

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MARÍLIA DE COSTA DALMOLIM

**O *RECALL* COMO INSTRUMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.**

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2010.

MARÍLIA DE COSTA DALMOLIM

**O *RECALL* COMO INSTRUMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito essencial para obtenção do título de Bacharel em Direito, elaborado sob orientação do Professor Elton Luiz Tibes da Silva.

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2010.

MARÍLIA DE COSTA DALMOLIM

**O *RECALL* COMO INSTRUMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção de Grau no
Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Criciúma, 03 de Dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. (º) Elton Luiz Tibes da Silva - Especialista - UNESC - Orientador

Prof. (º). Dilvânio de Souza - Mestre - UNESC

Prof. (ª) Márcia Andrea Shultz Lirio Piazza - Especialista - UNESC

Dedico este trabalho aos meus pais Flávio e Santana que com todo amor e carinho me apoiaram em todos os momentos da minha vida, especialmente durante minha vida acadêmica, não medindo esforços para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Nesta etapa conclusiva do meu curso, gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que me deu forças e coragem para concluir mais esta etapa tão importante de minha vida.

A minha família que sempre esteve ao meu lado, apoiando-me e auxiliando-me nas horas em que mais precisei.

De forma especial, deixo meus agradecimentos ao meu querido professor e orientador Elton Luiz Tibes da Silva, que sempre esteve disponível para esclarecer minhas dúvidas, oferecendo seus conhecimentos e me ajudando a desenvolver este trabalho.

Aos professores da banca examinadora, por dispor do seu valioso tempo para ler e corrigir a presente monografia.

A todos os meus amigos que conquistei durante este longo período acadêmico, em especial, a minha amiga Elaine Cardoso, que contribuiu muito para a conclusão deste trabalho.

“O consumo é a parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação que todos nós somos consumidores. Independente da classe social e da faixa de renda, consumidores desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo.”

João Batista de Almeida

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, analisar a possibilidade da aplicação do princípio da precaução ao instituto do *recall*, em razão de sua importância para a segurança dos produtos nas relações de consumo. A sociedade de consumo evoluiu significativamente nas últimas décadas, em decorrência da hegemonia do sistema capitalista no mundo, fator determinante, para o surgimento de uma massa consumidora com poder de compra. Em razão disso, começaram a surgir novos riscos para os consumidores, decorrentes da produção em larga escala e da colocação de bens no mercado, com vícios de qualidade ou quantidade, em razão de falhas no controle de qualidade. Assim, surgiu a necessidade da intervenção estatal, através da previsão do instituto do *recall* no art. 10 da Lei 8.078/90, impondo ao fornecedor, a retirada de produtos ou serviços do mercado de consumo, quando apresentarem alto grau de periculosidade ou nocividade para o consumidor, a fim de sanar os vícios ou defeitos. Para tanto, a pesquisa, abordará o surgimento da tutela e proteção do consumidor, como também, os princípios constitucionais previstos em nossa Carta Magna, seus direitos básicos, bem como as responsabilidades do fornecedor e os aspectos gerais do *recall*, como também à possibilidade da aplicação do princípio da precaução ao instituto do *recall*, nos casos onde exista dúvida a respeito da segurança dos produtos e serviços, que já estejam sendo comercializados no mercado de consumo.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Direito do consumidor. Responsabilidades do fornecedor. *Recall*. Princípio da precaução.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

DPDC– Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

OMC– Organização Mundial do Comércio

ONU– Organização das Nações Unidas

TAC– Termo de Ajustamento de Conduta

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPÉCTOS HISTÓRICOS SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	13
2.1 As normas de proteção ao consumidor no Brasil	16
2.2 Direito do consumidor como direito fundamental.....	17
2.3 Princípios constitucionais do direito do consumidor	21
2.3.1 Princípio da dignidade	22
2.3.2 Princípio da liberdade	22
2.3.3 Princípio da igualdade	23
2.3.4 Princípio do acesso à justiça	24
2.4.3 A relação jurídica de consumo.....	24
2.4.1 Conceito jurídico de consumidor.....	25
2.4.2 Conceito jurídico de fornecedor	27
2.4.3 Conceito jurídico de produto e serviço	28
2.5 Princípios gerais do direito consumidor	29
2.6 Direitos básicos do consumidor	31
2.6.1 Direito à vida, à saúde e à segurança	31
2.6.2 Direito à Educação e à Informação	33
2.6.3 Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas	34
2.6.4 Direito a facilitação da defesa dos seus direitos e inversão do ônus da prova.....	35
2.6.5 Direito a prevenção e reparação de danos materiais e morais	36
3. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NO MERCADO DE CONSUMO	38
3.1 A Teoria do risco do negócio: A Base da responsabilidade objetiva	39
3.1.1 Produção em série	41
3.2 Da Responsabilidade Civil dos Fornecedores.....	43
3.3 Responsabilidades pelo vício do produto e do serviço.....	47
3.4 Responsabilidades pelo fato do produto e do serviço e o acidente de consumo	48
3.5 Responsabilidades penais e administrativas do fornecedor no <i>recall</i>	55
3.6 Causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor.....	58
3.6.1 A não colocação do produto no mercado	58
3.6.2 A inexistência do defeito	59

3.6.3 A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro	59
3.6.4 O caso fortuito e força maior.....	60
3.6.5 Riscos de Desenvolvimento	61
3.7 O contrato nas relações de consumo.....	62
4. O INSTITUTO DO <i>RECALL</i> E SUA APLICAÇÃO NO CDC SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	66
4.1 Aspéctos gerais sobre o <i>recall</i> (chamada para voltar)	66
4.1.2 Responsabilidade pós- <i>recall</i>	72
4.2 O <i>recall</i> e a proteção coletiva nas relações de consumo	73
4.3 O Princípio da Precaução	78
4.4 O <i>recall</i> e a custo para a atividade econômica	83
4.5 O <i>recall</i> e o princípio da Precaução nas relações de consumo	85
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS.....	92
ANEXO.....	97

1. INTRODUÇÃO

Anteriormente a era moderna, não existia a necessidade da codificação de normas garantidoras do direito do consumidor, eis que não se fazia presente o consumo em massa e o direito se ocupava somente de normas singularmente consideradas, embora já houvesse algumas normas esparsas garantidoras de alguns direitos dos consumidores.

Após o início da Revolução Industrial na Inglaterra no Século XVIII, houve paulatinamente o surgimento da economia de mercado, onde o consumo desenvolveu-se de maneira extraordinária, sendo considerado o propulsor do desenvolvimento dos países capitalistas, em razão do surgimento da sociedade de consumo. Até então, havia uma falsa idéia de que o consumidor era favorecido pelo sistema da livre concorrência do mercado, pela multiplicação de bens e serviços, embora alguns estudiosos, já denunciavam tal situação.

É a partir da década de 1950, com o crescimento da produção em massa e o surgimento de grandes corporações que a idéia da ditadura do consumidor no mercado foi paulatinamente sendo substituído pela percepção de que ele era o elo mais fraco do mercado de consumo, merecendo, portanto, proteção. A partir de então, vários países passaram a editar normas de proteção aos consumidores, mas sem uma autonomia disciplinar, que acabou acontecendo, principalmente nos Estados Unidos, na década de 1960. No Brasil, esta proteção veio com a Constituição Federal de 1988, que determinou a edição de um Código de Defesa do Consumidor 120 dias após a sua promulgação, prazo este que não foi respeitado pelo legislador, pois a Lei 8078, somente entrou em vigor em 11 de setembro de 1990.

Objetiva-se com o presente trabalho monográfico, a análise de como funciona o instituto do *recall*¹, bem como a possibilidade da utilização do princípio da precaução, considerando-se a previsão no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, visando demonstrar como se dá a sua aplicação no âmbito consumerista.

¹ Segundo o dicionário de inglês-português, português-inglês, a palavra *recall* significa: “chamada para voltar; recordação; retratar-se; lembrar-se; mandar voltar.” (OLINDO, 2009, p.321). O *recall* está previsto no art. 10 §1º do Código de Defesa do Consumidor.

Analisaremos no primeiro capítulo, o histórico do direito do consumidor, o direito do consumidor como princípio fundamental reconhecido pela Constituição Federal, assim como os princípios constitucionais e os específicos aplicáveis ao direito do consumidor e por fim, uma análise geral dos direitos básicos do consumidor como forma de proporcionar um conhecimento geral acerca do tema para posteriormente se adentrar no mérito da questão.

Na abordagem se faz necessário demonstrar, que existe um desequilíbrio nas relações de consumo, mesmo sendo o consumidor considerado o mais vulnerável da relação, pois o fornecedor é o detentor dos meios de produção dominando o conhecimento técnico, jurídico e econômico.

No segundo capítulo, será analisado o surgimento da necessidade da tutela do consumidor, em vista ao surgimento do consumo em massa e consequentemente da produção em série. Num segundo momento verificaremos a teoria do risco do negócio jurídico e a responsabilidade do fornecedor. E por fim, os contratos nas relações de consumo, e em específico o contrato de adesão.

Por derradeiro, entraremos no mérito da questão. O terceiro capítulo tratará do princípio da precaução, a possibilidade de sua aplicação ao instituto do *recall*. Para tanto será feito um estudo sobre a ação civil pública como instrumento jurídico para efetivar a realização do *recall* como forma de garantir a proteção a vida, a saúde e a segurança do consumidor.

O presente trabalho monográfico visa demonstrar a necessidade de aplicação do instituto do *recall* como forma de prevenção de danos potenciais ao consumidor, principalmente, considerando a atual sociedade de consumo.

Para fins de realização deste trabalho monográfico utilizou-se o método de pesquisa dedutivo teórico através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos e periódicos.

2. ASPÉCTOS HISTÓRICOS SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Nos primórdios, a proteção do consumidor se fundava em normas esparsas, ou seja, eram baseadas nas crenças e costumes, já que não havia consumo em massa, não havendo a proteção do Estado. Posteriormente com o desenvolvimento do comércio, por via de consequência também há um aumento do consumo, pois as indústrias passam a produzir diversidade de bens ou produtos. O controle estatal, o comércio e a economia se manifestam, através de normas específicas.

Já na era moderna, a partir do momento em que começou a produção em massa, após a Revolução Industrial, a presença do Estado na regulação da economia se torna mais efetiva, inclusive nas relações de consumo.

Neste sentido, um dos movimentos mais importante para os consumidores foi à mensagem do Presidente Kennedy que reconheceu quatro direitos básicos do consumidor (direito à segurança, à informação, à escolha e direito de ser ouvido) ao Congresso dos Estados Unidos, conhecida como “Declaração dos direitos essenciais do consumidor”, posteriormente recepcionados pela Organização das Nações Unidas (ONU). (MARQUES, 2004, p.319).

A sistematização das normas de proteção ao consumidor é recente na maioria dos países. Foi a partir da metade deste século que surgiu como ramo de direito. Até o século XIX era encontrado em normas esparsas, comprovado pelos costumes de diversos países. No entanto não era compreendida sua natureza jurídica distinta, e também, não recebia a designação como ramo especializado do direito.

Afirma Filomeno (2003, p.24), que já havia normas, que visavam à proteção do consumidor no antigo Código de Hammurabi, e exercitavam o Direito do Consumidor. Menciona que o arquiteto que viesse a construir uma casa onde as paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las as suas próprias expensas. E também se por ventura houvesse consequências como o desabamento com vítimas fatais, o empreiteiro da obra era obrigado a reparar os danos causados ao empregador, como também recebia punição de pena de morte, se o desabamento atingisse o chefe da família; caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, e assim por diante.

Na Índia o Código de *Manu* também previa punição e multa, além de ressarcimento dos danos, aqueles que adulterassem gêneros, ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada. Já na Grécia, conforme a lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles, também havia uma preocupação referente à defesa do consumidor. (FILOMENO, 2003, p.25).

Nesse sentido entende-se que já havia normas na idade antiga, mesmo esparsas referentes ao consumidor, que tinham o intuito de regular as relações de consumo. Diferentemente do período Medieval, onde o consumo era de forma individualizada e apenas os nobres podiam consumir, sendo que o Estado continuava inerte, sem poder intervir nas relações de consumo.

No Estado Medieval não havia consumo em massa, esse era individualizado; apenas as cortes consumiam durante este período. O Estado não interferia nas relações de consumo. (BITTAR, 1991, p.08).

Ainda na Idade Média, com o desenvolvimento do comércio começaram a surgir as primeiras “Corporações de Ofício” no século XII, um sistema rígido instituído pelos artesãos, com o intuito de fiscalizar o processo produtivo artesanal nas cidades, permitindo assim, a proteção eficaz do consumidor. (BITTAR, 1991, p.14).

Aqui as normas continuavam esparsas, porém o Estado já interferia nas relações de consumo, de forma que obtinha o controle do comércio e da economia, tendo em vista o desenvolvimento do comércio, e por consequência o aumento de consumo nas empresas desenvolvidas que passaram a produzir mais produtos, para poder suprir o aumento da demanda.

No século XVII, surgiu a manifestação do individualismo na sociedade ocidental moderna, através da moda. Houve um desenvolvimento em razão de um modelo seletivo adaptado pela burguesia. Um modelo que se equiparava com o da corte, só que mais moderna e livres dos excessos aristocráticos. Um modismo que correspondesse aos valores burgueses de medida, de prudência, de limpeza e de conforto. Ocorreu uma evolução nos padrões de moradia, que tinham como referência os padrões da nobreza, mas com baixo custo em relação ao modismo dos nobres. (FIGUEIREDO, 2004, p.93).

Com relação ao desequilíbrio nas relações de consumo devido a Revolução Industrial do século XVIII, Carlos Alberto Bittar menciona que:

[...] com o desenvolvimento do comércio e a expansão obtida depois com a denominada Revolução Industrial, que, alterado profundamente o cenário econômico, começou a manifestar-se o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de grandes capitais, em empresas industriais, bancárias, de seguro, de distribuição de produtos e em outras. Polarizou-se, ademais, o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo-se a atenção do legislador, a nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes. (BITTAR, 1991, p.09).

No começo do século XX, devido à aglomeração de pessoas nos grandes centros urbanos, instaurou-se um modelo de produção denominado de modelo de massificação, onde haveria a fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, com o objetivo de diminuir o custo da produção, atingindo assim, maiores parcelas de população com o aumento de oferta. Esse modelo se destaca nos dias atuais, onde não é mais a procura que vincula a oferta, mas sim o contrário. (NUNES, 2009, p.173).

Ocorre que com este modelo de produção, o consumidor não compra o que ele quer e sim o que está dentro do mercado, ou seja, o que o fornecedor pode oferecer para determinar no seu exclusivo interesse, visando maior lucro, porém, em virtude disso, acaba perdendo o controle da função de consumir. (NUNES, 2000, p.70).

Tem-se como primeira real manifestação moderna da necessidade de proteção do consumidor o “Sherman Antitrust Act de 1890”, nos Estados Unidos; porém, foi apenas em 1962, com a mensagem do presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos, conhecida como “Declaração dos Direitos Essenciais do Consumidor”, pela qual se elencavam os quatro direitos básicos (direito à segurança, à informação, à escolha e direito de ser ouvido), é que a idéia de sua tutela foi finalmente consolidada. (MARQUES, 2004, p.319).

No ano de 1972 foi realizada a Conferência Mundial do Consumidor, em Estocolmo. Já em 1973 a Europa começou a se manifestar em relação à proteção ao consumidor, aprovando a resolução 543, que acabou originando a Carta Européia de Proteção ao Consumidor. E assim vários países começaram a elaborar e promulgar leis objetivando a proteção dos direitos do consumidor. (MIRAGEM, 2008, p.24)

A mensagem de Kennedy inspirou a Organização das Nações Unidas (ONU), que somente em 1985 elaborou a resolução nº 39.248, na qual tratava sobre a proteção do consumidor, e positivou o princípio da vulnerabilidade no plano

internacional, recomendando aos Estados nacionais a adoção de direitos políticos de proteção ao consumidor, visando regular principalmente os seguintes temas:

[...] segurança física do consumidor; proteção e promoção dos interesses econômicos do consumidor; padrões de segurança e qualidade dos bens e serviços oferecidos ao consumidor; meios de distribuição de bens e serviços essenciais; regras para a obtenção de ressarcimento pelo consumidor; programas de informação e educação do consumidor, e normas de proteção em setores específicos como de alimentos, água e medicamentos. (MIRAGEM, 2009, p.24/25).

Essa mensagem do Presidente Kennedy, conhecida como “Declaração dos direitos essenciais do consumidor” foi à primeira manifestação no mundo voltada exclusivamente para o reconhecimento e proteção dos direitos do consumidor.

2.1 As normas de proteção ao consumidor no Brasil

No Brasil, as primeiras normas de proteção ao consumidor foram introduzidas com as Ordenações Filipinas (século XIX). O reconhecimento dos direitos econômicos e sociais do homem foram, entretanto, incorporados à Carta Magna brasileira apenas em 1934 com a Constituição decorrente da famosa Revolução Constitucionalista de 1932. (BITTAR, 1991, p. 16).

Da década de 30 em diante, vários decretos e leis foram sendo criados, dentre elas a Lei da Usura (decreto nº 22.626) e a Lei de Repressão ao Abuso Econômico (Lei nº 4.137); essas foram solidificando o direito à proteção do consumidor, até que em 1988, com a nossa notável “Constituição Cidadã” o direito do consumidor foi finalmente inserido como direito e garantia fundamental das pessoas. (BITTAR, 1991, p. 17).

Assim o Brasil, passou a ter previsão constitucional específica para a proteção do consumidor expressa em seus artigos 5º, inciso XXXII², art. 129, inciso III³, art. 170, inciso V⁴, art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 2010-b)

³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL, 2010-b)

além dos artigos 220 e 221 da Constituição Federal, que evidencia a preocupação do constituinte com a proteção do consumidor.

Denota-se que o Congresso Nacional aprovou a Lei 8.078 em 11 de setembro de 1990 tardiamente, fora do prazo dos 120 (cento e vinte) dias estabelecido no art. 48 da Constituição Federal de 1988.

Assim foram estabelecidas normas de ordem pública no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC⁵), conferindo competência jurisdicional cível, criminal e administrativa para diversos órgãos do Estado, como também reconheceu o papel das sociedades civis, por meio das associações de consumidores e as demais entidades que visam à defesa do consumidor. (MIRAGEM, 2009, p. 25).

Denota-se, portanto que antes dos anos 90, não havia um sistema organizado que pudesse distinguir o consumidor do fornecedor, quais princípios, garantias, ou até sanções empregadas nessas relações de consumo.

2.2 Direito do consumidor como direito fundamental

O direito do consumidor como direito fundamental está estabelecido no art. 5º, XXXII, da nossa Constituição Federal de 1988.

A defesa do consumidor é caracterizada como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Miragem (2008, p.35) declara que essa caracterização como direito fundamental, decorre do fato de a defesa do consumidor ter sua localização, na Constituição de 1988, no artigo 5º, XXXII, que determina expressamente: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 2010-b).

Assim, o consumidor passou a ter proteção específica em nosso ordenamento jurídico, em reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado.

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor. (BRASIL, 2010-b)

⁵ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL, 2010-a)

Para Marcelo Junqueira Calixto, a figura do consumidor está inserida no nosso sistema constitucional, sendo fundamental para o próprio sistema econômico, pois visa assegurar a proteção e defesa do consumidor frente aos desequilíbrios encontrados em relação aos detentores dos meios de produção. “[...] busca-se a proteção efetiva da pessoa do consumidor, dotada de dignidade, que não deve mais ser vista como simples peça da engrenagem de uma produção em massa”. (CALIXTO, 2006, p.319).

Segundo Weber (2006, p.43-44), o princípio normativo constitucional de defesa do consumidor se contempla num direito fundamental e a sua violação acarreta na ofensa da dignidade da pessoa humana. Afirma que na sociedade contemporânea, se faz necessário, tendo em vista a imposição dos detentores dos meios de produção, mercado/ trabalho/ consumo, destacando que o homem pratica uma cadeia social: - trabalho para o mercado; - produz o consumo; - que paga o trabalhador para consumir. Assim é fundamental que se resgate a pessoa humana e a sua dignidade, para determinar limites, realizando a proteção do consumidor para impor o tratamento desigual às relações desiguais.

Toda norma é produzida com o objetivo de regular as relações de consumo, de forma que devem se adequar ao princípio constitucional da defesa do consumidor. É o que ensina José Gomes Canotilho, quando afirma que:

A constituição surge, assim como enucleação do dado originário institucional através do poder constituinte, sendo manifesto que este dado não se concebe integracionisticamente como um dado de unidade (vontade do Estado, ordem de valores), mas como aceitação dos contrastes e tensões das forças e grupos que numa sociedade antagônica e pluralista conseguem dar vida a uma lei fundamental. Mas a constituição é também *conditio per quam* da produção normativa, sobre um triplo ponto de vista: 1) como princípio da legislação ou normação ordinária primária e geral; 2) como conjunto de limites de forma e de substância a esta mesma legislação; 3) como parâmetro de constitucionalidade de actos legiferantes. (CANOTILHO, 2001, p.128).

