

ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR: E A CULPA CONCORRENTE DO CONSUMIDOR?

Emanuella Dellani de Lima¹

Eduardo Hoffmann²

Resumo: O presente trabalho visa esclarecer quando se opera uma relação de consumo, e de forma mais específica, abordar acerca das causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor de produto ou serviço. Tratar-se-á da admissão da atenuante de responsabilidade objetiva do fornecedor de produto ou serviço, diante da concorrência de causa/culpa do consumidor, a qual não possui previsão legal. Por fim, apontar-se-á a possível solução para a problemática levantada sob a égide dos princípios consumeristas, do entendimento atualizado jurisprudencial e doutrinário e da própria visão histórica, perfazendo o lapso parlamentar que açoita o mercado econômico na sociedade contemporânea e que ameaça o próprio consumidor.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor. Atenuante de responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente do consumidor.

MITIGATING THE CIVIL LIABILITY OF THE SUPPLIER: AND THE CONCURRENT FAULT OF THE CONSUMER?

Abstract: The following work aims to clarify when operates a

¹ Acadêmica do 5º ano de Direito – Faculdade Assis Gurgacz, Cascavel – Paraná.

² Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor das Faculdades Assis Gurgacz (FAG) e Sul Brasil (FASUL). Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo e Advogado junto ao Escritório Canan e Poletto Advocacia em Toledo, Paraná.

consumar relation and more especifically, adress the grounds for exemption from strict liability of the product or service supplier. It will deal with the admission of mitigating the strict liability of the product or service supplier, face of the concurrent cause/fault by the consumers, which has no legal prediction. Finally, will be pointing out the possible solution to the problemes raised under the aegis of the consumers principles, the current jurisprudence, doctrine understanding and historical law, making the parliamentary oversight who whips the economic market in contemporary society and threatens the consumer.

Keywords: Consumer Law. Mitigating the liability of the supplier. Concurrent fault of the consumer

1. CARACTERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO



ntes de adentrar-se ao tema, se faz necessária a identificação de sua natureza jurídica. Em primeiro lugar, deve-se saber verificar quando ocorre e o que são as *relações de consumo*, para que a problemática do assunto surja. Relação de consumo aquela na qual se vislumbra a correlação entre um fornecedor de produto ou de serviço e um consumidor interessado, que contrata ou adquire, na forma do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC/90).

Ao passo que, na sistemática capitalista, incentiva-se exacerbadamente a compra e venda, estimulando também que estas relações consumeristas cresçam, acentuando-se ainda mais as *lacunas* existentes na regulamentação destas vinculações.

2. O SURGIMENTO DA TUTELA DO CONSUMIDOR

A história do desenvolvimento econômico foi um dos principais fatores da necessidade da concepção da “tutela ao consumidor”. Justamente por conta dos avanços na área comercial, com a facilidade e o rápido acesso à compra e venda é que acabou por deixar o consumidor de produto ou serviço vulnerável as novas práticas.

Em relação ao assunto, Camargo Ferraz (1984), Milaré (1990) e Nelson Nery Junior (1990 e 1992) acordam quanto ao surgimento deste dever de tutelar o consumidor:

“O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas (...), o nascimento dos cartéis, *holdings*, multinacionais (...), a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, (...) o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida (...). Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma 'latente', despercebidos”.

Neste sentido, avolumou-se o desejo do consumismo. Outro fator essencial foi a ascensão das massas, proporcionando àqueles menos prósperos economicamente a acessibilidade na aquisição de produtos, que por vezes, realizada de forma desmesurada, por força do padrão eleito pela publicidade. Neste sentido, o consumidor acabava sendo lesado, até por conta de hipossuficiência deste, ao não deter conhecimento raso sobre o que estava ali adquirindo. Após efetuar a compra, encontrava-se, muitas das vezes, com produto problemático, defeituoso ou viciado, muito diferente do anunciado, do necessário ou mesmo do querido.

Sem amparo legal, o consumidor restava por “aceitar” obrigatoriamente o produto deficiente ou o serviço mal prestado, acabando por ser categoricamente lesado. A aquiescência foi geral, quanto à necessidade de se proteger aquele conside-

rado “parte mais frágil” da relação consumerista, inclusive quanto à recepção e imposição internacional.

Visando justamente que esta proteção fosse cumprida, e preocupando-se com a massa global, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1973, reconheceu e pronunciou os *direitos fundamentais e universais do consumidor*. Na sequência, já em 1985, sobreveio Resolução nº. 39/248 sobre a proteção do consumidor, sendo incisiva e detalhista quanto ao assunto, para que se concebesse concretamente esta proteção.

Desta forma, as diretrizes de proteção, norteadas pela *boa-fé*, foram criadas, estimuladas e positivadas, a fim de que a *relação entre consumidor e fornecedor estivesse equilibrada*.

3. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Dentre os princípios que regem e pautam a tutela jurisdicional das relações de consumo, destacam-se: a harmonização de interesses, a razoabilidade e a proporcionalidade estão intrinsecamente galgados.

O trinômio, apesar de semelhante entre si, rege de forma a complementar um e outro. Onde exista relação bilateral, deve-se impor certa equidade entre o direito de ambos, para que nenhum destes seja prejudicado. Estes princípios visam exatamente sanar a lacuna existente quando se depara com uma relação de “mais forte” e “mais fraco”.

A *Harmonização de Interesses* é o princípio que visa nivelar as relações consumeristas. Como explica o professor Gilberto de Barros Basile Filho, a harmonização dos interesses “trata desigualmente os desiguais e assim alcança o equilíbrio” do pacto.

Juntamente com referido princípio, a *Razoabilidade* e a *Proporcionalidade* vêm como medida de freio e contrapeso: estes, visam, principalmente, a equitatividade em relação às indenizações e responsabilidades dos fornecedores e dos con-

sumidores. Trata-se, aqui, da chave para estabilidade das relações de consumo, que são deveras intensificadas.

