

QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS DO NÃO ATENDIMENTO DO RECALL PELO CONSUMIDOR?¹

Marcos Ehrhardt Júnior *

Paula Falcão Albuquerque **

Resumo: Diante do inadvertido lançamento de produtos nocivos e perigosos no mercado de consumo, devem os fornecedores, proceder à comunicação às autoridades competentes e aos consumidores para que estes compareçam e realizem os reparos necessários para a extinção dos riscos. Ocorre que, nem sempre os consumidores atendem ao chamado e acabam sofrendo prejuízos. O trabalho em apreço se propõe a verificar a consequência jurídica do não atendimento pelo consumidor ao recall, sem relevante razão, fazendo uma análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, do dever geral de observância do princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo e do livre arbítrio do consumidor ao se negar a comparecer diante do fornecedor.

Palavras-Chave: Recall; não atendimento pelo consumidor; boa-fé; livre arbítrio.

WHAT ARE THE CONSEQUENCES OF NOT RESPONDING TO THE *RECALL* BY THE CONSUMER?

¹ Artigo originalmente publicado na Revista de Direito do Consumidor, vol. 113/2017, p. 185 – 212, Set - Out / 2017.

* Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Civil da UFAL. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CON-REP/UFPE).

** Mestranda em Direito pela FDA/UFAL. Professora de Graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CON-REP/UFPE). Advogada Militante.

Abstract: Faced with the unintended release of harmful and dangerous products into the consumer market, suppliers must notify the competent authorities and consumers so that they appear and make the necessary repairs to extinguish the risks. It happens that consumers do not always answer the call and end up suffering losses. The present work proposes to verify the legal consequence of the non-attendance to the recall - by the consumer - without relevant reason, making an analysis of the Superior Court of Justice decisions and the general duty of observance of the principle of objective good faith in consumer relations and the free will of the consumer by refusing to appear before the supplier.

Keywords: Recall; non-attendance by the consumer; good faith; free will.

Sumário: Introdução; 1 O Direito do Consumidor e o *recall*; 2 Da responsabilidade pelo fato do produto quando do não atendimento ao *recall* na visão do Superior Tribunal de Justiça; 3 Análise da boa-fé objetiva do consumidor e do livre arbítrio frente a recusa injustificada em atender ao *recall*; Considerações finais.

INTRODUÇÃO



avanço tecnológico ocorrido no último século fez com que as relações entre fornecedor e consumidor fossem completamente transformadas. A antiga relação artesanal e individualizada ficou para trás e deu lugar ao fornecimento de produtos em série. A atual sociedade de consumo surgiu e, junto com ela, veio a disparidade entre o fornecedor e o destinatário final dos produtos e serviços.

O reconhecimento da fragilidade dos consumidores e a percepção de que o mercado está massificado (impessoalizando as relações) fizeram despertar para a necessidade da busca pelo equilíbrio na relação consumerista. Nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor que tem o condão de minimizar as diferenças entre os dois polos da cadeia de consumo e promover um equilíbrio contratual.

Dos inúmeros tratamentos protetivos, o presente estudo irá focar na preocupação da legislação com a qualidade dos produtos e serviços que são lançados no mercado de consumo, em especial no que se refere à periculosidade e nocividade. Nesse sentido, veda-se aos fornecedores o lançamento de itens novos e perigosos no mercado, evitando, assim, que os consumidores desavisadamente sejam expostos à situação de ameaça.

Não obstante tal comando, a própria legislação reconheceu que, por equívoco os fornecedores podem inadvertidamente o fazer. Quando tal fato acontecer, o instrumento *recall* é a maneira eficaz e apta de alertar os consumidores, a sociedade e as autoridades acerca de tal risco, convocando aqueles para que o fornecedor extinga todo e qualquer perigo e nocividade inserto no produto lançado, outrora, de maneira equivocada.

Da não obediência ao comando e da existência do inevitável dano, aplica-se a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores frente aos consumidores, permitindo que estes reclamem indenização sem precisar demonstrar a existência de ação culposa por parte daqueles. Tal responsabilização assume um viés objetivo tendo vista a vulnerabilidade dos consumidores e a dificuldade que estes teriam de eventualmente conseguir provar a existência da mencionada culpa.

Se de um lado, devem os fornecedores fazer a convocação no intento de retirar os itens nocivos e perigosos dos produtos inadvertidamente lançados no mercado de consumo, de outro lado, deve o consumidor aceitar e cooperar com a minimização e extinção do equívoco praticado. O comparecimento do

consumidor reflete o dever de colaboração advindo do princípio da boa-fé objetiva exigido pela legislação consumerista.

