permite esta análise expressamente em seu art. 7º, já citado anteriormente, aplicando-se ambas as normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso.

Destarte, o entendimento, atual e predominante, no STJ, acerca da interrupção dos serviços público essenciais pelo inadimplemento do consumidor, em resumo é:

a) A possibilidade de corte do fornecimento de serviços públicos essenciais (principalmente energia elétrica e água) em decorrência do inadimplemento do consumidor, desde que tenha aviso prévio;

b) Em relação às pessoas jurídicas de direito público, pode haver interrupção dos serviços, desde que se preserve as unidades pública provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade (hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches);

c) Só admite a interrupção do serviço caso o inadimplemento seja atual, não servindo com meio de compelir a pagar débitos pretéritos;

d) Não permite a interrupção dos serviços em casos de miserabilidade do consumidor, em respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana*;

²³² Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 248-249.

²³³ Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*, p. 221.

e) Não tem admitido a interrupção em relação às contas de energia elétrica contestadas em Juízo por suposta fraude em medidor²³⁴;

f) Não cabe o corte do serviço essencial pelo inadimplemento, nos casos de compensação de valores pagos a mais pelo usuário-consumidor;

g) Não permite o corte quando o consumidor estiver em situação excepcional de enfermidade (estado terminal), existindo um tratamento domiciliar;

h) O corte do serviço só poderá atingir o imóvel que gerou o débito e não outros de propriedade do consumidor inadimplente; e

i) Se o débito se referir a consumo realizado por proprietário anterior, não se admite o corte do serviço essencial no tocante ao novo proprietário do imóvel²³⁵.

Sobre o assunto, colaciono o aresto, *in verbis*:

“STJ-0454637) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO POR DÉBITO PRETÉRITO DE OUTRO USUÁRIO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior pacificou o entendimento de que, em casos como o presente, em que se caracteriza a exigência de débito pretérito decorrente do inadimplemento de faturas, não deve haver a suspensão do serviço: o corte de água pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. 2. Além do mais, o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, fala, expressamente, em inadimplemento do usuário, ou seja, do efetivo consumidor do serviço (interrupção personalizada). É inviável, portanto, responsabilizar-se o atual usuário - adimplente com suas obrigações - por débito pretérito relativo ao consumo de água do usuário anterior (REsp 631.246/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 23.10.2006). 3. Agravo Regimental da SABESP desprovido. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 196.374/SP

²³⁴ Ibid, p. 228. No mesmo sentido Fabrício Bolzan, *Direito do consumidor esquematizado*, p. 252.

²³⁵ As quatro últimas exceções, são acrescentadas às demais, por Daniel Amorim Assumpção Neves e Flávio Tartuce, em seu: *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, p. 315-317.

(2012/0133920-4), 1ª Turma do STJ, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho. j. 22.04.2014, unânime, DJe 06.05.2014)²³⁶. Grifos nossos.

Como visto acima, respeitadas as razões apresentadas pela doutrina ao discorrerem sobre as duas vertentes, e, principalmente, a decisão majoritária da Superior Corte de Justiça (com ressalvas), da legalidade da suspensão dos serviços públicos essenciais, fica patente que tal medida só é admissível em caráter excepcional, conforme a previsão do art. 6º, §3º, I e II, da Lei nº 8.987/95, em casos de situação emergencial e, na segunda hipótese, somente quando antecedida de aviso prévio e nas condições indicadas nos incisos do parágrafo retro.

Quando, a contrário senso, a interrupção do serviço público essencial de água tiver fundamento em vício ou falha do serviço²³⁷, ou seja, quando o consumidor estiver adimplente com suas obrigações, e ocorrer a suspensão do serviço essencial de água sem enquadramento em qualquer uma das hipóteses elencadas no entendimento do STJ, e sim por culpa da concessionária prestadora do serviço público, sem qualquer comunicação antecipada da interrupção ou motivo plausível (e neste caso, seria os elencados no §3º do art. 6º da Lei nº 8.987/95), nasce o dever de indenizar o consumidor pelos prejuízos causados a este, nos moldes do art. 22, do CDC. Isto é assim por que, como visto no início deste capítulo, a responsabilidade dos fornecedores dos serviços público é objetiva, teoria adotada como regra no Estatuto do Consumidor, com raríssimas exceções.