Antes de analisar quem é o prejudicado na situação, deve-se atentar, principalmente, ao que dispõe o artigo 4º, inciso III, de nosso CDC/90, prevendo e positivando incisivamente, que sempre haja harmonia e equilíbrio quando defronta-se com as associações consumeristas.

Não deve, jamais, a responsabilidade ultrapassar, ou mesmo suprimir tal equilíbrio e harmonia. O que sempre se buscou com a posituação das normas e proteção dos direitos foi que se cumprisse o justo e coerente com o que o direito basilar; ora é garantia constitucional, conforme constante em seu próprio preâmbulo, a segurança da “igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na *harmonia social* e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*.”

Ou seja, qualquer contraponto, ou mesmo *omissão* quanto à equidade e equilíbrio de qualquer relação que seja, é afronta ao esquepe constitucional, e mais que isso, a toda sociedade.

A forma mais adequada, correta e correspondente que já se espera dos poderes, tanto executivo, legislativo e judiciário, é que, no mínimo, confirmem equilíbrio e coerência em aplicar, executar, e antes de tudo *fazer e regulamentar* normas de direito dignas de um Estado Democrático. Caso contrário, não apenas um sujeito, mas toda a sociedade é categoricamente prejudicada.

Já quanto a vulnerabilidade do Consumidor há muito tempo não é mais tida da mesma forma que a concepção original da expressão.

A acessibilidade contemporânea às informações, com a ajuda, principalmente da maior forma de comunicação no mundo, a *internet*, contribuíram para criar um novo molde de

consumidor, adaptado a ler e conhecer, não mais tão hipossuficiente como no início da criação da tutela estatal intensificada.

Não que isto tenha que ser visto como algo ruim; pelo contrário, deve ser encarado como algo extremamente bom, tanto para o próprio consumidor, quanto para o fornecedor de produto ou serviço, visto que, este último obriga-se a aprimorar seus produtos e serviços, ante a concorrência de outros fornecedores, e, especialmente por conta da exigência de seus consumidores.

Destarte, a vulnerabilidade anteriormente apreciada no consumidor, provinha das relações entre consumidor e fornecedor preponderante, por ser industrial e/ou grande fábrica. Com a grande evolução do mercado de consumo, não se evidencia mais este “frágil” e vulnerável consumidor frente à relação de consumo, e nem mesmo a “grande empresa” ou indústria magnânima e cruel como parte mais potente destas relações. O que se evidencia é que, devido à atualização do consumidor frente a seus produtos, e a consequente emersão do vendedor/microempresário/fornecedor de serviço, e também à existência de norma regulamentadora precisa, o objetivo inicial da tutela estatal pretendido, fora atingido, ou seja, pode-se facilmente vislumbrar o equilíbrio atual da maioria das relações de consumo.

Igualmente, o que deveria ser consequência, é que esta *vulnerabilidade* do consumidor fosse abrandada, pois afinal, antes de se existir lei, existe uma sociedade, a seu tempo, à sua maneira e com seus indivíduos.

O maior e mais preciso princípio norteador e que embaça não somente à legislação abordada, mas toda uma sociedade, é o da *boa-fé*. *Presume-se* que o sujeito agirá de boa maneira, às vistas de todo o corpo social, frente às suas tomadas de decisões e no seu agir, dia a dia, principalmente, quanto à relação *contratual*, como se extrai da natureza jurídica de qualquer forma de relação de consumo.

Assim, *já se espera de ambas as partes* que estas ajam de forma correta quanto ao pactuado entre elas, ou seja, em relação ao que sujeito comprometeu-se, não pode o comportamento deste afetar de má forma o que previamente fora acordado. Afinal de contas, trata-se de direito bilateral, de ambos os envolvidos nestas relações consumeristas.

A boa-fé foi positivada no ordenamento jurídico, a fim de que se resguarde-a e que se torne obrigação de cunho universal. A previsão quanto à matéria discutida, dá-se no artigo 4º, do CDC/90, onde, no inciso III, ao fixar a Política Nacional das Relações de Consumo, vê-se que é voltada à atender e garantir os direitos dos consumidores, mas “*sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações (...)*”.

Outrossim, não se trata de direito único ao consumidor. Não se espera que somente o fornecedor de produto ou serviço aja com boa conduta, e sim que *ambos*, como forma de unicidade de sua relação, detenham comportamento pautado na boa-fé.

Este princípio é o mais abrangente de todos os princípios, pois, a partir dele, extraímos os demais, ou, pelo menos, a maioria deles.

Sem uma conduta de bom comportamento, ao sujeito da relação será imputado todo o dano que daquele ato decorrer. Por isso, é imprescindível que se vislumbre, *em ambos os sujeitos da relação*, esta conduta ilibada, livre de eivas viciosas e defeituosas.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA VERSUS RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: A RESPONSABILIDADE IMPUTADA AO FORNECEDOR DE PRODUTO OU SERVIÇO

Ao passo que se aprofunda ao tema abordado, faz-se importante diferenciação e caracterização quanto a principal causa que responsabiliza o fornecedor de produto ou serviço

acerca daquilo que oferece.

O fato do produto/serviço, ou seja o defeito, é aquele que, como consequência, causa lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio do adquirente. É o produto colocado no mercado de consumo, que mesmo com toda a diligência e controle disponíveis, ou não, adentra com irregularidade e que acaba por prejudicar o consumidor ou mesmo pôr em risco sua integridade moral e/ou física. Para que se previnam estes riscos, necessária foi a positivação, a tomada de posicionamento quanto ao que fazer com aquele que causasse dano ao consumidor, especialmente nesta relação concreta e, simultaneamente frágil.