A interpretação de normas brasileiras não deve ser feita de forma isolada, afinal o direito é uno e o ordenamento jurídico é composto por um plexo de ordens para o direcionamento de conduta. Assim, o presente ensaio pretende investigar a ordem jurídica brasileira de forma sistemática, verificar se, quando o consumidor não atende ao chamado feito pelo fornecedor, sem qualquer justificativa relevante, poderá exigir indenização pelos danos causados em decorrência do produto perigoso ou nocivo. O dever de indenizar do fornecedor em casos como esse é mantido?

No intento de responder à problemática apresentada alhures, será feita uma análise da legislação consumerista no que se refere segurança dos produtos lançados no mercado de consumo e a necessidade de realização do *recall*. Ao depois, será feita uma abordagem acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante a ocorrência de prejuízos ao consumidor quando do não atendimento ao chamado feito pelo fornecedor. Por fim, apontar-se-á os fundamentos que responderão ao problema acima posto diante da análise dos deveres gerais de conduta esperado pelas partes nas relações de consumo.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E O RECALL

A Constituição Federal de 1988 privilegia os consumidores ao trazer no rol de direitos fundamentais o comando de que o Estado deve promover a proteção ao consumidor², em razão do respeito à dignidade da pessoa humana, elemento fundante da República Federativa do Brasil³. Além de inserido no catálogo do art. 5º, tal proteção é ratificada quando o texto

² Art. 5º - (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

constitucional trata acerca da ordem econômica, atribuindo caráter principiológico à defesa dos destinatários finais de produtos e serviços⁴.

Tal salvaguarda surgiu em decorrência da necessidade de ofertar um tratamento adequado capaz de minimizar a fragilidade dos destinatários finais, tendo em vista a atual conjuntura que envolve o fornecimento de produtos e serviços. Nesse sentido, a instabilidade jurídica e os riscos sociais serviram de inspiração para que surgisse o direito do consumidor, seus princípios e regras próprias. Esta proteção, no Brasil, começou a ser discutida na década de 70, apenas ganhando força nos anos 80, após a implantação do plano cruzado⁵. Mas nem sempre se pensou na desigualdade entre as partes.

Ora, o tratamento ofertado ao fornecedor e consumidor, quando do surgimento do Estado Liberal era pautado pelas regras e princípios que envolviam a autonomia da vontade, liberdade de contratar e a mínima intervenção do Poder Público nas relações negociais. Pregava-se a igualdade jurídica formal das partes contratantes, independentemente da existência de qualquer desigualdade fática ou prática de abusos. Não existia, portanto, tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico para consumidor e fornecedor, isto é, ambos eram contratantes independentemente da condição social e econômica e estavam no mesmo patamar negocial⁶.

Com o avanço tecnológico (processo ocasionado desde Revolução Industrial⁷), os fornecedores de produtos e serviços

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

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p.47.

⁷ Como Adolfo Mamoru Nishiyama afirma, do início da Revolução Industrial até o surgimento do liberalismo não se imaginava qualquer tipo de proteção jurídica ao consumidor, pois o voluntarismo era característica dessa época. O surgimento do

passaram a produzir em série e fizeram com que a sociedade recebesse em maior quantidade seus objetos de produção, havendo um aumento no mercado de consumo. Além disso, os grandes fabricantes e industriários tinham um poder de organização capaz de estimular o consumo em massa, convencendo as pessoas da necessidade de obtenção e da indispensabilidade dos seus produtos e serviços. Via-se (e ainda vê-se) a disparidade entre fornecedores e consumidores, tanto social como economicamente.

O surgimento Estado Social e, junto com ele, dos princípios que o regem⁸, demonstraram a necessidade de se buscar uma igualdade material nas relações entre as pessoas. Foi com base nesse ideário que o atual Direito do Consumidor se fundou, na intenção de minimizar a alteridade entre as partes. Assim,

“o princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativizado por preocupações de ordem social. Tentando harmonizar os interesses envolvidos em uma relação de consumo, as novas normas de tutela valorizam tanto a vontade como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio das relações contratuais”⁹.

Vive-se hoje em uma sociedade de consumo onde, constantemente as pessoas recebem informações e são convencidas de que necessitam de mais produtos e serviços, ou seja, estão em constante situação de fragilidade. Ocorre que, esse aumento infrene na produção e envio de produtos aos consumidores, por vezes, mitiga a cautela no que se refere ao controle de qualidade dos materiais fornecidos. A busca incessante pelo lucro e a produção sem o controle individualizado colaboram para tal prática.

liberalismo trouxe um tratamento formal igualitários entre fornecedor e consumidor. (*A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48)

⁸ Tais como os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e equivalência material.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 734

Diante da vulnerabilidade e da importância do consumidor como agente ativo na circulação de riquezas do país, o constituinte originário, como visto acima, inseriu a sua proteção no rol dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o Estado passa a ter o dever de promover e administrar políticas públicas e ações afirmativas aptas a propiciar tal salvaguarda, efetivando a igualdade material e mitigando a disparidade natural existente entre as partes na relação consumerista.

