

# A TUTELA ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR<sup>1</sup>

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná.

Advogado

**SUMÁRIO:** 1. **Introdução** - 2. **Ações inibitória e de remoção do ilícito diante do direito do consumidor;** 2.1 Ação inibitória; 2.2 Ação de remoção do ilícito; 2.3 As ações inibitória e de remoção do ilícito não permitem a discussão do dano; 2.4 A periculosidade e a nocividade do produto ou do serviço; 2.5 A falta de segurança como fundamento da tutela jurisdicional do consumidor - 2.6 As noções de produto e serviço “defeituosos”; 2.6.1 A “apresentação do produto”, “o uso e os riscos que dele razoavelmente se esperam” e “a época em que foi colocado em circulação”; 2.6.2 “O modo de fornecimento do serviço”, “o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam” e “a época de seu fornecimento”; 2.6.3 Demais circunstâncias que devem ser consideradas; 2.7 O produto e os defeitos de concepção, de fabricação e de informação; 2.8 Um último aprofundamento na questão do “desenvolvimento da tecnologia”; 2.9 Controle administrativo ou tutela preventiva através da Administração Pública; 2.10 A jurisdição e a efetivação das normas de proteção do consumidor; 2.11 A questão da atuação do juiz na implementação das normas de proteção; 2.12 A possibilidade de ações inibitória e de remoção ainda que as normas técnicas de produção tenham sido observadas; 2.13 A concordância da Administração com a fabricação e a comercialização do produto e a necessidade de proteção a partir do direito fundamental do consumidor - 3. **O inadimplemento e a tutela específica do consumidor;** 3.1 O CDC e a natureza da responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço. O cumprimento imperfeito; 3.2 As alternativas do consumidor diante dos vícios de qualidade do produto; 3.3 As alternativas do consumidor diante dos vícios de quantidade do produto; 3.4 As alternativas do consumidor diante de vícios de qualidade e quantidade do serviço; 3.5 A ação coletiva dos consumidores nos casos de vícios do produto e do serviço; 3.6 Os meios executivos do art. 84 do CDC na implementação da tutela do consumidor contra o adimplemento imperfeito; 3.7 O uso das técnicas do art. 461-A em benefício do consumidor; 3.8 O direito à imposição do fazer diante do cumprimento imperfeito da obrigação de entrega de coisa – 4. **A tutela ressarcitória na forma específica do consumidor;** 4.1 O ressarcimento na forma específica no direito brasileiro; 4.2 As razões da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente; 4.3 O escopo do ressarcimento na forma específica; 4.4 O direito do consumidor ao ressarcimento na forma específica; 4.5 Da tutela ressarcitória na forma específica dos direitos individuais homogêneos.

## *1. Introdução*

Não há mais dúvida que os direitos fundamentais não mais se resumem a direitos de defesa contra a interferência estatal na esfera jurídica particular<sup>2</sup>. Sabe-se,

---

<sup>1</sup> Trabalho escrito para a coletânea em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.

atualmente, que os direitos fundamentais também conferem aos particulares direitos de proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações sociais<sup>3</sup>.

Mais do que isso, parece que a doutrina é praticamente unânime em reconhecer que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e, por esse motivo, proteger um cidadão diante do outro<sup>4</sup>. Para tanto, o Estado deve prestar proteção normativa (através de regras materiais e processuais), proteção administrativa e proteção jurisdicional.

O art. 5º, XXXII da Constituição Federal elevou o direito do consumidor à condição de direito fundamental<sup>5</sup>, afirmando expressamente “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Diante disso, e em razão do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, editou-se o Código de Defesa do Consumidor.

É possível dizer, em um primeiro passo, que as regras de proteção ao consumidor têm como preocupação a *segurança do consumidor*, impondo proibições ou condutas positivas, como por exemplo a proibição da venda de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10, CDC) ou o dever de informar de forma ostensiva (art. 9º, CDC). Essas regras, destinadas a proteger o consumidor contra os produtos e os serviços nocivos e perigosos, *têm natureza preventiva, pois proíbem ou impõem condutas para evitar danos*. Outras normas, objetivando garantir as relações obrigacionais, tratam da chamada responsabilidade *in re ipsa*, dando ao consumidor várias opções *no caso de adimplemento imperfeito*; fala-se, aqui, em “responsabilidade *por vício* do produto e do serviço (art.18 e ss, CDC). Existem, ainda, normas que objetivam dar a devida proteção ao consumidor em caso de dano, quando importa a chamada “responsabilidade *pelo fato* do produto e do serviço” (art. 12 e ss, CDC). É claro que as normas materiais de proteção do consumidor não se limitam apenas a essas. Basta lembrar dos ditos “direitos básicos do consumidor” (art. 6º, CDC) e, especialmente, dos Capítulos que tratam das práticas comerciais e da proteção contratual (Capítulos V e V do Título I).

Tais normas dizem respeito à proteção normativa *material* (não-penal) do consumidor. Porém, como já dito, a proteção normativa não se contenta com normas de *natureza material*, exigindo a estruturação de *técnicas processuais idôneas*. E essas, no Código de Defesa do Consumidor, estão arroladas a partir do primeiro artigo (art. 81) do seu Título III, que possui a epígrafe “Da defesa do consumidor em juízo”.

Embora existam, entre os arts. 81 a 104 do CDC, uma série de importantes normas para a proteção do consumidor na esfera jurisdicional<sup>6</sup>, como as que dizem respeito à coisa julgada nas ações coletivas (art. 103 e ss, CDC), particularmente interessa, diante das normas materiais relativas à segurança, ao adimplemento perfeito e ao ressarcimento do dano, a que está inserida no art. 84 do CDC, vulgarmente qualificada como destinada à tutela das obrigações de fazer e de não-fazer.

<sup>2</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 541.

<sup>3</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419 e ss.

<sup>4</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 53 e ss.

<sup>5</sup> Bruno Miragem. O direito do consumidor como direito fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 111 e ss.

<sup>6</sup> Ver os excepcionais trabalhos de Ada Pellegrini Grinover, O novo processo do consumidor, *Revista de Processo*, v. 77, p. 224; Ada Pellegrini Grinover – Ações coletivas para a defesa do ambiente e dos consumidores: a lei n.7347, de 24/07/1985, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 148 e ss.

Essa norma processual, como é óbvio, deve ser pensada como instituidora de técnicas processuais efetivas para a proteção do consumidor e, assim, deve ser interpretada não só à luz do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV CF), mas também do direito fundamental do consumidor.

Nesse sentido, é preciso que o art. 84 do CDC seja interpretado a partir da necessidade de uma *perfeita integração* das normas *materiais* de proteção com as *técnicas processuais* nele inseridas. Essa *perfeita integração* deve ser realizada através da interpretação do juiz. Isso porque o juiz também tem o dever de proteger os direitos fundamentais, no caso o direito do consumidor, e, além disso, o dever de prestar tutela jurisdicional em resposta ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Melhor explicando: o consumidor tem direito a que o juiz se comporte de acordo com o direito material de proteção e os direitos fundamentais e, nesse sentido, é possível pensar em um dever judicial de comportamento.

O presente trabalho objetiva relacionar as normas materiais de proteção do consumidor (portanto as tutelas dos direitos) com o art. 84 do CDC, para que então, sob a legitimação dos direitos fundamentais (inclusive os processuais do réu), seja possível compreender o significado e a utilidade da *tutela específica do consumidor*.

Isso sempre a partir da premissa de que o legislador infraconstitucional - através da norma material e processual - e o juiz têm o dever de proteger os direitos do consumidor. Aliás, porque esse dever do juiz não deve encontrar limite na norma infraconstitucional de proteção ou na atuação administrativa, deixa-se evidenciado o seu dever de analisar se a omissão de lei ou a decisão administrativa não constituem violações ao direito fundamental, ou melhor, não constituem indevida negação de tutela<sup>7</sup> (proteção) ao consumidor.

## 2. Ações inibitória e de remoção do ilícito diante do direito do consumidor

### 2.1 Ação inibitória

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito.

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à idéia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria “certamente *la più energica*”, mas também “*la più preoccupante*”,

---

<sup>7</sup> É por esse motivo que classificamos a tutela jurisdicional apenas como espécie do gênero “tutela dos direitos”, uma vez que essa última também é da incumbência do legislador e do administrador.

come è di tutte le prevenzioni che possono *eccessivamente limitare l'umana autonomia*<sup>8</sup>.

Porém, a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.

## 2.2 Ação de remoção do ilícito

Se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu.

Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de *outro ilícito*. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo *evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita*. Perceba-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, *e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos*.

Há diferença entre *temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar*. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, *ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro*.

A dificuldade de se compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que se esperar pelo dano para se poder invocar a prestação jurisdicional.

A prática de ato contrário ao direito, como é óbvio, já é suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, dando-lhe a possibilidade de remover o ilícito e, assim, de tutelar adequadamente os direitos e de realizar o desejo preventivo do direito material.

## 2.3 As ações inibitória e de remoção do ilícito não permitem a discussão do dano

As ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito, e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (culpa ou dolo) relacionado à imputação ressarcitória.

De modo que, *a não ser nos casos em que se teme um ilícito que se identifica cronologicamente com o dano*, o autor não deve e não precisa invocar dano para obter a tutela inibitória. No caso de ação de remoção, *existindo regra estabelecendo um ilícito*,

---

<sup>8</sup> Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 428.

a invocação da violação da norma é suficiente para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

Os problemas das ações inibitória e de remoção, nessas hipóteses, são justamente os dos limites da defesa do réu e o da extensão da cognição judicial. Ou seja, o que se pergunta é se, quando basta evidenciar a proibição de uma conduta, há como justificar a impossibilidade do réu discutir o dano e o juiz perguntar sobre ele nessas ações.

Não temos dúvida que sim. No caso de direito absoluto, pouco importa o fato danoso, uma vez que o seu titular tem o direito de impedir qualquer ato que lhe seja contrário. O mesmo acontece em relação a normas que, embora relacionadas a direitos individuais, objetivam protegê-los através da vedação de condutas.

Mas, o que mais importa são as normas que, também por intermédio da proibição de condutas ou ações, protegem determinados direitos transindividuais (direito ao meio ambiente, direito do consumidor etc). Ora, se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa conduta, ela foi editada justamente porque a sua prática pode trazer danos, e por isso deve ser evitada. Assim, ampliar a cognição das ações inibitória e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que negar a norma jurídica. Em outros termos: caso o réu pudesse negar a norma, afirmando que sua conduta não produziria dano, a norma não teria significação alguma. Do que adiantaria a norma proibir uma conduta, por entendê-la capaz de produzir dano, se o procedimento judicial abrisse oportunidade à discussão do que foi nela pressuposto? Pense-se, por exemplo, na norma que proíbe a venda de determinado remédio ou produto, reputados nocivos ao consumidor. Caso não existissem ações voltadas a impor a vontade da norma, sempre seria possível a comercialização de remédio ou produto afirmado nocivo pela legislação. Não existiria, nessa perspectiva, ação capaz de inibir ou remover o ilícito, pois o réu sempre poderia apresentar contestação dizendo que tal comercialização não iria trazer danos. Portanto, essas ações seriam reduzidas, no máximo, a uma ação contra a probabilidade de dano. E daí novamente apareceria a pergunta: qual a razão de ser das normas de proteção?

*Frise-se que essas normas nada mais são do que frutos do dever de proteção do Estado – proteção normativa material. Isto é, tais normas são editadas a partir da premissa de que certas condutas devem ser evitadas. Porém, para o Estado efetivamente cumprir o seu dever de proteção, não é suficiente a chamada proteção normativa material, sendo necessária, também, a proteção normativa processual (regras instituidoras de técnicas processuais adequadas à proteção) e a tutela jurisdicional, entendida em sua dimensão de prestação jurisdicional de proteção.*

Se o dever de proteção do Estado se espalha nesses três setores, obviamente não basta a norma de proteção. É necessário que o Estado estabeleça técnica processual idônea à sua efetivação e que o juiz preste uma forma de tutela jurisdicional que seja realmente capaz de lhe outorgar utilidade.

Aliás, ao se ligar a efetivação da norma de direito material com a necessidade de atuação do ordenamento jurídico, fica claro que a busca da realização do desejo da norma não pode se ligar apenas ao dever de proteção dos direitos fundamentais. Explique-se: a norma de direito material protetiva deve ser atuada, pouco importando o objeto da sua proteção.

Tem-se, a partir daí, a idéia de que devem existir ações processuais destinadas apenas a dar atuação ao desejo das normas, seja evitando (ação inibitória negativa) ou impondo (ação inibitória positiva) condutas, seja eliminando o ato que, embora proibido, foi praticado (ação de remoção do ilícito).

Nesse exato momento é que entra em jogo o labor da doutrina que liga o dever de proteção estatal à norma de direito material, ou que é consciente de que a atuação do ordenamento jurídico requer a atuação das normas protetivas. As ações inibitória e de remoção do ilícito constituem resultados de uma construção dogmática preocupada em dar ao processo a possibilidade de atuação das normas. Para tanto, essa elaboração *dogmática não só parte de uma interpretação dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, como ainda é obrigada a pensar no procedimento como algo materialmente sumarizado, ou melhor, que elimina a possibilidade de discussão do dano, e assim deve possuir cognição parcial, *a qual é plenamente legitimada pela necessidade de atuação das normas de proteção*.

A restrição da cognição em relação ao dano, nessas ações, encontra justificativa na necessidade de se dar efetividade à norma. Portanto, não há nada de lesivo ao contraditório ou à igualdade em impedir a discussão do dano nas ações inibitória e de remoção do ilícito. Arbitrário e irracional seria dar a um perito a possibilidade de substituir o juízo técnico que fundamentou a atuação do legislador ao proibir, por exemplo, a comercialização de um produto.