Criou-se então a *teoria do risco criado*, que dispõe exatamente sobre a prevenção quanto a produto ou serviço evidentemente danoso ou que possa causar dano, seja por sua natureza, seja ainda por eventual defeito.

A *teoria do risco criado* aponta a responsabilidade de quem coloca o serviço ou produto neste mercado, atribuindo ao provedor do serviço ou produto, o encargo de indenizar eventuais prejuízos, ou mesmo danos, causados ao consumidor por conta da atividade possivelmente danosa. Como destaca o professor João Batista de Almeida (2000), “(...) faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade”.

Cumprе ressaltar, também, que a legislação vigente acolheu tal teoria em sua integralidade, impondo, no CDC/90, o dever do fornecedor não colocar no mercado produtos e serviços que possam causar risco à saúde e segurança de seus adquirentes.

Observa-se aqui o caráter preventivo: evitando o dano (*risco à saúde e segurança*) para que não haja prejuízo irreparável.

A partir deste caráter preventivo, constatou-se a necessidade de um aprofundamento quanto à caracterização de responsabilidade imputada ao fornecedor, para que corroborasse com o ordenamento jurídico e, mais ainda, com os preceitos

sociais.

Visto que a regra disciplinar é a de que seja imputada responsabilidade *subjetiva*, ou seja, aquela que necessariamente reclama *culpa* de uma ou de ambas as partes para que haja dever de reparação, constatou o legislador, a necessidade da criação de modalidade em que não prescindisse culpa para a responsabilização deste dever de indenizar.

Desta forma, criou-se a responsabilidade *objetiva*, que *apenas por força de lei*, imputa dever de reparação, dispensada a presença de culpa. Ou seja, apenas se faz necessário que exista um dano, nexó causal entre o dano e o causador deste e uma conduta. Entretanto, esta é a *exceção* à regra, e como tal, decorre da imposição legal, demonstrando assim que quando omissivo o dispositivo que trata sobre responsabilidade, presumir-se-á *subjetiva*.

A responsabilidade imputada ao fornecedor de produto ou serviço é objetiva, e é prevista no CDC/90, mais precisamente em seus artigos 12, 13 e 14, que, resumidamente dispõem 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 (...)” (*Art. 12*); onde também o comerciante será responsável (*Art. 13*), e ainda o fornecedor (*Art. 14*), caracterizando sua responsabilidade objetiva.

Isto por conta da característica hipersuficiente do fornecedor, do fabricante, do comerciante e demais sobre o consumidor hipossuficiente. Fez-se necessária tal aplicação justamente por conta do objetivo geral: harmonização dos interesses e equilíbrio das relações de consumo. O fornecedor, tido como “parte forte” desta relação, e abarcado pela teoria do risco criado, inevitavelmente deveria responder pelos danos causados, mesmo que não tivesse culpa pelo acometimento deles, para que a relação igualitária funcionasse.

Por certo que, havendo os profissionais destacados no

rol dos artigos 12, 13 e 14 do CDC/90 certa potência econômica e informação ao que oferece em relação aos seus adquirentes, seu dever frente a estes também deve ser maior, a fim de que não haja negligência, imprudência ou imperícia, zelando sempre pela saúde e segurança dos consumidores, conforme a própria política nacional das relações de consumo (artigo 4º, CDC/90).

O problema fora justamente este: não limitou, o legislador, quanto a responsabilidade do fornecedor frente a tais danos, sendo esta omissão legislativa o problema destacado.

A necessidade não prevista anteriormente no Código Civil de 1916, mas, em decorrência de uma nova e moderna sociedade, ante a ausência desta limitação de responsabilidade, acabava por massacrar direitos e o equilíbrio na dissolução dos litígios, tendo resolução parcial e prejudicada por conta de lacunas legislativas, onde traz-se a classificação desta responsabilidade imputada no tópico a seguir.

5. AS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA IMPUTADA AO FORNECEDOR DE PRODUTO OU SERVIÇO

Após positivar a proteção ao consumidor, ficou clara a incidência de *desequilíbrio* quanto à punição no descumprimento das regras criadas ao longo do percurso.

Desta forma, criaram-se regras para que o fornecedor responda independentemente de culpa pelos danos causados por serviço ou produto dispensado no mercado de consumo. Igualmente, foram criadas hipóteses legais de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

As causas são as três disponíveis no artigo 12, § 3º, incisos I, II e III do CDC/90, sendo estas causas: a quebra de nexos causal (não ter colocado o produto no mercado, inciso I), o defeito inexistente (inciso II), e ainda, inativa conduta do forne-

cedor (culpa *exclusiva* do consumidor frente aos danos ocorridos, inciso III).

Destas três, trata-se especialmente da última forma de exclusão, quer seja, da culpa *exclusiva* do consumidor. Apenas quando o consumidor de produto ou serviço houver causado integralmente o dano através da má utilização do produto (seja por ignorância ou má-fé) é que se excluirá o dever do fornecedor de indenizar seu consumidor.

A carga estabelecida ao fornecedor no tocante à reparação de danos ocorridos é extremada, visto que, diante da leitura de tal dispositivo, mesmo que o consumidor *concorresse* tão somente para os danos causados, teria o fornecedor de arcar em sua integralidade, reparando ao consumidor *por mais de uma vez*, prejuízo ocorrido.

Entretanto, tendo em vista a incidência deste instituto em outro *Codex*, defronta-se com o artigo 945 do Código Civil, que propõe exatamente esta condição de equilíbrio entre a concorrência da vítima para o evento danoso.

O professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães conceitua a culpa da vítima, em sendo “o uso negligente ou anormal do produto que causou ou concorreu para causar o evento danoso, (...) quando o produto é utilizado ou consumido de modo diverso do objetivamente previsto.” Ainda, aduz o professor João Batista de Almeida (2000) sobre a capacidade da culpa concorrente reduzir indenização: “(...) só a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro exclui a responsabilidade do fornecedor. A culpa concorrente (...) conduz a uma redução do *quantum* indenizatório, como admitido pela jurisprudência pátria”.