O legislador buscou uma forma para equilibrar a situação entre o fornecedor e o consumidor quando obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevando-o como um direito fundamental.

Cabe ao legislador o dever de elaborar normas que visem à proteção do consumidor. Aos tribunais cabe o dever de aplicar e interpretar essas normas e outras fontes normativas, de forma como prevê a nossa Carta Magna, a sua efetiva proteção particular do consumidor. (DUQUE, 2009, p153-157).

Neste sentido, o artigo 5º da nossa Carta Magna, em seu inciso XXXII, descreve a respeito dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pode-se notar a necessidade de se promover a defesa do consumidor, colocando como cláusula pétrea, ao indicar o objetivo do legislador referente à matéria.

Dessa forma Sodré (2007, p. 165), menciona que a razão da existência do inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, é que: “[...] a relação de consumo é, por definição, desigual. As partes dessa relação – consumidor e fornecedor – não têm o mesmo poder e conhecimento, e por isto, uma delas, o consumidor merece a proteção do Estado”. Uma vez que não aparece nos artigos da Constituição Federal, como deverá ser promovida a defesa da parte mais vulnerável nesta relação.

Miragem (2008, p.35) preceitua que “a desigualdade, se encontra em relação à posição favorecida que o fornecedor tem em relação ao consumidor”, principalmente [...] “em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, que o corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de vulnerabilidade deste em relação àquele”.

Assim, Miragem (2008, p. 35) reconhece que o direito do consumidor se compõe como um direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de tal forma que a qualidade de consumidor lhe conceda alguns direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado. E também destaca que a jurisprudência e doutrina brasileiras, têm entendido que a defesa do consumidor não pode ser alvo de reforma pelo Poder Constituinte, e isso decorre do fato de a defesa do consumidor estar localizada na Constituição, expressamente no Capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, do Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” parte privilegiada da Constituição que está a salvo de qualquer reforma.

No entanto, Sodré (2007, 162-164) acredita que o Brasil é um pouco atrasado em relação a outros países no que tange à sistematização da matéria defesa do consumidor na Constituição Federal, já que os artigos que falam do tema estão espalhados pela Constituição, não havendo um capítulo específico, que trate da matéria.

Para Geiza de Assis Rodrigues, a proteção ao consumidor é um direito, pois:

[...] a ele correspondem deveres jurídicos do Estado de: a) obedecer em todas as suas ações legislativas e administrativas a idéia de preservar os interesses dos consumidores; b) de editar a lei específica de proteção ao consumidor. (...) Ao mesmo passo existe um dever jurídico de todas as pessoas de respeitarem os padrões de defesa do consumidor estabelecidos pelo Estado. Obviamente, que a lesão a esses deveres gera uma pretensão dos consumidores de verem seus direitos restabelecidos. (RODRIGUES, 2006, p. 86).

Preceitua Abreu (2005, p. 08), que a partir da resolução n. 39.248 de 10/04/1985 da ONU, diversos países passaram a enfrentar a questão da proteção do consumidor. O princípio da vulnerabilidade do consumidor foi positivada no plano internacional e diretrizes foram traçadas para proteger o consumidor, dentre elas: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para a sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores à informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em casos de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que as afetem. “Estas diretrizes forneceram importante conjunto de objetivos internacionalmente reconhecidos, destinados aos países em desenvolvimento, a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor”. (ABREU, 2005, p.08).

Ainda podemos mencionar que a defesa do consumidor é considerada como um dos princípios basilares da ordem constitucional econômica. Assim, o art. 170 da Constituição Federal, ao dizer:

[...] que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados certos princípios basilares, dentre eles destaca precisamente a defesa do consumidor (inciso V). (FILOMENO, 2003, p. 28).

No que tange à configuração da Defesa do Consumidor como Princípio da Ordem Constitucional Econômica, Sodré (2007, p. 165) menciona que até Constitu o de 1988, não existia no capítulo da ordem econômica que fizesse referência a prote o do consumidor. Essa ausência sempre foi interpretada como forma de impor limites a livre iniciativa.

O legislador buscou em 1988 que a livre iniciativa deveria ser limitada, ao fato de que o consumidor não poderia ser lesado, cabendo ao Estado, prevenir e punir quem ultrapassasse esses limites.

Petter (2005, p. 231-233) reconhece alguns motivos pelos quais o Estado passou a interferir nas rela es privadas: a vulnerabilidade do consumidor, as

práticas abusivas do poder econômico que são nocivas ao consumidor. Assim, o autor declara que o CDC cumpre relevante papel para a proteção do consumidor.

Em relação à proteção do consumidor referente ao disposto ao art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, menciona que o legislador constituinte, de maneira clara, estabeleceu um prazo para que o legislador ordinário elaborasse o CDC. (REGO, 2007, p.65).

O legislador obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevando a direito fundamental do cidadão e, conforme dispõe o art. 5º, XXXII, 48 e 170 da orientação de nossa Constituição Federal, sendo aprovado pelo Congresso Nacional através da Lei 8.078, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor em 11 de setembro de 1990, fora do prazo de 120 (cento e vinte) dias estabelecido no art. 48 da Constituição Federal.

2.3 Princípios constitucionais do direito do consumidor

Os princípios são bases para o nosso ordenamento jurídico que servem para fundamentar alguma coisa. Tudo que é construído depende de um princípio, ou seja, de um ponto de referência.

Segundo Plácido e Silva (2001, p. 639), os princípios são normas essenciais ou requisitos indispensáveis que servem de base e fundamento para alguma coisa. Seria um conjunto de regras ou conceitos que são indicados como finalidade de norma a toda espécie e ação jurídica, detalhando desta forma, o comportamento em relação a qualquer operação jurídica. São os aspectos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Todos os ramos de direito gozam de seus princípios próprios, porém os princípios constitucionais são considerados hierarquicamente superiores aos demais, tendo em vista que objetivam a função de salvaguardar os valores fundamentais da ordem jurídica.

Nesse sentido, Suzana Maria da Glória Ferreira (2004, p.30) conclui que em todas as áreas do direito encontramos os princípios, no entanto, os constitucionais são mais importantes, pois a Constituição é um documento jurídico que contém em seu texto princípios que visam proteger os valores supremos e superiores existentes na sociedade.

São nos princípios constitucionais que se estabelecem bens e valores considerados fundamentais. São os mais importantes, pois a Constituição é soberana e se sobressai em relação aos outros ramos do ordenamento jurídico.

O CDC é integrado por princípios constitucionais que são diretrizes para interpretação da lei, com a finalidade de socializar as relações de consumo, eliminando os abusos praticados pelos detentores dos meios de produção no mercado de consumo. Destacam-se no presente trabalho, os princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade e do acesso à justiça.

2.3.1 Princípio da dignidade

O princípio da dignidade é um dos princípios mais importantes do sistema constitucional, sendo considerado como supremo em relação aos outros por ser uma característica própria do ser humano.

Preceitua Weber (2006, p. 44-45) “[...] temos que resgatar a pessoa humana e a sua dignidade, para impor limites e efetivar a proteção do consumidor, determinando o tratamento desigual às relações desiguais”, pois o ato de consumir se apresenta relevante na vida das pessoas, tendo em vista que muitas das necessidades do indivíduo são atendidas pelo consumo. E quando ocorre a violação desses direitos, acaba ofendendo, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Assim, não há o que se falar em dignidade, se não for assegurado às pessoas o direito alimentação, saúde, moradia, segurança e educação, pois são necessidades básicas do ser humano, sem as quais, dificultaria sua sobrevivência.

2.3.2 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade se caracteriza pela forma que trata a proteção do consumidor frente ao desequilíbrio jurídico das relações de consumo, visando estabelecer uma liberdade real, proibindo a conduta do fornecedor em retirar a liberdade do consumidor em relação ao entendimento e adequada disposição das cláusulas contratuais, onde na maioria das vezes tende ao lucro exclusivo do fornecedor, prejudicando a outra parte na relação de consumo.

Para Bonatto e Moraes (2001, p.37), o princípio da liberdade pode ser aplicável no CDC, porém deverá ser acrescido a outros, como o da igualdade e da boa-fé, podendo resultar na restrição da liberdade de conduta de um dos envolvidos na relação de consumo, caso o reconhecimento incontestável e não do princípio na qual implique como consequência, a infração à liberdade do outro envolvido, revelada a sua vulnerabilidade.

Demonstra o autor que, analisando a vulnerabilidade de uma das partes na relação de consumo, acabará como consequência por limitar a liberdade de conduta da outra parte envolvida na relação. (BONATTO e MORAES, 2001, p.37)

2.3.3 Princípio da igualdade

Bonatto e Moraes (2001, p. 30) asseveram sobre o princípio da igualdade que o objetivo maior do CDC é igualar os naturalmente desiguais.

O consumidor contemporâneo foi obrigado a se curvar diante os detentores dos meios de produção, como única forma de saciar suas necessidades básicas. Pode-se notar a desvantagem que o consumidor sofre devido à privação de informação, falta de qualidade, inexistência de conhecimentos específicos em relação ao fornecedor. Há um desequilíbrio na relação, o que acaba prejudicando a convivência harmônica entre eles, ofendendo assim a dignidade humana da parte mais vulnerável. (BONATTO e MORAES, 2001, p.31).

O princípio da igualdade está elencado no art. 4º, III, do CDC⁶, onde prevê o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores. Este princípio objetiva igualar os indivíduos da relação de consumo, concedendo ao consumidor o devido respeito, e, por conseguinte, impondo sua vontade. (BONATTO e MORAES, 2001, p.31).

⁶ 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:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 2010-a)

2.3.4 Princípio do acesso à justiça

O último princípio a ser abordado nos princípios constitucionais é o do acesso a justiça, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, (BRASIL, 2010-b), como também no CDC no art. 6º, inciso VII, no qual trata dos direitos do consumidor em juízo: “[...] o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. (BRASIL, 2010-a).

Roberto Lisboa (2006, p.105) assevera que não basta só a existência de órgãos de defesa do consumidor, pois há varias obstáculos jurídicos que dificultam a defesa dos direitos do consumidor, mencionando que há pluralidade de juízos; a quantidade de recursos judiciais; a ausência de deliberações governamentais mais firmes no direito de concorrência e na fixação de preços ao consumidor; a complexidade dos negócios jurídicos; e a quantidade de cláusulas contratuais a serem discutidas

Nesse sentido é que se torna necessária a aplicação do princípio do acesso a justiça, proporcionando medidas de mais segurança e incentivo, para que o consumidor, que é parte mais vulnerável nessa relação, possa recorrer à justiça para solucionar os litígios decorrentes do consumo. Para então buscar os seus direitos, quando estes forem violados, e assim, reequilibrar os dois pólos nas relações de consumo. Cabe ao sistema Judiciário o dever de ser acessível independente de classes sociais ou econômicas, mas sim produzir resultados socialmente justos. (LISBOA, 2006, p.106).

2.4.3 A relação jurídica de consumo

O objeto do CDC é a relação jurídica de consumo. Dentro desta relação podemos encontrar os seus sujeitos, quais sejam: o consumidor e o fornecedor, assim como seu objeto, produto ou serviço. Todos esses elementos estão interligados, pois não haveria consumidor sem fornecedor, e muito menos se não existisse o objeto dessa relação.

As relações de consumo são, na realidade, “relações jurídicas” por excelência, e, como toda relação jurídica pressupõe também dois pólos de interesses, quais sejam: consumidor-fornecedor, e a coisa, que é o objeto desses interesses. E tal objeto consiste em “produtos” e “serviços.” (MORAES, 2007, p. 23-24).

Newton de Lucca (1995, p.31/32) põe em questão a denominação direito do consumidor, em relação a sua terminologia, quando questiona se o termo mais correto para chamar a disciplina jurídica não seria direito de consumo. Destaca-se essa ultima denominação, por englobar a tutela de mercado como um todo, ou seja, a proteção do consumidor contra os fornecedores, e a proteção dos fornecedores nas relações com terceiros. Já o termo direito do consumidor visaria mais a proteção da pessoa consumidora, trazendo a idéia de resguardar somente os interesses dos consumidores.

2.4.1 Conceito jurídico de consumidor

Não há uma uniformização precisa a respeito do conceito jurídico de consumidor. No entanto podemos encontrar três interpretações que prevalecem para seu conceito, que são: a teoria Finalista, Maximalista, e a Finalista Aprofundada.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 83-85) assevera que a teoria Finalista trata de defender a restrição da figura do consumidor, das normas que visem à sua proteção para àquelas que necessitem realmente de proteção. Seria o caso de aplicar a um grupo de sociedade que seja mais vulnerável. No entanto, a teoria Maximalista trata de defender uma aplicação que se estenda a um número maior de consumidores nas relações de mercado. Menciona que a repetição do art. 2º do CDC, não se faz necessário, uma vez, que não define uma linha para a sua interpretação. Por fim coloca que surgiu uma nova interpretação para a definição do conceito de consumidor; a teoria Finalista aprofundada, na qual seria uma interpretação mais madura e aprofundada dos tribunais, sendo mais finalista, quando executa “uma interpretação do campo de aplicação e de normas do CDC, de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém, mais finalista e objetiva quanto a atividade ou o papel do fornecedor”.

Consumidor poderia ser definido pelo que está descrito no art. 2º *caput* da CDC, na qual estabelece: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire

ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 2010-a). Aqui o destinatário final, é mencionado no presente artigo como “o destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumir (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo que definitivo a sua utilidade”. (MIRAGEM, 2008, p.81)

O CDC faz referência ao consumidor como destinatário final, aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço, com a finalidade de uso pessoal, não podendo estar sujeito a práticas comerciais.

Na concepção de Newton de Lucca (1995, p.38), o conceito de consumidor pode ser plurívoco e plurívoco analógico. O primeiro diz respeito ao conceito de consumidor como toda pessoa física ou jurídica, já em relação ao segundo traz a idéia do consumidor por equiparação.

O sentido plurívoco encontra-se no artigo 2º do CDC, onde “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como seu destinatário final.” (BRASIL, 2010-a)

Já em relação ao sentido plurívoco analógico enunciados por Newton de Lucca, podemos encontrar a definição de consumidor por equiparação no § único art. 2º do CDC⁷, quando afirma a equiparação do consumidor a uma coletividade de pessoas, mesmo que não se consiga determiná-las, mas que interfere nas relações de consumo; b) no artigo 17 do CDC⁸, quando aborda a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço e equiparando o consumidor a todas as vítimas do acontecimento; c) no artigo 29 do CDC⁹, quando descreve que: para os fins das práticas comerciais e da proteção contratual, serão equiparadas todas as pessoas que se possa determinar ou não equiparando-as ao consumidor expostas às práticas nele previstas. (DE LUCCA, 1995, p. 38/39).

O conceito de consumidor compreendido pela nossa legislação foi expandido, com o intuito de proteger legalmente os indivíduos que adquirem bens e

⁷ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 2010-a).

⁸ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (BRASIL, 2010-a).

⁹ 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. (BRASIL, 2010-a).

serviços em grande escala, com mais eficácia, tendo como embasamento o objetivo de preveni-los dos prejuízos.

Assim, consumidor seria toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, sendo que não será considerado consumidor, aquele que adquire produto para revender ou comercializar.

O CDC estabeleceu três definições para o consumidor por equiparação. Podemos encontrar dispostas nos casos do artigo 2º, § único (coletividade de pessoas), artigo 17 (vítima de acidente de consumo) e o artigo 29 (destinatário de práticas comerciais). Em todas essas definições pode-se notar que é desnecessário existir o ato de consumo, ou seja, ocorrer à aquisição ou utilização direto do produto ou serviço.

A primeira definição do consumidor equiparado encontra-se disposto no art. 2º, § único “Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (BRASIL, 2010-a).

Segundo Miragem, o motivo desta equiparação é o de fazer abranger pelas normas do CDC, a universalidade de consumidores, ou seja, o conjunto de consumidores de produto ou serviço, ou então, possa atingir também a categoria deles. Já em relação ao consumidor do artigo 17 do CDC, o mesmo autor coloca que trata em questão das vítimas do acidente de consumo, sem importar se houve ou não o ato de consumo, basta só ter sofrido algum dano decorrente de acidente de consumo (fato do produto ou serviço). Afirma ainda que o artigo 29 do CDC estabelece o terceiro conceito de consumidor equiparado, na qual abrange todas as pessoas, determináveis ou indetermináveis, expostas às práticas previstas nos capítulos que tratam, respectivamente, das práticas comerciais abusivas e da proteção contratual (2008 p. 83-85).

2.4.2 Conceito jurídico de fornecedor

O artigo 3º do CDC define o conceito de fornecedor dessa forma:

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, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 2010-a).

Para Plácido e Silva citado por Efig (2002, p. 44), “fornecedor” derivado do francês *fournir*, *fouisseur*, é todo comerciante ou estabelecimento que abastece,

ou fornece, habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo.

Assim, poderíamos definir como fornecedor toda e qualquer pessoa jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, como também inclui-se nesta definição, os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviço. (NUNES, 2000, p.92).

Neste sentido complementa Filomeno:

[...] é relevante a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa a oferecer aos mesmos consumidores. (FILOMENO, 2005, p. 43).

Assim, serão considerados fornecedores todos aqueles que proporcionarem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de forma que possam atender às necessidades dos consumidores.

2.4.3 Conceito jurídico de produto e serviço

Ao lado das definições jurídica dos sujeitos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), o CDC determina objeto dessa relação, qual seja, o produto e o serviço.

O objeto dessa relação jurídica de consumo encontra-se especificado no art. 3º. § 1º e §2º, do CDC, respectivamente, os produtos e serviços:

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

§ 1º produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial;

§ 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. (BRASIL, 2010-a).

Segundo Miragem, a definição jurídica adotada pelo legislador de produto é muito ampla, ao aplicar o conceito de produto a bens móveis e imóveis, material ou imaterial; em relação a esta última definição, pode-se observar sua importância, tendo em vista o crescimento econômico da informática e dos bens e serviços

produzidos por este meio, abrangendo todas as formas de produtos que podem ser objeto de uma relação de consumo. (2008, p.98/99).

Já em relação ao serviço, preceitua Efig (2002, p.51) que seria qualquer atividade remunerada, não fornecida no mercado de consumo, englobando tanto às de natureza pública quanto privada. Dentre os serviços de consumo podemos incluir aquelas atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, considerada também uma lista meramente exemplificativa, servindo, tão-somente, para ilustrar a ampla dimensão dos serviços protegidos pelo CDC.

2.5 Princípios gerais do direito consumidor

Os princípios desempenham uma função muito importante, pois acabam incidindo nas relações jurídicas de consumo, visando à garantia da correta interpretação das normas e regras que regulamentam esta relação.

O direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de muita importância para a interpretação e compreensão de aplicação das normas. Os princípios referentes ao direito do consumidor encontram-se expressos no CDC. (MIRAGEM, 2008, p.61)

Analisaremos, pois os princípios do direito do consumidor estabelecidos no CDC.

O princípio da vulnerabilidade fundamenta-se no artigo 4º, I do CDC, que reconhece: “a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (BRASIL, 2010-a), ou seja, quando caracterizada a relação de consumo por força de lei, o consumidor será considerado vulnerável.

Podemos exemplificar três tipos de vulnerabilidade, mas destaca-se nas relações de consumo: técnica, jurídica ou contábil e fática.

A vulnerabilidade técnica acontece, em relação ao desconhecimento do consumidor, das qualidades intrínsecas do produto, das formas empregadas em sua produção e também dos riscos que o mesmo possa apresentar. Já na vulnerabilidade jurídica ou contábil, trata do desconhecimento em relação ao alcance dos termos jurídicos, ou seja, àqueles empregados em um contrato, ou até mesmo, que impossibilite a realização de uma perícia contábil pelo consumidor. E por último encontra-se a vulnerabilidade fática, que trata da outra parte da relação de consumo, ou seja, o fornecedor, por deter em suas mãos o grande poder econômico em razão

da essencialidade do serviço, tornando-se superior frente a todos àqueles que o contratam. (CALIXTO, 2006, p. 324).

Este princípio serve como base em relação aos outros que fundamenta a existência e aplicação do direito do Consumidor. Assim, identifica-se o princípio da vulnerabilidade, o qual se refere à fragilidade do consumidor diante dos critérios estabelecidos pelo fornecedor, já que está sujeito a práticas do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. (LISBOA, 2006, p. 95).

O princípio da Hipossuficiência, que coloca o consumidor como a parte economicamente mais fraca na relação jurídica, visto que sua situação é de inferioridade, e, cabe ao legislador dar a proteção especial ao consumidor. (LISBOA, 2006, p.100).