Como é óbvio, não se quer dizer, através dessa argumentação, que o dano não possa ser discutido, ou, em outras palavras, que aquilo que foi pressuposto pela norma não possa ser questionado. O que se quer frisar é que *nessas ações* a cognição deve ficar restrita ao ato contrário ao direito, *pois de outra forma simplesmente não haverá razão para a norma de direito material e para a existência dessas ações processuais*. Ou seja, da mesma forma que na ação possessória não se discute o domínio, nas ações inibitória e de remoção do ilícito não se discute o dano. *Porém, e como é evidente, esse poderá ser discutido através de ação inversa posterior*.

#### 2.4 A periculosidade e a nocividade do produto ou do serviço

Como diz o art. 8º, “caput”, do CDC, “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados *normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição*, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único: Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”. O art. 9º, logo em seguida, já falando de produtos e serviços *potencialmente nocivos ou perigosos* à saúde ou à segurança, estabelece que o seu fornecedor “*deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade*, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”. Por fim, o art. 10 dispõe que “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 à 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. § 2º – Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º – Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”.

Diante disso, considerando as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, podemos pensar em várias situações: i) *proibição de comercialização* de produto e serviço dotados de *alto grau de nocividade ou periculosidade*; ii) dever de informação a respeito de produtos e serviços que possam trazer riscos normais e previsíveis; iii) *dever de informação* a respeito de produtos e serviços *potencialmente* nocivos ou perigosos.

No caso em que, *após a colocação do produto ou serviço no mercado, evidenciar-se, em razão de desenvolvimento da tecnologia*, que o bem não poderia ter sido introduzido no consumo, o fornecedor deverá, quando o risco for intolerável, chamar os consumidores para a eliminação do defeito ou ainda, se for o caso – ou seja, se a eliminação do defeito for impossível ou não aconselhável diante da possibilidade de não atendimento integral de parte dos consumidores –, ser obrigado a retirar o produto do mercado, indenizando os consumidores. A previsão de simples informação dos consumidores deve ser admitida apenas nos casos em que o avanço tecnológico descobriu riscos que devem ser considerados normais e previsíveis, ou mesmo que o produto ou o serviço é potencialmente nocivo ou perigoso, e assim não pode prescindir de informação adequada e ostensiva.

## 2.5 A falta de segurança como fundamento da tutela jurisdicional do consumidor

De acordo com o art. 12, §1º do CDC “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele *legitimamente se espera*” O art. 14, §1º, ao tratar do serviço, diz que ele “é defeituoso quando não *fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar*”.

O art. 4º do Dec-Lei português n. 383/89 afirma, de modo bastante semelhante, que: “1. *Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação...*”. Interpretando essa norma, Calvão da Silva adverte que “o seu cerne é a *segurança do produto* e não a *aptidão ou idoneidade* deste para a realização do *fim a que é destinado*”<sup>9</sup>. A aptidão do produto para a realização de um fim tem conteúdo mais restrito do que o de *segurança*, “pois são freqüentes os casos de produtos que causam danos na realização da específica função para que foram concebidos e fabricados”<sup>10</sup>. Nessa linha, lembra Calvão da Silva que um remédio pode ser idôneo e eficaz no uso a que se destina e ainda assim causar *graves efeitos secundários*, bem como que um brinquedo de criança pode produzir intoxicação *quando levado à boca*<sup>11</sup>.

Por outro lado, podem existir produtos inidôneos para a realização do fim a que se destinam, porém seguros. Basta pensar, nesse caso, no aparelho eletrodoméstico que não funciona. Isso quer dizer, precisamente, que não é possível confundir falta de segurança com inidoneidade do produto. *A primeira gera responsabilidade por dano fundada em falta de segurança, enquanto que a segunda tem relação com a responsabilidade por ausência de conformidade ou qualidade do produto*. Como conclui Calvão da Silva, uma objetiva proteger a integridade pessoal do consumidor e

<sup>9</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 634. Ver, ainda, João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Almedina, 1999.

<sup>10</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 634.

<sup>11</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 634.

dos seus bens, ao passo que a última tem por fim proteger “o interesse (da equivalência entre a prestação e contraprestação) subjacente ao cumprimento perfeito”<sup>12</sup>.

A questão da segurança legitimamente esperada tem relação com a eliminação e a reparação dos danos que possam decorrer de produtos ou serviços não fornecidos em condições de segurança esperadas pelo público consumidor. Note-se, porém, que um produto entregue com vício de qualidade pode configurar adimplemento imperfeito e, ao mesmo tempo, defeito de insegurança, por expor o consumidor a riscos que dele não se poderiam esperar. Ou seja, a imperfeição do adimplemento pode gerar insegurança, como acontece em relação a um defeito no sistema de freios. Nesse caso, não é possível dizer que o automóvel é apto ao fim a que se destina, pois seria absurdo dizer que um automóvel pode ser concebido com um sistema de freios incapaz de proporcionar segurança esperada. Porém, ainda que o sistema de freio diga respeito ao cumprimento perfeito, essa entrega imperfeita é geradora de uma situação de insegurança. Em situações como essas, portanto, a natureza da tutela jurisdicional prestada (ressarcitória, inibitória, remoção do ilícito ou adimplemento na forma específica) vai depender da situação concreta, delineada pela causa de pedir. Se ocorreu dano, a tutela será ressarcitória, baseada na responsabilidade por falta de segurança. Se o objetivo é remover o ilícito, ou mesmo inibir a prática de novos ilícitos, as tutelas serão de remoção do ilícito e inibitória, também fundadas na ausência de segurança. Mas, se a causa de pedir parte do inadimplemento imperfeito, e sustenta a garantia de perfeição do cumprimento, a tutela será do adimplemento na forma específica. Nesse último caso sequer se pensa em responsabilidade pelo dano, e assim não precisa ser argüida a falta de segurança, pois a responsabilidade está *in re ipsa*, e desse modo é completamente diferente da responsabilidade pelo dano. O fundamento da responsabilidade, nessa hipótese, deriva da garantia de cumprimento perfeito da obrigação.

## 2.6 As noções de produto e serviço “defeituosos”

### 2.6.1 A “apresentação do produto”, “o uso e os riscos que dele razoavelmente se esperam” e “a época em que foi colocado em circulação”

É fácil perceber que o importante é verificar o significado de produto e serviço seguros para a venda, que na realidade se confunde com o de “segurança legitimamente esperada”, pois não há como esperar uma segurança absoluta.

Diz o art. 12, §1º do CDC que para se definir um produto como *defeituoso* – e que assim não oferece a segurança que legitimamente dele se espera -, devem ser levadas “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”.

Quando se pensa na apresentação do produto, imagina-se a forma externa de sua apresentação ao público, não importando o produto em si mesmo. Assim, no que diz respeito aos produtos que exigem informações, importa atentar à publicidade e aos escritos que o acompanham. Lembre-se que o art. 8º do CDC afirma que, *nos casos de riscos normais e previsíveis*, o fornecedor tem o dever de dar “*informações necessárias e adequadas*” e, na hipótese de produto industrial, ao fabricante cabe prestar essas informações “através de *impressos apropriados* que devem acompanhar o produto”. Além disso, o art. 9º, quando trata dos “produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos”, diz que o fornecedor tem o dever de “informar, de maneira *ostensiva e*

<sup>12</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 634.



*adequada*, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

No que diz respeito à publicidade e à embalagem do produto, é importante verificar se o fornecedor, na ânsia de elevar as qualidades do produto, não deixou de informar sobre os seus riscos. De outro lado, não há como ignorar que o CDC, ao utilizar a expressão “informação *ostensiva*” diante dos produtos potencialmente nocivos e perigosos, teve a intenção de exigir, em relação a eles, maiores evidências e detalhes na informação.

Deixe-se claro que a “informação” deve advertir sobre a utilização do produto e sobre os seus riscos<sup>13</sup>. Assim, não basta informar apenas como usar o produto, mas também o que pode ocorrer diante do seu uso. Nesse sentido, não é suficiente informar o que, em regra, pode acontecer, mas sim tudo o que possa vir a ocorrer, desde que razoavelmente previsível diante do dever de segurança do fornecedor ou do fabricante, vale dizer, do seu dever de prever o que pode prejudicar o consumidor.

A idéia de informação necessária, adequada e apropriada quer dizer o óbvio: a informação deve ser realizada no idioma nacional, de forma compreensível ao público a que se destina, contendo descrições que possam ser compreendidas pelo homem dotado de conhecimento comum, e não apenas pelo especialista em determinado ramo do conhecimento, como, por exemplo, o médico. No caso de produto industrial, previsto no parágrafo único do art. 8º do CDC, as informações deverão ser prestadas através de impressos apropriados, que devem acompanhar o produto. Porém, como já dito, no caso de produtos *potencialmente nocivos ou perigosos*, o CDC alude a dever de informar de “maneira *ostensiva*”. É o caso da venda de material radioativo ou de agrotóxicos. Frise-se que a informação deve considerar o *padrão do consumidor a que se destina*. Isso não pode deixar de ser levado em conta quando o consumidor é pessoa quase analfabeta, sob pena de se pensar como adequada uma informação que não atinge o público alvo, ou que somente atingiria o consumidor de outra camada cultural ou social ou mesmo de outra região, estado ou país. O art. 12, §1º do CDC diz, ainda, que a análise de defeito do produto deve considerar o “uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam”. Quer dizer que, para a definição de produto sem segurança, não importa apenas o fim a que se destina, mas também o uso que o consumidor dele pode fazer, desde que razoavelmente esperado.

O fornecedor e o fabricante não podem descurar do uso que o consumidor pode fazer do produto, ainda que esse uso fuja da finalidade a que o produto se dirige. O que interessa é que tal uso seja razoavelmente previsível. É previsível que a caneta esferográfica possa ser levada à boca, e por isso a caneta produzida com material tóxico que possa trazer danos à saúde do consumidor não está de acordo com o dever de segurança. Nesse caso, a caneta não pode mais ser comercializada, e assim deve ser retirada do mercado. É que esse produto, quando utilizado em condições previsíveis, traz riscos à saúde que não podem ser considerados “normais e previsíveis”, na dicção do art. 8º do CDC.

Frise-se que risco “normal e previsível” é algo completamente diferente de uso previsível. O risco normal e previsível é o risco aceitável, ao passo que o uso previsível é o que, diante do dever de segurança do fornecedor ou do fabricante, pode ser suposto como possível de acontecer. Se, do uso previsível de um produto, pode decorrer risco que não pode ser aceito, o produto não pode sequer ser admitido como “potencialmente nocivo ou perigoso” (como o agrotóxico ou o material radioativo, que apenas exigem informação “ostensiva”), mas sim como “produto de alto grau de nocividade ou

---

<sup>13</sup> Christoph Fabian, *O Dever de Informar no Direito Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 147.

periculosidade”, nos termos do art. 10 do CDC. Assim, se é previsível que crianças podem utilizar fogos de artifício, a sua venda é admitida porque o risco é aceito, devendo a informação tomar em consideração o fato de que esse produto pode ser utilizado pelas crianças. Ou seja, nesse caso a informação, além de ostensiva, por ser o produto potencialmente perigoso (art. 9º, CDC), deve tomar em conta aqueles que podem utilizá-lo, isto é, as crianças<sup>14</sup>. Ora, isso é um uso evidentemente previsível. Porém, porque o risco é aceito, o que deve importar é o *dever de informar*. Se o risco não fosse aceito, e o uso previsível, o produto deveria ser retirado do mercado.

Por outro lado, quando se percebe, no desenvolvimento do consumo de um produto, que ele passou a ser utilizado de modo distorcido, tornando-se nocivo ou perigoso ainda que usado fora do fim a que se destina, há que se agravar o dever de informação ou, se for o caso, determinar a retirada do produto do mercado. Pense-se no remédio contra insônia que passou a ser utilizado como tóxico ou naquele que passou a ser usado como provocador de abortos.

Além disso, é preciso atentar para os produtos *complexos* e para os produtos *associados*. Os primeiros são formados pelo produto principal e um acessório, destinado a tornar o produto mais sedutor ao consumidor. Os segundos são os produtos que podem ser associados a outros – *deles separados* –, visando a uma utilização mais eficaz.

Como exemplo de produto complexo, podemos referir a venda de chocolates contendo brindes, destinados a seduzir as crianças para a compra do produto principal. Se a venda de ovos de páscoa contendo pequenos brindes em seu interior pode trazer risco à saúde, diante do fato de que tais brindes, quando da abertura desses ovos, podem ser projetados contra os olhos das crianças, somente podem existir, *em princípio*, duas saídas: i) se o risco for aceito, o produtor deve informar que o brinde pode atingir o consumidor quando da abertura do ovo; ii) se o risco não for aceito, e o produto, com essa complexidade, for reputado perigoso, tal produto não poderá ser comercializado e, aquele que já foi exposto à venda, deverá ser retirado de circulação.

Porém, considerando-se que o produto, nesse caso, além de ser dirigido às crianças, é um produto que não exige, como alimento, informações minuciosas, é certamente muito provável que o seu consumidor não vá atentar para as informações sobre o perigo do brinde colocado no interior do ovo de chocolate. Além disso, como o ovo de chocolate não depende do brinde para ser comercializado, é completamente irracional aceitar que, para que o produtor possa seduzir a criança de modo mais eficaz, seja aceito o risco à sua saúde. Assim, nesse caso, não há como pensar nem mesmo em incremento do dever de informar, sendo imprescindível a proibição da comercialização do produto.