Esta concorrência de culpas é justamente para que não se cometa injustiça acerca da reparação civil, pois, quando se trata de valores econômicos a atenção deve ser triplicada, exatamente por conta do *enriquecimento ilícito* da parte.

Perde-se a finalidade do chamado “ordenamento” frente à arbitrariedade cometida por conta de omissão ou incongruên-

cia. É concreta a incidência da concorrência de culpa, assim como também deveria ser a unificação de entendimento quanto à equiparação das indenizações decorrentes de danos consumeristas.

Com efeito, se não houver tal positivação, a insegurança jurídica pairará, bem como suas consequências ao meio consumerista. Um dos principais problemas que danificam as chances de equilíbrio nas relações é a proteção excessiva ao consumidor, que é abordada no tópico seguinte.

6. PROTECIONISMO EXACERBADO

Importante ressaltar que a forma regulamentada, ou melhor, a omissão completa desta forma de diminuição da responsabilidade/indenização preconiza o histórico de abusos nas relações por parte dos fornecedores que, à época, eram grandes corporações e indústrias em ascensão.

Justamente por conta disto, o consumidor prejudicado pela grande e massiva indústria corporativa era incansavelmente pisoteado pela ausência de regulamentação para normatizar esta relação que ali se iniciava.

Posto o vetusto e secular Código Civil de 1916, até os anos 90, o consumidor não era tratado como parte frágil, dando margem para favorecer o fornecedor que naquela época era o mesmo desde a Revolução Industrial de 1760.

A repressão causada pelo grande empresário no mercado de consumo justificou a proteção intensa prevista no CDC, a fim de equilibrar aquela relação do mercado econômico, de forma a não restringir fornecedor absolutamente até que se achegasse ao nível hipossuficiente do consumidor, mas pelo contrário, fazendo com que o consumidor fosse protegido de tal modo que se chegaria a seu fornecedor de produto ou serviço.

Principalmente o clamor social desesperado e a imposição do artigo 48 da ADCT da Constituição Federal de 1988 –

determinando, dentro dos 120 dias de sua promulgação, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor – forçaram o legislador a empurrar Código de proteção com caráter de urgência.

A pressa é inimiga da perfeição, já dizia o sábio ditado que pareceu prever a característica principal de nosso Código do Consumidor: lacunas em demasia. Por conta da pressão e da pressa, onde o receio da opressão econômica tornou o novo regulamento obsoleto, o novo consumidor amparado tinha a possibilidade de expurgar das relações de consumo todo e qualquer tipo de abuso por parte daquele fornecedor anteriormente super favorecido.

Contudo, ainda no mesmo ano da promulgação do CDC, os doutrinadores mais atentos, como o professor Carlos Alberto Bittar (1990), antevendo divergências quanto às lacunas deixadas pela omissão legislativa, já adentrou precisamente à problemática levantada, quando pontuou que “havendo culpas concorrentes, poderão forrar-se à reparação na proporção em que provarem a culpa do consumidor”.

No mesmo ano, 1990, ainda se obteve a comercialização massiva de tecnologia, incorporando a rede global de computadores, a *internet*, nascida das pesquisas de meados de 1960, ao cidadão “comum”, dando-lhe acessibilidade válida e concreta – ainda que de forma limitada, se comparada com os avanços super-rápidos dos anos seguintes.

O progresso tecnológico foi de extrema importância para a publicidade e principalmente para a sociedade consumerista, como destaca o ex-presidente da Academia Brasileira de Letras, professor José Maria Othon Sidou (1977), que o que de fato:

“... deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor (...) foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade (...) do que resultou o fenômeno conhecido dos economistas, a sociedade do consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute,

a aplicação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente”.

Com efeito, o costume e a nova forma de agir, comportar-se e pensar da sociedade, revogam lei, ou no mínimo, a modificam. Ainda que se tenha um Código novo, o avanço e a transformação tecnológica, publicitária e informativa exigem mudanças urgentes a fim de se restaurar o equilíbrio inicial vislumbrado.

Ademais, é fato notório que o atual sistema financeiro depende imprescindivelmente da injeção de capital no mercado, através da compra e venda, para que a economia flua de maneira satisfatória em contexto geral.

Através deste giro de capital, pode-se claramente observar quem são as partes principais destas relações, quer sejam consumidor e fornecedor, sendo este último principal investidor e interessado neste giro monetário.

Entretanto, por certo que no atual sistema, a relação de interdependência abrange em si uma necessidade também do pequeno consumidor de que a economia circule, para melhoria de qualidade no que ele compra, preços acessíveis e demanda essencial a atender suas ânsias sociais e econômicas.

Prejudicando um para proteger o outro, culmina-se nas presentes crises nos mercados financeiros, nas taxas altíssimas, nos valores acentuados e na falta de qualidade que todos buscam.

É comum ouvir que “antigamente” se tinham produtos imperecíveis e de qualidade altíssima, onde “hoje em dia” os produtos em sua maioria são descartáveis e de preço elevado. O “novo consumidor”, protegido em demasia, acabou por tornar-se uma criança mimada e sem propósito. É mais fácil pleitear uma indenização certa no judiciário por qualquer coisa do que resolver a lide através da forma amigável.

Veja, atrelou-se à incidência de demandas banais e que custam caro, principalmente para o fornecedor, que na maioria dos casos, é o Réu. Estes custos, processuais e indenizatórios,

também em sua maioria de casos, não são imputados ao consumidor, por ser o mesmo “hipossuficiente” frente à situação fática e econômica.