O principal instrumento legal de proteção é o Código de Defesa do Consumidor, que representa para a coletividade a “realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado”¹⁰, confeccionado com o condão de concretizar o princípio da isonomia, da igualdade material. Trata-se de um microsistema legislativo que trouxe um conjunto de princípios que devem ser observados quando da análise das relações consumeristas, dentre eles o da vulnerabilidade do consumidor¹¹. Tal reconhecimento demonstra a intenção do CDC em dar um tratamento protetivo à parte mais frágil da relação.

Das várias maneiras de proteção, merece destaque para o presente ensaio, a imperativa proibição que tem os fornecedores de produtos e serviços de lançar no mercado de consumo produtos que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores¹². Trata-se de norma que visa à proteção do consumidor no

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 66.

¹¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹² Código de Defesa do Consumidor - Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no

que se refere aos produtos que trazem prejuízos físicos e psíquicos¹³.

A codificação consumerista, adverte que caso, por equívoco, haja inserção no mercado de consumo de produtos perigosos e nocivos, deve o fornecedor entrar em contato imediatamente com as autoridades competentes e com os consumidores para prestar as informações acerca do risco¹⁴. Trata-se, portanto, dos deveres pós-contratuais de segurança, vigilância e informação que, nesse caso, materializam-se quando “após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, o fornecedor toma conhecimento do real nível de nocividade ou periculosidade, em decorrência de fato desconhecido à época do fornecimento”¹⁵.

Não se admite, deliberadamente, a manutenção de produtos nocivos e perigosos sem a devida informação aos consumidores, ou seja, não se aceita o produto com vício na qualidade por insegurança¹⁶. A existência de produtos com tais vícios no mercado impõe ao fornecedor o dever de informação de cautela,

mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança

¹³ São os terceiros que não participaram inicialmente das relações negociais com o fornecedor.

¹⁴ Art. 10. (...) § 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.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. vol. 1. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 187.

¹⁶ Ao tratar acerca da Teoria da Qualidade, no Manual de Direito do Consumidor, Antônio Herman V. Benjamin afirma que “no vício de qualidade por insegurança o dado essencial é a carência de segurança do produto ou serviço, isto é, sua capacidade para provocar danos à saúde do consumidor”, diferentemente do vício de qualidade por inadequação, que dá enfoque à funcionalidade ou economicidade do produto. (BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 125-136, p. 134).

para que os usuários tenham consciência dos riscos que estão correndo.

Ocorre que, em situações como essas, a prestação de informação não é suficiente, ou seja, não se limita apenas ao dever de avisar acerca da periculosidade ou nocividade. Vai além. Deve o fornecedor envidar esforços para solucionar, minimizar e extinguir todos os riscos surgidos através dos produtos com defeitos por ele entregues à sociedade. Assim, a intenção é “obrigar o fornecedor a encontrar o consumidor que adquiriu seu produto ou serviço criado para que o vício seja sanado”¹⁷.

Tal medida deve ser feita através do *recall*¹⁸, instrumento apto a convocar os consumidores para a retirada, troca ou reparo dos produtos nocivos ou perigosos inadvertidamente lançados no mercado de consumo. Como afirma Leonardo de Medeiros Garcia, “o *recall* é um excelente instrumento para prevenir possíveis danos advindos dos produtos e serviços após sua inserção no mercado de consumo”¹⁹.

Para tanto, o chamamento do consumidor deverá ser amplo e detalhado, divulgando minuciosamente acerca do produto e dos riscos que ele proporciona. É necessário que chegue aos usuários dos bens perigosos e nocivos todas as informações capazes de alertar acerca das ameaças de utilização destes e, por via de consequência, desconfigurar a expectativa de segurança antes existente. A quebra da expectativa de segurança ocasionada pelo *recall* é reflexo de que o produto que está sendo manipulado não é seguro e a sua utilização da maneira que está poderá acarretar prejuízos ao próprio usuários e a terceiros.

¹⁷ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245

¹⁸ É importante mencionar que o Código de Defesa do Consumidor não trata diretamente do dever de realizar o *recall*. A doutrina brasileira construiu o entendimento que o instituto decorre do dever que tem o fornecedor de não deixar no mercado de consumo produtos nocivos e perigosos.

¹⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 121.