Sublinhe-se, aliás, que se uma criança sofreu dano nos olhos em razão da projeção do brinde posto no ovo de chocolate, não há como se descartar a responsabilidade do produtor, que obviamente feriu o seu dever de segurança ao colocar

---

<sup>14</sup> Christoph Fabian afirma que “os *perigos previsíveis* não são apenas aqueles que resultam do uso adequado. Eles abrangem também os perigos de utilizações *erradas que podem naturalmente ou facilmente acontecer*. Um exemplo são os fogos de artifício. Facilmente caem nas mãos de crianças” (*O Dever de Informar no Direito Civil*, cit., p. 149) Ao que parece, quando Fabian fala em “utilizações erradas que podem naturalmente ou facilmente ocorrer”, quer aludir a um uso previsível, ainda que inadequado, e quando pensa em perigo previsível supõe um risco aceito. Note-se que uso e risco são duas coisas distintas, pois o risco é uma decorrência do uso. Pode haver uso previsível gerador de risco aceitável (normal) ou não. De qualquer forma, a excelente obra de Fabian não deixa de salientar, em relação ao exemplo que nos ocupa, que “o fornecedor deve tomar as precauções adequadas contra o seu uso por crianças” (*O Dever de Informar no Direito Civil*, cit., p. 149)

no mercado um ovo de chocolate que *apela* às crianças através de um *brinde que se transforma em arma lesiva*. Tal proceder deve ser considerado até mesmo imoral, pois ao lembrar uma maneira de seduzir a criança, esquece da legítima expectativa de segurança do consumidor.

Nessa hipótese, não há que pensar em uso inadequado, ou mesmo uso por consumidor inadequado, mas sim no uso do produto pelo seu próprio destinatário e de maneira plenamente adequada. De modo que o uso do produto foi totalmente razoável e previsível. O dano e o risco é que não podem ser aceitos.

Com a expressão produtos *associados*, desejamos fazer referência aos produtos que tem o seu uso *combinado* com outros. É freqüente, para se combater uma doença com maior eficácia, a necessidade de utilização de um remédio associado a outro. Se dessa associação podem advir efeitos colaterais, os produtores de cada um dos remédios devem informar sobre o perigo de sua associação ou combinação. Ademais, e aí o caso não é de “combinação científica” de um remédio com outro, o produtor também possui o dever de informar sobre a nocividade da associação do seu produto com o álcool.

Além disso, diz o inciso III do §1º do art. 12 do CDC que, para a definição de produto defeituoso, deve ser considerado o momento de sua introdução no mercado. A definição da época em que o produto foi colocado em circulação, no que diz respeito à inibição e à remoção, importa para a compreensão do chamado dever de vigilância. O dever de segurança não se extingue com a introdução do produto no mercado, mas prossegue ainda que o produto já esteja sendo utilizado pelo comprador. Isso porque o desenvolvimento da tecnologia pode evidenciar um perigo que não poderia ter sido constatado à época da introdução do produto no mercado. Ademais, a utilização do produto pode gerar um perigo que não esteja dentro das expectativas de segurança do consumidor, e por isso deva ser tido como um “perigo anormal”.

Nessas situações, descoberto o perigo, o produtor deve informar o consumidor, através de meios de comunicação que se presumam eficazes para tanto, para que o produto passe a ser utilizado com determinado cuidado, ou para que o produto seja conduzido às oficinas do produtor para certas modificações técnicas, ou ainda para que o produto não mais seja utilizado.

Note-se que um produto, no momento em que foi colocado no mercado, pode ser defeituoso ou não. Como diz o §2º do art. 12 do CDC, “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. Assim, como escreve Calvão da Silva, “o automóvel fabricado e posto em circulação há alguns anos com travões (freios) hidráulicos, sem cintos de segurança e faróis de nevoeiro, não se torna defeituoso só porque posteriormente aparece melhorado com o sistema de travagem ABS, cintos de segurança, faróis de nevoeiro, balão de ar que abre em caso de acidente grave, etc. O critério decisivo é o de que o produto satisfaça as legítimas expectativas de segurança do grande público no momento da sua emissão no comércio, sem que do seu aperfeiçoamento ulterior possa inferir-se a existência de defeito naquele momento”<sup>15</sup>. Nesses casos, o produto não é defeituoso no momento em que entrou em circulação. Nos outros, porém, o produto era defeituoso no momento em que foi posto no mercado, só que o estado da tecnologia não permitia tal constatação, ou não se tinha considerado que o uso normal pudesse acarretar um perigo legitimamente não esperado.

Se um remédio, no momento em que foi posto em circulação, não podia ser dito nocivo à saúde, porém mais tarde, em razão do desenvolvimento da tecnologia, constatou-se que é causador de câncer, ele evidentemente deve ser retirado de

---

<sup>15</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 634.

circulação. No caso em que se descobriu, em virtude do avanço tecnológico, que um produto de consumo duradouro no tempo foi introduzido com defeito no mercado, é racional que o produtor pague as despesas de informação, de modificação ou provenientes da sua retirada do mercado. Nessa situação, não há que se pensar se o fornecedor agiu, ou não, com culpa, pois se trata de uma “*questão de confiança decepcionada*”<sup>16</sup>.

### 2.6.2 “*O modo de fornecimento do serviço*”, “*o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam*” e “*a época de seu fornecimento*”

Na mesma linha do referido art. 12 do CDC, estabelece o seu art. 14, §1º que, para a conclusão de que um serviço é *defeituoso*, devem ser levadas em conta “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”.

Todo serviço deve ser acompanhado das informações sobre sua utilização e seus riscos. Sua propaganda, se evidentemente pode realçar suas qualidades, deve ser capaz de informar adequadamente o consumidor sobre sua utilização e não pode escamotear os seus riscos. Tudo deve ser passado de forma clara e compreensível ao leigo, considerando sempre o nível de educação do provável público consumidor.

Além disso, todo serviço deve corresponder ao resultado e aos riscos que dele se esperam. Tal resultado, como é óbvio, é o prometido pela natureza do serviço, levando-se em conta, especialmente, a sua publicidade e as informações que o acompanham. No que diz respeito ao risco, deve ser considerado se o serviço, por sua natureza, deve gerar riscos normais e previsíveis, ou se existe um serviço potencialmente nocivo ou perigoso. Nos dois casos, como é evidente, as informações deverão ser adequadas, mas no segundo, de acordo com a dicção do art. 9º do CDC, elas deverão também ser “ostensivas”.

Por fim, como igualmente acontece em relação ao produto, a definição de defeito não pode deixar de considerar “a época em que foi fornecido”. Assim, se o desenvolvimento da tecnologia demonstrou que o serviço pode ser fornecido de maneira mais perfeita, isso não significa que, no momento em que foi fornecido ao consumidor, apresentava defeito. De modo que o consumidor de um serviço de fruição duradoura no tempo não pode, apenas porque foi descoberta uma técnica mais avançada, pretender que o serviço passe a lhe ser prestado conforme a nova tecnologia. Contudo, se essa tecnologia demonstrar que o serviço, da forma como vinha sendo prestado, pode gerar riscos que até então não haviam sido imaginados, existirão três alternativas: se o risco for aceito, o fornecedor deverá informar o consumidor; se o risco não for aceito, e bastar a readequação do serviço ou de sua prestação, o serviço poderá continuar a ser prestado com as devidas alterações; se o risco não for aceito, e não for mais possível prestar o serviço, ele deverá ser interrompido.

Nessas hipóteses, o fornecedor deve arcar com as despesas para as informações e para as alterações necessárias e, ainda, no último caso, devolver a quantia que o consumidor eventualmente houver pago de forma adiantada pelo serviço. Tais situações não dizem respeito ao ressarcimento do dano. Trata-se, isso sim, de se dar integral cumprimento ao dever de vigilância e à base do contrato de consumo, que é a confiança depositada pelo consumidor no fornecedor. Lembre-se que, se a relação de consumo se estabelece em determinado momento, isso acontece porque o consumidor tem confiança

---

<sup>16</sup> Cf. Christoph Fabian, *Dever de Informar no Direito Civil*, cit., p. 153.

no produto ou no serviço que lhe é oferecido. Assim, se a segurança que se espera do produto ou do serviço desaparece em determinado instante, diante do desenvolvimento da tecnologia, é o fornecedor que tem o dever de fazer o possível para que a segurança esperada pelo consumidor volte a se instalar. Nessa perspectiva, como o desenvolvimento da ciência é algo desejado e ineliminável, e a venda se funda em um voto de confiança na segurança do produto ou do serviço, o fornecedor deve sempre estar acordado para o seu dever de segurança (ou para o seu dever de vigilância), correndo os riscos do desenvolvimento.

### 2.6.3 Demais circunstâncias que devem ser consideradas

Os arts. 12, §1º e 14, §1º do CDC deixam claro que, para a definição de produto e serviço defeituosos, devem ser consideradas não apenas as circunstâncias expostas acima – enumeradas de forma exemplificativa nesses artigos –, mas também outras “circunstâncias relevantes”.

Isso porque o legislador sabe que é impossível enumerar todas as circunstâncias que devem ser tomadas em conta pelo juiz. Assim, preferiu enumerar as mais importantes, deixando ao julgador a ponderação das que apareçam como relevantes diante do “caso concreto”. Trata-se, mais uma vez, de uma opção pela “justiça do caso concreto”, diante da impossibilidade de se prever, em abstrato, o que deve ser analisado pelo juiz. Ou melhor, não há como prever, em abstrato, o que importa para a definição de legítima expectativa de segurança sem considerar a natureza do produto e do serviço e o perfil do consumidor, os quais variam de acordo com o caso concreto.

Lembre-se que aqui importa a inibição ou a remoção do ilícito, e não a responsabilidade pelo dano. No que diz respeito à inibição ou a remoção do ilícito, é impossível esquecer da natureza do produto ou do serviço e do seu preço.

Note-se, em primeiro lugar, que o dever de informar se altera conforme o produto ou o serviço possa produzir riscos normais e previsíveis ou seja potencialmente nocivo ou perigoso. Além disso, as expectativas de segurança do consumidor variam conforme a natureza do produto ou do serviço.

Segundo o art. 220, §4º da Constituição Federal, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a *restrições legais*, e conterà, sempre que necessário, *advertências* sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Por outro lado, diz o art. 196 da Constituição Federal *que a saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Por lógica, se o Estado tem o dever de proteger a saúde e a segurança da população, não há como aceitar que ele possa autorizar a venda de um produto que reconhece nocivo ou perigoso, sem que essa autorização esteja fundada na necessidade de proteção da própria sociedade.

Não há dúvida que os medicamentos devem conter informações *ostensivas* a respeito dos males que a sua utilização, *ainda que normal*, pode gerar. Se um medicamento, que causa efeito nocivo, é fundamental para tratar de certa doença, a venda somente poderá ser feita mediante controle de um médico, além de ter que trazer *informações adequadas e ostensivas* a respeito dos malefícios que o seu uso pode ocasionar.

Quanto aos agrotóxicos a informação também deve ser *ostensiva*, uma vez que os riscos que esses produtos podem trazer, quando considerados os benefícios que podem proporcionar, são tidos como *aceitáveis*. Contudo, em relação às bebidas

alcoólicas, alguém poderia afirmar que a nocividade do seu consumo não pode legitimar a sua venda, uma vez que a sua utilização não é imprescindível ao desenvolvimento da sociedade. Acontece que, diante desse último caso, é novamente necessária a distinção entre *aceitabilidade do risco* e *uso previsível*. O consumo de bebidas alcoólicas, quando feito de forma moderada, não gera um risco de prejuízo *inaceitável*. Nesse caso, é o *uso inadequado* do produto que pode trazer males à saúde. Se o risco não está no consumo, mas sim na *forma* do consumo, o produto somente poderá ser comercializado quando acompanhado de restrições ao seu uso por crianças e de informações a respeito dos prejuízos à saúde que o seu uso imoderado pode trazer.

Ficou por último, de propósito, a situação do tabaco. No que diz respeito ao tabaco, a nocividade não advém da *forma do consumo*, mas sim do *próprio consumo*. O cigarro, diz o Ministério da Saúde, é causador de câncer, gera impotência sexual etc. Isso quer dizer que o Estado já reconheceu de maneira expressa a nocividade do tabaco. Perceba-se que o Estado, ao prestar informações ao consumidor, *não diz apenas – e nem poderia – que o uso imoderado do cigarro pode ser prejudicial à saúde*.

Há, para dizer o mínimo, uma gritante contradição entre o dever do Estado proteger a saúde e a informação de que o cigarro causa câncer de pulmão. Diante da obviedade de que o Estado tem *o dever de proteger a saúde*, as informações de que o cigarro provoca câncer, inseridas de maneira tímida nos comerciais em que os produtores de tabaco *procuram seduzir o consumidor*, somente podem ser vistas como um *escárnio aos direitos básicos da população*.

Na verdade, se a Administração Pública *reconhecer a alta periculosidade ou a alta nocividade de um produto*, e ainda assim permitir a sua venda, sem que esse perigo ou nocividade seja legitimado por estar tutelando outro bem digno de proteção, o ato da Administração Pública *carece de fundamentação*, e assim não precisa ser acatado pelo juiz, que então fica com a possibilidade de proibir a venda do produto. Isso por uma razão simples: o dever de proteção é incumbência do Estado, e, portanto, também do juiz, que não pode ficar em uma posição de assistente dos desvios e das omissões da Administração. Quando essa reconhecer a alta nocividade do produto, é completamente irracional a autorização do seu consumo sem que a proteção de outro bem possa justificá-la, certamente de acordo com os valores que importam à sociedade.

Seria possível argumentar que, se o art. 220, §4º da Constituição Federal afirmou que a propaganda de tabaco deve conter advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso, a sua comercialização estaria admitida pela própria Constituição. Acontece que nenhuma norma que faz juízo técnico pode deixar de se submeter à questão do desenvolvimento da tecnologia. Se o Estado, hoje, concluiu que o cigarro provoca câncer de pulmão, é evidente que, *ainda que tal norma afirmasse que o cigarro não é nocivo à saúde*, ela não poderia permanecer de pé. De qualquer forma, a norma constitucional antes descrita *não disse que o cigarro não é altamente nocivo*, mas sim que a sua propaganda deve conter advertências sobre o seu uso. Ou seja, *a Constituição não afirmou – e evidentemente não teria como fazê-lo – que o cigarro, ainda que gerador de câncer, pode ser comercializado, e que a sua propaganda deve informar ao consumidor que o seu uso pode abreviar a sua vida. Ora, é pouco mais do que evidente que o Estado não pode liberar a comercialização de produto que sabe que irá matar o consumidor*.