Após a criação dos Juizados Especiais, em 1995, a acessibilidade ao judiciário ultrapassou qualquer barreira, tanto é verdade que a demanda de processos ingressados por motivos fúteis abarrotou e travou absurdamente o judiciário, fazendo com que o Estado dispusesse de mais recursos para a criação de quantidade de juizados que atendessem as disputas de forma satisfatória. E mais e mais dinheiro fora empregado.

Ainda, culminando na possível sucumbência, o fornecedor por *diversas vezes* teve de indenizar consumidor “reclamação de coisa alguma”, quando facilmente poderia ter-se resolvido extrajudicialmente o problema simples.

Isto tudo, resultou no déficit no atendimento dos SAC's e na queda da qualidade dos produtos, visto que o investimento que seria feito para aprimoramento teria de ser utilizado para pagamento de processos, custas e sucumbências, além é claro dos altos investimentos para saciar o novo consumidor.

O objetivo inicial pretendido, de proteção ao “consumidor velho”, desculto e desinformado fora perdido através do tempo, com o advento do consumidor extremamente informado.

Não se defende o conformismo, mas tão somente a real harmonia entre as relações de consumo, e que na verdade jamais deveria ter-se perdido, visto ser preceito do próprio CDC/90, em seu artigo 4º:

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

Se se busca uma justiça igualitária, por certo que não se pode proteger demais um e, conseqüentemente, prejudicar em

descomedimento o outro, pois senão, desta forma, está-se criando parcialidade objetiva de prevalectimento, que está expresso em nosso ordenamento, e que vai completamente contra a própria Constituição Federal vigente, que rege a igualdade entre seus membros cidadãos como primordialidade.

Resta, então, prejudicado todo e qualquer exagero que venha a custodiar consumidor com a justificativa de que este continua sendo o mesmo do ano da promulgação de nosso Código, 1990, visto que aquele consumidor deu lugar a um novo, amimado e privilegiado.

7. A CONSCIENTIZAÇÃO DAS PARTES ENVOLVIDAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO: EDUCAÇÃO DO CONSUMIDOR

Educar o consumidor acerca de seus direitos é de extrema importância para que se coíbam abusos por conta do desconhecimento a respeito dos mesmos. Porém, tão importante quanto o conhecimento aos direitos, é também o conhecimento dos deveres de ambas as partes.

O que ocorreu foi a crescente busca “pelo meu direito”, crendo que apenas a outra parte detinha deveres de observância e de boa-fé, principalmente. Mais uma vez, o equilíbrio do direito fora massacrado pela proteção descomedida, não sabendo, o consumidor, que seu direito começa onde o do outro termina, e mais ainda, que também tem tanto dever de observância e boa-fé quanto a outra parte.

Traz-nos o professor João Batista de Almeida (2000) que tão importante quanto a educação informal, ou seja, aquela em que os próprios órgãos de defesa do consumidor e outros jurídicos levariam ao consumidor o conhecimento acerca de seus direitos e deveres, é também a formal, incluindo na própria formação escolar as noções básicas “de educação para o consumo, preparando já na infância e adolescência, o consumi-

dor do futuro (...)?”.

O Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) é uma fundação com personalidade jurídica de direito público, e que tem por finalidade dissolver as lides consumeristas administrativamente, sempre com observância nos princípios que regem as relações de consumo, sendo suas principais atividades a mediação, fiscalização de normas e como os estabelecimentos estão cumprindo-as, estudo e pesquisa quanto ao aperfeiçoamento dos Procons e, principalmente, a orientação, dirigida ao consumidor e ao fornecedor.

Tem grande mérito de, principalmente, evitar pendências inúteis, que abarrotam o judiciário.

Cumprir aqui ressaltar a importância deste órgão, que em nosso Estado, do Paraná, fora instituído pelo Decreto Estadual 609/1991, um ano após a promulgação do CDC/90, e desde então, tem desafogado com destreza nosso judiciário.

O que deve ser destacado por sua extrema importância é a informação ao consumidor e ao fornecedor como um todo, e não apenas parte dela, porque assim, cria-se um pensamento incompleto e imperfeito, tornando a análise parcial e obscura. Os consumidores, a seu turno procurar resolver a problemática de forma sempre a evitar maiores percalços, custos e transtornos, de forma a obtermos o que sempre se buscou com toda esta criação e organização: harmonia.

No próprio PROCON, há sempre um conselho, sendo este conselho composto pelos diversos componentes da sociedade, inclusive os empresários. Não permitir que os empresários tenham acesso a tal conselho é frustrar mais uma vez esta possibilidade de igualdade e harmonização.

Em que pese ser o consumidor parte hipossuficiente na relação, faz-se mister a preservação do equilíbrio, garantindo à ambas as partes a participação na solução dos problemas e construção de mercado financeiro e judiciário íntegros. Ainda que não exista embasamento positivado, o aplicador da lei não

pode deixar de lado a ideia de equidade e retidão na melhor solução das lides, principalmente nos casos em que estas lides envolvam direitos e deveres essenciais às partes.

8. CARACTERIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DE CULPA DO CONSUMIDOR

Demonstrada, a previsão legal acerca da concorrência de culpa no ordenamento jurídico, cuja previsão está contida no Código Civil, em seu artigo 945, que prevê a atenuação de indenização no caso em que sua culpa confronte com a do autor do dano. Extrai-se que, embora ali se trate de responsabilidade subjetiva do autor do dano, este é o modelo justo pretendido pelo legislador: a ausência de incongruência com o princípio de igualdade quando em conflito.

A necessidade de se prever em legislação o referido artigo adveio da visível necessidade de se equilibrar os conflitos, principalmente, de acidentes de veículo, onde ambos os envolvidos estavam “errados” e “certos”, ou um mais errado do que o outro, porém ambos detinham algum grau de culpa para a ocorrência do evento danoso.