Princípio da Defesa individual e coletiva, onde o consumidor tem o direito de se defender nas relações de consumo, extrajudicial e judicialmente (art. 81, *caput*, do CPC), e poderá a defesa ser proposta individual ou coletivamente. (LISBOA, 2006, p.113).

Princípio da Transparência, onde nas relações de consumo, prevê a transparência mútua e recíproca, tanto do fornecedor quanto do consumidor. As relações de consumo, estabelecidas entre fornecedor e consumidor devem projetar o máximo de transparência, uma forma necessária para a preservação do negócio jurídico, uma vez que as partes contratantes devem estar cientes do que contratam, dirimindo assim, futuros conflitos diante das práticas comerciais. (LISBOA, 2006, p.115).

Princípio da Boa-fé, é considerado o princípio máximo orientador do CDC, visto que é um dever de conduta que se espera das pessoas em uma relação jurídica, impedindo condutas abusivas e contrariando as normas jurídicas ou de equidade. (MARQUES, 2005, p.799). O princípio da boa-fé busca uma maior garantia ao consumidor, evitando os abusos, sem causar lesão a ninguém, colaborando também para a manutenção da ordem econômica, garantindo a legalidade entre as partes.

Princípio do Equilíbrio econômico e jurídico, onde deve haver certa coerência e justiça nas relações de consumo, onde o vínculo entre o fornecedor e o consumidor, seja estabelecido de maneira igualitária, promovendo o equilíbrio econômico da equação financeira e das obrigações jurídicas contraídas ou pactuadas por ambas as partes interessadas. (LISBOA, 2006, p.125).

Princípio da Reparação integral pelo dano causado, que visa garantir os direitos do consumidor lesado, da vítima, e a punição do responsável através da sanção civil. (LISBOA, 2006, p.132).

2.6 Direitos básicos do consumidor

Os direitos básicos do consumidor encontram-se amparado no artigo 6º do CDC como garantias fundamentais da nossa Carta Magna, sendo inalienáveis, intransferíveis e irrenunciáveis.

O CDC estabeleceu com os direitos básicos, elaborar normas protetivas que visem reconhecer a necessidade de impor deveres jurídicos ao fornecedor, e que o obrigue a reparar os danos em caso de violação.

Os direitos básicos do consumidor devem ser reconhecidos, pois é uma forma de proteger a pessoa humana na relação de consumo, em suas relações jurídicas e econômicas, preservando os interesses fundamentais no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2008, p.118).

2.6.1 Direito à vida, à saúde e à segurança

O direito à proteção à vida está previsto no art. 6º, I do CDC, na qual reconhece individualmente a proteção da vida do consumidor na relação de consumo. Pode-se relacionar o direito a vida com a coletividade de consumidores que acabam correndo riscos decorrentes dos vícios ou defeitos de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo.

É interessante destacar que o direito a vida, além de ser um direito básico do consumidor, também está inserido como essencial da personalidade. Encontra-se disposto no art.5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental, na qual não poderá sofrer qualquer restrição voluntária, quer seja contratual, ou, por interposição de desistência à proteção dada pelo ordenamento jurídico, assim sendo torna-se indisponível. Sua proteção será garantida, quando houver conflitos de interesses. (MIRAGEM, 2008, p. 119).

O direito a saúde e a segurança estão ligadas com o direito á vida, uma vez, que estão previstos no art. 6º, I do CDC¹⁰.

Entende-se por direito a saúde, aquele que vise assegurar o consumidor em relação ao fornecimento de produtos e serviços, com também a utilização e o consumo dos mesmos, obedecendo todos os meios possíveis para a adequação a preservação da integridade física e psíquica do consumidor. Já em relação ao direito de segurança consiste em assegurar ao consumidor o direito a proteção contra riscos decorrentes de produto ou serviço desde o momento que é introduzido no mercado de consumo até a fase onde se descartam as sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo. (MIRAGEM, 2008 p.119).

O produto ou serviço que por seu uso, poderá vir a causar algum dano ao consumidor, será considerado perigoso. Já o produto ou serviço que por seu uso vier causar danos ao consumidor, será considerado nocivo. (MELLO, 1998, p.33).

Os produtos ou serviços que apresentarem algum risco a vida, a saúde e a segurança do consumidor deverão ser retirados imediatamente de circulação, e o fornecedor tem o dever de informar os consumidores sobre os riscos daquele produto ou serviço que esteja sendo comercializado no mercado de consumo.

Sendo assim, quando o fornecedor tomar conhecimento da nocividade ou periculosidade de algum produto depois de colocado no mercado de consumo, deve imediatamente informar ao público, através de todos os meios de comunicação disponíveis, informando os riscos decorrentes do defeito identificado e os meios de correção, normalmente em postos ou estabelecimentos com a autorização do fornecedor. (MIRAGEM, 2006, p. 838).

Denota-se que muitos produtos podem ser considerados perigosos ou nocivos ao consumidor, sendo que estes deverão conter no rótulo da embalagem, informação a respeito da periculosidade ou nocividade que o produto possa apresentar.

Podemos considerar como perigosos produtos tais como agrotóxicos, que são visivelmente prejudiciais a saúde e até mesmo a vida do usuário; remédios e medicamentos, caso não sejam utilizados de modo correto, poderão causar males e danos à saúde; dentre muitos outros. (MELLO, 1998, p.34).

¹⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. (BRASIL, 2010-a).

Já como nocivos, citamos produtos químicos, tais como malatol, soda, dentre outros assim como produtos ou serviços que incluam radiação sob qualquer forma; cabendo assim ao Estado fiscalizar o controle de seus órgãos competentes, como por exemplo, no caso dos remédios, que sofrem a classificação de acordo com a periculosidade /nocividade da droga. Deverá o fornecedor obedecer ao que dispõe o art. 8º e seguintes do CDC. (MELLO, 1998, p.34).

2.6.2 Direito à Educação e à Informação

O direito à educação está inserido no art. 6º. II do CDC, na qual estabelece “[...] a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.” (BRASIL, 2010-a).

Preceitua José Geraldo Brito Filomeno, que o direito a educação se divide em dois aspectos: a) a educação formal, que deve ser integrada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas; b) educação informal, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores quando já mediante a ciência do marketing, como já acentuado noutro passo, e tendo-se em conta seus aspectos éticos, procurando informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços já colocados no mercado ou ainda os que serão colocados a disposição do público consumidor. (2007, p.145/146).

Pode-se assim observar a necessidade de obrigar o fornecedor a informar corretamente o consumidor, antes mesmo de sua contratação. Agindo assim como meio de prevenção no caso do produto ou serviço que vier apresentar alguma nocividade ou periculosidade ao consumidor, evitando desta forma os acidentes de consumo.

Segundo Mello (1998, p. 34), a educação e a divulgação estão intimamente ligadas com o princípio da boa-fé nas relações de consumo, uma vez que há a necessidade de transparência nas negociações, pois o consumidor deverá ter consciência do que está obtendo ou contratando, e sob que condições ele está obrigado.

Já em relação ao direito de informação, também decorrente do princípio de boa-fé, está inserido no art.6º, III do CDC, acompanha vários deveres específicos

de informação ao consumidor, atribuídos ao fornecedor nas diversas fases de relação de consumo.

Para Efiging:

[...] a informação tem como pano de fundo a educação básica de todos os consumidores, com o fim de torná-los parte da massa crítica capaz de, ao se deparar com o mercado de consumo, distinguir seus benefícios e malefícios bem como defender seus interesses em consonância com os preceitos legais que os protegem. (2002, p.27).

Assim o direito a informação torna-se imprescindível nas relações de consumo, pois é através das informações que os sujeitos dessa relação (consumidor e fornecedor) realizam o negócio jurídico, dão uma maior garantia em relação à eficácia legal aos atos do comércio.

2.6.3 Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas

O direito básico do consumidor contra praticas e cláusulas abusivas encontram-se disposto no art. 6º, IV do CDC, onde “A proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais, coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. (BRASIL, 2010-a). Assim torna-se importante este direito ao consumidor, como meio de proibir a conduta abusiva dos fornecedores.

Ensina Miragem (2008, p.123) que entende-se por práticas abusivas, toda forma de atuação, na qual o fornecedor no mercado de consumo, caracterize como desrespeitosa aos padrões de conduta negociais, referente ao momento da oferta de produtos e serviços , quanto na execução de contatos de consumo, como também na fase pós-contratual.

Enfatiza Claudia Lima Marques, sobre os abusos praticados no mercado de consumo:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio pós descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos de partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionaria aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso o exercício da posição contratual preponderante. (MARQUES, 2002, p.82).

As práticas abusivas tornam-se mais intensa, em relação à posição dominante na relação jurídica do fornecedor, pela oposição de condutas que ele

exerce em relação às normas de proteção que envolva a confiança do consumidor e a boa-fé do fornecedor.

2.6.4 Direito a facilitação da defesa dos seus direitos e inversão do ônus da prova

O direito probatório é fator importante em qualquer relação processual. O ônus da prova organiza a atividade em relação à prova, servindo de base para o livre convencimento do juiz. A regra estabelecida no artigo 333, inciso I do CPC estabelece quem alega tem que provar “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.” (BRASIL, 2010 – c).

O CDC, visando equilibrar a relação entre consumidores e fornecedores, estabeleceu a possibilidade da inversão do ônus probatório. Neste sentido estabelece o artigo 6º do CDC:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (BRASIL, 2010-a).

Cabe lembrar que a expressão “a critério do juiz” no referido inciso, não diz respeito à inversão do ônus da prova e sim, ao conhecimento da verossimilhança da alegação. Para Ruthes (2004, p.123), “a prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou dúvida.”

Mais uma vez, cumpre ressaltar que também aos hipossuficientes o legislador facultou o direito da inversão do ônus da prova, solidificando na norma do CDC o princípio do acesso à Justiça, firmado igualmente em nossa Constituição Federal.

Há divergências a respeito sobre o momento que o juiz deverá inverter o ônus da prova, uma vez que não há previsão legal que ampare a questão.

Nogueira (1994, p.59) entende que o momento mais adequado para o juiz inverter o ônus da prova seria no despacho inicial, devendo o consumidor (autor da demanda), já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, pois assim o juiz poderá se manifestar sobre a questão no despacho, na qual se trata de uma decisão

interlocutória, dando ciência ao fornecedor (réu), para que não sofra cerceamento de sua defesa.

No entanto há doutrinadores como Moraes (1999, p. 69) que entende que a inversão do ônus da prova deve acontecer na decisão de saneamento do processo, pois nesta fase as partes têm a oportunidade de apresentar suas alegações, defesa e provas, de modo a garantir os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal.

E por último há uma teoria que defende a inversão do ônus da prova no momento da sentença, pois as regras de distribuição são regras de juízo, servindo como orientação para o juiz quando não existirem elementos suficientes que possa provar sua convicção. É neste momento que o juiz verificará as provas produzidas e a necessidade de recorrer às regras do julgamento para solucionar o litígio, onde se ocorrer deficiência de provas, as regras sobre o ônus da prova serão usadas para decidir a causa. (WATANABE, 2000, p.714).

Assim estando presente um dos requisitos, ou seja, hipossuficiência ou verossimilhança, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

2.6.5 Direito a prevenção e reparação de danos materiais e morais

O art. 6º, em seu inciso VI do CDC¹¹, assegura um direito à prevenção e reparação de danos aos consumidores, quer sejam danos patrimoniais, morais individuais e coletivos.

Com relação ao dano moral, sua previsão no art. 6º do CDC, inovou o direito brasileiro em 1990, já que não havia qualquer previsão legal para a sua reparação, sendo suprida pelo Código Civil somente em 2002.

Rizzatto Nunes (2009, p.148) explica que “o adjetivo efetivo ligado à prevenção (e depois à reparação) do dano, tem o sentido de manter estável, permanente, fixo, o patrimônio do consumidor”.

Já a prevenção mencionada no artigo citado acima, refere-se ao dano material ou moral, que garante ao consumidor o direito de ir ao juízo requerer

¹¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (BRASIL, 2010-a).

medidas cautelares, com pedido de liminar, objetivando assim, evitar danos. (NUNES, 2009, p.148).

A reparação deverá ser integral, independentemente de dano material, representado por perdas emergentes ou atinentes a lucro cessantes, ou ao dano moral.

Assim, verificaremos no capítulo seguinte a necessidade de regularização das responsabilidades dos fornecedores no mercado de consumo, tendo em vista o surgimento do consumo em massa.

3. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NO MERCADO DE CONSUMO

Conforme estabelecido nos capítulos anteriores, o mercado de consumo no estado medieval se caracterizava pelo consumo individualizado, visto que, não havia consumo em massa, apenas as cortes consumiam durante este período. O Estado tinha uma presença tênue, não intervindo nas relações de consumo.

O consumo em massa surgiu da sociedade moderna, que desenvolveu o consumo individualmente da burguesia, através da moda, se estendendo as classes sociais mais populares, porém menos favorecidas. (FIGUEIREDO, 2004, p.99).

A Revolução Industrial, iniciada na metade do século XVII, acabou resultando num aumento potencial da capacidade de produção das empresas, fazendo com que as indústrias passassem a produzir em grande escala, dando início a fabricação em série, com o intuito de suprir as necessidades de oferta de produtos e serviços à população que estava aumentando. (ROCHA, 2000, p. 16).

Com o crescimento da população, os meios de produção, automaticamente tiveram que aumentar, tendo em vista que houve uma transição do consumo individual para o consumo coletivo, e a forma de minorar essa transformação, foi através da fabricação em série.

Contribuindo muito com o desenvolvimento econômico e social das cidades que estavam passando por um processo de industrialização, devido à aglomeração dos centros urbanos, que clamavam por uma nova forma de produção que viesse atender as necessidades da população que estava cada vez maior. (NUNES, 2009, p170).

Denota-se que o mundo estava passando por um processo de mudanças, principalmente com a Segunda Guerra Mundial, com os avanços tecnológicos e científicos que fez com que o modelo de produção em massa se fortalecesse e se expandisse a vários países, se destacando principalmente nos países capitalistas.

Mas foi a partir da Segunda Guerra Mundial, que esse modelo passou a crescer em grande escala, através da chegada da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, etc., se tornou mais frequente até meados do século XX. Após a queda dos regimes não capitalistas, que ocorreu em 1989, esse modelo passou a se destacar mais, completando assim o seu ciclo, atingindo quase todo o mundo. (NUNES, 2009, p. 88).

Esse marco na história ficou conhecido como a Revolução Tecnológica, por ter representado um enorme desenvolvimento técnico, atingindo seu potencial primeiramente na América do Norte e depois na Europa Ocidental, provendo modificações na sociedade. (ROCHA, 2000, p. 16).

O desenvolvimento econômico que ocorreu no pós-guerra motivou uma grande concentração dos meios de produção e da circulação de riquezas, a massificação das relações jurídicas, a celeridade do processamento dos negócios econômicos e jurídicos para obtenção de bens e serviços no meio social.

A maior preocupação dos economistas da época não era mais resolver as carências que atingiam as regiões do planeta. Pela primeira vez na história, mudou-se o foco central das preocupações político-econômicas: não mais a falta de produção, mas sim, a qualidade dos produtos ou mercadorias que chegavam ao mercado. (FIGUEIREDO, 2004, p.101).

Percebe-se assim, que o consumidor deixou ser o elemento passivo no cenário econômico, passando para o sujeito ativo, com mais notabilidade e relevância, na esfera política. Tornando-se a peça fundamental das relações de consumo para o sistema capitalista, já que o CDC trouxe inovações, como equilíbrio nas relações consumeristas, estabelecendo limites a publicidade, entre outros.

Dessa forma, a defesa do consumidor não visava somente à simples defesa dos interesses dos consumidores, mas também a proteção do sistema capitalista. (CALDAS, 2010).

O sistema capitalista é conhecido pela propriedade privada dos meios de produção, e também por incentivar a livre iniciativa, sendo que a produção e a distribuição das riquezas são conduzidas pelo mercado. Os preços são determinados pela oferta e procura de produtos e serviços.

O sistema capitalista se deu conta, de que era necessária a proteção do consumidor, tendo em vista que quanto maior o número de consumidores maior a produção, e conseqüentemente a redução de custos dos detentores dos meios de produção. (MARTINEZ, 2010).

3.1 A Teoria do risco do negócio: A Base da responsabilidade objetiva

O risco é uma das principais características da atividade econômica, pois os negócios envolvem riscos. Quando o empresário monta o seu negócio está

aberto simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. Esta fase é de suma importância para o investimento, pois o risco põe em questão a viabilidade do negócio. (NUNES, 2009, p. 171).

O art. 170 da nossa Constituição Federal de 1988 assevera a livre iniciativa para a exploração da atividade econômica, em conformidade com o princípio da livre concorrência, a defesa do consumidor, dentre outros:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 2010-b).

Essa livre iniciativa de exploração da atividade econômica é sem dúvida, uma característica da sociedade capitalista contemporânea. (NUNES, 2009, p.171).

O legislador se preocupou em criar normas que assegurassem o consumidor dos riscos decorrentes de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo pelo fornecedor, impondo a ele a responsabilidade objetiva, em razão de prejuízos que possam ocorrer com os consumidores.

Quando alguém desempenha uma atividade de risco, a lei cria para ele um dever jurídico específico, que se for infringido, irá gerar a obrigação de indenizar independente de culpa. (PASQUALATO e PFEIFFER, 2005, p.212).

Na atividade econômica pode-se encontrar o aspecto do risco, que está ligado intimamente com o custo. Este binômio risco/custo é determinante para analisar a viabilidade do negócio.

Ensina Rizzatto Nunes, que:

A redução da margem de risco a baixos níveis (isto é, a aplicação máxima no estudo de todas as variáveis) eleva o custo a valores astronômicos, inviabilizando o projeto econômico. Em outras palavras, o custo, para ser suportável, tem de ser definido na relação com o benefício. Esse outro binômio custo/benefício tem ser considerado. (NUNES, 2009, p. 172).

O CDC adotou a sistemática de avaliar a qualidade do produto ou serviço, principalmente em relação à adequação, finalidade, proteção à saúde, segurança e durabilidade, conjuntamente com a informação que deve ser prestada pelo fornecedor. (NUNES, 2009, p.172).

Percebe-se a preocupação do CDC em obrigar o fornecedor a retirar do mercado, produto ou serviço que possam acarretar riscos a saúde e a segurança dos consumidores, bem como, informá-los sobre a periculosidade e nocividade dos mesmos.

Deve-se atentar a adoção da teoria do risco do negócio, onde os fornecedores não poderão introduzir no mercado de consumo, produto ou serviço na qual sabe ou deveria saber serem nocivos ou perigosos à saúde ou segurança do consumidor. (GARCIA, 2009, p.106).

Por isso se faz necessário que as empresas realizem o *recall*, uma vez que serve de instrumento de marketing de defesa do consumidor, pois funciona através da comunicação positiva do chamado, para troca uma peça defeituosa de determinado veículo, por exemplo, acaba contribuindo não somente para a boa imagem da empresa, mas também para a segurança e economia do consumidor. (FILOMENO, 2003, p.141).

O problema que surge a respeito do termo risco/custo/benefício é quando relacionado com a qualidade do produto ou serviço, juntamente com outro aspecto considerado pela teoria do risco, como também pelo CDC, ou seja, a produção em série.

3.1.1 Produção em série

O século XX foi o marco crucial do aumento do modo de produção capitalista sobre grande parte do planeta, decorrente da manutenção da tríade do sistema, ou seja, produção, comércio e consumo. O produtor precisava produzir para sobreviver no mercado, o comerciante vender e o consumidor consumir. A sociedade de consumo de massa é responsável por levar o ser humano a realizar negócios jurídicos de consumo, e a necessidade de consumir surgiu desta sociedade que tem como característica a produção em série.

A produção em série se destacou após a Revolução Industrial quando as pessoas começaram a se aglomerar nos grandes centros urbanos, incentivando as

indústrias a produzir em grande escala para suprir as necessidades de oferta de produtos e serviços à população que estava aumentando. Mas foi com Revolução Tecnológica, oriunda da produção capitalista, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, que se destacou, devido ao crescente desenvolvimento tecnológico, e a rapidez das produções. (NUNES, 2009, p.173).

Dessa forma, a produção em série se tornou uma das principais características das sociedades de massa.

Nas produções em série é difícil assegurar que o produto não vá apresentar vício ou defeito no resultado final. Pois para conseguir que o produto ou serviço saia isento de algum vício ou defeito, o fornecedor teria que elevar muito o seu custo. Dessa forma inviabilizaria o preço final do produto e do serviço, na qual haveria uma desqualificação na principal característica das produções em série, que é de oferecer em grande escala o produto ou serviço para uma grande quantidade de consumidores. (NUNES, 2009, p.174).

Para Rocha (2000, p.17) os fenômenos da produção e comercialização em massa sujeitam as pessoas a riscos mais graves, por motivos de erros técnicos, falhas na produção, descuido dos empregados, que de certa forma são atribuídos aos responsáveis pelos fatores de produção.