Aliás, lembra o professor Rizzatto Nunes que qualquer dano material ou moral, causado pela interrupção dos serviços públicos essenciais (incluindo-se o de fornecimento de água), dá direito a indenização, tendo em vista a responsabilidade objetiva dos órgão público e seus delegados, e nem mesmo a constatação da descontinuidade com base no art. 6º, §3º, I (razões de ordem técnica ou de segurança das instalações), da Lei nº 8.987, não retira a responsabilidade instituída pelo Código de Defesa do Consumidor (em seu art. 22)²³⁸.

Usando a técnica do *Diálogo das Fontes*, percebemos que a má prestação dos serviços públicos de fornecimento de água, observada quando não prestados adequadamente, eficientemente e contínuo, nos casos de falta d'água em virtude de pressão insuficiente nas tubulações o que impediria a chegada da água nos bairros mais alto de uma cidade por falta de atualidade nos equipamentos já obsoletos ou na falta de água diária, em horários programados, em virtude do crescimento

²³⁶ Juris Plenum Ouro – nº 38, julho/14.

²³⁷ Que é o foco do nosso Trabalho de Curso.

²³⁸ Curso de direito do consumidor, p. 158.

populacional e a falta de expansão das redes de encanamentos, tanto é condenada pela Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, §1º e §2º²³⁹, como no art. 22, do CDC, restando configurado o vício do serviço.

Neste contexto, a adequação do serviço público requer a continuidade e atualidade dos serviços públicos de abastecimento d'água, nos termos dos dispositivos legais supra citados.

Patente o vício na prestação dos serviços e os prejuízos de ordem material ou moral, serão as pessoas jurídicas compelidas a prestar o serviço adequado, eficiente e contínuo e a reparar os danos causados ao consumidor (parágrafo único do art. 22, do CDC), sendo que da violação de um dever jurídico legal insculpido nas normas, citadas, nascerá, no caso específico da má prestação do serviço público de fornecimento de água, excluída as hipóteses da interrupção pelo inadimplemento do consumidor, o direito à obrigação de fazer c/c a reparação civil dos danos.

Ademais, este é o entendimento da doutrina mais abalizada, conforme os ensinamentos de João Batista de Almeida, citado por Rizzatto Nunes, que fica configurado o vício do serviço, quando prestado o serviço público diretamente ou por delegação, contrariando o texto insculpido no citado dispositivo, de forma inadequada (em precárias condições), ineficiente (deveria funcionar e não funciona) e descontínua (sem regularidade de frequência e horário), podendo serem obrigados judicialmente a prestarem os serviços nas condições exigidas no artigo ou restabelecerem os serviços essenciais interrompidos²⁴⁰.

Na mesma esteira, Leonardo de Medeiros Garcia, arremata que caberá ação judicial para obrigar a empresa responsável (pública ou privada) para prestar os serviços de forma contínua (no caso dos essenciais), adequado, eficiente e seguro (este último, quando se tratar de fato do serviço, art. 14, §1º, do CDC), e havendo dano, "caberá ressarcimento²⁴¹".

Assim, a falta de jurisprudência farta sobre o tema, demonstra com obviedade que o assunto é pacífico nos Tribunais, vez que claramente explícito no texto legal do art. 22, do CDC e que foi ratificado os seus princípios na Lei nº 8.987/95, art. 6º, §§1º e 2º, não necessitando de mais digressões e que a discussões se deram no campo, como ficou bem nítido supra, da interrupção dos serviços públicos pela falta de pagamento do usuário, daí decorrendo vários posicionamentos e as necessárias

²³⁹ Já citados no Capítulo 2, deste Trabalho de Curso, no subitem "2.5.3. Serviços públicos", para o qual remetemos o leitor.

²⁴⁰ Manual de Direito do Consumidor, p. 75.

²⁴¹ Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência, p. 223.

intervenções do Superior Tribunal de Justiça para consolidar a questão, que espusemos no presente trabalho apenas para ficar bem lícido o tema proposto e apresentado.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é matéria relevante do direito civil brasileiro que permeia todas as esferas da vida civil da pessoa natural ou jurídica, não podendo, desta forma, ficar de fora da relação de consumo que envolve as empresas, públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos essenciais e o usuário/consumidor. E assim, como era de se esperar, o CDC em seu art. 22 incluiu essa responsabilidade civil, proporcionando aos mais francos da relação (contratual ou extracontratual) uma oportunidade para obrigar os entes públicos ou seus delegados a garantir a prestação dos serviços de forma adequada eficiente, seguro e, quanto aos essenciais, contínuo, além de reparar os prejuízos causados ao consumidor.