Quando o art. 220, §4º da Constituição Federal regulamentou a propaganda do cigarro, impondo informações ao consumidor, ele obviamente teve a intenção de dar proteção à população, exatamente porque não havia “certeza científica” quanto ao seu grau de nocividade. Aliás, *considerando-se o princípio da precaução, é certo concluir*

*que nesse momento a comercialização do cigarro foi privilegiada em relação à saúde do consumidor.*

Atualmente, reconhecida pela ciência e pelo Estado a nocividade do tabaco, não há outra alternativa a não ser proibir a sua comercialização. A menos que o Estado se negue a proteger o consumidor, ou melhor, suponha que é melhor arrecadar impostos com a comercialização do cigarro do que proteger a saúde das pessoas. Aliás, é preciso frisar que existem estudos que demonstram que tal arrecadação é ilusória, diante dos gastos públicos com doenças provocadas pelo consumo de cigarro.

E não se diga que é preciso considerar uma norma constitucional *que admitiu a comercialização do cigarro*. Ao contrário, essa norma, diante de determinado momento do desenvolvimento científico, apenas impôs deveres ao produtor em relação à propaganda de cigarro. Se o passar do tempo demonstrou que o cigarro provoca câncer etc. não há necessidade de se combater a norma constitucional, uma vez que essa não disse que o cigarro pode ser vendido ainda que cause câncer, mas apenas que a propaganda de cigarro deve sofrer restrições. Ou seja, não há incompatibilidade entre a norma que, em determinado momento do desenvolvimento da ciência, impõe restrições à propaganda de um produto e deveres de informação ao seu produtor, e a norma que, em outro estágio do desenvolvimento da tecnologia, veda a sua comercialização diante da conclusão técnica de que o produto é “altamente nocivo”. Note-se que tais normas se apóiam em situações fáticas completamente distintas.

Diante de um direito fundamental – no caso o direito fundamental do consumidor –, o Estado não pode se esquivar do seu dever de proteção. Diante desse dever, há o que Canaris<sup>17</sup> chama de imperativo de tutela, isto é, a necessidade de tutela ou de proteção do direito fundamental. Essa tutela incumbe, em princípio, ao legislador, que deve editar a norma de proteção, realizando a *denominada proteção ou tutela normativa*. Porém, quando o legislador descumprir o seu dever de proteção, *surge uma situação de omissão de tutela ou de proteção*. Não obstante, essa omissão pode ser questionada perante o Poder Judiciário, quando o juiz deverá verificar, *em face do direito fundamental*, se realmente houve omissão de proteção por parte do legislador. Se a conclusão for positiva, caberá ao magistrado *suprir a omissão na proteção do direito fundamental, concedendo a tutela jurisdicional. Isso porque, como já dito, o dever de proteção é incumbência do Estado, e não apenas do legislador*.

Por outro lado, é evidente que a expectativa de segurança varia segundo o produto seja novo ou usado ou o serviço seja moderno ou antigo. Isso quer dizer que não é possível inibir ou remover a comercialização de produto usado, por exemplo, apenas porque ele não fornece a mesma segurança do produto novo. Como é óbvio, um produto usado pode dar segurança ao consumidor. Nessa mesma linha, não é porque um produto possui menos acessórios - e assim é mais barato – do que outro da mesma natureza, que será considerado inseguro, e assim inapropriado para a comercialização. O fato de um automóvel não conter determinado equipamento que não seja considerado, pela legislação, como imprescindível, evidentemente não o torna violador da expectativa de segurança do consumidor. Todo automóvel deve fornecer aos consumidores a segurança que os não faça “correr riscos dentro das condições normais de uso, segurança básica que é independente do preço. Dir-se-á que este grau mínimo de segurança legitimamente esperado pelo grande público é imperativo, irreduzível e inegociável”<sup>18</sup>. Se assim não fosse, prossegue Calvão da Silva, “abrir-se-ia a porta para,

---

<sup>17</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 56 e ss.

<sup>18</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 649.

em nome de um preço barato, se permitir a venda de produtos carecidos de segurança, em clara violação da obrigação geral que proíbe a colocação no mercado de produtos que, quando utilizados em condições normais ou previsíveis, impliquem perigo para a segurança física e saúde dos consumidores”<sup>19</sup>.

Além do mais, há situações em que, *diante do estado da tecnologia*, é preciso ponderar sobre os riscos e os benefícios de um remédio. Assim, novamente por exemplo, se um remédio, reputado vital para a saúde do consumidor, poderá ser considerado, com o desenvolvimento da tecnologia, a ele nocivo, não há como deixar de contrapor os benefícios e riscos quando da decisão sobre a admissibilidade de sua comercialização<sup>20</sup>. Note-se que, aqui, há apenas a probabilidade de o remédio ser considerado nocivo com o *desenvolvimento da tecnologia*, enquanto que, na situação exposta mais acima, entendeu-se que um remédio *que se sabe, desde logo, nocivo*, apenas pode ser autorizado diante da necessidade de proteção de outro bem<sup>21</sup>.

## 2.7 O produto e os defeitos de concepção, de fabricação e de informação

A classificação em defeitos de concepção, de fabricação e de informação auxilia na compreensão dos defeitos do produto e na análise não apenas do dever de ressarcir, *mas também da necessidade de inibir e de remover a sua comercialização*.

Há *defeito de concepção* quando a falta de segurança deriva da própria idealização do produto, como na definição de uma técnica ou dos materiais que serão empregados na produção. Ou seja, o *defeito de concepção* está na projeção do produto, e por isso atinge a todas as suas unidades, e não somente a algumas ou a determina série do produto. Embora parte da doutrina fale em “defeitos de construção”<sup>22</sup> para aludir ao que preferimos chamar de “defeitos de concepção”, o uso da terminologia “defeitos de construção”, como já foi anotado<sup>23</sup>, permite que se pense no que também é fabricado ou, pior, abre ensejo para a confusão entre o defeito que tem origem na concepção e o que advém da fabricação.

O *defeito é de fabricação* quando não decorre do plano de idealização do produto, mas da fabricação inadequada das unidades de uma série, ou da totalidade das unidades de uma das séries do produto. Nesse caso, ao contrário do que acontece no anterior, o defeito não pode ser aferido a partir da idealização do produto, mas sim no processo de sua fabricação.

<sup>19</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 649.

<sup>20</sup> “Ainda nesta linha de pensamento, o juiz não pode deixar de considerar se o custo da eliminação do defeito encarece de tal maneira o produto que o torna inacessível à generalidade do público, retirando-lhe, na prática, a sua utilidade, bem como a capacidade tecnológica da indústria para fabricar um produto alternativo que cumpra a mesma função com segurança. (João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p.651).

<sup>21</sup> Ver Gustavo Tepedino, A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, *Revista Jurídica*, v. 311, p. 36 e ss.

<sup>22</sup> “Os defeitos de projeção *ou construção* derivam de um erro na projeção, de uma escolha inadequada de materiais, ou, ainda, de uma técnica de fabricação. O produto é defeituoso porque ilegitimamente inseguro na sua concepção ou idealização” (Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 102).

<sup>23</sup> “Chamamos-lhes *defeitos de concepção*, por nos parecer terminologia mais impressiva e sugestiva, visto que, tal como *design defects*, nos coloca imediatamente na fase da *concepção, idealização ou projeto* do produto, diferentemente da terminologia alemã *Konstruktionsfehler*, que se presta a equívocos, pois inculca a idéia de erros cometidos na fase de fabrico propriamente dito a que os autores americanos apelidam, justamente, de defeitos *in construction*” (João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 657).



Por sua vez, o *dever de informar* tem relação com os produtos que podem ser comercializados, ainda que potencialmente nocivos ou perigosos. A diferença, como visto, é que o detalhamento e o rigor das informações variam conforme o produto produza riscos “normais e previsíveis” ou seja um produto “potencialmente nocivo ou perigoso”. Nesse último caso, diz o art. 9º do CDC, a informação deverá ser “ostensiva”.

A informação também é importante quando, após a colocação do produto no mercado, o desenvolvimento da tecnologia demonstra sua nocividade ou periculosidade. Nessa situação, se não for necessária a alteração ou o recolhimento do produto, o produtor deverá informar acerca dos estudos que apontam para a observância de certas providências ou cautelas por parte do consumidor.

Conforme já observado, “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” (art. 10, §1º CDC), os quais deverão ser “veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço” (art. 10, §2º CDC). Além disso, complementa o § 3º do art. 10, “sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”.

## 2.8 Um último aprofundamento na questão do “desenvolvimento da tecnologia”

Quando um produto é inserido no mercado, e mais tarde o desenvolvimento da tecnologia acaba apontando-o como nocivo ou perigoso, *é preciso distinguir*. Se o produto provocou dano, *é preciso perguntar sobre o seu ressarcimento*. Se o produto ainda não produziu dano, mas, diante de sua nocividade ou periculosidade, pode produzi-los, *cabem a inibição ou a remoção do ilícito*.

O produto que foi descoberto como nocivo ou perigoso após a sua introdução no mercado, deve ter a sua comercialização impedida ou suspensa, pouco importando o fato de ter, ou não, produzido dano.

Se um produto foi colocado no mercado sem que o fornecedor tenha sequer pensado na possibilidade de que o desenvolvimento da ciência pudesse constatar sua nocividade ou periculosidade, ele apostou no lucro que sua comercialização poderia gerar, e desse modo deve arcar com os riscos do desenvolvimento. Porém, quando a imediata colocação de um produto no mercado *for de interesse da sociedade e do próprio Estado*, o fornecedor e o Estado deverão, antes de sua liberação para venda, assumir um compromisso a respeito de quem deverá arcar com os “gastos” e com as perdas e danos, caso o desenvolvimento da ciência venha a determinar sua nocividade ou periculosidade. Note-se que o próprio fornecedor poderá arcar com tais riscos, caso isso reste ajustado e seja do interesse das partes.

Através desse raciocínio, ao mesmo tempo em que se protege o fornecedor contra riscos, não são esquecidas as pessoas que têm interesse na comercialização de produtos que, em determinado instante do desenvolvimento da ciência, ainda não tiveram sua periculosidade e nocividade devidamente esclarecidas. Se não houver tal possibilidade, o fornecedor poderá deixar de se sentir atraído pela comercialização do produto, deixando a população sem ter como utilizá-lo. Mas, se o fornecedor abre mão dessa possibilidade, ou simplesmente ignora que a ciência, ao se desenvolver, poderá demonstrar a periculosidade ou a nocividade do produto, *não é justo ou racional que o*

*consumidor tenha que pagar pelos riscos da atividade produtiva ou sofrer com os males do produto cuja comercialização interessou financeiramente ao fornecedor.*

## *2.9 Controle administrativo ou tutela preventiva através da Administração Pública*

Sabe-se que os direitos fundamentais, hoje, não se limitam mais apenas à idéia de direito de defesa, mas também são pensados como direitos a prestações, gênero em que se inclui o direito à proteção, que é o direito de exigir do Estado a proteção dos direitos contra eventuais agressões dos particulares e até mesmo de outros Estados. Diante desse direito, surge ao Estado verdadeiro dever de proteção. Em razão desse dever, o Estado fica obrigado, para proteger o direito do consumidor (por exemplo), a editar regras de direito material destinadas a impedir ou a impor condutas “relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços” (art. 55, “caput”, CDC e art. 14, CF). Além disso, estabelece o parágrafo único do art. 55 do CDC, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”.

Como é óbvio, tal dever de proteção não se limita à edição de normas, mas também requer atividades concretas de atuação e fiscalização. Se uma norma, considerando que uma conduta poderá gerar danos ou que um fazer é necessário para evitá-los, exige um não-fazer ou um fazer, é preciso que, no caso de sua violação, a Administração atue para dar concretude ao desejo de proteção nela instituído. Ou seja, não basta, para o atendimento de seu dever de proteção, que o Estado edite normas proibidoras ou impositivas de condutas; é necessário que tome providências concretas tendentes a eliminar ou a corrigir os atos que as violarem, além de fiscalizar o seu cumprimento.

Dessa forma, é possível dizer que a prevenção dos defeitos e da periculosidade dos produtos e dos serviços não se restringe a normas técnicas de segurança na sua produção e distribuição, mas exige atividades não apenas de controle da observância dessas normas, como também de repressão das práticas que lhes são contrárias.

Nessa perspectiva, diz o art. 58 do CDC: “As penas de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço”. Logo após, complementa o art. 59: “As penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade previstas neste Código e na legislação de consumo. §1º - A pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual. §2º - A pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade. §3º - Pendendo ação judicial na qual se discuta a imposição de penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da sentença”.

Como se vê, as medidas de apreensão e inutilização de produtos, bem como de proibição de sua fabricação, têm nítida vinculação com sua inadequação ou insegurança. São medidas que, tomando em consideração apenas o ato contrário ao direito, isto é, a violação da norma que exige um padrão de adequação ou segurança, objetivam impedir a comercialização e a fabricação de produtos que a ela são contrários<sup>24</sup>.

É claro que, por um lado, as sanções administrativas do Capítulo VII do Título I do CDC (arts. 55 a 60) tem o objetivo de punir o infrator das normas de defesa do consumidor, ou ainda de realizar o desejo preventivo dessas normas. Porém, por outro, como não se pode esquecer que toda previsão de pena também assume a função de “ameaça”, não há como negar que a simples previsão de punição do infrator, ainda que imediatamente desligada da função de impedir a agressão ao consumidor (como ocorreria com a apreensão de produtos que estão expostos à venda), acaba servindo de estímulo à não violação dos direitos do consumidor.