Não poderia, então, que a vítima do acidente, que contribui para o mesmo, ganhasse indenização integral do evento danoso, e sim que se houvesse esta diminuição de forma a harmonizar a resolução da lide.

Esta concorrência de culpa foi uma construção doutrinária e jurisprudencial. No Código Civil de 1916 não era abarcada, sendo tratada expressamente de forma regulamentar em nosso Código Civil de 2002.

Hoje em dia, como não temos previsão expressa específica da concorrência de culpa do consumidor, a jurisprudência pátria tende a aplicar analogicamente o dispositivo supracitado, de forma a concluir a lide justamente, em cada caso concreto.

Assim dispõe a *teoria do diálogo das fontes*, elaborada

pelo professor alemão Erik Jayme, em 1995, e trazida ao Brasil pela professora Cláudia Lima Marques, onde o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária, em que uma norma jurídica não exclui a aplicação de outra, ainda mais para supressão de lacuna.

Esta teoria visa sanar de forma proporcional os conflitos de normas de forma proporcional e ponderante, alcançando a solução que melhor se aplique ao caso.

Desta forma, havendo previsão no CC/2002, artigo 945 sobre a “concorrência da vítima” - que minor a sua indenização devida - o magistrado fica ligeiramente vinculado à aplicação de tal dispositivo, visto que sempre deverá haver sentença imparcial e justa, principalmente em relação às indenizações, onde a “indenização mede-se pela extensão do dano” (artigo 944, CC/2002) e não deve haver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (parágrafo único, art. 944, CC/2002).

Atualmente, é fácil encontrar decisões de segunda instância que aplicam a concorrência de culpa em casos consumeristas a fim de atenuar a indenização ao lesado consumidor. Entretanto, está o magistrado, de certa forma, legislando, o que também não se admite em nosso sistema atual, por isso da separação dos três poderes.

Como na Apelação Cível do Juizado Especial (2013 01 1 037438-3) da 2ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (ITAÚ UNIBANCO S.A. contra B6 COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA - EPP), que decidiu por aplicar a atenuante indenizatória, onde, havendo defeito na prestação de serviço oferecida pelo Banco Itaú, visto a falha de 20 dias na baixa em cadastro de proteção ao crédito por débito já pago, o consumidor/autor deveria estar atento à pendência de prestações de financiamento quando do encerramento da conta corrente. Desta forma, entendeu o Tribunal pela incidência da concorrência de culpa, minorando a indenização decretada pela

sentença de juízo *a quo*.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (24^a Câmara Cível - Apelação Nº.: 0012503-65.2011.8.19.0001 - apelantes: BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A e IRACI FIGUEIREDO SANTANA), em processo em que a Autora “pede em face da reclamada BANCO ITAÚ UNIBANCO S.A. o ressarcimento de danos materiais e morais em razão da fraude de que foi vítima dentro do agência bancária. Narrou que aceitou ajuda de terceira pessoa estranha em uma transação bancária, tendo digitado sua senha pessoal perto da mesma, antes que a funcionária do caixa entregasse nas mãos da dita pessoa o cartão bancário da demandante ao final do atendimento. Ao repassar o objeto para a autora, a criminosa teria efetuado a troca de cartões, ficando com o da mesma em seu poder, sem que esta percebesse. Dias depois o benefício previdenciário da autora teria sido desautorizadamente sacado de sua conta.”.

A sentença singular decidiu ratear o prejuízo em metade para cada parte, acolhendo assim, a tese de concorrência de culpa entre as partes, mantendo-a, o juízo *ad quem*, no que tange à fixação de indenização, equalizando ambos os lados, garantindo, assim, a harmonia na indenização devida e o direito da parte contrária que não deteve *toda a culpa*.

A concorrência de culpa consumerista se dá quando, por exemplo, o consumidor conhece de pequeno defeito já existente em produto ou serviço, mas por negligência, má-fé, ou mesmo mau uso, acaba agravando este defeito, ou ainda quando o consumidor, possuindo meios de conhecer da forma de uso do produto, não sabendo de defeito preexistente, emprega mau uso no produto, e que também acaba por agravar a irregularidade anterior.

Aqui reside o ponto de visão deste trabalho: com base em todo o conhecimento e os meios de informação de que o consumidor detém atualmente, é extremamente fácil usar-se de

expertise para “ganhar na loteria”, pleiteando indenização avantajada contra o fornecedor.

Não se defende a exclusão da responsabilidade do fornecedor frente ao produto ou serviço com defeito colocado no mercado, mas sim a adoção de atenuante concorrência de culpas para que a indenização seja justa, e se cumpra o que dispõe o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que determina que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Entretanto, a própria omissão vai completamente contra a formação jurídica, visto que contrapõe princípios, costumes e especialmente dispositivos legais que, não de forma direta, tratam do assunto.

Ademais, a previsão legal serve principalmente para afastar toda e qualquer incerteza quanto ao desfecho das decisões do caso concreto, atuando como regulador e prevenindo eventuais danos que possam ocorrer no curso das relações que se estabelecem.

Atualmente, não se dispõe de dispositivo algum que trate acerca da concorrência de culpa do consumidor, embora seja este um assunto de mesma idade que o próprio CDC/90, este não recebeu a necessária atenção..

Não existe a certeza jurídica embasada no dispositivo legal em nosso ordenamento. Há tão somente a aplicação analógica dos dispositivos existentes no Código Civil aos casos *semelhantes*, entretanto, ausente o amparo legal em nosso ordenamento.

Culminando em um enriquecimento sem causa, ou seja, às custas do exagero e da ausência de limitador legal, ganha indenização mesmo não sendo caracterizada causa jurídica adequada, o que é absolutamente repudiado pelo sistema jurídico.