Neste contexto, buscando as razões gerais da responsabilidade civil na sua origem conceitual, constatamos que a definição mais aceita pela doutrina considera a responsabilidade civil como um dever jurídico sucessivo que nasce da violação de um dever jurídico originário imposto a todos, partindo da noção geral de não prejudicar ninguém, máxima do Direito Romano, sob pena de reparar o dano. Esse dever jurídico originário pode ter como base um contrato (responsabilidade contratual) ou um dispositivo legal (responsabilidade extracontratual).

Assim, a responsabilidade civil está ligada à ideia de dano. Nascida nos primórdios da humanidade, foi aprimorada pela *Lex Aquilia de Damno*, por volta do Século III a.C., ao introduzir no instituto da responsabilidade civil a ideia de culpa, fazendo surgir a possibilidade de uma responsabilidade extracontratual, até então desconhecida. Mas, foi o direito francês quem fez a separação da responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Aliás, essa teoria clássica dicotômica foi adotada pelo Código Civil de 2002, que separou a responsabilidade contratual da extracontratual, em capítulos distintos. Nos arts. 389 a 395 (a primeira espécie) e nos arts. 186 a 188 e 927 a 944 (a segunda). Todavia, essa já ultrapassada teoria não foi adotada pelo CDC, aderindo este à *Teoria Unitária da Responsabilidade Civil*, hoje dominante na doutrina e em algumas codificações.

Verificamos, ainda, que a divisão da responsabilidade civil em subjetiva e objetivo, pela doutrina, não seguiu o mesmo exemplo acima exposto quanto à evolução do direito no sentido de superação da teoria clássica da responsabilidade subjetiva (com base na culpa *lato sensu*), nascida desde o surgimento da *Lex Aquilia* e adotada pela quase totalidade das codificações dos países do mundo, dentre eles o Brasil, que a acolheu, no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2012, como regra geral, pela teoria da responsabilidade objetiva (sem culpa) com base na *Teoria do Risco*, uma vez que prevalece a superioridade daquela em relação a esta.

O fato de o Código Civil em vigor ter admitido a aplicação da responsabilidade objetiva de forma excepcional no parágrafo único do art. 927, não alterou essa predominância, embora, o Código de Defesa do Consumidor tenha preferido à responsabilidade objetiva como regra.

Aferimos que o microsistema do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é um sistema inovador quanto ao tema da responsabilidade civil ao desconstituir a teoria clássica e dicotômica da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, por ser os princípios e regramentos, das duas modalidades, idênticos e ter a mesma finalidade: a reparação dos danos causados a outrem pelo descumprimento de um dever jurídico originário, optando pela *teoria monista*.

A relação de consumo é verificada, segundo a Lei nº 8.078/90, quando presente os seus elementos subjetivos (fornecedor e consumidor) e os objetivos (produtos e serviços), embora, haja exceção à regra, como ocorre com o consumidor por equiparação previsto no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29, todos do CDC, do qual não participam diretamente dessa relação jurídica.

Verificamos que o STJ, em que pese os argumentos das teorias *Finalista* e *Maximalista*, adotou majoritariamente a *Teoria Finalista Aprofundada* para conceituar consumidor como destinatário final dos produtos e serviços com base na vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, segundo a interpretação teleológica e os estudos de Cláudia Lima Marques sobre o tema. Esse entendimento é aplicado à pessoa jurídica que se encontrar em situação vulnerável, desde que comprovadamente e não só baseada em presunção, como ocorre com a pessoa física, frente ao fornecedor de produtos e serviços, à semelhança do consumidor *stricto sensu*.

Nesse mesmo diapasão, o fornecedor tem sua definição delimitada no art. 3º, do Código Consumerista, porém, há construção jurisprudencial e legal, em lei esparsa, da figura do fornecedor equiparado. No primeiro tipo de fornecedor, a jurisprudência do STJ, é no sentido de ser aquele que exerce atividade típica e habitual, embora tenhamos concordado com Rizzatto Nunes que em relação à pessoa física (o camelô, por exemplo), essa atividade pode ser eventual. Já no segundo tipo de fornecedor, por equiparação, seria o terceiro na relação de consumo, um terceiro intermediário, como os órgãos de restrição de crédito que intervêm na relação de consumo.