Por fim, cabe considerar o art. 60 do CDC, que fala do que chama de “contrapropaganda”, que deverá ser imposta quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva. Interessa a publicidade enganosa, capaz de induzir o consumidor em erro em relação aos riscos do produto ou do serviço (art. 37, §1º, CDC). A publicidade também pode ser enganosa quando deixar de informar sobre tais riscos (art. 37, §3º, CDC).

Como já foi dito, o fornecedor, além de ter o dever de dar as informações necessárias e adequadas sobre os riscos considerados “normais e previsíveis” (art. 8º, CDC), possui o dever de informar “de maneira ostensiva e adequada” a respeito de produtos e serviços “potencialmente nocivos ou perigosos” (art. 9º, CDC). Caso isso não ocorra, deve ser imposta, na esfera administrativa, o que se designou de “contrapropaganda”. Porém, a expressão “contrapropaganda” é ligada à reparação do dano ocasionado por uma propaganda. Mas, o objetivo da “contrapropaganda” que aqui interessa é corrigir o defeito na informação, e assim evitar que o consumidor não tenha conhecimento dos riscos a que está exposto, ou não tenha conhecimento das providências e das cautelas que deve tomar em razão desses riscos. Portanto, o fim dessa “contrapropaganda” é de corrigir a violação de um dever essencial para a segurança do consumidor, e não a de reparar um dano.

## *2.10 A jurisdição e a efetivação das normas de proteção do consumidor*

Quando se pensa na atividade jurisdicional de atuação das normas que impõem um fazer ou não-fazer, desde logo aparece o art. 84 do CDC. Porém, antes de se pensar que o processo viabiliza a imposição de um fazer ou de um não-fazer, é preciso verificar a razão dessa possibilidade de atuação. Ou melhor, é preciso perceber que, para a efetivação das normas de proteção, importa a inibição da violação e a remoção do ato ilícito de eficácia continuada, muito mais do que o ressarcimento do dano, mesmo quando esse é prestado na forma específica (i.e., através de um fazer).

Assim, nos casos em que teme que o fornecedor industrialize, fabrique, importe ou exponha à venda produto (ou serviço) de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação, cabe ação inibitória, fundada no art. 84 do CDC, para que o fornecedor seja compelido a não violar o direito do consumidor.

---

<sup>24</sup> A suspensão do fornecimento, *nessa linha*, impõe-se nos casos em que há apenas o temor de que o produto ou o serviço possa ser inadequado ou inseguro.

Nas hipóteses em que já foi industrializado, fabricado, importado ou exposto à venda produto de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação, deve ser proposta ação de remoção do ilícito, também baseada no art. 84 do CDC, para que o produto seja apreendido ou inutilizado. Tratando-se de serviço, deve ser interditada sua comercialização.

Tratando-se de infração ao dever de informação, ou seja, de publicidade capaz de induzir o consumidor em erro em relação aos riscos do produto ou do serviço (art. 37, §1º, CDC), ou de publicidade que simplesmente se omitir a respeito de tais riscos (art. 37, §3º, CDC), também cabe ação inibitória para obrigar o fornecedor a realizar o que o art. 60 do CDC chama de “contrapropaganda”. Essa “contrapropaganda” nada mais é do que a exteriorização do dever de informar do fornecedor, ou melhor, a exteriorização da correção de sua informação anterior para que o seu dever de informar seja integralmente cumprido.

Tal “contrapropaganda” deverá ser divulgada “às *expensas do infrator*” (art. 60, *caput*, CDC). Para tanto, a ação deverá ordenar sob pena de multa – que deverá ser fixada de acordo com a capacidade econômica do violador - que o infrator divulgue a contrapropaganda “da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade” (art. 60, §1º, CDC) anterior.

### 2.11 A questão da atuação do juiz na implementação das normas de proteção

Como se percebe, o juiz deve dar efetividade às normas de proteção em caso de omissão ou atuação inadequada da Administração Pública. Isso porque o dever de proteção não recai somente sobre a Administração, mas também sobre o juiz.

Não há razão para imaginar que o juiz, no caso, estará ocupando o espaço da Administração. Quando se confere à Administração o poder de atuar as normas de proteção, isso é feito para *otimizar a tutela do consumidor*, a partir da suposição de que *a melhor política de prevenção contra os abusos do fornecedor deve priorizar o controle administrativo*. Portanto, quando se dá à Administração o poder de exercer a tutela preventiva, pretende-se apenas outorgar maior efetividade à prevenção. Isso significa, como é fácil perceber, *que o controle administrativo é privilegiado em atenção aos direitos do consumidor, e não com o intuito de afastar o exercício do controle jurisdicional*.

Assim, não há como pensar que o juiz não pode atuar para evitar a violação da norma, ou mesmo para remover o ato a ela contrário, nos casos em que a Administração foi omissa ou ineficiente.

### 2.12 A possibilidade de ações inibitória e de remoção ainda que as normas técnicas de produção tenham sido observadas

Uma análise mais apressada poderia levar à conclusão de que a observância das normas técnicas, quando da concepção ou da fabricação de um produto, seria suficiente para identificá-lo como adequado à venda para o consumidor.

Acontece que as normas técnicas, por terem sido formuladas – como não poderia deixar de ser – para um determinado momento histórico, podem não acompanhar o desenvolvimento da ciência. Se, em regra, as normas técnicas são suficientes para atender ao consumidor, isso apenas pode significar uma presunção *iuris tantum*, que por

isso pode ser posta em teste<sup>25</sup>. Ora, se o objetivo dessa espécie de norma é proteger o consumidor, seria irracional não permitir que justamente o sujeito que, em princípio, deve por ela ser tutelado, não possa discutir a sua adequação para a segurança<sup>26</sup>.

### 2.13 A concordância da Administração com a fabricação e a comercialização do produto e a necessidade de proteção a partir do direito fundamental do consumidor

O Estado tem o dever de proteger os direitos do consumidor. Esse dever recai sobre o legislador, o administrador e o juiz. Assim, caso o administrador libere produto para ser fabricado e comercializado, isso não significa que a sua decisão não possa ser questionada perante o Judiciário. Se o Administrador possui dever de proteger os direitos do consumidor, a sua decisão ou atuação não pode deixar de tutelar esses direitos, sob pena de o Estado ferir o seu dever de proteção e o direito fundamental do consumidor.

Não há dúvida que, se o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais<sup>27</sup>, a Administração, ao liberar um produto perigoso ou nocivo para industrialização ou comercialização, viola o direito fundamental do consumidor. Para que esse direito prevaleça, a decisão administrativa deve ser levada ao Judiciário.

Nesse caso, nada pode impedir a afirmação de que o produto liberado apresenta, como diz o art. 10 do CDC, “alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. O fato dessa norma possuir um conceito indeterminado não quer dizer que o administrador, diante dela, esteja em uma situação de discricionariedade.

Cabe deixar claro, assim, que não há relação de causalidade entre conceito indeterminado e discricionariedade. Fala-se, é certo, que um conceito indeterminado conduz a uma zona de penumbra, onde não se pode negar que existe discricionariedade. Acontece que a zona de penumbra é uma região interna a duas outras regiões ou zonas, chamadas de zona de certeza positiva e de zona de certeza negativa, nas quais o conceito se concretiza ou não<sup>28</sup>. Em tais zonas *não existe discricionariedade*. Ou melhor, o produto não pode ser liberado *quando existe (zona de certeza positiva) “alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”*.

Em tal hipótese, a prova, se necessária, deverá recair sobre a periculosidade ou nocividade do produto, o que não é o mesmo do que prova do dano ou da sua probabilidade. Como é óbvio, de prova do dano não se pode falar, pois dano sequer houve. Porém, não se trata, também, de provar a probabilidade do dano, uma vez que essa noção supõe um evento futuro, do que não precisa se cogitar quando se está frente ao conceito de alta nocividade ou alta periculosidade. *Ou melhor, para se impedir a industrialização e a comercialização de um produto basta a sua alta nocividade ou a sua alta periculosidade, sendo desnecessário se cogitar sobre um fato futuro.*

Portanto, diante da iminência da industrialização ou da comercialização de

<sup>25</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 651.

<sup>26</sup> Como explica Calvão da Silva: “A não se entender assim, permitir-se-ia a colocação no mercado de produtos *inseguros* que, utilizados em condições normais ou previsíveis, *implicariam perigo ou risco inaceitável para a segurança física e a saúde dos consumidores, pelo simples fato de se apresentarem conformes com normas técnicas...desatualizadas e ultrapassadas*” (João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., p. 652).

<sup>27</sup> Ver Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 58.

<sup>28</sup> Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 71.

produto liberado pela Administração, caberá ação inibitória para se evitar a violação do direito fundamental do consumidor. Na mesma situação, mas se o produto já estiver exposto à venda, poderá ser proposta ação de remoção do ilícito.

### 3. O inadimplemento e a tutela específica do consumidor

#### 3.1 O CDC e a natureza da responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço. O cumprimento imperfeito

De acordo com o art. 18 do CDC, “os fornecedores de *produtos* de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”. Nesse caso, segundo o §1º desse artigo, “*não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço*”. Diz ainda esse artigo: “§ 2º – Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor; § 3º - *O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do §1º desse artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuindo-lhe o valor ou se tratar de produto essencial; § 4º – Tendo o consumidor optado pela alternativa do inc. I do §1º desse artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos inc. II e III do §1º desse artigo; § 5º – No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor; § 6º – São impróprios ao uso de consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos. I - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; II - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.*

Embora o referido art. 18 aluda, em princípio, aos *vícios de qualidade e quantidade dos produtos*, o certo é que os seus parágrafos e incisos tratam apenas dos vícios de *qualidade*. Os vícios de *quantidade* são disciplinados pelo art. 19, que assim estabelece: “os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de *quantidade do produto* sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: *I – o abatimento proporcional do preço; II – complementação do peso ou medida; III –*

*a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; §1º – Aplica-se a esse artigo o disposto no § 4º do artigo anterior; §2º – O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”.*

Tratando dos vícios de qualidade do *serviço*, assim afirma o art. 20 do mesmo Código: “o fornecedor de *serviços* responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I- *a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízos de eventuais perdas e danos; III- o abatimento proporcional do preço. §1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. §2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.*

A responsabilidade pelos vícios inerentes aos produtos ou serviços tem fundamento diverso da responsabilidade pelos acidentes de consumo (ver a seguir, no capítulo relativo ao ressarcimento na forma específica).<sup>29</sup> A responsabilidade que aqui interessa deriva da obrigação do fornecedor em assegurar o cumprimento perfeito, colocando o produto ou o serviço no mercado com a qualidade e a quantidade garantidas.

Quando a obrigação é cumprida de forma imperfeita surge ao credor o direito de exigir tutela específica (a correção do defeito no adimplemento), no caso a sanção do vício, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto ou a reexecução do serviço. Esse direito não se funda na responsabilidade por dano,<sup>30</sup> mas sim na própria obrigação, ou melhor na garantia de qualidade inerente à obrigação.

A responsabilidade diante do *cumprimento imperfeito* é completamente diferente da responsabilidade *por acidente de consumo ou pelo fato do produto ou do serviço*. A primeira está relacionada à *falta de equivalência entre o garantido e o prestado*, enquanto que a segunda se funda *no dano*. Melhor explicando: a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço se baseia no dano (arts. 12 a 17 do CDC), ao passo que a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço está ancorada na obrigação de garantir a sua adequação e quantidade (arts. 18 a 21 do CDC).

Em relação à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o CDC estabelece de forma expressa a responsabilidade objetiva (arts. 12 e 14, CDC). Porém, no que diz respeito à responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, a doutrina ora pensa em responsabilidade objetiva ora em culpa *juris et de jure*.

Fala-se em culpa *juris et de jure* principalmente porque o CDC, ao tratar da responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, silencia em relação à dispensa da culpa, não repetindo os dizeres que evidenciam a responsabilidade objetiva pelos danos

<sup>29</sup> De acordo com Zelmo Denari, este modelo de responsabilidade é “*consectário do inadimplemento contratual: o fornecedor tem a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando o bem ou serviço no mercado de consumo em perfeitas condições de uso ou fruição*” (Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 98).

<sup>30</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 213 e ss.

decorrentes do fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14, CDC).

Porém, falta a percepção de que a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço tem dois patamares. *O do inadimplemento e o do dano por ele provocado*. O direito de exigir o cumprimento perfeito nada tem a ver com a questão da culpa, pois essa somente pode aparecer diante do dano provocado pelo adimplemento imperfeito.

De modo que o CDC não poderia ter dito que, *no caso de inadimplemento*, o fornecedor responde, *sem culpa, pelo cumprimento imperfeito, pois isso é óbvio*. Não é possível dispensar *o que não pode estar previsto*. A culpa somente poderia ser considerada pelo CDC diante da responsabilidade *pelo dano provocado pelo inadimplemento*.

Lembre-se que, no regime dos vícios redibitórios, o dano provocado pelo adimplemento imperfeito não abre oportunidade para o ressarcimento *se ficar demonstrado que o alienante ignorava os vícios*.<sup>31</sup> Ou seja, de acordo com o CC, o ressarcimento somente será cabível em caso de má-fé.

Porém, afirma o art. 23 do CDC que “*a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade*”. Como é óbvio, se a responsabilidade pelo cumprimento imperfeito nada tem a ver com culpa, essa disposição somente pode dizer respeito à responsabilidade *pelo dano dele derivado*.

No sistema do CDC, para a responsabilização *pelo dano* decorrente do inadimplemento, pouco importa a ignorância do fornecedor sobre os vícios do produto ou do serviço<sup>32</sup>. Com efeito, no sistema do CDC, a demonstração de boa-fé não é capaz de elidir a responsabilidade *pelo dano* causado ao consumidor.