A produção em série, decorrente dos avanços científicos e tecnológicos do pós-guerra, acarretou muitos problemas para a sociedade de consumo, tendo em vista, que começaram a aparecer muitas vítimas, pois os produtos não possuíam qualidade e estavam sendo comercializados no mercado.

Miragem (2008, p.253) ensina que na sociedade de consumo de massa, surgiram os danos de massa, devido aos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo, decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos, assim como um crescente número de vítimas, ou então de danos causados em série.

Dessa forma foi que surgiu a preocupação em tutelar a responsabilidade do fornecedor como objetiva, como forma de controle em relação ao resultado da produção viciosa ou defeituosa, visando à garantia de ressarcimento pelos danos causados ao consumidor.

3.2 Da Responsabilidade Civil dos Fornecedores

No Brasil, diferente de muitos países, onde a responsabilidade do fornecedor é subjetiva, como caso da Argentina, o legislador imputou a responsabilidade civil objetiva para o fornecedor, ou seja, ele responderá independente da comprovação de culpa.

Havia duas perspectivas em relação à responsabilidade civil: Primeiramente a contratual, que pressupõe a existência de um contrato, e a reparação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação assumida. E a outra denominada extracontratual, que tem como fatores principais para seu fundamento: a culpa e o risco criado. (ROCHA, 2000, p.18).

A culpa, na forma de responsabilidade extracontratual, foi utilizada como o único fundamento de responsabilidade. Centralizava na questão que o autor do dano somente seria responsabilizado, se agisse com dolo ou culpa. Os danos causados sem culpa, não poderiam ser reparados, cabendo a vítima a resignação, e tendo que suportar o prejuízo como uma mera fatalidade. O dano só seria reparado e a vítima ressarcida do prejuízo se o responsável estivesse agido com dolo ou culpa. (ROCHA, 2000, p. 19).

Neste sentido, complementa Antônio Herman V. Benjamin:

A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem a sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em, relação a matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento. (BENJAMIN, 2009, p.124).

Havia, portanto uma desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, pois o consumidor terminaria lesado. Se por acaso o produto introduzido no mercado, fosse oferecido com vício/defeito, não teria como o consumidor ser ressarcido, pois se tornaria muito difícil comprovar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do fornecedor.

Foi necessário o surgimento da imputação da responsabilidade objetiva do fornecedor, pois em face de diversas transformações sociais, econômicas, tecnológicas, já referidas anteriormente, fez com que o requisito de culpa para efeito de imputação de responsabilidade civil fosse desaparecendo pouco a pouco.

Até porque, a regra da culpa, teve seu surgimento em decorrência no individualismo liberal do século XIX, na qual a liberdade de atuação individual só pode ser limitada pela determinação de responsabilidade por danos, quando imputada um ato doloso, negligente ou imprudente, passível de reprovação. (MIRAGEM, 2008, p.254).

Foi imputada a responsabilidade objetiva ao fornecedor, tendo em vista que o fornecedor é o detentor dos meios de produção, e cabe a ele fiscalizar cada etapa do processo de produção.

O CDC entende que o fabricante, produtor, prestador de serviço, etc., não podem ser considerados negligente, imprudente ou imperito no regime das produções em série. Principalmente o produtor contemporâneo, pois, nesse tipo de produção, trabalham profissionais que tem o dever de avaliar a qualidade dos insumos adquiridos, controlando cada etapa do processo de produção, os componentes utilizados, e também há engenheiros que atestam a qualidade dos produtos fabricados. (NUNES, 2009, p.176).

Por isso, se o consumidor tivesse que comprovar a culpa do fornecedor dificilmente conseguiria. Além do mais, também se houvesse culpa, não teria como provar, pois o consumidor não tem acesso ao sistema de produção e também seriam mínimas as possibilidades de comprovação por meio de da prova técnica depois de já ter ocorrido o evento danoso.

O CDC quando se refere à figura do fornecedor, engloba de certa forma todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo, ou seja, todos aqueles que desenvolvem as atividades que estão previstas pelo seu artigo 3º. (DENARI, 2007, p.189).

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 2010-a).

Porém, em se tratando de responsabilidade por danos, o artigo 12 do CDC, discrimina alguns fornecedores, responsabilizando somente o fabricante, o produtor, o construtor, com também o importador.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela

reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, 2010-a).

Segundo (Denari, 2007, p.189), o fabricante é aquele que monta, fabrica e introduz no mercado de consumo produtos industrializados. Também se encaixam no conceito de fabricante aqueles que fabricam as peças e os componentes que integram o produto final.

O construtor é o responsável por inserir produtos imobiliários no mercado de consumo, por meio do fornecimento de bens e serviços.

Segundo Rocha (2000, p.83) a responsabilidade do construtor, se estende aos danos causados à saúde e à segurança do construtor por defeitos na obra.

Denari (2007, p.190) acrescenta que esse danos são decorrentes de serviços técnicos de construção, como também, defeitos relacionados ao material utilizado na obra, sendo que responderá solidariamente com o fabricante do produto defeituoso, conforme § 1º do artigo 25 do CDC¹².

Já o produtor é aquele, que produz produtos não industrializados, que podem ser de origem animal ou vegetal, para o comerciante vender, e o consumidor consumir.

O produtor seria aquele que insere no mercado de consumo produtos não industrializados, compreendendo mais, aqueles produtos derivados de origem vegetal ou animal. Vale lembrar que se o produto passar por um processo de acondicionamento no Brasil será estendido o campo da responsabilidade por danos para atingir, dessa forma o acondicionador do produto, de acordo com o §1º do artigo 25 do CDC. (DENARI, 2007, p.190).

O importador é tratado como aquele que introduz no mercado de consumo produtos industrializados ou naturais, oriundos de outro país. Sua responsabilidade é conhecida como “indireta”, pois não tem participação no processo de fabricação de bens importados. Trata-se do fornecedor presumido, pois os fabricantes ou produtores originais encontram-se a muita distância, e assim

¹² Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. (BRASIL, 2010-a).

dificulta o acesso do consumidor do produto defeituoso, e dessa forma o consumidor sairia perdendo por não haver o devido ressarcimento. (ROCHA, 2000, p.84).

O art. 7º, § único e 25, § 2º do CDC¹³, dispõe a cerca da responsabilidade dos sujeitos mencionados no artigo 12, mencionando que a vítima que sofreu o dano poderá reclamar a qualquer um dos coobrigados a indenização como um todo, sendo possível o direito de regresso por parte de quem arcou com toda a obrigação diante dos responsáveis, sendo que cada um responderá na sua devida proporção em relação à participação do fato danoso. (MIRAGEM, 2008, p.295).

Dessa forma, caso o indivíduo acionado judicialmente pelo consumidor, não tenha condições para realizar a obrigação, a vítima pode acionar qualquer um dos outros responsáveis solidários.

Quanto ao comerciante, é perceptível a sua exclusão em relação aos outros agentes econômicos expressamente mencionados no artigo 12 do CPC.

Para Sílvio Luiz Ferreira da Rocha (2000, p.85/86) a figura do comerciante é especial e eventual podendo ocorrer nas hipóteses do art. 13 do CDC. As circunstâncias que acarretariam na responsabilidade do comerciante seria inexistência de identificação do fabricante que impossibilita a ação direta contra o fabricante, produtor ou importador e a hipótese de o comerciante ter agido com negligência, deixando de conservar produtos perecíveis. Dessa forma, o consumidor poderá propor ação contra o fabricante e o comerciante responsável pela conservação.

A responsabilidade do comerciante é tratada como subsidiária nos acidentes de consumo, pois os obrigados principais são aqueles que estão previstos no artigo 12 do CDC. (DENARI, 2007, p.200).

¹³ 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 derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL, 2010-a)

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

[...]

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação. (BRASIL, 2010-a)

3.3 Responsabilidades pelo vício do produto e do serviço

O CDC não explicitou muito bem a distinção dos termos “defeito” e “vício”, sendo que o Código disciplina o defeito nos arts. 12 a 14 e os vícios nos arts. 18 a 20. Primeiramente para entender o conceito de defeito, é necessário entender o sentido do termo vício.

A responsabilidade civil do fornecedor por vícios do produto ou serviço está prevista no art. 18 do CDC que dispõe:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 2010-a).

Os vícios na qual o artigo se refere, não são aqueles causadores de acidentes, mas sim aqueles cujas características de qualidade ou quantidade façam com que “os produtos ou serviços se tornem impróprios ou inadequados para o consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor”. Do mesmo jeito são considerados os vícios decorrentes da diferença ocorrida em relação às “indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária”. (NUNES, 2009, p.237).

Antônio Rizzato Nunes (2009, p.237) cita como exemplos de vício o produto que não funcione, como um liquidificador que não gira ou um produto que funcione de maneira insatisfatória, como um automóvel que morre toda hora, ou produtos que, em razão de tal vício, tenham seu valor de mercado diminuído, como um terno manchado, ou serviços que demonstrem insuficiência ou inadequação, como o carpete que descola rapidamente, porém que não estejam afetando, assim, a segurança e integridade física de quem os utiliza.

O vício não atinge o patrimônio jurídico, quer seja moral, e/ou material, e muito menos é a causa de acidentes de consumo, já o defeito é aquele vício que se expande, e que causa dano maior que simplesmente o mal funcionamento ou diminuição do valor de mercado entre outros.

O defeito é um vício exteriorizado, vai além do produto ou serviço. Ele é a causa dos acidentes de consumo, já que o dano causado ao consumidor é mais

devastador, por atingir o patrimônio jurídico do consumidor, seja moral e/ou material. (NUNES, 2009, p.238).

Exemplo disso é o consumidor que sai da concessionária, com um automóvel que apresenta problema no sistema de freios, decorrente de problema de fábrica, que ao se deparar com o semáforo vermelho, pisa no breque e este não funciona, eis que então o carro passa e se choca com outro veículo, causando danos em ambos os carros. (NUNES, 2009, p.184).

3.4 Responsabilidades pelo fato do produto e do serviço e o acidente de consumo

A responsabilidade pelo fato corresponde aos danos acarretados por produtos ou serviços com defeito. Neste modo, o tipo responsabilidade engloba os danos de maior importância, que chegam a atingir a integridade física e/ou moral do consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é fundada pelo efeito de imputação ao fornecedor, sobre sua responsabilização em decorrência dos danos causados em razão dos defeitos na concepção ou fornecimento do produto ou serviço, impondo o dever de indenização violação ao dever geral de segurança atribuído pela sua atuação no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2009, p.260).

Em se tratando de responsabilidade por fato do produto ou serviço, Vaneska Donato de Araújo discorre que:

[...] ocorre quando, por falhas de projeto e realização, insuficiência ou inadequação das instruções e advertências, divulgação errôneas de suas qualidades e características, não oferecem a segurança que razoavelmente deles se espera, causando acidentes e prejuízos de natureza variada. Trata-se do acidente de consumo. (ARAÚJO, 2008, p.255).

Porém há certa divergência em relação o termo “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” e o termo “acidente de consumo.”

Há doutrinadores como Antônio Herman V. Benjamin (2007, p.114) que acredita que a expressão responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não traz a exata nitidez sobre o ponto em que o direito do consumidor pretende dar ao problema. Acredita que a expressão “responsabilidade pelos acidentes de consumo”, encaixaria melhor, pois estaria mais ligada ao elemento humano

consequencial, enquanto a outra destaca-se mais ao elemento material causador da responsabilidade, e por fim conclui que [...] “o dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço), mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo)”.(BENJAMIN, 2007, p. 114).

Já em relação a essa denominação, Rizzato Nunes, posiciona-se contrariamente. Reconhece que a terminologia “acidente de consumo” é mais utilizada, porém discorda no sentido, que haverá casos de defeito em que o termo acidente não será apropriado. Exemplo disso seria quando ocorrer um lançamento equivocado no cadastro de devedores do Serviço De Proteção ao Crédito, seria defeito do serviço, o que acabaria acarretando no dever de indenizar por danos materiais e morais e à imagem, mas não se assemelharia de alguma forma com um “acidente”. Já em relação ao termo “fato” do produto, a própria lei menciona e permite uma ligação com a idéia de acontecimento, que pode ser qualquer acontecimento decorrente de algum acidente ou não, mas que ocasionou um dano ao consumidor. (NUNES, 2009, p.177/178).

Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não tem como imputar o dever de indenizar a vítima sem a devida comprovação da existência do defeito.

A responsabilidade do fornecedor terá origem, quando for comprovado o defeito do produto e o nexó de causalidade entre este e o acidente de consumo. (ARAÚJO, 2008, p.255).

Paulo de Tarso trata o defeito do produto ou do serviço elencados pelos artigos 12 e 14 do CDC como pressupostos da responsabilidade civil. O defeito é colocado primeiramente, pois incide na deficiência prestada pelo produto ou pelo serviço, que não proporcionando a devida segurança esperada por eles acabam tornando-os perigosos, e por fim, provocadores de danos aos consumidores. (SANSEVERINO 2002, p. 112).

Segundo artigo 12, §1º do CDC, produto defeituoso é aquele que não oferece segurança que dele legitimamente se espera, significando assim que todos os produtos possuem certa garantia de idoneidade que durará toda a sua vida útil.

A segurança que se espera deve ser apreciada de acordo com perspectiva real do consumidor, mas não absoluta. De certo forma, não se pode garantir a segurança de todos os produtos, pois nenhum produto é completamente

seguro, porém devem ser conservados os limites de normalidade e previsibilidade. (ARAÚJO, 2008, p.255).

Sugere Antônio Herman Benjamin (2009, p.119) no que concerne à segurança de produtos e serviços, dividir em três grupos a periculosidade: periculosidade inerente; periculosidade adquirida (em razão de um defeito); e periculosidade exagerada.

No mercado de consumo, há determinados produtos e serviços que trazem riscos intrínsecos inerentes a boa qualidade do produto e o seu modo de funcionamento. Se diante desses riscos houver uma normalidade e previsibilidade, não será considerado defeito, para fins de CDC, pois será caracterizado como periculosidade inerente.

A periculosidade será considerada inerente, quando a insegurança presente nos produtos ou serviços for normal e previsível, atendendo a perspectiva do consumidor, cabendo ao fornecedor o dever de informação dos riscos inevitáveis. (BENJAMIM, 2009, p.119).

Já a periculosidade adquirida, segundo o autor, torna perigosos os produtos e serviços, devido a um defeito que se apresenta por qualquer razão, quer seja, defeito de fabricação, concepção ou defeito de comercialização. (BENJAMIN, 2009, p.120).

Assim, o fornecedor que colocar no mercado de consumo produto ou serviço que vier apresentar periculosidade adquirida, deverá informar as autoridades competentes sobre os defeitos de determinado produto ou serviço, e proceder ao *recall* como forma de prevenção de acidentes de consumo.

Por fim, a periculosidade exagerada, se encaixa como espécie dos bens de consumo de periculosidade inerente (que via de regra, não possui defeito), porém a informação prestada adequadamente não serve para minimizar os riscos.

Preceitua Benjamin (2009, p.121) que “seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores.”

Dessa forma, os produtos que apresentarem periculosidade exagerada não podem de jeito nenhum, serem introduzidos no mercado de consumo.

Em relação ao dever de segurança que é imputado ao fornecedor, inclui-se também o dever de informar o usuário sobre a utilização do produto, como também veda a vinculação de propaganda enganosa. (ARAÚJO, 2008, p.255).

Segundo Bruno Miragem (2008, p.268), a doutrina brasileira com base nos critérios elencados pelos artigos 12,§1º, I a III, e 14, §1º, I a III do CDC¹⁴ vem sistematizando os defeitos dos produtos como: “a) defeito de projeto ou concepção; b) defeito de execução, produção ou fabricação; c) defeitos de informação ou comercialização”.

Os defeitos de concepção podem ser resultados de erros nos projetos tecnológicos do produto, quanto da escolha do material inapropriado, ou então de elementos orgânicos ou inorgânicos que prejudicam a saúde. Comprovado, o defeito gera uma “*reação em cadeia*”, abrangendo todos os produtos da mesma sequência. Contudo as modernas técnicas de controle de qualidade não são suficientes para evitar a ocorrência de danos oriundo dos defeitos. (DENARI, 2007, p.192).

Dessa forma, o que vem ocorrendo são os chamados *recalls*, que faz com que o fornecedor recolha preventivamente o produto, para evitar danos ao consumidor.

Este recurso é muito utilizado na sociedade moderna de consumo pelas indústrias automobilística e farmacêutica, que devem fazer a substituição do produto defeituoso. (DENARI, 2007, p.192).

Os defeitos de produção, execução ou fabricação, segundo Bruno Miragem (2009, p.269), são “aqueles que apresentam falhas no dever segurança durante o processo de realização/prestação de um determinado serviço, ou de produção ou fabricação de um determinado produto.”

¹⁴ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação. (BRASIL, 2010-a).

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 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. (BRASIL, 2010-a).

São defeitos que se manifestam em decorrência de falhas no processo produtivo, mecânico ou manual, da qual sua incidência se encontra na relação imediata com o controle de qualidade desenvolvido pela empresa. Eles surgem como parte integrante do risco do negócio. (DENARI, 2007, p.193).

Porém, os avanços tecnológicos, contribuíram de forma positiva para reduzir a incidência de defeitos. Tudo isso é consequência das produções em série, que de certa forma, multiplicaram os riscos, e fizeram com que o CDC adotasse a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Por último temos os defeitos de informação ou comercialização, que são aqueles que ocorrem devido à carência de informação por parte do fornecedor.

Está vinculada a deficiência de informações, sobretudo insuficientes ou inadequadas sobre a utilização do produto, até mesmo, em sua embalagem, ou acondicionamento, como também através dos meios de comunicação. (DENARI, 2007, p.193).

Afirma Zelmo Denari que esses defeitos são extrínsecos, pois estão relacionados com as instruções que devem acompanhar os produtos adequados no mercado de consumo, devendo ser claras e precisas, numa linguagem de fácil compreensão para o consumidor que é o adquirente do produto. (DENARI, 2007, p.193).

Já o serviço defeituoso está disposto no §1º do artigo 14 do CDC, como aquele que não fornece a segurança adequada, pelo qual o consumidor deste serviço possa esperar, devendo levar em consideração as circunstâncias complacentes, tais como a forma de seu fornecimento, o resultado e os riscos que dele se esperam, o tempo em que foi fornecido, etc. (DENARI, 2007, p.203).

Segundo Arnaldo Rizzardo, o serviço mal feito ou executado pode ocasionar acidentes externos ou acontecimentos danosos aqueles para quem foi prestado. Se o indivíduo junto à qual se contrata o serviço realizar com defeitos ou imperfeições, acabará causando prejuízos, ofendendo dessa forma o dever de segurança. (RIZZARDO, 2007, p.413).

Qualquer fornecedor de serviços irá responder objetivamente, ou seja, independente da existência de culpa, pelos danos causados ao consumidor, salvo o profissional liberal. Dessa forma, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica de direito público ou privado, que operam como fornecedores de serviços no mercado de consumo podem vir a responder sem culpa. (LISBOA, 2006, p.276).

A responsabilidade do fornecedor será configurada, conforme o concurso de três pressupostos:

Primeiramente deve ser encontrado o defeito no serviço; deve este defeito ocasionar o evento danoso; e haver uma relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano. (DENARI, 2007, p.202).

A ocorrência maior que podem ser destacadas por ocasionarem acidente de consumo estão relativamente ligadas aos serviços como, consertos de veículos, instalações de rede elétrica e hidráulica, reparos de aparelhos eletrodomésticos, guarda e estacionamento de veículos, movimentações bancárias, ao transporte, cartões de crédito, seguros, hotéis, hospitais clínicas médicas e laboratórios. (RIZZARDO, 2007, p.414).

Os prestadores de serviços também serão obrigados indenizar os consumidores, quando o serviço não atender a sua finalidade, quer seja, através de um contrato de prestação de serviços, como também por falhas na informação prestada pelos meios publicitários.

O CDC, além de se preocupar em responsabilizar o fornecedor pelos defeitos intrínsecos, também se preocupou em responsabilizar o prestador de serviços pelos defeitos extrínsecos, ou seja, relacionados aos contratos de prestação de serviços ou de meios publicitários que não prestaram informações precisas e claras a respeito da fruição. (DENARI, 2007, p.202).

Em relação à prestação de serviços públicos, o artigo 22 do CDC coloca que: “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.” Complementa ainda o 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”. (BRASIL, 2010-a)

Dessa forma, tendo em vista a abrangência de casos, onde os serviços públicos ocasionam prejuízos, podemos citar os casos mais comuns, como greves, suspensão de serviços de telefonia, interrupção do fornecimento de água, e paralisação de atendimento médico. (RIZZARDO, 2007, p.414)

Denota-se que o Estado também poderá ser enquadrado como responsável por serviço defeituoso, independente se o defeito decorreu do uso da administração direta ou indireta.