A Lei nº 10.671/03 (Estatuto do Torcedor), no art. 3º, apresenta os envolvidos na organização das competições esportivas, bem como, a entidade de prática desportiva que detém o mando do jogo, como fornecedores por equiparação. Tal

do comerciante, nas hipóteses do art. 13 do CDC, segundo a doutrina majoritária e jurisprudência, por ser a responsabilidade das pessoas indicadas no art. 12, direta e imediata.

Constatamos, ainda, que a existência do fato ou defeito do produto ou serviço, pressupõe a existência do vício, sendo aquele um *plus* em relação a este. O vício é inerente ao produto ou serviço sendo os seus prejuízos delimitados no próprio bem de consumo, são intrínsecos. Já o defeito ou fato do produto ou serviço seria o vício associado a outros danos materiais, morais ou estéticos causados ao consumidor que ultrapassam a esfera do bem, sendo extrínsecos. Também, diferenciam o tipo de responsabilidade pelo fato e pelo vício, haver previsão legal no CDC do instituto da prescrição de 5 anos (art. 27) para o consumidor reclamar dos prejuízos pelo fato do produto ou serviço. Quanto às demais modalidades de responsabilidade (pelo vício do produto ou serviço), entende a doutrina que deverá ser aplicada a regra geral da prescrição prevista no art. 205, do CC/2002 (10 anos), pela falta de previsão legal na lei especial.

Ficou registrado que na solução do conflito aparentemente entre as normas do CDC, art. 22, e a Lei nº 8.987/95 que regula as concessões e permissões dos serviços públicos, art. 6º §3º, I e II e complementação da Norma do Consumidor com a Lei nº 7.783/89 (Lei da Greve), do conceito de serviço público essencial, para resolver a questão da interrupção dos serviços públicos pelo inadimplemento do usuário/consumidor, o STJ adotou a *Teoria do Diálogo das Fontes*, inserida na doutrina pátria pela douta Cláudia Lima Marques superando o sistema clássico de solução das antinomias jurídicas de Norberto Bobbio.

Com base na teoria supra, a Superior Corte de Justiça, modificou posicionamento anterior, que tinha como fundamento principal o *princípio da dignidade da pessoa humana*, para permitir a suspensão dos serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do consumidor, nos moldes do art. 6º, §3º, I e II, da Lei nº 8.987/95, com algumas ressalvas, tendo em vista a permissão do Código do Consumidor desse diálogo em seu art. 7º. Posicionamento majoritário, diga-se de passagem.

Concluimos, então, utilizando a mesma técnica (diálogo das fontes), que excepcionalmente é permitido a interrupção dos serviços públicos essenciais, em virtude de suas características previstas no art. 22, do CDC, complementadas pelos §§1º e 2º, da Lei nº 8.987/95, na forma já pronunciada pelo STJ, no caso de inadimplemento do consumidor. Todavia, quando o motivo da interrupção do serviço público essencial do fornecimento de água não se enquadrar nesses termos, mas na violação ao citado art. 22, do Código Consumerista, pela má prestação dos

serviços públicos em virtude da inadequação, ineficiência, insegurança ou descontinuidade, materializadas no não funcionamento, no mau funcionamento ou no funcionamento insuficiente ou ineficiente do serviço público prestado ao consumidor, caberá ação judicial para compelir o órgão público ou sua concessionária de serviço público a prestar o serviço essencial e a reparar os danos causados ao usuário/consumidor, pela interrupção violadora da Lei de Proteção ao Consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**, São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 10ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações. Responsabilidade civil**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGRIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**, 10ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**, 9ª ed. rev. amp. atual., Salvador: JusPODIVM, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

JURIS PLENUM OURO. São Paulo: Editora Plenum, n° 37, maio. 2014.

_____. São Paulo: Editora Plenum, n° 38, julho. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**, 9ª ed., rev. amp. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, 7ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**, 10ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Wellington FONSECA dos. O direito do consumidor nas relações de consumo. **JURIS PLENUM OURO**. São Paulo: Editora Plenum, n° 56, mar. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: série concursos públicos, direito das obrigações e responsabilidade civil**, 3ª ed., São Paulo: Método, 2008, v. 2.

_____. **Manual de direito civil: volume único**, 2ª ed., rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2012.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único**, 3ª ed., rev. atual e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.