Ora, considerando que a necessidade de adimplemento perfeito (específico) *não tem razão para tomar em consideração a culpa*, resta a conclusão de que o sistema do CDC é adequado ao dispensá-la *no único local em que poderia ser indagada*, ou seja, no que concerne aos danos decorrentes do fato do produto ou do serviço e *em relação aos danos derivados do inadimplemento*.

### 3.2 As alternativas do consumidor diante dos vícios de qualidade do produto

Ao tratar dos vícios redibitórios, dispõe o CC que “*a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enfeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor*” (art. 441, CC de 2002). Além disso, estabelece que, “*em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço*” (art. 442, CC de 2002).

A situação é bem diferente daquela posta pelo CDC, não só porque o direito do consumidor é protegido não apenas contra os vícios *ocultos*, porém também contra os *aparentes*<sup>33</sup>, mas especialmente pelo motivo de que o CDC confere ao consumidor *um amplo leque de alternativas de tutela*, ao passo que o CC somente se refere à

<sup>31</sup> Art. 443, CC de 2002: “Se o alienante *conhecia* o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu *com perdas e danos*; se o não *conhecia*, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

<sup>32</sup> Sobre as noções de vícios ocultos e vícios aparentes, ver, no direito português, João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 39 e ss.

<sup>33</sup> Note-se que o art. 26 do CDC disciplina prazos diferentes para o consumidor reclamar de vícios aparentes e de vícios ocultos.



possibilidade de restituição da coisa defeituosa e ao abatimento no preço<sup>34</sup>.

Lembre-se que, de acordo com o art. 18 do CDC, o consumidor, no caso de vício do produto, pode exigir a substituição das partes viciadas, usando para tanto os prazos do art. 26. Não sendo atendida a reclamação no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor, através de ação judicial, reiterá-la ou optar entre: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e III – o abatimento proporcional do preço (art. 18, §1º do CDC).

Frise-se que o consumidor somente pode exercer esse seu direito de opção se houver solicitado a substituição das partes viciadas. De modo que a *reclamação* de substituição das partes viciadas não constitui opção, mas antes verdadeira obrigação, que somente pode ser excepcionada nas hipóteses do §3º do art. 18, que afirma que “o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do §1º desse artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial”.

Não atendida a reclamação, e não sendo o caso de aplicação desse §3º, pode o consumidor realmente *optar* entre a substituição das partes viciadas e uma das três possibilidades postas no §1º. Ou seja, o fato de a reclamação não ter sido atendida não impede o consumidor de pedir ao juiz a substituição das partes viciadas. A diferença é a de que, não atendida a reclamação, há a possibilidade de o consumidor insistir na substituição das partes viciadas ou requerer uma das providências constantes do §1º do art. 18.

Tratando-se de tutela específica, interessam as hipóteses de pedidos de substituição das partes viciadas e de substituição do produto. Cristina Cobelli, estudando o tema dos vícios da coisa alienada, adverte que são raras as decisões, no direito italiano, que tentam encontrar espaço para a “reparação *in natura*” no âmbito contratual, fora da lógica do adimplemento “forçado” da obrigação primária. A jurista faz referência a um caso apreciado pelo Tribunal de Cagliari, em que se fez a distinção entre o adimplemento “forçado” da obrigação originária e a “reparação *in natura*” conexa à responsabilidade que nasce do ilícito contratual. Explica Cobelli, porém, que no caso em questão a tentativa parece ter naufragado nas dificuldades da disciplina relativa ao tipo contratual, tratando-se no caso da problemática concernente aos vícios da coisa vendida, e portanto da admissibilidade, ou não, de uma ação de adimplemento específico para remover os vícios (...) A Cassação terminou afirmando que o comprador não pode pedir a eliminação dos vícios, constatado o defeito de uma obrigação de fazer da parte do vendedor. E porque o conteúdo da obrigação primária consistiria na aquisição de uma coisa ausente de vícios, a eliminação dos próprios vícios não teria outra função que não aquela do específico adimplemento da obrigação primária (Cf.,

---

<sup>34</sup> Como adverte Antunes Varela, “durante muito tempo se partiu da idéia de que o cumprimento defeituoso da obrigação não constituía uma espécie autônoma na área do não-cumprimento. Se o defeito da prestação não afetava, em termos essenciais, o interesse do credor, o fato era irrelevante para o Direito. Se o defeito da prestação prejudicava decisivamente o interesse do credor, este poderia defender-se, através da tutela dos vícios redibitórios ou do erro sobre as qualidades do objeto, ou poderia mesmo recusar o cumprimento” (Antunes Varela, *Direito das obrigações*, v. 2, p. 62).

nesse sentido, expressamente, Cassação, 14 de dezembro de 1973, n; 3.405, Foro Italiano, 1974, I).<sup>35</sup>

No direito brasileiro, em razão do art. 18 do CDC, é possível o pedido de substituição do produto e o pedido de substituição das partes viciadas. Não há dúvida de que o fundamento do pedido de substituição do produto não está na responsabilidade pelo dano – que seria conexo ao inadimplemento -, *mas sim na própria responsabilidade derivada da garantia de qualidade ínsita à obrigação*. Porém, o fundamento do pedido de substituição do produto e das partes viciadas é o mesmo; ele repousa na obrigação de entrega da coisa em perfeitas condições. De modo que, nesses casos, *não há que se pensar em dano ou em culpa*.

Em relação ao pedido de substituição do produto, é importante observar a previsão contida no §4º do art. 18, que estabelece que, não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, *mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço*.

O objetivo dessa norma é viabilizar a proteção do consumidor mediante a substituição do bem por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante a complementação ou restituição de eventual diferença de preço. Deixe-se claro que, em princípio, o bem deve ser substituído por outro da *mesma* espécie, marca e modelo. Porém, se isso não for possível, o consumidor poderá pedir a entrega de bem de *outra* espécie, marca ou modelo, o qual, quando de valor *superior* ao devido originariamente, obrigará ao complemento do preço e, quando de valor *inferior*, à restituição da diferença. Isso por uma razão óbvia: essa tutela não deve causar lucro ou prejuízo ao lesado.

Frise-se, contudo, que o fornecedor não poderá, quando existente bem da mesma espécie, oferecer ao consumidor bem diverso e, muito menos, pretender receber eventual diferença de preço.

### 3.3 As alternativas do consumidor diante dos vícios de quantidade do produto

No caso de vício de quantidade do produto, a responsabilidade também é derivada da garantia inerente à obrigação, ou seja, à obrigação de colocar no mercado produto com conteúdo líquido idêntico às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária.

Na hipótese de vício de quantidade, o consumidor possui as seguintes opções de tutela: I – o abatimento proporcional do preço; II – complementação do peso ou medida; III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Como categorias de tutela específica, importam a complementação do peso ou medida e a substituição do produto. Aqui o consumidor também poderá pedir a substituição do produto por outro da mesma espécie, mas se isso não for possível poderá pleitear a substituição por produto de espécie, marca ou modelo diferentes, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 19, §1º, CDC).

---

<sup>35</sup> Cristina Ebene Cobelli, Le “grandi braccia” del risarcimento in forma specifica e della *condamnation en nature* (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese), in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989, p. 711.

Exatamente pelo fato de que a responsabilidade, no caso, repousa na própria obrigação, não há como pensar em dano e culpa. O direito à complementação e à substituição, diante da sua própria origem, não pode ficar vinculado à culpa.

#### 3.4 *As alternativas do consumidor diante de vícios de qualidade e quantidade do serviço*

O consumidor, diante de vícios de serviços que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, tem o direito de pedir, alternativamente e à sua escolha: I- a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízos de eventuais perdas e danos; III- o abatimento proporcional do preço (art. 20, CDC).

A reexecução dos serviços é espécie de tutela específica. Tal tutela, que pode ser solicitada pelo credor, funda-se no adimplemento e tem base na garantia de qualidade própria à obrigação. Sendo o direito a reexecução do serviço baseado na obrigação de sua prestação com as qualidades que são inerentes às indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, não há como pensar que a culpa possa aí importar.

Na realidade, em todos os casos de vícios do produto ou do serviço, *a culpa só teria importância para a fixação da responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes do inadimplemento*. Frise-se que, enquanto no caso de tutela específica (fundada no cumprimento imperfeito) a culpa *não tem relevância alguma*, na hipótese de tutela ressarcitória em virtude do dano ocasionado pelo inadimplemento, a culpa – que é cogitada no âmbito dos vícios redibitórios - *foi dispensada* pelo sistema do CDC.

O credor pode pedir que o serviço seja reexecutado pelo próprio devedor. No caso de obrigação infungível, se o pedido de reexecução não for atendido, restará a restituição imediata da quantia paga, razão pela qual esses pedidos poderão ser cumulados. Da mesma forma, quando a obrigação for fungível, e a reexecução do serviço não for atendida pelo devedor, poderá ser atendido o pedido de reexecução por parte de um terceiro às custas do devedor.

Nesses casos, como será melhor demonstrado a seguir, não há motivo para se aplicar o antigo modelo da execução das obrigações de fazer. Desejando que o serviço seja executado por terceiro, o credor deverá indicá-lo desde logo, não havendo razão para ter que se subordinar a uma indicação do devedor ou do juiz, embora esse corra por conta e risco do fornecedor (cf. art. 20, §1º, CDC).

#### 3.5 *A ação coletiva dos consumidores nos casos de vícios do produto e do serviço*

Como já foi demonstrado, diante de vício do produto ou de vício do serviço, abre-se ao consumidor a oportunidade de tutela específica *da obrigação contratual adimplida de maneira imperfeita*.

Se o adimplemento imperfeito atinge vários consumidores, e o caso assim é de violação em massa de direitos individuais - os quais poderiam, em tese, ser reivindicados mediante ações individuais ou em litisconsórcio ativo - há o que o CDC chama, no seu art. 81, III, de “direitos individuais homogêneos, assim entendidos os

decorrentes de origem comum”<sup>36</sup>.

Entre os vícios de qualidade dos produtos, pode ser lembrado, por exemplo, o defeito de fabricação do rádio dos automóveis de certa série. A alegação desse defeito, como é evidente, não é afirmação de um dano, mas sim do adimplemento imperfeito da obrigação de entrega dos veículos. Se vários consumidores foram lesados em razão de um defeito que possui origem em uma determinada falha da indústria automobilística, existem “direitos individuais homogêneos”, nos termos do art. 81, III, do CDC, antes referido. No exemplo antes apontado, constatada a necessidade de substituição do rádio, poderá ser proposta ação coletiva para a tutela dos direitos individuais que foram lesados.

Cabe lembrar, entretanto, que no caso de vício de qualidade do produto, o consumidor poderá requerer, de acordo com o art. 18 do CDC, não só a “substituição das partes viciadas” do bem ou a “substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso”, mas também “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou “o abatimento proporcional do preço”. Portanto, saber se é melhor a substituição das partes viciadas, a substituição integral do bem, a restituição da quantia paga ou o abatimento no preço, dependerá do caso concreto e do desejo de cada um dos consumidores.

A sentença de procedência, no caso em que se alega adimplemento imperfeito que violou direitos individuais homogêneos, deve apenas declarar que o réu cumpriu de maneira defeituosa a sua obrigação, entregando aos consumidores produto com vício de qualidade.

Exatamente por isso, os consumidores deverão se “habilitar”, na forma individual, após essa sentença. Nessa ocasião, deverão demonstrar apenas o *vínculo obrigacional que os une ao demandado, o qual lhes garante o direito ao adequado e perfeito adimplemento*. Aí é que o consumidor optará pela substituição das partes viciadas do bem, por sua substituição integral, pela restituição da quantia paga ou pelo abatimento no preço. Se a opção for pela substituição das partes viciadas ou pela substituição integral do produto, poderá ser pleiteada multa, nos termos do art. 84 do CDC. Nessa hipótese, *não existirá maneira mais adequada de se obter tutela específica, pois solicitar (no caso de obrigação de fazer) que terceiro faça o que deveria ser feito pelo demandado, obriga ao pagamento de soma em dinheiro. Além do mais, o uso da multa, obrigando o réu a fazer ou a entregar coisa, propiciará tutela mais barata, tempestiva e efetiva aos lesados, e assim não só responderá aos anseios da ação coletiva como também estará de acordo com os valores que a inspiram*.

Perceba-se, porém, que não é possível confundir *o valor correspondente ao cumprimento da prestação com a indenização devida em virtude do dano eventualmente gerado pelo adimplemento imperfeito*. Embora o art. 18 do CDC fale em perdas e danos apenas no caso em que se pede restituição da quantia paga (art. 18, §1º, II, CDC), é óbvio que as outras alternativas de tutela, se podem constituir reação aos vícios, *não são capazes de responder aos danos por eles eventualmente provocados*.

Sublinhe-se, porém, que no caso de dano ocasionado em razão de adimplemento defeituoso, a responsabilidade deverá ser fixada na sentença da ação coletiva, cabendo ao consumidor, na forma individual, demonstrar o dano sofrido, bem como o nexo de

---

<sup>36</sup> Sobre o tema, ver Ada Pellegrini Grinover – A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 5, p. 206.

causalidade e o seu valor. Isso significa que o consumidor não pode pleitear - na fase de liquidação (arts. 95 e 97, CDC) - indenização pelo dano derivado do adimplemento defeituoso se a responsabilidade por esse dano não tiver sido fixada na sentença da ação coletiva. Em outras palavras, é o legitimado coletivo que deve pedir a fixação da responsabilidade pelo adimplemento imperfeito e pelo dano dele decorrente.