Ademais, é caso de observação ao contido na vedação

do enriquecimento sem causa: “*Art. 884.* Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Entretanto, por conta da ausência de previsão legal, o magistrado obriga-se a impor parâmetros subjetivos e por vezes acaba errando ao proferir decisão. Ora, quando há previsão legal, as chances de erro são ínfimas, diante da análise de aplicação de dispositivo legal ou da própria lei.

Ainda, tem-se de se preocupar com a desnecessidade dos pleitos de indenizações decorrentes de “qualquer coisa” que tenha ferido o íntimo, mesmo que “eu seja sensível demais” aos dessabores cotidianos.

Denominou-se este evento como meretrício de indenizações, onde qualquer insatisfação costumeira acha-se passível de indenização, mesmo não sendo. A conexão encontrada entre a ausência de previsão da concorrência consumerista, mais a má-fé aplicada, é justamente este pleito indevido para o enriquecimento sem causa.

Ainda que não se visualize esta má-fé, as pessoas simplesmente preferem “investir” na loteria judiciária para angariar indenizações sem cabimento algum, trazendo consigo o caráter do processo banalizado.

Como demonstrado, a concorrência de culpa do consumidor deve servir como parâmetro para diminuição de indenização, atenuando a reparação para que haja maior equidade indenizatória e, assim, injustiças inexistentes.

As causas de exclusão da responsabilidade objetiva já estão positivadas, como já visto. Entretanto, como medida de justiça, a concorrência da culpa do consumidor também deve ser positivada de forma à evitar indenizações indevidas e que culminem no enriquecimento ilícito da parte, paralelismos jurídicos e insegurança jurídica, como vem acontecendo, mesmo com todos os esforços magistrados empregados.

A paliativa servirá como mediador e recuperador do objetivo inicial, quer seja, o equilíbrio das relações de consumo, que são atualmente, a principal fonte de giro econômico de nosso país. Sem equilíbrio, estaremos fadados ao insucesso e às crises financeiras astronômicas.

O que os Tribunais previram os doutrinadores já haviam dito no mesmo ano de promulgação do CDC/90: a omissão legislativa atingiu o apogeu da falha, tornando a obrigação da responsabilidade objetiva injusta e contrária ao objetivo construído.

Quando não há limitação quanto aos direitos tão especificamente, a tendência é que esta incorreção alcance ao oportunismo da parte abusada.

O objetivo que se criou com o presente trabalho, é de que a positivação da culpa concorrente nas relações de consumo traga consigo a boa-fé em que se embasa o mesmo. Com isso, a indenização equilibrada, ou equitativa, corroboraria com o que se aplica.

O problema é que esta ausência cria sujeitos da relação desvestidos de boa-fé, se contrapondo ao que se busca na prática jurídica e, quando existe ausência de interpretação analógica por parte do magistrado que profere a decisão, nos defrontamos com toda a problemática aqui apresentada.

Incumbe ao legislador, e de forma urgente, resolver por vez este confronto, pois já se passaram vinte e quatro anos de hiato legislativo quanto ao assunto e nada fora feito.

Mesmo a jurisprudência tendo aceito tal tese há, pelo menos, dez anos (TRF-1 - Apelação Cível AC 7363 MG 2002.38.00.007363-6 - Data de Publicação: 28.11.2005) continua inerte o estatuto. O que se busca é simplesmente a boa-fé acrescida do equilíbrio, que respalda toda nossa sociedade que caminha por sede de justiça.

Ademais, “a ninguém deve ser negado o benefício do direito” (*Beneficium juris nemini est denegandi*), nem ao con-

sumidor superequipado juridicamente falando, nem ao fornecedor de produto/serviço, dono da demanda a qual gira nosso sistema econômico.

Mais uma vez frisa-se: não estamos aqui trazendo um fornecedor “pobrezinho” e desvestido de suas características de parte forte da relação, mas tão apenas trazendo o justo aos que buscam o justo.

Da mesma forma como historicamente sofreu o consumidor por não ter proteção legal alguma, também sofre o fornecedor atualmente por ter incidência tão alta de má-fé por parte de seus consumidores quanto aos proveitos às lacunas vislumbradas.

O “benefício do direito” é, na realidade, um dever imposto a todos os sujeitos de uma sociedade madura e civilizada. Outro brocardo é o de que o “meu direito termina onde começa o do outro”, ou seja, seu direito não é libertinagem. Não se pode fazer, e nem se deve, o que entende ser certo simplesmente porque a lei não traz. Desta forma, há um descompasso social e um cerceamento de direitos.

Espera-se que se crie um cidadão regrado, com todas as leis e esquemas jurídicos respeitados e moderados com vista à conferir acessibilidade. Mas, devido às lacunas esquecidas de veras vezes por nossos criadores de leis, ocasionalmente estes benefícios são submetidos às vontades destes mesmos cidadãos que, devido a seu conhecimento avançado, utilizam-se destes hiatos para seu próprio benefício.

9. *BIS IN IDEM*: DUPLA RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA

Com o todo exposto, pode-se identificar a incidência do *bis in idem* quanto à reparação ao consumidor, assim que reconhecida concorrência de responsabilidades.

O instituto referido, literalmente significa “repetição de

sanção sobre o mesmo fato” e é absolutamente desprezado por toda a justiça, pois não pode ser a mesma pessoa acometida de indenizar, ou apenas, em dobro por conta do mesmo ato.

Contudo, é o que acontece quando não se aplica a incidência da concorrência de culpa do consumidor para atenuação da indenização devida, visto que o fornecedor está pagando sua parte na culpa e também a de seu consumidor que concorreu para o evento danoso.