O Estado também pode ser responsabilizado, quando a atividade por ele oferecida, for fornecida conforme pagamento de remuneração direta, e o acidente de consumo, decorreram do uso do serviço, independente se for administração direta ou indireta. (LISBOA, 2006, p.277).

O CDC adotou a responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos, como também, para o fornecedor de serviços. Porém há algumas exceções, onde o fornecedor irá responder, conforme verificação da culpa. É o caso dos profissionais liberais, que estarão sujeitos a indenizar, mediante comprovação de culpa

Por último foi disciplinado no § 4º do artigo 14 do CDC¹⁵, a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, que requerem a incidência de culpa para a imputação do dever de indenizar. Tal assunto deverá ser estudado separadamente, pois muitas profissões não garantem o resultado, como a medicina e a advocacia. Já em relação à arquitetura, engenharia, entre outras profissões, onde o obrigado assegura o resultado, acarretará na responsabilidade objetiva. (RIZZARDO, 2007, p.415)

As características do profissional liberal são enumeradas por Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

Autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação; prestação de serviço feito pessoalmente, pelo menos nos seus aspectos mais relevantes e principais; feitura de suas próprias regras de atendimento profissional, o que ele repassa ao cliente, tudo dentro do permitido pelas leis e em especial da legislação se sua categoria profissional. (NUNES, 2009, p.230/231).

Assim, a relação do profissional liberal que presta serviço ao consumidor só caberá indenização quando for comprovada a culpa dele.

Assim só será enquadrado o § 4º do artigo 14, quando a atividade for de meio, e não de resultado. O serviço prestado, do qual o pagamento se faz pelo

¹⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 2010-a)

resultado, não há como indagar a culpa do profissional, querendo responsabilizá-lo por um mero defeito ou vício.

A compreensão se expande a todas as pessoas jurídicas quem exercem atividades liberais. O que importa é a natureza da atividade. Como está sendo prestado o serviço, se é por profissional autônomo, ou este profissional foi contratado para exercer tal serviço.

3.5 Responsabilidades penais e administrativas do fornecedor no *recall*

A informação é sem dúvida, uma das obrigações mais importantes do fornecedor, principalmente informar o consumidor sobre os riscos de determinados produtos ou serviços, pois o objetivo deste dever é de evitar ao máximo os acidentes de consumo, e assim, preservar a vida, saúde e segurança do consumidor.

O fornecedor que não cumprir o dever legal de informar sobre a periculosidade ou nocividade de seus produtos e serviços estará violando as normas do CDC, e ficará sujeito a sanções de natureza penal elencadas nos arts. 63, 64, 66 do CDC.

O art. 63 está relacionado com os crimes de omissão, uma vez que prevê como criminosa a conduta de omitir diretrizes ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade, como também prevê a conduta culposa para tal crime. (BRASIL, 2010-a).

Já no art. 66, também se prevê a conduta culposa como crime, que irá ocorrer quando o fornecedor omitir informação referente a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços, como também incorrerá nas mesmas penas aquele que patrocinar a oferta, conforme dispõe o parágrafo 1º do mesmo artigo. (BRASIL, 2010-a).

Por fim, o mais importante, que está intimamente ligado a conduta do *recall* é o art. 64 do CDC:

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo. (BRASIL, 2010-a).

O artigo prevê como criminosa a conduta que deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos ou serviços, cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado de consumo. Da mesma forma, está incorrendo na mesma pena o fornecedor que deixar de retirar do mercado de consumo produtos nocivos ou perigosos por determinação de autoridade competente. (BRASIL, 2010-a).

O objetivo jurídico do legislador em produzir esta redação para o art. 64 foi de proteger a vida, saúde e segurança do consumidor, como também dar informação adequada sobre os riscos de nocividade e periculosidade que produtos ou serviços apresentarem. Caracterizando como infração por desobedecer ao dever legal de comunicação às autoridades competentes sobre a nocividade ou periculosidade posterior a colocação de produto no mercado e o dever de retirá-lo imediatamente do mercado de consumo, quando a autoridade competente determinar. (ALMEIDA, 2006, p.166).

O sujeito ativo é o fornecedor ou fornecedores que receberam a determinação da autoridade competente para retirar do mercado de consumo o produto defeituoso. Podendo ser tanto o fabricante como o revendedor (comerciante). (BENJAMIN, 1993, p.102). Já o sujeito passivo seria “o consumidor difusamente considerado, ou a coletividade de consumidores potencialmente afetada” (ALMEIDA, 2006, p.166).

O legislador buscou agregar dois tipos penais de omissão aos fornecedores: a omissão de informar as autoridades competentes, e a omissão de retirar do mercado de consumo, sob ordem da autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos que já estejam sendo comercializados.

O tipo objetivo penal agrega duas formas de conduta: a primeira se refere à omissão do fornecedor de comunicar a autoridade competente e aos consumidores, sobre a nocividade ou periculosidade do produto ou serviço introduzido no mercado. Já a segunda se refere à omissão do fornecedor de retirar imediatamente o produto perigoso ou nocivo, já colocado no mercado, quando houver determinação de autoridade competente. (ALMEIDA, 2006, p.166/167).

Já no tipo subjetivo, não há modalidade culposa, dessa forma a conduta do fornecedor só está sujeita de punição se for a título de dolo. (BENJAMIN, 1993, p.104).

Importante mencionar que as sanções penais que contém no CDC, não isentam o fornecedor de responder civilmente pelos produtos e/ou serviços que posteriormente causarem danos aos consumidores, muito menos afasta possibilidade de ser punido na esfera administrativa nos termos que dispõe o CDC.

Já referente à responsabilidade administrativa do fornecedor, o fato do fornecedor realizar o *recall*, não o exime das sanções administrativas, quando admissíveis, principalmente aquelas previstas nos arts. 56,58 e 59 do CDC.

Conforme preceitua Bruno Miragem, as sanções administrativas podem ser classificadas como: a) pecuniárias; b) objetivas; e c) subjetivas. A pecuniária está ligada a imposição de multa, já a objetiva se refere a produtos e serviços, e por último, a subjetiva está vinculada às atividades do fornecedor. (MIRAGEM, 2008, p.429).

As sanções que merecem destaque são aquelas previstas pelo art. 56 do CDC:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda. (BRASIL, 2010-a).

A responsabilidade administrativa, no caso do *recall* se encontra na seguinte questão: Mesmo o fornecedor tendo realizado o *recall*, é possível que ele seja condenado a pagar a multa na esfera administrativa, e também estar sujeito a aplicação de outras medidas administrativas elencadas pelo CDC?

Segundo os ensinamentos de Avelar (2008, p.113), o fornecedor não pode ser penalizado impondo o pagamento da multa, se ele tomou todas as medidas

previstas em lei, já que cumpriu todas as obrigações quando aprimorou o contrato, pois a multa tem natureza de sanção. Já em relação às outras medidas administrativas, por ter natureza de prevenção de danos aos consumidores, poderão ser aplicadas, mesmo que o fornecedor tenha realizado o *recall*.

3.6 Causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor

A regra para o fornecedor se eximir da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço defeituoso está disposta no §3º dos artigos 12 e 14 sucessivamente do CDC¹⁶.

No que tange a responsabilidade do fornecedor, este só não será responsabilizado pelos produtos ou serviços defeituoso colocados no mercado de consumo, se provar que: não colocou o produto no mercado; o defeito inexistente; ou houve culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

3.6.1 A não colocação do produto no mercado

O ato de introdução do produto em circulação, diz respeito no momento que é introduzido no ciclo-produtivo-distributivo de maneira voluntária e consciente, mesmo que seja para fins de testes ou mostruários. É estabelecido no momento em que o produtor ou fabricante oferece o produto ao transportador para que seja entregue ao seu destinatário final. (ARAÚJO, 2008, p.257).

Se o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado de consumo, será excluída sua responsabilidade registrada no CDC. No entanto, poderá permanecer a possibilidade de ser responsabilizado por negligência, conforme está disposto no artigo 159 do Código Civil. (BOAVENTURA, 2002, p.174).

¹⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

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

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 2010-a).

Assim se o fornecedor conseguir provar que não colocou voluntariamente o produto no mercado de consumo, não poderá responder pelos danos decorrentes daquele produto defeituoso.

3.6.2 A inexistência do defeito

Os defeitos do produto ou serviço são pressupostos da responsabilidade por danos nas relações de consumo. O fornecedor deverá provar que o defeito inexistente, tendo em vista a inversão do ônus da prova, que está previsto no inciso VIII do artigo 6º do CDC. (ARAÚJO, 2008, p.258).

De acordo com a legislação brasileira, o consumidor numa ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, terá apenas de provar o nexo causal e o dano, devido ao produto ou serviço que adquiriu. Compete ao fornecedor, logo em seguida, esclarecer que o dano, ainda que causado pelo produto ou serviço, não foi em função de um defeito, ou então, que o dano, embora provocado pelo bem, não contribui com ação ou omissão sua. (BENJAMIN, 2009, p.130).

Sendo assim, o fornecedor que conseguir provar que o produto colocado no mercado de consumo não apresenta nenhum defeito, irá romper imediatamente o nexo de causalidade que determina o momento em que ocorreu o dano, excluindo-se assim a responsabilidade do fornecedor.

3.6.3 A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

O dispositivo que regula este assunto está no artigo 12, §3º, III do CDC:

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

[...]

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

[...]

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 2010-a).

Compete ao fornecedor provar que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. No entanto a culpa exclusiva pode ser decorrente do uso inadequado do produto, pela omissão de informações que deveriam ser dadas ao consumidor,

instruções, ou mesmo advertências sobre o uso daquele produto. (BOAVENTURA, 2002, p.175)

Um exemplo prático da ocorrência de culpa exclusiva do consumidor como causa excepcional do acidente de consumo, seria quando o consumidor usa o medicamento sem a devida observância das doses adequadas ou quando contraria a prescrição médica. (ARAÚJO, 2008, p.258).

Ainda o inciso III do artigo 12, §3º do CDC, coloca além da culpa exclusiva do consumidor, também a culpa de terceiro. Essa culpa pode ser verificada quando ocorrer o desempenho de qualquer pessoa que não esteja envolvida nas relações de consumo como parte, mas que contribuiu para o evento danoso.

Nas palavras de Benjamin (2009, p.130) terceiro é qualquer pessoa estranha na relação que há entre o fornecedor e o lesado. Um exemplo disso seria quando o transportador (quando não contratado pelo fornecedor); ou até mesmo quando o Estado deixa a desejar com a má conservação das estradas, ocasionando o rompimento de uma das rodas do automóvel, e por consequência causando um grave acidente.

Sendo que o fornecedor só será eximido da culpa, se demonstrar que o dano ocorrido foi em razão da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No que tange a concorrência de culpa, vale muito o comportamento do consumidor em relação à causa do acidente, pois deve se levar em conta se o consumidor foi o único causador do acidente de consumo, ou houve concorrência entre o seu comportamento e o defeito do produto. Assim se for comprovada a concorrência, não será aplicada a excludente de responsabilidade. (BENJAMIN, 2009, p.130).

3.6.4 O caso fortuito e força maior

As excludentes de responsabilidade por caso fortuito e força maior está previsto no artigo 393 do Código Civil, porém não foram introduzidas no rol de excludentes da responsabilidade do fornecedor. No entanto sua argumentação é admitida, tendo em vista, que um fato inevitável rompe com o nexo de causalidade, principalmente quando não conserva a relação com a atividade do fornecedor. (ARAÚJO, 2008, p.258).

Porém Nunes (2009, p.195) afirma que o caso fortuito e força maior não excluem a responsabilidade do fornecedor, com a argumentação de que o risco do fornecedor é integral, e como a norma deixa de estabelecer essa excludente, não pode o agente responsável alegá-las em sua defesa.

E complementa que o CDC entendeu que a carga econômica decorrente do defeito, recai sobre o agente que a produziu. E ainda fundamenta com o princípio que é garantido pela Carta Magna da liberdade de empreendimento, que reflete diretamente ao “direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido”, concluindo que a pessoa que exerce a livre atividade econômica, está assumindo todo o risco integral. (NUNES, 2009, p.195).

Zelmo Denari (2007, p.199), por sua vez acredita que os acontecimentos de forças físicas da natureza, ou de alguma forma são inevitáveis de combater, que escapam do controle do homem, e que podem ocorrer tanto antes como depois da colocação do produto no mercado de consumo, devam eximir a responsabilidade do fornecedor, pois não teve ele, como prever esses acontecimentos.

3.6.5 Riscos de Desenvolvimento

Os riscos de desenvolvimento são aqueles que não podem ser cientificamente revelados no momento em que o produto ou serviço é introduzido no mercado de consumo, sendo que só é descoberto após um tempo de sua utilização, impossibilitando assim que o defeito do produto ou serviço fosse identificável pelo fornecedor. (ROCHA, 2000, p.111).

Os defeitos que surgem em decorrência dos riscos de desenvolvimento constituem “uma espécie do gênero defeito de concepção.” Os riscos de desenvolvimento são decorrentes da carência de informações científicas, na época de concepção, a respeito dos riscos inerentes a adoção de uma nova tecnologia. (BENJAMIN, 2009, p.131).

Os riscos de desenvolvimento podem servir como excludente da responsabilidade do fornecedor, porém a de se analisar o quanto eles podem interferir na responsabilidade do fornecedor, e de que forma devem ser suportados os riscos no mercado de consumo.

A questão é como o fornecedor poderá ser responsabilizado por algo que ele não pode prevê.

Em relação à distribuição dos riscos de desenvolvimento, ROCHA (2000, p.112), faz a seguinte indagação: quem deverá suportar os riscos de desenvolvimento? O fornecedor ou o consumidor? Há divergências a respeito de ambas as opções.

O mesmo autor explica que no direito português, italiano e alemão, entendem que o risco de desenvolvimento deve ser aceito como causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor e assim, imputa o ônus dos riscos de desenvolvimento aos consumidores. Já o direito brasileiro não aceita, tendo em vista que o risco de desenvolvimento não está previsto no artigo 12, §3º do CDC, onde encontram-se as formas de exclusão da responsabilidade do fornecedor. (ROCHA, 2000, p.112).

3.7 O contrato nas relações de consumo

A maior parte das relações de consumo que há entre consumidores e fornecedores existem mediante contratação, quer seja ela verbal ou escrita. O que nos importa nesta ocasião, é analisar os contratos escritos.

Primeiramente devem ser abordados alguns princípios que regem a relação contratual, quais sejam: princípio da autonomia da vontade; da obrigatoriedade contratual e da função social do contrato.

O princípio da autonomia da vontade assegura aos indivíduos liberdade para contratar. Esta liberdade alberga o direito de contratar ou não, escolher a pessoa com quem quer contratar e de constituir o conteúdo do contrato.

Segundo Claudia Lima Marques (2005, p.60), o contrato de consumo, está intimamente ligado com a idéia de autonomia da vontade, que considera a vontade das partes uma peça essencial da obrigação contratual, e ainda completa que a vontade humana está acima da vontade da lei.

Maria Helena Diniz (2005, p. 35) assevera que:

O princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam as normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites a liberdade contratual.

Dessa forma pode-se perceber que é da vontade das partes que se origina a relação contratual. Através dela, buscam-se formas, que possam garantir

seu cumprimento, e também garantir que a vontade daquele que o criou saia isento de vícios ou defeitos.

O princípio da obrigatoriedade contratual faz referência à força ligada as convenções, o que foi realmente acertado entre as partes. O contrato tem assim força de lei entre as partes que dele participam, fazendo assim jus à expressão em latim “pacta sunt servanda” (os pactos devem ser cumpridos).

Dessa forma, quanto à celebração do contrato, deverão ser observados os pressupostos e requisitos de validade, bem como o contrato deve ser cumprido pelas partes, como se as suas cláusulas fossem preceitos legais imprescindíveis, independente do conteúdo das obrigações assumidas, já que foram aceitas de livre e espontânea vontade. (NOVAIS, 2001, p.59).

O princípio da função social serve para limitar a autonomia da vontade quando esta esteja confrontando o interesse social, devendo predominá-lo, mesmo que essa limitação possa alcançar a liberdade para não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Serve também na questão de possibilitar terceiros que não estejam, de certa forma envolvidos nas relações contratuais, quando estiverem sendo atingidos, quer sejam de forma direta ou indireta, através de cláusulas que possam prejudicá-los.(PEREIRA 2004, p. 13-14).

Humberto Teodoro Junior (2003, p. 55-56) cita alguns exemplos de contratos que no seu entendimento não exerce a sua função social, não tendo interesse coletivo, desmerecendo a proteção judicial, como, venda de produto ou serviço mediante propaganda enganosa, alienação de bens fraudando credores, a concorrência desleal, etc.

O CDC tem por objetivo promover a lealdade, a transparência e o equilíbrio nas relações de consumo, não admitindo fraude, enganações, cláusulas obscuras, com letras minúsculas, e contratos que ponham o consumidor em situação desvantajosa na relação de consumo. (BESSA, 2009, p.276).

O fato do surgimento da produção em massa nas relações de consumo imputou ao fornecedor o dever de estabelecer determinada conduta perante o consumidor, buscando a satisfação de suas necessidades.

Os contratos de massa são conhecidos pela elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, onde as cláusulas dos contratos consente aos empresários a liberdade de elaborar o conteúdo do contrato nas relações de consumo, conforme lhe for mais conveniente. (MARQUES, 2002, p. 146).

Esse tipo de contrato é chamado contrato de adesão, que está previsto e definido no artigo 54 do CDC. As cláusulas desse contrato são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sendo assim não há autonomia da vontade das partes presente neste tipo de contrato.

Dessa forma as cláusulas contratuais irão refletir sobre o equilíbrio contratual, gerando assim, um desequilíbrio nas relações de consumo no que tange as obrigações das partes, pois o fornecedor irá sempre por a frente o seu interesse econômico e jurídico.

Nesse tipo de contrato, o fornecedor é que tem a vantagem em relação ao consumidor, pois é ele que elabora o contrato, minimizando os seus deveres, dispensando-o de responsabilidades, reduzindo os prejuízos e os custos de um futuro litígio. (MARQUES, 2002, p.147).

Antes que se conclua o contrato, é necessário analisar as cláusulas gerais.

Essas cláusulas são firmadas pelo fornecedor antes do encerramento do contrato de adesão, ou então, são impostas por lei. Tendo como características: a) Pré-estabelecimento, que são feitas estipulações antes de se iniciar a contratação e/ou a venda do produto ou serviço; b) Unilateralidade, quem estipula (fornecedor), elabora cláusulas por sua própria decisão e vontade; c) Uniformidade, na qual as mesmas cláusulas não sofrem variações no mercado, como serviços bancários, planos de saúde, seguros em geral, etc.; d) Abstração são cláusulas que só vão se concretizar no momento em que o consumidor adquirir o produto ou serviço e/ou quando for firmado o contrato; e) Rigidez, o aderente, ou seja, o consumidor não poderá discutir o conteúdo e aceita o contrato sem poder discuti-lo. (NUNES, 2000, p.542).

É importante analisar as cláusulas abusivas, que estão dispostas no art. 6º, inciso IV da lei 8078/90, sendo que artigo 51 da mesma lei coloca quais cláusulas estão sujeitas a nulidade.

Efing (2001, p.254) afirma que as cláusulas abusivas são aquelas que correspondem a comportamentos aproveitadores da boa-fé do consumidor, ou então, aquelas que ponham o consumidor em situação de inferioridade técnica ou econômica perante o fornecedor. O CDC prevê em seus artigos 39, 40 e 41, um conjunto de práticas comerciais que o legislador considera abusivas, e por tanto

proibidas, de tal forma, que a nova redação do art. 39, já as esclarece de modo exemplificativo.

Segundo Claudia Lima Marques, o art. 39 pode ser dividido em quatro grupos: O primeiro grupo veda condições negociais desfavoráveis ao consumidor, aquela na qual o fornecedor tira vantagem de seu conhecimento técnico e de sua superioridade econômica. Já no segundo corresponde aquelas que preponderam sobre a vulnerabilidade pessoal ou cultural do consumidor. No terceiro grupo, são aquelas práticas de vendas, na qual o consumidor não se manifesta previamente, ou seja, ele recebe o produto ou o serviço sem ter requisitado, não tendo como devolver o produto, ou negar o serviço, obrigando-se assim a aceitá-los. E por último temos o quarto grupo que é aquele voltado mais para os costumes, utilizado-os na fase pré-contratual. São aquelas práticas consideradas abusivas perante valores protegidos pela nossa Magna Carta, que atinjam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º, inc. IV), os direitos humanos (art. 3º inc. II), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). (2002, p.686/688)

Sobre as cláusulas abusivas, afirma Nery Júnior (2007, p. 579) que “existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes”.