### *3.6 Os meios executivos do art. 84 do CDC na implementação da tutela do consumidor contra o adimplemento imperfeito*

Como visto, no caso de vícios do produto ou do serviço, garante-se ao consumidor, na condição de tutelas na forma específica, a substituição das partes viciadas do bem (art. 18, CDC), a complementação do peso ou da medida do produto (art. 19, CDC), a substituição do produto (arts. 18 e 19, CDC) e a reexecução do serviço (art. 20, CDC).

O art. 84 do CDC permite que o juiz ordene um fazer, sob pena de multa, na sentença ou na decisão concessiva de tutela antecipatória. (art. 84, §4º, CDC). De modo que é inegável a possibilidade de o juiz ordenar a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto e a reexecução do serviço.

Quando o demandado, apesar da multa, não reexecuta o serviço, esse deverá ser feito, na dicção do art. 20, §1º, do CDC, por sua conta e risco. Por essa razão, já no momento em que é pedida a reexecução do serviço, supondo-se o eventual inadimplemento do devedor, deverá o credor indicar terceiro, devidamente capacitado, para prestar o fazer<sup>37</sup>.

Se o CDC confere ao consumidor o direito à reexecução do serviço, e não apenas à restituição da quantia paga, é pouco mais do que evidente que o processo civil deve dar-lhe efetividade. De modo que a multa, prevista no art. 84 do CDC, *também pode ser utilizada - como meio executivo - para convencer o fornecedor a custear o trabalho do terceiro*.

A possibilidade do uso da multa, no caso, está ancorada no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e no direito fundamental do consumidor. É que o direito a reexecução do serviço será letra morta se o juiz não puder dar-lhe efetividade através da multa.

### *3.7 O uso das técnicas do art. 461-A em benefício do consumidor*

No caso de direito à substituição do bem, a execução ocorrerá por meio de ordem de entrega de coisa ou de busca e apreensão. Como o art. 84 do CDC faz referência somente ao fazer e ao não-fazer, alguém poderia dizer que o juiz, diante da tutela do consumidor, não poderia ordenar a entrega de coisa ou determinar a busca e apreensão.

Seria, porém, um lamentável equívoco. Em primeiro lugar porque a falta de

---

<sup>37</sup> Como salienta Thereza Alvim, “o consumidor já pode, e até mesmo deve, indicar pessoas a fim de que possa ser escolhido esse terceiro, quer na reclamação, quer em juízo, anexando comprovantes de sua capacidade específica para o trabalho” (Arruda Alvim, Thereza Alvim, James Marins e Eduardo de Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 158)

previsão de modalidade executiva adequada para determinada situação concreta não obriga o juiz a aceitar que a sua decisão não possa propiciar a efetividade do direito reconhecido. Admitir a inércia do juiz, nesse caso, seria supor que o direito processual é quem confere as linhas dos direitos, e que assim ninguém teria a possibilidade de acusar o processo de inefetivo, uma vez que não caberia dizer que a omissão da legislação processual poderia ser suprida pelo juiz, ainda que diante das evidências decorrentes do direito material e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

De qualquer forma, o art. 461-A do CPC é evidentemente aplicável à tutela do direito do consumidor.

Aliás, a necessidade dos meios executivos do art. 461-A é tão evidente para a efetiva proteção dos direitos coletivos (e, assim, do consumidor) que o “*Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*” (redigido pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi) estabelece em seu art. 8º: “En la acción que tenga por objeto *la obligación de entregar cosa*, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior”. Ou seja, sustenta o “Anteprojeto” que, à ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, são aplicáveis as disposições do seu art. 7º<sup>38</sup>, que é uma reprodução do art. 84 do CDC brasileiro.

### 3.8 O direito à imposição do fazer diante do cumprimento imperfeito da obrigação de entrega de coisa

Lembre-se, por outro lado, que o cumprimento imperfeito da obrigação de entrega de coisa dá ao consumidor o direito de exigir um fazer.

É o que ocorre quando, em razão de vício do produto, abre-se oportunidade para o pedido de substituição das partes viciadas do bem. Lembre-se que o consumidor, em caso de vício de qualidade do produto, *deve reclamar* a substituição das partes viciadas e, se não for atendido, *pode pedir ao juiz, através de ação, que tais partes viciadas sejam substituídas* (art. 18, CDC).

Pedir a substituição das partes viciadas do produto implica em solicitar um fazer. Desse modo, embora a obrigação originária não seja de fazer, admite-se que consumidor requeira, com base no art. 84, §4º, do CDC, ordem de fazer sob pena de multa.

## 4. A tutela ressarcitória na forma específica do consumidor

---

<sup>38</sup> “Art. 7º. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

Par. 1º. La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente será admisible si por ella optara el autor o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

Par. 2º. La indemnización por daños y perjuicios se hará sin perjuicio de la multa.

Par. 3º. El juez podrá, en la hipótesis de anticipación de tutela o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución.

Par. 4º. Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como búsqueda y aprehensión, remoción de cosas y personas, demolición de obra, impedimento de actividad nociva, además de requisición de fuerza policial”.

#### 4.1 O ressarcimento na forma específica no direito brasileiro

O direito brasileiro sempre aceitou a dupla forma de ressarcimento: ou o ressarcimento na forma específica ou a indenização em dinheiro. Ou melhor, como sublinha Pontes de Miranda, “em nenhum lugar do Código Civil ou do Código Comercial se diz que a indenização há de ser precipuamente em dinheiro”.<sup>39</sup>

Adverte Pontes de Miranda que, na ação que objetiva reparar o ato ilícito, “*o pedido pode dirigir-se à restauração em natura, e somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro*”.<sup>40</sup> Nesse sentido, Aguiar Dias, em livro escrito há mais de duas décadas, frisou que o direito material confere o direito ao ressarcimento na forma específica, deixando ao ofendido a opção pelo ressarcimento em equivalente<sup>41</sup>: “Assim, por exemplo, se o responsável é obrigado a reparar, pode proporcionar ao prejudicado a prestação que resultará na reparação econômica natural. Exemplos: a) o do carro destruído ou roubado, quando depositado na oficina do próprio construtor. Supondo que a reparação pecuniária não satisfaça ao prejudicado, pelo fato de não ser possível obter com ela um carro igual, *deve admitir-se que exija do responsável a construção de um carro exatamente igual ao primeiro. Assim como se pode obrigar o indivíduo que rompe uma vidraça a substituí-la por uma nova, assim se deve proceder no exemplo acima*; b) o do inquilino de uma parte da casa que tem dois andares exatamente iguais. Responsável o proprietário pela impossibilidade da continuação do contrato, não lhe bastará em certos casos, como o da extrema dificuldade de conseguir habitação no lugar, que indenize o inquilino pecuniariamente. Parece certo que, se dispõe o senhorio de um andar livre, exatamente igual ao que o inquilino teve de abandonar, deve cedê-lo em cumprimento da locação”.<sup>42</sup>

A tutela ressarcitória na forma específica sempre foi admitida pelo direito material<sup>43</sup>. O que faltava eram *técnicas processuais* capazes de conferir-lhe real efetividade. O que não existia, em outras palavras, eram os arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC.

Portanto, é errado afirmar que o direito material não permite o ressarcimento na forma específica. Essa modalidade de ressarcimento, segundo o direito material, pode se dar mediante um fazer ou a entrega de coisa da mesma espécie da destruída. *O problema nunca esteve no plano do direito material.*

#### 4.2 As razões da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente

<sup>39</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p. 27. Ver, ainda, Araken de Assis, *Liquidação do dano*, *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 14.

<sup>40</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., v. 26, p. 28.

<sup>41</sup> Escreveu Aguiar Dias, “de duas formas se processa o ressarcimento do dano: *pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária*. O sistema da reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, *subsidiariamente...*” (José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 407).

<sup>42</sup> José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., v. 2, p. 407-408.

<sup>43</sup> Contra Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 184.

Quando o lesado pode requerer tutela ressarcitória na forma específica ou tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, ele poderá optar sempre pela primeira, salvo as hipóteses de excessiva onerosidade. Isso quer dizer que nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, *ela somente será excluída por opção do próprio lesado, ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional, em vista da sua excessiva onerosidade.*

Se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe a ele escolher a forma de reparação, ou o ressarcimento na forma específica ou o ressarcimento pelo equivalente. Mas, quando o ressarcimento na forma específica for impossível diante da situação concreta, ou configurar uma forma excessivamente onerosa<sup>44</sup>, o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário.

Se há direito à reparação do dano e direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), cabe perguntar qual é a tutela idônea para o ressarcimento. A tutela adequada ao dano, como é evidente, é aquela que proporciona a efetiva reparação. Como a tutela adequada é, antes de tudo, a tutela que efetivamente repara o dano, não há como impor ao lesado o equivalente em pecúnia, a não ser nos casos de onerosidade excessiva. Aludindo à impropriedade do ressarcimento pelo equivalente, adverte Jorge Musset Iturraspe que em alguns casos resultará odioso admitir que com dinheiro “tudo é possível”, e que aquele que não cumpre sua obrigação ou destrói bens pode se liberar da sua responsabilidade pagando uma soma em pecúnia<sup>45</sup>. De acordo com Iturraspe, esta tese é “materialista en exceso y aferrada a una defensa de la libertad del deudor inadmisibile”<sup>46</sup>.

Tratando da preferência do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento em dinheiro, adverte João Calvão da Silva, perante o direito português, que a primeira forma de ressarcimento “*é preferível*, pois afasta e remove *integralmente* o dano real ou concreto, reconstitui o estado de coisas anterior à lesão, restabelece a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação – dando à vítima aquilo de que foi privada. *É o modo ideal de ressarcimento*”<sup>47</sup>.

Lembre-se que o art. 461 do CPC afirma que “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente” (§ 1.º), ao passo que o art. 84 do CDC

<sup>44</sup> Essa maneira de proceder não precisa estar expressamente prevista na lei, pois se a razão e a equidade devem permear as decisões, não é racional ou justo impor um prejuízo excessivamente oneroso ao causador do dano quando, de outra maneira, o lesado puder ser ressarcido.

<sup>45</sup> Jorge Musset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 380.

<sup>46</sup> O CC argentino é expresso no sentido da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente. Diz o seu art. 1.083: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, *excepto si fuera imposible*, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado *optar por la indemnización en dinero*.” Essa norma consiste no resultado de uma grande polêmica travada no direito argentino, tendo substituído o texto anterior do antigo artigo 1.083, que possuía o seguinte teor: “toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, *debe resolverse en una indemnización pecuniaria* que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”. Discorrendo sobre o novo artigo 1.083, observa Iturraspe “que la reforma ha puesto las cosas en su lugar, al sancionar el único criterio que, cuando es viable, *permite ‘desmantelar’ el ilícito y retornar al ‘statu quo ante’*: *la reparación específica*” (Jorge Musset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, cit., p. 380).

<sup>47</sup> João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 153/154.



preceitua que “a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (§ 1.º). Não se diga que tais normas dizem respeito apenas às obrigações contratuais, pois os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser interpretados como fontes de técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos, seja a tutela específica da obrigação contratual inadimplida, ou, ainda por exemplo, a tutela ressarcitória na forma específica. Ademais, como o princípio constitucional da efetividade, insculpido no art. 5.º, XXXV, da CF, incide *de iure condendo* e *de iure condito* sobre a estrutura técnica do processo, cabe ao intérprete ler as normas processuais à luz desse princípio, de modo a privilegiar a interpretação capaz de propiciar a efetividade da tutela dos direitos.

Nesse sentido, se é evidente que a tutela ressarcitória na forma específica deve prevalecer sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, não há como deixar de entender que a alusão à “obrigação”, presente nos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, também abarca o dever de reparar o dano, e assim aponta para a possibilidade do uso das técnicas processuais neles previstas quando a necessidade for de reparação na forma específica .

Aliás, a prioridade do ressarcimento na forma *específica nem mesmo precisaria estar previsto na lei, uma vez que é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional*. De modo que, ainda que nada estivesse presente na lei quanto à *forma* de ressarcimento, ao lesado sempre deveria se dar a opção do ressarcimento na forma específica, a qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, mas sim obrigação, *pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação em natura*.

#### 4.3 O escopo do ressarcimento na forma específica

Se a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não-patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica *é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido*.

Tratando da tutela ressarcitória na forma específica, fala o § 249<sup>48</sup> do CC alemão em obrigação de reconstituir a situação que existiria se o dano não houvesse ocorrido.<sup>49</sup> A tutela ressarcitória na forma específica, com efeito, deve proporcionar um resultado equivalente ao da situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido. Não basta, em outras palavras, o restabelecimento da situação que era anterior ao do dano. Como o bem protegido deve ser integralmente tutelado, é necessário que se estabeleça uma

<sup>48</sup> § 249 (Schadensersatz durch Naturalherstellung): Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

<sup>49</sup> De acordo com Helmut Rübmann, o § 249, primeira fase, dá ao credor a pretensão ao reestabelecimento *in natura*. “§ 249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herstellung in Natur” (Helmut Rübmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Darmstadt*, Luchtenhand, 1980, p. 185). Ver, também, Peter Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster, Aschendorf, 1993, v. 1, p. 12.

situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado.<sup>50</sup>

Acontece que, em algumas hipóteses, o ressarcimento na forma específica não é concretamente possível. E, em outras, constitui apenas parte da integralidade do ressarcimento. Assim, por exemplo, no caso de corte indevido de árvores. Se é possível determinar o plantio de árvores semelhantes às indevidamente cortadas, essa determinação certamente não será capaz de ressarcir a totalidade do dano. Por isso, o ressarcimento na forma específica deverá ser cumulado com o ressarcimento em dinheiro.

Por outro lado, é certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou na transmissão da retificação. Parece, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente, ou mais perto da equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa a reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário.