Basta pensar nos pequenos microempresários, ou mesmo, os pequenos proprietários do comércio que tentam, através de seu trabalho, crescer aos negócios e com isso giram a economia local e nacional, tendo como dados, 3,7 milhões de microempreendedores individuais apurados em dezembro/2013³, atuantes no Brasil. Por certo, que se há erro no fornecimento destes produtos/serviços, há dever de reparação dos danos por parte destes fornecedores. Contudo, se existe indenização indevida a seus consumidores, como ocorre defronte à concorrência de culpa que não possui regramento expresso, multipliquemos este absurdo por 3,7 milhões, estendendo a duplicidade da sanção não à corporação grande, “feia e suja”, mas o micro e pequenas empresas que correspondem a 99% (6,3 milhões de sedes) dos estabelecimentos atuantes no Brasil, respondendo a 52% (16,1 milhões) dos empregos com carteira assinada no setor privado.

Esta dualidade de pena incide atualmente ao pequeno proprietário. Parece equilibrado?

Segundo o STF, o aumento de processos com a matéria consumo se achegam aos 933% (novecentos e trinta e três por cento) em dez anos, correspondendo à quase metade dos 90 milhões de processos que tramitam no judiciário (análise realizada em 2013).

³ Fonte: SEBRAE/SP. Pequenos Negócios em Números. Microempreendedores individuais (MEIs), pesquisa realizada em dezembro/2013 em parceria com o Portal do Empreendedor.

Tornou-se um bom negócio investir no processo longo e moroso, principalmente no presente caso, onde o *bis in idem* incide (ainda que em primeira instância), o pequeno microempresário, a fim de evitar maiores gastos e desconfortos paga, com juros, e o consumidor se enriquece, mesmo tendo culpa no evento final.

Aliás, como bem pontua o professor Rafael Tomaz de Oliveira (2013), o “excesso de ações no STF é consumerização da Justiça”, e assim podemos extrair que se tornou consumerização de justiça não só as ações do STF, mas todas num geral, principalmente aquelas visíveis de eivo em seu conjunto.

10. REFORMA IMPRESCINDÍVEL DO CDC

Desta forma, fica necessariamente clara que a reforma no CDC/90 é medida urgente a ser tomada.

A demanda econômica de compra e venda cresce cada vez mais, emergindo aquele pequeno proprietário. Aqui, não se fala mais em grandes indústrias e corporações que se sobrepõem e submetem um consumidor “coitado” e hipossuficiente sobre o que compra. Estamos frente a uma omissão legislativa crucialmente prejudicial: o microempresário, ou mesmo o pequeno vendedor, é também considerado fornecedor de produto ou serviço.

A ausência de regulamentação positivada, causa demasiada insegurança quanto ao resultado desta reparação: pois, em primeira instância, não se reconhecerá a concorrência da culpa do consumidor. Entretanto, a fim de rever o equilíbrio da relação, o juízo *ad quem* incidirá a atenuante.

Veja, o viver honestamente (*‘honeste vivere’*) de Ulpiano fica num plano utópico e hipotético por conta de legislação oca neste sentido e incentiva à libertinagem e a má-fé como base na relação consumerista. O pensamento que se tem é o de que “a lei não proíbe, então ela permite”. Entretanto, estamos

diante de uma via de mão dupla, a prejudicar terminantemente a outra parte desequilibrando por completo a relação estabelecida.

Conclui-se que é um dever a positivação da culpa concorrente do consumidor, especificamente, sendo direito potestativo do fornecedor, como parte fundamental na relação de consumo, e, por consequência, à sociedade como um todo, que busca, basicamente, a emersão social e econômica, a independência financeira e o equilíbrio judiciário, a fim da mais pura justiça coletiva.

11. CONCLUSÃO

O presente buscou trazer à baila a clara omissão legislativa presente em nosso ordenamento, onde, em relação à culpa concorrente de consumidor frente à relação de consumo, não detém especificamente tal previsibilidade. Demonstrou-se tal hiato legislativo, emergindo aos analistas a necessidade de uma previsão legal.

Já em segundo foco, examinou-se certa solução ao problema levantado, preenchendo esta lacuna através da análise do caso concreto, atenuando o dever de indenizar o consumidor quando vislumbrada sua concorrência de culpa. A jurisprudência panteia esta necessidade de positivação expressa de concorrência de culpa, assim como se assevera.

Por fim, pugnou pela ratificação enunciada desta coautoria de responsabilidade, incidindo a minoração da indenização devida ao consumidor de produto ou serviço, a fim de que o equilíbrio buscado nas relações de consumo se concretize, para que o ordenamento jurídico se livre de lacunas e eivas e se ateste justo e diáfano.



REFERÊNCIAS

- BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, São Paulo, 1987.
- BATISTA DE ALMEIDA, João. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2000, 2ª edição.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*, 1990, São Paulo.
- BRASIL. *Código civil (2002)*. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- BRASIL. *Código de defesa do consumidor (1990)*. ed. Edipro, 2ª Edição, 2014
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. ed. Nilobook, 2013
- CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto M. de. *A Ação Civil Pública e tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo, 1984.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 9ª Ed., 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.
- MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo, 1990.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no CDC*. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 1, 1990.
- *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 3, 1992.
- OENNING, Gilberto. *Princípios Gerais da Defesa do Consumidor*, Artigo Clube Jurídico do Brasil, publicado em

2009. Domínio disponível em:http://www.clubjus.com.br/?colunas&colunista=2015_GILBERTO_OENNING&ver=522
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Excesso de ações no STF é consumerização da Justiça*. Artigo DIÁRIO DE CLASSE, publicado em 2013; virtualmente disponível no CONJUR, em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-24/diario-classe-excesso-acoes-stf-consumerizacao-justica>
- OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*, Rio de Janeiro, forense, p.5, 1977.
- TEIXEIRA, Michele Oliveira; DAUDT, Simone Stabel. *Aspectos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e excludentes*, Artigo JUS NAVIGANDI, 2007.