Ainda complementa o autor que as cláusulas abusivas não se limitam aos contratos de adesão, mas pertencem a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, tendo em vista que o desequilíbrio contratual, com a superioridade do fornecedor sobre o consumidor, pode acontecer em qualquer contrato, concluído por meio de qualquer técnica contratual. O CDC tende a proteger o consumidor contra as cláusulas abusivas *tout court* e não somente o adepto do contrato de adesão. Daí porque “as cláusulas abusivas estarem tratadas pelo CDC em seção diversa do regulamento do contrato de adesão, significando terem abrangência para além dessa forma de contratação em massa”. (NERY JUNIOR, 2007, p.569).

O capítulo seguinte tratará dos aspectos gerais do instituto do *recall*, como a necessidade do surgimento deste instituto, tendo em vista a moderna sociedade de consumo, que acabou ocasionando num aumento de riscos potenciais aos consumidores, bem como o princípio da precaução e a possibilidade de sua aplicação ao instituto do *recall*.

4. O INSTITUTO DO *RECALL* E SUA APLICAÇÃO NO CDC SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

4.1 Aspéctos gerais sobre o *recall* (chamada para voltar)

A sociedade de consumo tem colaborado para o surgimento de novos riscos e por consequência novos danos, uma vez que a produção em massa e circulação dos bens acarretou na perda do controle por parte do fornecedor em relação à adequação referente à segurança de produtos ou serviços lançados no mercado de consumo, ocasionando desta forma os chamados acidentes de consumo.

Isto fez com que o legislador buscasse de certa forma, produzir normas com a finalidade de evitar danos ao consumidor em função de algum vício ou defeito nos produtos ou serviços que já estivessem sendo comercializados no mercado de consumo, e assim obrigar o fornecedor a informar o consumidor sobre os riscos e retirá-los do mercado.

Nos últimos anos, a palavra *recall*, de origem inglesa, que significa “chamada para voltar”, foi introduzida no vocabulário brasileiro.

O *recall* surgiu com a finalidade de prevenir o consumidor dos chamados acidentes de consumo e também como meio de sanar defeitos que possam ocorrer no processo de produção, tendo em vista que se tornou comum na produção em série a ocorrência de vícios e defeitos em produtos ou serviços.

Antes de ser integrado pelo direito do consumidor, este termo era utilizado no Direito Político Norte Americano como meio de revogação na eleição de um legislador ou funcionário eleito, com também, forma de anulação de decisões judiciais, mediante voto do povo, na qual era negada a vigência de uma lei que era entendida como inconstitucional. A única exceção era nos casos de decisão da Suprema Corte. (CHEDID, 2005, p.50).

Mais tarde a palavra *recall* foi integrada no direito do consumidor, não pela sua origem, mas sim pela sua definição literal devido o mesmo sentido utilizado nos Estados Unidos da América. (AVELAR, 2008, p.108).

O *recall* é utilizado pelas empresas como política de redução de custos, nos casos em que o produto ou serviço venha apresentar algum defeito após a sua colocação no mercado, em razão da redução de seus custos para a reparação.

O primeiro *recall* no Brasil registrado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) foi em 1998. A responsável foi a Mercedes Benz, que convocou cerca de 23.800 compradores do veículo OF 620, para o conserto de suporte na coluna de direção. Porém em 1969 a Ford, afirma ter realizado *recall* por ter detectado um problema de alinhamento de rodas e suspensão no modelo Corsel que tinha acabado de ser lançado. (AVELAR, 2008, p.111).

O conceito de *recall* se insere nos casos onde o fornecedor ao tomar conhecimento da nocividade ou periculosidade do produto ou serviço introduzido no mercado de consumo, deverá fazer a chamada dos consumidores, para poder então retirar o produto ou serviço do mercado de consumo, restituir a quantia paga ao consumidor; reparar, substituir em parte ou todo, ou até mesmo, se necessário, realizar a troca deles, sem o prejuízo do dever de indenizar e das sanções administrativas e penais.

O *recall* estava previsto no art. 11 do CDC:

Art. 11 - O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos. (BRASIL, 2010-a).

Previa expressamente a obrigação do fornecedor em retirar o produto ou serviço do mercado de consumo que apresentasse riscos aos consumidores. Porém este artigo foi vetado, pois acredita-se que o dispositivo se torna contrário ao interesse público, quando determina a retirada de produtos ou serviços que apresentem alto grau de nocividade ou periculosidade do mercado de consumo, mesmo aqueles que demonstrem adequação para o uso. Isto impossibilita a produção e o comércio de bem indispensáveis a sociedade contemporânea, como por exemplo, os materiais radioativos, produtos químicos, dentre outros, já que outros artigos da mesma seção supriam a intenção normativa. (NUNES, 2009, p.170).

Agora o *recall* encontra-se previsto no § 1º do art. 10 do CDC:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (BRASIL, 2010-a).

O Código veda a colocação de produtos ou serviços no mercado de consumo que apresentem alto grau de periculosidade ou nocividade, pois presume-se que o fornecedor tenha conhecimento dos riscos, já que ele “sabe ou deveria saber” de sua existência. Não podendo assim, eximir-se da responsabilidade com argumentos de que os desconhecia. (GARCIA, 2009, p.102).

No âmbito federal temos a portaria nº 789, de 24.08.2001, que regulamenta a comunicação do *recall*, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, referente à periculosidade e serviços colocados no mercado de consumo e também o Decreto 2181/97, que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Através do *recall* o fornecedor busca impedir, ainda que tardiamente que o consumidor sofra algum dano ou perda em função de vício ou defeito que o produto tenha apresentado após sua comercialização. (NUNES, 2009, p. 168).

O *recall* possibilita o fornecedor que tenha colocado produto defeituoso no mercado, que em razão disso ofereça risco à vida, saúde ou segurança do consumidor, possa saná-los.

É necessário para haver um melhor entendimento a respeito do *recall*, um estudo sobre a composição de seus elementos.

Segundo os ensinamentos de Veiga (2001, p.38/39), os elementos que fazem parte do *recall* são:

- a) Chamada dos consumidores;
- b) Que tenha ocorrido um consumo anteriormente, e não somente a expectativa que o consumo poderia ter acontecido;
- c) Que tenham ocorrido imperfeições que ponha em risco a incolumidade física ou econômica do consumidor;
- d) Que tais imperfeições possam causar danos à coletividade de consumidores;
- e) Que esses danos possam ser indenizáveis e sem haver excludentes;
- f) E principalmente a existência de problemas em produtos e serviços, e que se encontre uma solução para esses problemas.

Uma vez que foram estabelecidos os elementos que compõe o *recall*, atentamos então para sua classificação, na qual se subdivide em três tipos; voluntário, judicial e extrajudicial ou administrativo.

O *recall* voluntário é que aquele exercido pelo fornecedor voluntariamente a chamada dos consumidores para poder retirar o produto ou serviço do mercado de consumo, ou então para sanar o vício ou defeito que apresente por eles. Já o *recall* judicial, é aquele na qual o fornecedor é obrigado a realizá-lo por uma decisão judicial, podendo ser uma sentença ou até mesmo uma decisão liminar. Por fim no

recall extrajudicial ou administrativo é aquele na qual os órgãos do governo ficam responsáveis pela tutela do consumidor, solicitando que o fornecedor realize a chamada do consumidor. (AVELAR, 2008, p. 110/111).

Para realização do *recall*, é importante atentar-se para os procedimentos que deverão ser tomados pelos fornecedores na realização do *recall* de acordo com o que está disposto pelo Ministério da Justiça.

Primeiramente o fornecedor deverá informar ao público sobre os defeitos que foram detectados nos produtos ou serviços que foram introduzidos no mercado de consumo.

Bruno Miragem (2006, p.103) destaca que a informação se fará através de todos os meios de comunicação disponíveis, como anúncios publicitários, na imprensa, rádio e televisão, devendo também comunicar as autoridades competentes, informando os riscos decorrentes do defeito identificado e os meios de correção, normalmente em postos ou estabelecimentos com a autorização do fornecedor.

A comunicação aos consumidores serve para alertar sobre os riscos que aquele produto ou serviço possa vir a causar, conscientizando os consumidores sobre os cuidados que deve ser tomado na utilização, ou então, evitar quando necessário, a compra ou utilização do mesmo. Já a comunicação as autoridades competentes se torna essencial, para que se possa tomar medidas admissíveis, determinando, até mesmo a retirada do produto ou serviço do mercado de consumo. (GARCIA, 2009, p.103).

O fornecedor deve providenciar imediatamente a retirada do mercado, a troca daqueles que já foram vendidos e a devolução paga ao consumidor. Sendo que o mesmo deverá arcar com todas as despesas processuais, inclusive os da campanha publicitária (MIRAGEM, 2006, p. 838).

Sendo assim, se por acaso o consumidor vier a sofrer algum prejuízo ou dano causado pelo produto defeituoso, mesmo que o produto esteja fora do período de garantia, ou depois no anúncio do *recall*, ainda assim a empresa responsável deverá responder por isso.

O art. 2º da portaria nº 789, de 24.08.2001, disciplina a respeito dos procedimentos do *recall*:

Art. 2º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade ou nocividade que apresentem, deverá imediatamente comunicar o fato, por

escrito, ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, aos PROCONs, bem como a todas as demais autoridades competentes. (BRASIL, 2010-d)

Ainda o art. 3º da mesma portaria enfatiza o dever do fornecedor de informar os consumidores através de campanhas publicitárias previstas pelo parágrafo 2º do art. 10 do CDC, frisando que a campanha deve ser feita em todos os locais onde se possam encontrar consumidores de produtos ou serviços. Ainda prevê que o fornecedor poderá empregar outros instrumentos, se necessários, como correspondência, telefonemas, anúncios via internet, entre outros, para informar o consumidor.

Segundo o §2º do art. 3º da portaria¹⁷, o fornecedor deverá advertir sobre as consequências da não realização do *recall*. Como também o art. 4º da mesma portaria estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias para a chamada dos consumidores.

Por fim, deve ainda o fornecedor apresentar um relatório do chamamento dos consumidores ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, Procons e às autoridades competentes. Restando à campanha insuficiente, deve-se exigir a prorrogação do prazo ou então a ampliação da campanha, conforme disciplina os arts. 5º e 6º da portaria¹⁸.

¹⁷ Art. 3º O fornecedor deverá, além da comunicação de que trata o artigo 2º, informar imediatamente aos consumidores, sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço por ele colocado no mercado, mediante campanha publicitária que deverá ser feita em todos os locais onde haja consumidores deste produto ou serviço.

[...]

§ 2º Os anúncios publicitários deverão informar sobre o defeito que o produto ou serviço apresenta, bem como sobre os riscos decorrentes e suas implicações, as medidas preventivas e corretivas que o consumidor deve tomar e todas as demais informações que visem a resguardar a segurança dos consumidores do produto ou serviço, observado inclusive o disposto no Artigo 17 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 2010-d).

¹⁸ Art. 5º Ao término da campanha, deverá o fornecedor apresentar relatório final ao DPDC onde conste, além de outras informações que se fizerem necessárias, as seguintes:

- a) a quantidade de consumidores, tanto em valores numéricos quanto em percentual relativamente ao total, que foram efetivamente atingidos pelo chamamento, em termos globais e por Estados;
- b) a justificativa para o percentual de consumidores eventualmente não atendidos (produtos ou serviços não reparados ou trocados);
- c) identificação da forma pela qual os consumidores tomaram conhecimento do chamamento.

Art. 6º O DPDC poderá determinar, exclusiva ou cumulativamente, a prorrogação ou ampliação da campanha, às expensas do fornecedor, caso entenda que os resultados não foram satisfatórios.

João Batista de Almeida afirma que há deficiência na elaboração do art. 10 e seus parágrafos no CDC, tendo em vista que só fala da comunicação, deixando de lado a convocação para o conserto:

O processo do *recall* não pode contemplar apenas a comunicação, pois isso de *per si* não afastaria a periculosidade. Ao alerta deve seguir-se o conserto ou troca do mecanismo avariado, este sim, apto a afastar o perigo. A mera comunicação não condiz com o risco que o fornecedor criou ao colocar seu produto no mercado e com a sua responsabilidade de impedir danos à vida, saúde e segurança do consumidor. (ALMEIDA, 2009, p.97).

Cabe lembrar que o fornecedor ostenta sempre o risco do negócio, e tem a obrigação legal de evitar, minimizar e ressarcir danos materiais e morais.

O objetivo principal desse procedimento é de proteger e preservar a vida, a saúde, a segurança e a integridade do consumidor, bem como reduzir ao mínimo possível a qualquer forma de prejuízo, quer seja de ordem material, ou de ordem moral.

Deve-se ater para a gratuidade do serviço do *recall*, alcançando dessa forma, todos os consumidores que estejam expostos ao risco, em decorrência dos defeitos que os produtos ou serviços apresentarem. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010).

É necessário que o consumidor atenda ao chamado do fornecedor, e se o for o caso de haver reparação, este deverá exigir o comprovante do serviço prestado pelo fornecedor.

Os consumidores deverão, no caso em que houve reparação, exigirem e guardar o comprovante do serviço realizado estendendo-se até mesmo aqueles compradores de veículos usados que deverão ter seus direitos protegidos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010).

É extremamente importante que o consumidor atenda a esse chamamento, pois visa à garantia de sua própria segurança, evitando assim os chamados acidentes de consumo.

Se o consumidor percebeu que aconteceu algum dano decorrente do uso de algum produto ou serviço defeituoso, anteriormente a realização do *recall* pelo fornecedor, deverá pleitear perante as vias judiciais o devido ressarcimento. Tendo alguma dificuldade no atendimento, deve o consumidor buscar ajuda nos Procons

estaduais ou municipais, para que seja registrada sua reclamação. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010).

Os *recalls* feitos recentemente, por causa da expansão dos mercados internacionais, não estão essencialmente limitados a apenas um país. São comuns *recalls* de caráter mundial, com milhões de unidades dos produtos sendo removidas das prateleiras e substituídas para seus proprietários.

Como o caso da Nissan que anunciou o *recall* de dois milhões de veículos no mundo, por um problema de contato elétrico no sistema de controle do motor, conforme documentos conduzidos ao governo do Japão. (FOLHA, 2010).

A empresa informou que a medida envolve 835 mil carros no Japão, 755 mil nos Estados Unidos e 355 mil na Europa. A falha encontrada corresponde a um problema de fabricação de um diodo integrado em um contato do sistema de controle do motor, situação esta que pode provocar uma irregularidade no funcionamento do carro. (FOLHA, 2010).

O fornecedor tem o dever de zelar pela segurança do consumidor, intentando todos os meios possíveis para que haja a prevenção dos defeitos encontrados nos produtos ou serviços, e que estes defeitos sejam sanados.

4.1.2 Responsabilidade pós- *recall*

Como tratado no capítulo anterior, a responsabilidade do fornecedor é objetiva. Dessa forma, o fato do fornecedor ter realizado o *recall*, não exime sua responsabilização, que se estende, até mesmo após a realização do *recall*.

Por ter o CDC disciplinado como objetiva a responsabilidade do fornecedor, não deve haver questionamentos a respeito da atitude do fornecedor ser correta ou não em realizar o *recall*. Havendo dano, o fornecedor responderá pela incidência das regras disciplinadas nos arts. 12 e 14 do CDC, tendo em vista que para esses casos, não há excludente admissível de responsabilização. (NUNES, 2009, p.169).

Sendo assim, se por acaso o consumidor vier a sofrer algum prejuízo ou dano causado pelo produto defeituoso, mesmo que o produto esteja fora do período de garantia, ou depois no anúncio do *recall*, ainda assim a empresa responsável deverá responder por isso.

Porém há divergências a respeito da possibilidade de culpa concorrente do consumidor, nos casos onde ele comprovadamente recebeu o chamado e o negligenciou.

Leonardo de Medeiros Garcia preceitua que:

[...] o consumidor que foi comprovadamente notificado do vício e informado de que deva comparecer no estabelecimento do fornecedor para possibilitar a troca, por exemplo, da peça defeituosa e, mesmo assim, se mantém inerte, entendemos que age com negligência e, caso venha a sofrer danos posteriormente em razão da peça objeto de *recall*, poderá ter o *quantum*, da indenização reduzida em razão da culpa. (GARCIA, 2009, p.104).

Já nas palavras de Luiz Antônio Rizzatto Nunes [...] “poder-se-ia falar em culpa concorrente do consumidor, caso ele receba o chamado e o negligencie. Mas, nesse caso, continua o fornecedor sendo integralmente responsável”. (NUNES, 2009, p. 169/170).

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou nesse sentido:

CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE. *RECALL*. NÃO COMPARECIMENTO DO COMPRADOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE.- A circunstância de o adquirente não levar o veículo para o conserto, em atenção ao *recall*, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar. (BRASIL, 2010-g).

Obedecendo-se a um dos princípios basilares das relações de consumo, princípio da boa-fé objetiva, deve o consumidor contribuir com o fornecedor, de modo que se possam evitar danos a ambas as partes, atendendo sempre ao chamado dos fornecedores (*recall*), colaborando para a segurança esperada do produto ou serviço, evitando assim os acidentes de consumo.

4.2 O *recall* e a proteção coletiva nas relações de consumo

A proteção coletiva nas relações de consumo surge da preocupação do Estado com os indivíduos e sua fragilidade diante do desequilíbrio na relação entre o fornecedor e o consumidor no mercado de consumo de massa.

O CDC buscou através do seu art. 81, tutelar a coletividade nos seguintes casos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 2010-a).

E, na mesma linha, o CDC, nos arts. 81 a 104 dispõe sobre o assunto no título Da defesa do consumidor em juízo, trazendo a disciplina referente ao processo civil coletivo, uma vez que se relaciona com a ação coletiva (ação civil pública), dispondo sobre a definição dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, legitimidade para ajuizar ações coletivas, competência, limites subjetivo e objetivo da coisa julgada, bem como, outros aspectos relevantes (BESSA, 2007, p.380).

A realização do *recall* é de extrema importância, uma vez, que visa à proteção a vida, a saúde e a segurança dos indivíduos que integram as relações de consumo. Quando fornecedor deixa de realizar o recall, automaticamente está colocando em risco a coletividade de consumidores. Desta forma, a ação civil pública será a medida cabível nos casos onde o produto ou serviço defeituoso inseridos no mercado de consumo possa lesionar uma coletividade de consumidores.

José Marcelo Menezes Vigliar (1999, p.56) conceitua a ação civil pública como: "nada mais é que o instrumento processual criado pela Lei n.º 7.347/85 para se postular a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais."

A proteção coletiva se torna necessária, tendo em vista a atual sociedade que se caracteriza pela massificação do mercado de consumo e pelo conhecimento de que há direitos que dizem respeito a toda sociedade, pela necessidade de estabelecer instrumentos processuais essenciais em relação às lesões coletivas de direito, evitando assim, reproduções de processos idênticos e decisões contraditórias. (BESSA, 2007, p.381).

Os requisitos para a propositura da ação civil pública será, conforme nos termos do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, ou seja, aqueles se destinem a reparar ou impedir atos ou condutas que importem em dano ou lesão contra o meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, a livre concorrência, ao patrimônio histórico, ao patrimônio turístico, ao patrimônio artístico, ao patrimônio paisagístico,

ao patrimônio estético, bem como qualquer outro interesse difuso ou direito coletivo. (BRASIL, 2010-d).

Os legitimados para propor ação civil pública são aqueles indicados no art. 82 do CDC in verbis:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

- I - o Ministério Público,
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL,2010-a).

Como também mencionar como legitimados aqueles elencados no art. 5º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação civil Pública), com redação aferida pela Lei 11.448/2007 in verbis:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.(BRASIL, 2010-f)

O CDC complementando a disciplina do art. 5º da Lei 7347/85, estabeleceu legitimação concorrente e autônomo entre Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações civis para ajuizamento de ação coletiva. (BESSA, 2007, p.393).

O Ministério Público vem se destacando, entre os outros entes legitimados, por ser o mais atuante na tutela judicial dos direitos coletivos, tanto na proteção do consumidor, como também nas outras, natureza de direitos meta-individuais.

Cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses coletivos dos consumidores, uma vez que, em razão da massificação do mercado, muitas vezes,

as condutas de alguns fornecedores acabam atingindo, um grande número de clientes, ocasionando uma defesa coletiva (BESSA, 2007, p. 322).

Com relação a atuação do Ministério Pública na ação civil pública, reza o art. 129, inciso III da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 2010-b).

A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos do consumidor ocorre através da instauração de Inquérito Policial ou Procedimento de Investigação Preliminar, podendo realizar diligências, exames, perícias, solicitar documentos e até mesmo utilizar-se da força policial.