#### 4.4 O direito do consumidor ao ressarcimento na forma específica

O CDC, ao lado da responsabilidade pelos vícios de qualidade ou quantidade dos bens ou serviços, trata da responsabilidade pelos danos causados pelos ditos “acidentes de consumo”. Nessa linha, o art. 12, *caput*, do CDC afirma que “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 risco”. No mesmo sentido, embora referindo-se aos “serviços”, diz o art. 14, *caput*, do mesmo Código que “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”.

Nessas hipóteses, para ficar caracterizado o dever de ressarcir, é preciso restar demonstrado o defeito do produto ou do serviço, o dano e a relação de causalidade entre o defeito e o dano. A responsabilidade dispensa a investigação de culpa, e assim é dita objetiva, embora possa ser excluída nas hipóteses dos §§ 3º dos art. 12 e 14<sup>51</sup>. Constatado o dever de ressarcir, o ressarcimento pode se dar na forma específica ou em dinheiro.

Lembre-se que o direito do consumidor é um direito fundamental. O art. 6º do

<sup>50</sup> Como diz Rübmann, “Wer Pflanzen zerstört, muß zur Herstellung solche Pflanzen oder auch Früchte liefern, wie sie sich bis zum Herstellungszeitpunkt beim Gläubiger entwickelt hätten” (Helmut Rübmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit., p. 186).

<sup>51</sup> Art. 12, §3º CDC: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Art. 14, §3º CDC: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

CDC arrola, como direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI), bem como “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”.

Comentando tais dispositivos, escreve José Geraldo Brito Filomeno que “no âmbito da *reparação*, o que o Código se prontifica a fazer é dotar o consumidor, sobretudo organizado, de *instrumentos processuais dos mais modernos e eficazes*”<sup>52</sup>. De modo que não há dúvida, diante do teor do art. 84 do CDC, que a multa pode ser utilizada para compelir o réu a reparar na forma específica.

No entanto, na hipótese de incapacidade técnica do demandado, poderia surgir a dúvida relativa à possibilidade do uso da multa para pressioná-lo a custear a reparação. Porém, no caso de direito do consumidor, em relação ao qual é estabelecido expressamente o direito à reparação e ao adequado processo ressarcitório, bem como o dever do Estado de dotá-lo de instrumentos processuais efetivos, há razões de sobra para concluir que a multa processual pode ser utilizada para que o direito ao ressarcimento na forma específica constitua realidade.

Como escreve Clayton Maranhão, estando a sociedade de consumo exposta a *riscos inevitáveis*, cujos exemplos marcantes são o da colocação no mercado de produtos ou serviços com periculosidade inerente (art. 8º, CDC) e de produtos ou serviços cujo desenvolvimento da ciência é limitado sobre o seu alto grau de nocividade à saúde, só descoberto posteriormente à sua colocação no mercado (art. 10, §1º, CDC), não há como impedir que danos possam vir a ocorrer. Nessa linha, a necessidade de efetiva reparação do dano está diretamente ligada à noção geral de expectativa legítima do consumidor e ao princípio geral da segurança dos bens de consumo.<sup>53</sup>

Maranhão, ciente de que o ressarcimento do dano, nas novas relações de consumo, deve priorizar a forma *específica*, e que essa modalidade de tutela somente possui real sentido quando é *efetiva*, apresenta o seguinte exemplo: “O dano à saúde decorrente de erro médico tem sido muito freqüente. Uma dessas situações refere-se ao esquecimento de instrumentos cirúrgicos no corpo do paciente, havendo um caso real, já apreciado pela jurisprudência, em que foram necessárias cinco cirurgias, a última delas estética reparadora de deformidade. No caso concreto, a paciente foi submetida a uma simples cirurgia para retirada de cálculos na vesícula, recebendo alta cinco dias depois. Sentindo fortes dores, retirou de seu abdômen um objeto metálico da dimensão de uma agulha, reinternando-se por quatro vezes sucessivas no mesmo hospital, onde foi submetida a tantas intervenções para retirada de objetos esquecidos em seu abdômen na primeira cirurgia. Por conseqüência, contraiu deformidades estéticas que exigiram uma sexta intervenção cirúrgica reparadora. Não bastasse, apresentou problemas de locomoção em razão de mais um erro profissional: a enfermeira quebrara a agulha quando aplicava uma injeção. Diante de tanta negligência, demandou em face do hospital e da equipe médica. Como arcou com todas as despesas, pleiteou indenização pela soma em dinheiro correspondente. Contudo, poderia muito bem ter invocado o art. 84, §§ 3º, 4º e 5º, para pleitear ressarcimento na forma específica, com pedido de antecipação de tutela, consistente: i) na ordem de fazer dirigida ao hospital, sob pena de multa, sem

<sup>52</sup> José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 70.

<sup>53</sup> Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 248.

*despender qualquer soma em dinheiro, pois tudo deveria correr às custas do referido estabelecimento; ou então ii) na ordem de fazer dirigida ao hospital, no sentido de entregar soma em dinheiro diretamente a outro hospital e equipe médica de confiança, indicados pelo consumidor lesado, e nomeados pelo juiz, nos valores que se fizessem necessários para a realização das cinco cirurgias reparadoras do dano biológico, incluído o dano estético”<sup>54</sup>.*

O hospital poderia dizer *que o uso da multa somente é possível quando o infrator for titular de capacidade técnica suficiente para realizar a reparação*. Porém, se o infrator possui, antes de mais nada, o dever de reparar o dano na forma específica, e se essa reparação, diante do caso concreto, somente pode ser realizada se for por ele custeada, é lógico que essa obrigação de pagar (de custeio da reparação) deve ser vista como uma simples obrigação acessória ao dever de reparar. Se não for assim, o dever de reparar o dano terá sido transformado em obrigação de pagar. *Ou em outras palavras: o direito ao ressarcimento na forma específica somente existiria quando o infrator tivesse condições técnicas suficientes. Ora, o ressarcimento na forma específica constitui direito básico do consumidor, e assim não devem importar as qualidades daquele que cometeu o dano. Com efeito, a especial qualidade do infrator não pode servir para retirar a efetividade do direito de ressarcimento do lesado.*

Ao apresentar o exemplo do erro médico que exigiu várias cirurgias, Maranhão, além de ter deixado claro – como mencionado ao final do exemplo narrado acima – que a ordem poderia ser dirigida para obrigar o próprio hospital a realizar as cirurgias, evidenciou que a ordem sob pena de multa poderia ser endereçada para obrigar o demandado a custear o valor da reparação do dano. Disse que o lesado poderia, invocando o art. 84 do CDC, postular tutela ressarcitória na forma específica, inclusive na forma antecipada, consistente em “ordem de fazer dirigida ao hospital, no sentido de entregar soma em dinheiro diretamente *a outro hospital*”.<sup>55</sup> Na realidade, em um caso como esse, se não for viável o ressarcimento na forma específica mediante o uso da multa, porém apenas o recurso ao mecanismo da antiga execução por sub-rogação, o processo civil *estará aceitando a morte do paciente lesado*<sup>56</sup> e transformando o direito à reparação específica em direito à herança.

Lembre-se que tanto o art. 461 do CPC, quanto o art. 84 do CDC, afirmam literalmente que a tutela específica possui preferência às perdas e danos. *Ora, se em relação às obrigações contratuais de fazer, existe nítida preferência pela tutela específica em relação à tutela pelo equivalente monetário, podendo o juiz, diante de um pedido de tutela de uma obrigação de fazer fungível inadimplida, ordenar sob pena de multa - como fez questão de recentemente reafirmar o novo art. 287 do CPC<sup>57</sup> -, não há motivo para pensar que a multa não possa ser utilizada em relação ao dever de reparar o dano.*

Conclusão contrária estaria admitindo que aquele que for reconhecido como obrigado a uma prestação *fungível* pode ser compelido a fazer sob pena de multa, *mas não aquele que o juiz afirmar que tem o dever de reparar o dano. Seria o mesmo que*

<sup>54</sup> Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 257.

<sup>55</sup> Clayton Maranhão, Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis)*, v. 24, p. 257. Ver, ainda, do mesmo autor, *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

<sup>56</sup> Ou, na melhor das hipóteses, que ele tivesse que se conformar com o seu estado durante a longa demora para a obtenção de indenização em dinheiro.

<sup>57</sup> Através da Lei 10.444/2.002.

*concluir que somente o direito decorrente de uma obrigação de fazer, mas não o direito à reparação do dano, merece tutela jurisdicional efetiva.* Tal conclusão, como é evidente, não tem sustentação alguma, não apenas diante do direito material, mas igualmente em face do direito processual. Basta interpretar o CPC e o CDC à luz da Constituição Federal, percebendo que eles contêm normas que instituem instrumentos processuais *para a tutela dos direitos dependentes de um fazer, e não simplesmente para a tutela das obrigações.*

#### 4.5 Da tutela ressarcitória na forma específica dos direitos individuais homogêneos

De acordo com o art. 81, III, do CDC, é possível o uso da ação coletiva para a tutela de “direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Ou seja, se há violação em massa de direitos individuais existe o que o CDC chama de “direitos individuais homogêneos”, autorizando-se a sua proteção na forma coletiva, à semelhança do que ocorre por meio da “class-action” no sistema norteamericano. Com explica Kazuo Watanabe, “*origem comum* não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde, adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões, têm, como causa de seu danos, *atos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum de todos eles’*”.<sup>58</sup>

Porém, ainda que indiscutível a possibilidade de tutela ressarcitória na forma específica dos direitos individuais, alguma dúvida poderia haver acerca da viabilidade de uma ação coletiva voltada à tutela ressarcitória na forma específica dos direitos individuais homogêneos.

Isso porque o art. 95 do CDC, ao referir-se àquela que seria, em princípio, a sentença destinada à tutela de direitos individuais homogêneos, afirma que, “em caso de procedência do pedido, a *condenação será genérica*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

A sentença de condenação genérica, de acordo com elaboração doutrinária já fixada há bastante tempo, é aquela que condiciona a execução forçada à *prévia liquidação do valor devido*. O próprio parágrafo único do art. 97 do CDC, embora vetado por razão estranha àquela que aqui interessa, estabelecia que a sentença do art. 95 deve ser liquidada, ocasião em que deveria ficar *provado o “montante” do dano*”.

Contudo, na hipótese de tutela ressarcitória específica de direitos individuais homogêneos, não cabe pensar em sentença condenatória e, muito menos, *em liquidação do valor do dano*. Nesse caso, porque a tutela não objetiva dar aos lesados os valores equivalentes aos seus danos, mas sim a reparação na forma específica dos danos que foram ocasionados a cada um dos prejudicados, não há que se falar em liquidação dos valores dos danos.

Na hipótese de ressarcimento na forma específica, a sentença coletiva é declaratória e não mandamental, pois não instaura a execução - ordenando, por exemplo, o demandado a fazer, isto é, a exercer uma atividade capaz de permitir a reparação na

---

<sup>58</sup> Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 511.

forma específica dos danos acarretados aos titulares dos direitos individuais. Essa sentença se limita a declarar o dever de ressarcir. Porém, na fase que a sucede – que pode ser chamada de “liquidação de sentença” – deve ser provado o dano e a sua qualidade e extensão, *não importando o seu valor*.

A sentença que julga a “liquidação da sentença” é que assumirá natureza mandamental, devendo ordenar que o demandado repare na forma específica ou custeie a reparação a ser feita por terceiro, que nesse caso deverá ser indicado pelo juiz. É desnecessária, em vista da própria natureza da sentença mandamental, a propositura de ação de execução, que somente tem cabimento no caso de “condenação” (cf. artigos 95 e 98, CDC).

O fato de a “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos” ter sido ligada, em princípio, à sentença de condenação genérica (art. 95, CDC) e à ação de execução (art. 98, CDC), obviamente não tem o condão de eliminar a possibilidade de uma ação para a tutela ressarcitória na forma específica de direitos individuais homogêneos. O que há de diferente, nesse caso, é que a “liquidação”, por objetivar o ressarcimento na forma específica, além de apenas definir o dano e não o seu *quantum*, desemboca na técnica mandamental, dispensando a ação de execução.

Mas, como a *forma* de ressarcimento do dano deve ser deixada ao critério do lesado, ele deve ter a opção de solicitar, diante do caso concreto e de suas condições pessoais, ressarcimento na forma específica ou ressarcimento pelo equivalente. É por essa razão que a sentença da ação coletiva é declaratória, ao passo que, quando se objetiva ressarcimento na forma específica, a “liquidação” deve culminar em sentença mandamental, e no caso em que se deseja ressarcimento em pecúnia a “liquidação” deve condenar ao pagamento de soma em dinheiro, fixando a sanção executiva e abrindo oportunidade para a ação de execução.

Como se vê, no caso em que se postula a reparação de direitos individuais homogêneos, a sentença ficará limitada, no caso de procedência, a *declarar o dever de indenizar*, não podendo *tratar da forma do ressarcimento*. Isso, como já dito, deve ficar ao critério do lesado, que assim deve ter a oportunidade de escolher, na chamada fase de “liquidação”, a *forma* de ressarcimento de sua *preferência*. Por esse motivo, o lesado ou seu sucessor, depois de proferida a sentença declaratória coletiva, pode optar entre a tutela ressarcitória pelo equivalente (execução por quantia certa) e a tutela ressarcitória na forma específica (técnica mandamental).

Entretanto, justamente porque o ressarcimento na forma específica pode não abarcar a totalidade do dano, o legitimado coletivo também pode postular a fixação da responsabilidade do réu pelo dano que não poderá ser ressarcido através da tutela na forma específica. Nesse caso, a vítima ou seu sucessor poderá requerer (na fase de “liquidação”, evidentemente), ao lado da reparação na forma específica, a condenação ao pagamento do valor equivalente ao do dano incapaz de ser ressarcido na forma específica. Como é óbvio, esse dano, o nexo de causalidade e o seu valor deverão ser provados na chamada fase de “liquidação”.