Após as investigações necessárias o Ministério Público poderá adotar duas opções: a primeira é entrar em contato com a empresa e oferecer um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no qual será assinado pela respectiva empresa com a previsão de multa em caso de descumprimento futuro. Caso a empresa não opte por assinar o TAC, o Ministério Público poderá ajuizar ação coletiva, onde o caso será discutido no âmbito do Poder Judiciário. Na hipótese de a ação ser julgada precedente, o fornecedor deverá tomar as providências determinadas pelo juiz imediatamente.

Caso o Promotor de Defesa do Consumidor, após realizar todas as diligência e investigações necessárias, constatar que a reclamação ofende apenas interesse individual, deverá encaminhar o ofendido ao Procon, sem prejuízo de ajuizamento de ação individual (BENJAMIN, 2007, p.324).

Também a de mencionar a Defensoria Pública que passou a contemplar o art. 5º da nova Lei de Ação civil Pública (Lei 11;448/2007), como um dos legitimados.

Dispõe o art. 134 da Constituição Federal:

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (BRASIL, 2010-b)

Portanto, cabe à Defensoria Pública a defesa dos direitos do consumidor lesado que não possui renda suficiente para a contratação de advogados particulares sem interferir no sustento próprio.

A Defensoria Pública atende tanto a interesses individuais, quanto coletivos, ajuizando ações civis públicas, reunindo em um único processo, lesões relativas a diversos consumidores, com a mesma pretensão.

A Constituição do Estado de Santa Catarina não contemplou a criação das defensorias públicas, atribuindo a competência das mesmas para a advocacia dativa e assistência judiciária gratuita, sendo que a Lei Complementar nº 105, que regulamentou a questão das Defensorias no Estado, atribuiu à OAB o encargo para organização dos advogados a fim de atender a todos os necessitados.

Com relação à competência para o julgamento das ações coletivas, está necessariamente disposto no art. 93 do CDC:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. (BRASIL, 2010-a).

Cabe ressaltar, conforme preceitua Aloísio Gonçalves de Castro Mendes que deve-se levar em consideração não apenas o dano, mas também a possibilidade de sua concretização ou então a eminência de ocorrer somente o ato ilícito, uma vez que o cabimento da tutela inibitória coletiva ou então as demandas simplesmente declaratórias ou constitutivas de caráter coletivo. (MENDES, 2010, p.246).

Quando o dano for local, ou seja, não regional, a competência será da comarca mais próxima. Se o dano (real ou potencial) atingir o Estado, a competência é da capital do respectivo Estado; se distrital, a competência será da Justiça do Distrito Federal.

Via de regra a capital do Estado apenas será competente se estiver sendo atingida, como também esta regra servirá para o Distrito Federal, sendo que neste caso, a competência será concorrente com as demais capitais que estiverem envolvidas. (MENDES, 2010, p.247).

Por fim, a competência para liquidação dos danos provenientes de condenação em tutela de direito individual homogêneo em ação individual deverá ser proposta no foro do domicílio do consumidor, conforme o art. 101. Inciso I do CDC.

4.3 O Princípio da Precaução

O princípio da precaução veio representar uma nova fase do processo histórico das normas sociais e jurídicas que foram estendendo-se ao longo dos tempos e que tem por objetivo evitar danos. Tudo isso se remete a idéia da incerteza quanto ao fato irreversível de prejuízos, na qual traduz a idéia de que é necessário, mas do que reparar, e sim impedir danos irreparáveis.

O termo “precaução” provém do latim tardio *precautio-onis*, que tem por significado cautela antecipada. (MACHADO, 2001, p. 1.083).

Teve seu surgimento no direito ambiental alemão, por volta da década de 60, como forma de imposição de medidas de restrição de atividades, nos casos onde não houvesse conhecimento do potencial danoso, principalmente ostentando-se na área de regulação da emissão de poluição na Alemanha Ocidental sob a denominação de *Vorsorgeprinzip* (princípio da precaução). (HARTMANN, 2009, p.175).

Tal princípio surgiu como norteador da política alemã de meio ambiente, que estabelecia às autoridades obrigação de agir ante uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, ainda que os conhecimentos científicos até então acumulados, não confirmassem tal risco. (MACHADO, 2001, p. 1.082).

O desenvolvimento do princípio da precaução se deu através do acompanhamento do progresso científico e aumento progressivo do risco como fator preponderante na composição da sociedade atual.

Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p.66) explica que “A incorporação do risco como fator nuclear da ordem social e econômica e as suas novas características colocaram o homem e o direito diante de situações cada vez mais inusitadas.” Consequência disso se apresenta através das tragédias de ampla magnitude, que vem ocorrendo devido à utilização de novas tecnologias, que comprovaram que os instrumentos que administravam os riscos habituais se tornaram inoperantes, tendo em vista que não permitiam prever e precaver alguns danos de vasta amplitude.

Assim, os preceitos de gestão de riscos se tornaram antiquados, tendo em vista que partiam da premissa do risco conhecido que, aos poucos se tornaram insuficientes, diante da incapacidade científica em desvendar a periculosidade inerente às atividades humanas.

No âmbito internacional, o princípio da precaução apareceu pela primeira vez expressa no Ato de Poluição do Ar em 1974, e após em 1982, na Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. (SANDS, 2004, p. 29/30). A convenção de Viena de 1985, que dispõe sobre “medidas de precaução” a nível nacional e internacional, e assim, o princípio vai aos poucos, expandido-se no plano internacional, sendo mencionado na Declaração Ministerial da Segunda Conferência do Mar Norte em 1987, a Convenção de Paris para a Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Norte de 1992 que conceitua o princípio da precaução, entre outros diplomas. (BOTTINI, 2007, p.67).

No Brasil, o princípio da precaução vem aos poucos sendo tratado na legislação, e na construção de decisões judiciais. Sendo que se consolidou na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992. Ocasão esta que foi votado por unanimidade a Declaração do Rio de Janeiro (ECO-92), com 27 (vinte e sete) princípios, onde o princípio 15 estabelece:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (BRASIL, 2010).

Sendo que este princípio pode ser encontrado ainda em outras duas convenções internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil, quais sejam: a Convenção da Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519/98, e a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança de Clima, cuja a promulgação se deu pelo Decreto n. 2.652/98. (LEWICK, 2006, p.366).

O mesmo autor afirma que estas Convenções assinalam igualmente, as intenções do princípio da precaução, considerando sua aplicação nos casos [...] “de incerteza científica diante da ameaça de redução ou de perda da diversidade biológica ou ameaça de danos causadores de mudança climática”. (LEWICK, 2006, p.366).

Nota-se que antes mesmo da ratificação do princípio da precaução aprovado na ECO-92, a Constituição Federal adotava o costume de agir para evitar a degradação ambiental, por meio de seu art. 225, inciso IV¹⁹, onde exige o estudo de impacto ambiental.

Lewick (2006, p.367), relaciona o a exigência do art. 225, inciso IV da Constituição Federal, na realização do estudo de impacto ambiental com o princípio da precaução, uma vez que se relaciona intimamente com avaliação precedente das atividades humanas.

Por fim, foi promulgada a Lei 11.105. de 2005, denominada de Lei de Biossegurança que faz menção expressa ao princípio da precaução em seu art. 1º, que tem por finalidade regular de forma detalhada a gestão dos riscos conectado com as atividades que envolvem os organismos geneticamente modificados.

Nesse sentido o princípio da precaução vem se incorporando de forma esparsa na legislação, se destacando principalmente nas questões onde não haja certeza científica que comprove a previsibilidade de um dano futuro e irreversível.

“O princípio da precaução surge como diretriz para a gestão de riscos” (BOTTINI, 2007, p.69). Porém deve-se analisar a aplicação do princípio da precaução aos casos concretos juntamente com a necessidade de estabelecer, desenvolver ou aceitar atividade, empreendimento ou tecnologia, devendo ser apreciada a relação custo-benefício entre os riscos e os ganhos decorrentes de determinada atividade, empreendimento ou tecnologia. A sociedade desenvolve um papel muito importante na tomada de decisão, devendo assim ser garantida sua participação, tendo em vista que as escolhas envolvem a aceitação de riscos para todos os seres humanos. (AVELAR, 2008, p.106).

Entende-se por atividade de modo geral, sobre os quais incidirá o princípio da precaução, tanto a elaboração e distribuição de um produto no mercado, como a utilização de uma técnica científica. (BOTTINI, 2007, p.69).

¹⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.(BRASIL, 2010-b).

Se a decisão tomada for positiva para a realização da atividade, empreendimento ou incorporação de tecnologia de risco, a Comunidade Européia, estabeleceu através do comunicado do ano 2000 (documento mais importante orientador do princípio da precaução), as seguintes etapas: [...] “identificar os possíveis efeitos danosos gerados pela atividade; os efeitos deverão ser avaliados por metodologia científica atual e a partir dos dados disponíveis (aplicação do princípio da prevenção)”. (MILARÉ, 2005, p.144).

O Comunicado da União Européia estabeleceu postulados para que efetivassem o princípio da precaução. São eles: proporcionalidade, não discriminação, coerência, a análise das vantagens e dos encargos que podem resultar da atuação ou da ausência de atuação e a análise de evolução científica. (AVELAR, 2008, p.107).

Se a avaliação resultar na insuficiência para calcular os efeitos, quer sejam um ou mais de um efeito, dirigir-se-á ao princípio da precaução, que embora seja distinto, aplica-se subsidiariamente ao princípio da prevenção. (MILARÉ, 2005, p.145/146).

Há que diferenciar o princípio da precaução do princípio da prevenção, eis que o princípio da precaução se refere a riscos incertos, não podendo ser comprovados através de estudos científicos, diferentemente da prevenção onde os riscos podem ser comprováveis e previsíveis.

O princípio da precaução se difere do princípio da prevenção pelo fato de que o princípio da prevenção se refere aos riscos certos e comprováveis, pois na prevenção a periculosidade já se encontra definida, o que justifica assim, maior possibilidade de acontecer um acidente, tendo em vista que o perigo é concreto. Já a precaução está ligada aos riscos puramente potenciais, ou seja, trata-se de em perigo abstrato, em decorrência da imprecisão dos conhecimentos científicos impossibilitados de mensurar o dano ou até mesmo de afirmar certeza, em relação a ocorrência atual ou superveniente, de danos. (CALIXTO, 2004, p.117).

Segundo Garcia (2009, p.102), o princípio da prevenção se difere do princípio da precaução, pois no princípio da prevenção se têm conhecimentos sobre a periculosidade dos produtos ou serviços, devendo ser tomadas todas as medidas possíveis para que não ocorram danos à saúde e a segurança dos consumidores, enquanto o princípio da precaução, não se tem conhecimento, integral ou parcial, dos possíveis danos que os produtos ou serviços possam vir a causar.

Ao se falar do princípio da precaução é necessário um estudo a respeito dos riscos, onde não é possível a sua comprovação, não existe a certeza científica a respeito dos danos que possam ocorrer futuramente.

Primeiramente o que deve ser analisado é a ausência da certeza científica, pois a precaução vigora perante a incerteza científica que se caracteriza por não reconhecer a valor de uma tese, pelas suas circunstâncias, dentre as quais a falta de um consenso possa variar através das medidas empregadas para sua comprovação sobre as amostras coletadas, sobre os modelos usados para sua elaboração. (BOTTINI, 2007, p.71).

Ocorre que não existe uma certeza científica absoluta, pois o conhecimento humano está dependente de evidências dedutivas ou indutivas, que estarão sujeitas a falhas. Não é possível afirmar que haja situações onde inovação técnica ou científica seja inócua ou perigosa.

Porém a ausência de certeza científica sobre os riscos de certas atividades, não provoca a imposição automática de medidas de precaução. É necessário que seja constatado a probabilidade de um risco. (BOTTINI, 2007, p.77).

Pois se os riscos não podem ser excluídos definitivamente, porque continua a possibilidade de ocorrência de danos, podem eles ser minimizados.

De fato, a precaução importa na gestão de riscos, e esta tem por finalidade:

[...] assegurar uma análise mais precisa da evolução dos riscos, incentivando pesquisa científica e tecnológica; reduzir o risco a um nível mínimo aceitável, sendo certo, entretanto, que não se alcança o risco zero; atuar com transparência na informação prestada ao público, o que está intimamente relacionado à noção de aceitabilidade do risco – aceitação supõe informação. (CALIXTO, 2004, p.118/119).

Dessa forma, entende-se que se os riscos não podem ser excluídos definitivamente, porque continua a possibilidade de ocorrência de danos, eles podem ser minimizados.

Por fim entende-se que o princípio da precaução deve ser utilizado diante de ameaças de danos potenciais sérios, mesmo que não haja provas científicas que possam comprovar o nexos de causalidade que liga certas atividades a seus possíveis efeitos. Devendo ser tomadas todas as formas possíveis de precaução para impedir danos futuros à humanidade e, por conseguinte, melhorar a qualidade de vida de toda a coletividade.

4.4 O *recall* e a custo para a atividade econômica

Há de ser analisado a aplicação do princípio da precaução e o custo para a atividade econômica. É cediço que sobrepesa para as empresas, a questão do custo/benefício, quanto ao dever de realizar o *recall* com base no princípio da precaução, nos casos onde não haja a certeza científica do risco potencial que o produto introduzido no mercado de consumo possa causar danos aos consumidores.

A questão econômica deve ser analisada e meditada, tendo em vista que a precaução implica a gestão de recursos públicos ou privados, sendo imperativa a fiscalização popular, resultante de um debate amplo para evitar o obscurismo. (HARTMANN, 2009, p.187).

O mesmo autor afirma que “aplicar a precaução sem procurar pensar todas as suas consequências, nos mais diversos ramos da vida social ou mesmo do ambiente, é prejudicial”. (HARTMANN, 2009, p.187).

Neste sentido, verifica-se que existe uma preocupação em relação ao *recall* e a suportabilidade do custo, pelos fornecedores.

O princípio da precaução busca tornar imprescindível todos os meios que permitam, por um “custo econômico e socialmente suportável detectar e avaliar o risco” reduzindo-o a um nível aceitável e se possível, eliminá-lo. (LEWICK, 2006, p.361).

A questão que deve ser analisada sobre a adoção do princípio da precaução se encontra na questão da exigência de desenvolvimento e admissão de melhores técnicas disponíveis, independente de comprovação de possível dano dentro do que for economicamente viável. (AVELAR, 2008, p.114).

Alguns autores afirmam que o princípio da precaução aplicado ao *recall*, inviabilizaria a atividade econômica, sendo prejudicial para o fornecedor, pois o haveria de certa forma, uma fiscalização maior quanto ao processo de montagem, produção e fabricação de produtos, como também o dever de realizar o *recall* nos casos onde haja dúvida quanto à segurança do produto ou serviço que será colocado a disposição do consumidor no mercado de consumo.

Isso por consequência acarretaria num maior custo para o fornecedor, já que as despesas referentes à comunicação do *recall* seriam arcadas integralmente pelo mesmo.

Pierpaolo Cruz Botini, afirma que há diplomas internacionais que tratam do princípio da precaução, e sugere que as medidas adotadas pelo princípio da precaução devem seguir a proporcionalidade, e ter por parâmetro a não discriminação, a coerência, e principalmente a análise do custo benefício. (BOTTINI, 2007, p.81).

O legislador ao produzir o art. 170 da Constituição Federal assegurou a livre iniciativa para a exploração da atividade econômica, desde que respeitassem os direitos do consumidor. Por tanto, as empresas são livres para explorar a atividade econômica, desde que respeitem os direitos do consumidor, uma vez que deverão utilizar-se de todos os mecanismos possíveis para preservar a vida, a saúde e a segurança de todos os consumidores.

A doutrina, conforme Hartmann (2009, p.212) já verificou a muitos anos que a existência de uma série de riscos começaram a surgir através da produção em massa e dos avanços tecnológicos precipitados, acabando assim num dever diferenciado de prudência do fornecedor.

E ainda complementa o autor que cabe ao fornecedor:

Verificar sem a época da colocação do produto no mercado, o fornecedor foi diligente e esforçou-se para obter informações acerca do estado-da-arte da ciência na ocasião, de maneira a determinar geral, na sociedade global – e não apenas em seu país ou em seu ramo – não havia suspeitas de periculosidade de determinada substância ou método utilizado na produção do bem ou na prestação de serviço. (HARTMANN, 2009, p.187).

A própria Organização Mundial do Comércio (OMC) modificou seu posicionamento, reconhecendo preponderância no princípio da precaução, visto que a integridade dos indivíduos está acima de certos interesses econômicos. (HARTMANN, 2009, p.189).

Sendo que na esfera do direito do consumidor, aplicação do princípio da precaução se faz necessária, uma vez que há muito se abandonou a idéia que a “mão invisível do mercado” assegura um equilíbrio natural, sem fatalidades. (HARTMANN, 2009, p.188).

Desta feita é que deve prevalecer o *indubio pro consumidor*, pois diante da incerteza científica sobre a periculosidade ou nocividade de produto ou serviço que já fora introduzido no mercado de consumo, o fornecedor terá o dever de realizar o *recall*, prevalecendo sempre à proteção do consumidor.

4.5 O *recall* e o princípio da Precaução nas relações de consumo

O *recall* é um instituto que visa à proteção do consumidor por meio da informação ao consumidor, fazendo assim, uma chamada dos consumidores, quando os produtos ou serviços colocados no mercado de consumo apresentarem defeitos quanto a sua nocividade e periculosidade, após sua comercialização, assim questiona-se: O *recall* deve ser realizado somente nos casos onde haja certeza da periculosidade e nocividade do produto ou serviço, ou havendo dúvida quanto à segurança dos mesmos deve o fornecedor realizá-lo?

O princípio da precaução é um dos princípios mais importantes do *recall*, tendo em vista que não basta só prevenir o risco, mas também evitar possíveis danos, pois se surgir alguma dúvida a respeito da segurança do produto, cabe ao fornecedor informar os consumidores e as autoridade competentes sobre o risco e também, retirar os produtos do mercado, ou então repará-los. (AVELAR, 2008, p.116).

É imprescindível que o responsável pela geração de riscos concretamente potenciais adote algumas medidas necessárias para minimizar ou evitar que estes riscos se concretizem.

Bruno Lewick, (2006, p.365), preceitua que:

[...] “as medidas vão desde o mais amplo adimplemento possível do dever de informação – sem o qual restará severamente prejudicada uma posterior sustentação de um comportamento de boa fé – até a implementação de uma série de cuidados, ainda que gerem dispêndios inesperados. É o caso do *recall*, em que os fabricantes (de automóveis, em geral), ao constatar problemas repetidos em determinados modelos, convocam os proprietários para efetuar a troca de peças defeituosas. (LEWICK, 2006, p.365).

Aqui se percebe claramente a possibilidade da aplicação do princípio da precaução ao *recall*, nos casos onde não se possa ter a exata certeza científica sobre os riscos que comprove que aquele produto ou serviço possa a vir apresentar alguma nocividade ou periculosidade para o consumidor após sua comercialização.

Também deve-se atentar para a possibilidade de inversão do ônus da prova, onde estabelece que cabe àquele que pretende exercer determinada atividade ou desenvolver nova técnica ,comprovar que os riscos podem ser suportáveis, desde que respeite os limites de razoabilidade. (SILVA, 2003, p.108).

Nos casos do *recall*, deve o fornecedor provar que aquele produto ou serviço, na qual se plaina a dúvida científica sobre a necessidade de se realizar o *recall* não é perigoso e nem nocivo ao consumidor.

Ainda, pode-se observar uma ligação do princípio da precaução com os princípios da informação e educação do consumidor, uma vez que há o dever do fornecedor na promoção de estudos complexos e desenvolvimentos de investigação científica, sobre os efeitos e riscos potenciais de determinada atividade e a divulgação dos riscos, como também o resultado das pesquisas de estudos. (AVELAR, 2008, p.114).

O princípio da precaução pode ser aplicado no direito do consumidor, através da efetivação do princípio da informação, tendo em vista a redação do art. 9º do CDC, que trata da nocividade ou periculosidade potencial, mesmo que não sejam comprovadas, há um dever de informação ostensivo. (HARTMANN, 2009, p.221).

Principalmente a questão do risco, cuja confirmação, não foi concreta, sobre a o seu potencial nocivo ou perigoso a saúde e a segurança do consumidor. Esse risco é tratado pelo princípio da precaução, como o aquele que não se possa prever danos irreversíveis ao futuro.

Dessa forma pode-se afirmar que o CDC de fato acolhe o princípio da precaução, de forma implícita, por ampliar a informação que o direito a informação proporciona. E também requer do fornecedor a prestação de informação especialmente ostensiva ao consumidor nos casos de potencial periculosidade. (HARTMANN, 2009, p.222).

A informação ostensiva da precaução requer a revisão de todos os requisitos para informar o consumidor, qual seja: a adequação, a suficiência e a veracidade. A adequação determina que esta informação seja difundida e atinja os maiores números de meios possíveis, devendo conter uma linguagem capaz de transmitir ao consumidor sobre o estado de incerteza acerca da segurança, pertinente sobre determinado produto ou serviço. A suficiência é por ocasião, critério que configura mais exigência quanto às situações normais, pois a informação precavosa deve ser mais ostensiva e ampla que as demais. A veracidade da informação, por sua vez, sugere anunciar e educar o consumidor através dos diversos resultados de estudo sobre aquele produto ou serviço. A afirmação que tal produto foi “cientificamente testado”, quando pesa sobre ele estudos que apontam

sua insegurança, não se trata apenas de informação precária, mas sim falsa, nos casos especiais de precaução. (HARTMANN, 2009, p.222/223).

Ednara Pontes de Avelar (2008, p.115) questiona a noção de sustentabilidade trazida do direito ambiental para ser acolhido pelo princípio precaução no direito do consumidor, na medida em que determina a análise das vantagens e desvantagens da colocação de algum produto ou serviço no mercado de consumo a curto, médio e longo prazo.

Devido à conseqüência da evolução que houve nas relações de consumo, o consumidor se tornou a parte mais vulnerável na relação consumerista, surgindo dessa forma a necessidade de uma maior proteção, especialmente no que se refere a responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços em função de algum vício ou defeito no processo de produção, que venham a acarretar danos aos consumidores.

Tudo isso foi ocasionando pela sociedade de consumo que vem colaborando para o surgimento de novos riscos e por consequência novos danos, uma vez que a produção em massa e circulação dos bens acarretaram na perda do controle, por parte do fornecedor em relação a adequação referente a qualidade e a segurança de produtos ou serviços introduzidos no mercado de consumo.

Dessa forma o Estado, buscou através do instituto do *recall*, uma forma de proteger o consumidor de possíveis danos decorrentes de defeitos no processo de produção de produtos, e conseqüentemente, prevenir o consumidor dos acidentes de consumo.

Porém, não basta somente realizar o recall nos casos onde haja certeza da periculosidade e nocividade do produto ou serviço, mas também nos casos onde não se tenha a certeza científica, onde paira a dúvida quanto à segurança dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo.

Nestes casos caberia a aplicação do princípio da precaução no instituto do *recall*, como forma de não apenas prevenir os danos imediatos, mas também como mecanismo que poderá ser utilizado pelos futuros consumidores, pois bastaria a dúvida em relação à segurança do produto ou serviço, para que houvesse a obrigação do fornecedor de informar os consumidores sobre os riscos futuros, considerando-se a sua proteção estabelecida como um direito fundamental no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, bem como sua reconhecida vulnerabilidade

capitulada na lei 8.078/90, e a responsabilidade profissional dos fornecedores no mercado de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das pesquisas bibliográficas realizadas, percebeu-se o desenvolvimento do mercado de consumo, bem como o principal fator para esse desenvolvimento, ou seja, a transição do consumo individual para o consumo em massa, e, por conseguinte, a necessária regulação pelo Estado. Ressalta-se que a criação dessas normas, teve por base, buscar o equilíbrio no mercado de consumo capitalista, reconhecido pela ONU na década de 60, quando fixou os direitos básicos de todo o consumidor, posteriormente absorvidos pelos países capitalistas em suas constituições.

Verificou-se que as normas garantidoras do direito do consumidor, antes da era moderna, eram esparsas, tendo em vista que não se fazia presente o consumo em massa, eis que este era individualizado, não havendo, portanto a proteção do Estado. Posteriormente, com o desenvolvimento do comércio, o consumo começou a aumentar, e as indústrias passaram a produzir diversidades de bens e serviços, fazendo com que o Estado, a economia e o comércio se manifestassem através de normas específicas.

Foi analisado também a relação, consumidor e fornecedor, onde pode-se constatar que em função da posição menos privilegiada do consumidor pela sua vulnerabilidade, a legislação, Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.078/90, adotaram um caráter protetivo em favor do mesmo.

Ao adentrarmos ao segundo capítulo observamos que devido ao aglomeramento da população e a necessidade de consumo cada vez maior, assim como o desenvolvimento tecnológico e científico a produção passou a ser voltada a massa , tendo como principal característica a produção em série. Com essa mudança na produção, acabou por ocasionar o aparecimento de novos riscos aos quais a sociedade não conseguia mais controlar.

Desta forma, se fez necessário uma maior fiscalização e tutela nas relações de consumo, regulando as responsabilidades do fornecedor sob o produto ou serviço, não exigindo somente reparação do vício ou defeito, como também a indenização por danos morais e materiais.

No que tange os contratos, foi detectado que a regulação das cláusulas contratuais em conformidade com o CDC se tornou uma grande aliada do

consumidor eis que tais cláusulas devem ser redigidas nos limites impostos pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal e no CDC.

Por fim, ao terceiro capítulo, adentrou-se no tema em questão, foi estudado o instituto do *recall*, onde pode-se perceber a obrigação do fornecedor em realizá-lo, pois não deve deixar circulando um produto ou serviço revestido por vício ou defeito. Assim como o princípio da precaução deve ser válido, eis que não pode-se colocar no mercado um produto que ponha em risco a vida, saúde e a segurança do consumidor.

Pois foi com a evolução da sociedade de consumo que começaram a surgir novos riscos e conseqüentemente novos danos, tendo em vista que a produção em massa e circulação dos bens ocasionaram a perda do controle, por parte do fornecedor em relação a adequação referente a qualidade e a segurança de produtos ou serviços introduzidos no mercado de consumo.

Desta forma, o Estado, teve que intervir e buscar uma forma de proteger o consumidor dos possíveis danos decorrentes de defeitos no processo de produção de produtos, criando assim o instituto do *recall*.

Com relação ao princípio da precaução trazido do direito ambiental, se torna mais amplo do que o da prevenção, haja vista que abrange os casos onde não se tem conhecimento a respeito da certeza científica sobre a possibilidade de ocorrência de dano, sendo que se tem a respeito, é somente a dúvida sobre a segurança do produto ou serviço.

Assim, pode-se perceber que não bastaria somente imputar ao fornecedor o dever de realizar o *recall* nos casos onde haja certeza da periculosidade e nocividade do produto ou serviço, mas também nos casos onde não se tenha a certeza científica, na qual resta dúvida quanto à segurança dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo.

Desta forma, deve-se aplicar o do princípio da precaução no *recall* para prevenir não somente os danos previsíveis, mas também como forma de prevenção aos futuros consumidores, pois bastaria a dúvida em relação à segurança do produto ou serviço, para que houvesse a obrigação do fornecedor em notificar os consumidores sobre os riscos futuros.

Por fim, constatou-se também que a nossa Constituição Federal alberga o princípio da precaução, uma vez que a defesa do consumidor está prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXII, considerando o consumidor como a parte

mais vulnerável das relações de consumo, levando-se em consideração o caráter profissional do fornecedor, que deve intervir, mesmo que preventivamente, para assegurar a qualidade dos produtos e serviços, sem colocar a saúde ou segurança do consumidor em risco, no mercado de consumo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Santos. **A Globalização e a proteção do consumidor como direito Fundamental**. Disponível: www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=26099
Acesso: 19 set. 2009.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Vaneska Donato de. GABURRI, Fernando; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

AVELAR, Ednara Pontes de; PORTO, Rafaela Grania. A aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor e sua direta relação com o instituto do *recall*. **REVISTA DE DIREITO PRIVADO**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 9, n. 36, p. 93-118, out. /dez. 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Antonio Herman. Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. n.05. São Paulo, RT, p. 88-123 jan./abr./1993

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.9, jan. 2002, p. 157-182

BONATTO, Cláudio, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Lei 8078/1990. **Código de defesa do consumidor**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 14 abr. 2010-a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2010-b.

_____. Lei n. 5.869/1973. **Código de Processo Civil**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 15 abr. 2010-c.

_____. **Portaria nº 789/2001**. Regula a comunicação, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, relativa à periculosidade de produtos

e serviços já introduzidos no mercado de consumo, prevista no art. 10, § 1º da Lei 8078/90. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_lista.asp?campo=1273>. Acesso em: 22 jul. 2010-d.

_____. **Lei 7.347/1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>. Acesso em :03 nov. 2010-e.

_____. **Lei 11.448/2007**. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 03 nov. 2010-f

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RE 1.010.392** – RJ. Recorrente: Fiat Automóveis S/A. Recorrido: Gil Vicente Leite Tavares e outros. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 24.03.2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06 nov. 2010-g.

CALDAS, Andressa. Direito do consumidor: Exigência do capitalismo ou transformação social? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Disponível: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1878/1573>. Acesso em: 03/05/2010)

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

CALIXTO, Marcelo, Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª. ed.,Coimbra- Portugal: Almedina Livraria, 2002.

CHEDID, Georgers Abdmulmassih. **O recall como instrumento das relações de consumo**. Dissertação de mestrado apresentada a PUC/SP, 2005

DENARI, Zelmo.et al. **Código Brasileiro Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3. 21. ed. Sao Paulo, Saraiva, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 48, set/out, 2009.

EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Direito do consumo**. Vol. 2. Curitiba: Juruá, 2002.

_____, Antônio Carlos (Coord.). **Direito do consumo**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2001.

FERREIRA, Suzana Maria da Glória. **O princípio da igualdade no direito de família à luz do novo Código Civil**. PUC/SP. São Paulo: Biblioteca PUC, 2004.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza, **Revisão do Contrato - Pensamento Jurídico** - Volume XIII, Curitiba, Juruá Editora, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. **Código Brasileiro Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 6. ed São Paulo: Atlas, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Nissan anuncia recall de 2 milhões de veículos no mundo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/821544-nissan-anuncia-recall-de-2-milhoes-de-veiculos-no-mundo.shtml>, acesso em: 01 nov. 2010 a

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto 2.181/97**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 70. São Paulo, RT, p. 172-235 abr./jun./2009

LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: Impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e o direito ambiental. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, vol. 08, p. 1.081 – 1.094, ago. 2001.

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

_____, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINES, Sérgio Rodrigo. Aspectos Jurídicos e Sociológicos do Controle da Publicidade de Consumo. Disponível: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1859/1555>. Acesso: 10 nov. 2010

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. . **Ações coletivas: no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MILARÉ, Édis. **Direitos do ambiente. Doutrina, Jurisprudência e glossário**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Chamamentos - recall**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/recall/>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova código de processo civil e no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 31, São Paulo, RT, p.63/69 jul/set .1999.

NERY JR., Nelson et al. **Código Brasileiro Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**. n.10, São Paulo, RT, p.59 abr/jun.1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. Curitiba, PR: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor: direito material**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLINDO, Antônio. **Minidicionário de inglês-português, português-inglês**. 7. ed. São Paulo. Saraiva. 2009

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense,2004.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**: regulamentação estadual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 41. Revista dos Tribunais: p. 81-95. Jan/ mar. 2002. p. 81-95.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2004. 194 p.

SANDS, Philippe. O princípio da precaução. **Princípio da precaução**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo, Saraiva, 2002

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

SILVA, Enio Moraes da. Os Organismos Geneticamente Modificados e o Princípio da Precaução como Instrumento de Proteção Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, ano 8, 2003

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEODORO JUNIOR, Humberto Teodoro. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VEIGA, Elisa Yamazaki, **Recall – Conceito e pratica a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação apresentada a PUC/SP, 2001.

VIGLIAR. José Marcelo Menezes. 1999. **Ação civil pública**. 4ª edição. Editora Atlas: São Paulo.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000. p.714.

WEBER, Ricardo H. A Defesa do Consumidor Constitucional. **Revista Jurídica**. Porto Alegre. Notadez/fonte do direito. n. 346, ago/2006.

ANEXO

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 789, DE 24 DE AGOSTO DE 2001

Regula a comunicação, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, relativa à periculosidade de produtos e serviços já introduzidos no mercado de consumo, prevista no art. 10, § 1º da Lei 8078/90.

O Ministro de Estado da Justiça, no uso de suas atribuições e;

Considerando a necessidade de regulamentação, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, do procedimento de chamamento dos consumidores, previsto no artigo 10, § 1º da Lei nº 8.078/90, conhecido como "recall", que possibilite o acompanhamento pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e pela sociedade, deste procedimento;

Considerando o disposto no art. 55 e parágrafos da Lei nº 8.078/90;

Considerando a competência do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça - MJ, atribuída pelo artigo 106, inciso I da Lei 8078/90;

Considerando a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, resolve:

Art. 1º Regulamentar, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, a comunicação determinada pelo art. 10, § 1º da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, por parte dos fornecedores às autoridades competentes e aos consumidores, referente à periculosidade ou nocividade de produto ou serviço já introduzido no mercado de consumo.

Art. 2º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade ou nocividade que apresentem, deverá imediatamente comunicar o fato, por escrito, ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, aos PROCONs, bem como a todas as demais autoridades competentes.

§ 1º A comunicação deverá conter, além de outras informações que se fizerem necessárias, as seguintes:

I - identificação do fornecedor do produto ou serviço objeto do chamamento, informando:

a) Razão Social;

b) Nome Fantasia;

c) Ramo de Atividade;

d) CNPJ/CPF;

e) Inscrição Estadual;

f) Endereço, telefone e endereço eletrônico se houver;

II - descrição pormenorizada do defeito detectado, acompanhado das informações técnicas que esclareçam os fatos;

III - descrição dos riscos que o produto ou serviço apresenta, especificando todas as suas implicações.

IV - quantidade de produtos e serviços sujeitos ao defeito e o universo de consumidores que deverá ser atingido pelo chamamento.

V - como estão distribuídos os produtos e serviços objeto do chamamento, colocados no mercado, pelos Estados da Federação;

VI - a data e o modo pelo qual a periculosidade do produto ou serviço foi detectada pelo fornecedor;

VII - quais foram as medidas adotadas para resolver o defeito e sanar o risco;

VIII - descrição pormenorizada do modo de realização da campanha publicitária de informação aos consumidores (Plano de Chamamento), de que trata o artigo 3º desta Portaria, sobre a periculosidade do produto ou serviço, informando:

a) data de início e de fim da campanha (duração);

b) meios de comunicação utilizados e frequência de veiculação;

c) as mensagens veiculadas.

d) os locais disponibilizados para reparação ou troca do produto ou serviço

§ 2º Caso o fornecedor tenha conhecimento da ocorrência de acidentes decorrentes do defeito do produto ou serviço que originou o chamamento aos consumidores, com danos materiais ou à integridade física, deverá informar ainda:

a) o local e a data destes acidentes;

b) nome, endereço, telefone, endereço eletrônico e demais meios de localização das vítimas de que disponha;

c) descrição dos danos materiais e físicos ocorridos nos acidentes;

d) existência de processos judiciais, decorrentes do acidente, especificando as ações interpostas, o nome dos autores e dos réus, as Comarcas e Varas em que tramitam e os números de cada um dos processos;

e) as providências adotadas em relação aos danos materiais e físicos sofridos pelas vítimas.

§ 3º O DPDC poderá, a qualquer tempo, expedir notificação solicitando informações adicionais ou complementares referentes à comunicação de periculosidade ou nocividade de produto ou serviço e ao Plano de Chamamento, apresentados.

Art. 3º O fornecedor deverá, além da comunicação de que trata o artigo 2º, informar imediatamente aos consumidores, sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço por ele colocado no mercado, mediante campanha publicitária que deverá ser feita em todos os locais onde haja consumidores deste produto ou serviço.

§ 1º A campanha publicitária será veiculada na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço, e dimensionada de forma suficiente a que atinja o universo de consumidores adquirentes dos produtos ou serviços objeto do chamamento.

§ 2º Os anúncios publicitários deverão informar sobre o defeito que o produto ou serviço apresenta, bem como sobre os riscos decorrentes e suas implicações, as medidas preventivas e corretivas que o consumidor deve tomar e todas as demais informações que visem a resguardar a segurança dos consumidores do produto ou serviço, observado inclusive o disposto no Artigo 17 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 3º Para informar aos consumidores sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço, além dos anúncios publicitários, poderá o fornecedor utilizar-se de outros instrumentos que entender aplicáveis ao caso, como correspondência, anúncios via internet, avisos por telefone, dentre outros.

Art. 4º O fornecedor deverá apresentar ao DPDC, aos PROCONs e às demais autoridades competentes, relatórios de acompanhamento da campanha de chamamento aos consumidores, com periodicidade mínima de 60 (sessenta) dias, informando, pelo menos, o universo de consumidores atendidos (quantidade de produtos ou serviços efetivamente reparados ou trocados) até aquele momento e sua distribuição pelos Estados da Federação.

§ 1º O DPDC poderá solicitar a apresentação dos relatórios de acompanhamento em periodicidade inferior à estipulada no *caput* deste artigo.

§ 2º O DPDC poderá, a qualquer tempo, expedir notificação solicitando informações adicionais referentes à campanha de chamamento aos consumidores.

Art. 5º Ao término da campanha, deverá o fornecedor apresentar relatório final ao DPDC onde conste, além de outras informações que se fizerem necessárias, as seguintes:

- a) a quantidade de consumidores, tanto em valores numéricos quanto em percentual relativamente ao total, que foram efetivamente atingidos pelo chamamento, em termos globais e por Estados;
- b) a justificativa para o percentual de consumidores eventualmente não atendidos (produtos ou serviços não reparados ou trocados);
- c) identificação da forma pela qual os consumidores tomaram conhecimento do chamamento.

Art. 6º O DPDC poderá determinar, exclusiva ou cumulativamente, a prorrogação ou ampliação da campanha, às expensas do fornecedor, caso entenda que os resultados não foram satisfatórios.

Art. 7º O fornecedor não se desobriga da reparação ou substituição do produto ou serviço mesmo findo o prazo da campanha de chamamento.

Art. 8º O não cumprimento às determinações desta portaria sujeitará o fornecedor às sanções previstas na Lei nº 8078/90 e no Decreto nº 2.181/97.

Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ GREGORI

Publicado no DO- Nº164 - Seção 1 - Brasília - DF, segunda-feira, 27 de agosto de 2001

Nota Informativa

O Ministro da Justiça assina Portaria que regula a comunicação de Recall em âmbito federal.

O Ministério da Justiça, empenhado na promoção da defesa do consumidor e especialmente preocupado com os casos que possam representar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, está baixando uma Portaria que “Regula a comunicação, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, relativa à periculosidade de produtos e serviços já introduzidos no mercado de consumo, prevista no art. 10, § 1º da Lei 8078/90”. Referida Portaria tem por objetivo possibilitar melhores condições para acompanhamento dos casos de “recall” pelo DPDC, na condição de organismo de coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, bem como dos demais órgãos e entidades que integram o referido Sistema, em benefício dos cidadãos consumidores.

A Portaria estabelece os parâmetros mínimos de informações que o fornecedor deve prestar ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria de Direito Econômico (SDE), quando da comunicação de recall, dando condições mais adequadas para os fornecedores organizarem o plano de recall, e para o seu acompanhamento pelo DPDC.

Embora o Código de Defesa do Consumidor esteja em vigor há aproximadamente dez anos, foi somente a partir de meados da década de 90 que as empresas

começaram a adotar a prática do recall de forma sistemática. Desde então, tornou-se crescente a demanda do seu acompanhamento junto ao órgão federal responsável pela defesa do consumidor, o DPDC.

Em função da necessidade de acompanhar de perto os processos de recall em todas as suas fases, o Ministério da Justiça vem investindo esforços no sentido de aperfeiçoar a comunicação que é apresentada pelos fornecedores, conforme estabelecido no art. 10 do CDC, tornando-o mais efetivo. A Portaria assinada hoje pelo Ministro da Justiça é fruto desses esforços

Entre outras coisas, a Portaria estabelece o conjunto das informações básicas que devem constar da comunicação ao DPDC, tais como: a descrição pormenorizada do problema detectado; a descrição dos riscos; a quantidade de produtos e serviços sujeitos ao problema; o universo dos consumidores que deverá ser atingido pelo recall, sua distribuição regional; a data e o modo pelo qual a periculosidade foi detectada pelo fornecedor; as medidas adotadas para sanar o risco e a descrição da campanha publicitária; a ocorrência de acidentes decorrentes do defeito do produto ou serviço, com danos materiais ou à integridade física, relacionando as eventuais vítimas; entre outras. Além disso, o fornecedor deverá fornecer ao DPDC relatórios de acompanhamento do andamento do processo de recall e relatório final.

É bom lembrar que a campanha de recall refere-se apenas ao chamamento dos consumidores pela mídia, rádio, televisão e jornais, sendo que a reparação do produto ou serviço deve ser a qualquer tempo.

Também é importante ficar claro que a Portaria regulamenta o acompanhamento dos processos de “recall” no âmbito do Ministério da Justiça, em especial do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, sem prejuízo do acompanhamento ou mesmo regulamentação pelos demais órgãos oficiais de defesa do consumidor em suas áreas de atuação. Espera-se que as diretrizes estabelecidas na Portaria funcionem como parâmetros para as comunicações de recall dirigidas aos PROCONs e às demais autoridades competentes.