É importante ressaltar que tal alerta não tem o condão de por a salvo o consumidor, afinal tão somente alertar não impede que o consumidor voluntariamente continue utilizando o produto. Há que se respeitar a liberdade do consumidor que conscientemente tomará as decisões acerca do destino que será dado à mercadoria.

Assim, é impossível imaginar que não haverá no mercado produtos nocivos e perigosos. A existência do produto com vício de qualidade por insegurança só existirá enquanto o consumidor desconhecer os riscos. A partir do momento que o usuário toma conhecimento das consequências do uso e continua utilizando, não há que se falar em vícios. Atualmente, é utópico imaginar a ausência total de riscos nas relações de consumo. Sérgio Cavaliéri Filho²⁰ afirma que

“Se o produto é defeituoso, como diz a lei, quando não oferece a segurança que dele legitimamente espera o consumidor, depreende-se que a noção de segurança depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor e a capacidade de causar acidente de consumo. Resulta daí que a noção de segurança tem uma certa relatividade, pois não há produto ou serviço totalmente seguro. As regras de experiência comum evidenciam que os bens de consumo sempre têm um resíduo de insegurança, que não pode merecer atenção do legislador”.

Ora, a ideia de defeito ou vício por insegurança está totalmente ligada à legítima expectativa do consumidor no que se refere à segurança do produto ou do serviço. Entende-se por defeituoso aquele item que pode ocasionar dano ao consumidor em virtude de inesperado acidente surgido com sua utilização pelo usuário. Assim, o defeito tem relação direta com a ausência de conhecimento por parte do consumidor acerca das consequências de seu uso. Nesse sentido, a partir do momento que o

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 475.

consumidor toma conhecimento dos riscos ocasionados pela utilização de determinado produto ou serviço, o fornecedor demonstra a boa-fé na relação consumerista no intento de proteger o consumidor e faz com que o destinatário final deixe de ter a expectativa de segurança que eventualmente teria sem o alerta.

Atualmente, a Portaria nº 487, do Ministério da Justiça disciplina o procedimento acerca do chamamento dos consumidores para a realização dos ajustes necessários. O *recall* deve acontecer de maneira apta a dar conhecimento a todos os consumidores que estão em risco, de maneira ampla e clara. Além da convocação individual, o fornecedor deve promover uma comunicação coletiva a toda sociedade. Tal chamamento, dentre outros dados, deve: a) descrever de maneira pormenorizada o produto ou serviço, contendo as informações necessárias à sua identificação; b) especificar o defeito, mencionando as informações técnicas necessárias ao esclarecimento dos fatos; c) indicar de forma detalhada os riscos e suas implicações; d) informar que o consumidor não terá qualquer custo na realização do reparo; e) descrever as providências já adotadas e medidas propostas para resolver o defeito e sanar o risco.

Ou seja, os fornecedores devem alertar os consumidores acerca dos danos iminentes que podem ser ocasionados caso optem por continuar com a utilização dos produtos nocivos ou perigosos e convocá-los para reparação, através de todos os meios de comunicação, de forma direta ou difusa. Telefonemas, correspondências físicas, *e-mails*, avisos na televisão e jornais impressos, divulgação na *internet*: são várias as maneiras de alertar ao consumidor.

Atualmente, a possibilidade de fornecer informações e, conseqüentemente, o acesso a estas é inegavelmente maior do que acontecia há alguns anos; a *internet* tem sido um dos veículos de informações mais eficazes para dar conhecimento à coletividade acerca do *recall*. Assim, através de *sites*, redes sociais e até mesmo páginas do governo, a população pode ter amplo

acesso às notícias e chamamentos para reparos ou trocas de produtos nocivos e inseguros equivocadamente lançados no mercado de consumo. Um exemplo é a página virtual do governo federal²¹, vinculada ao Ministério da Justiça, que disponibiliza alertas de *recall*, inclusive com a possibilidade de cadastramento para que os consumidores recebam alertas em seus *e-mails*. Ou seja, não há que se falar em dificuldades na comunicação acerca dos alertas de nocividade e segurança descobertos após os produtos estarem com os consumidores.

Diante disso, se de um lado é dever do fornecedor fazer tal chamamento visando à proteção do consumidor e de terceiro, de outro lado, devem os consumidores colaborar comparecendo para a solução das inadequações. O não comparecimento, inegavelmente, importa na assunção dos riscos pelo consumidor.

A discussão acerca do *recall* com reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, ultrapassa as fronteiras nacionais. Na intenção de empregar uma política regional de proteção à saúde e à segurança do consumidor no MERCOSUL, foi posta em discussão, na LXXVII Reunião do CT 7, ocorrida em Brasília, em maio de 2015 maneiras de realização de *recall* além da fronteira nacional. Neste evento, foi apresentada uma minuta de Protocolo sobre *Recall* de Produtos e Serviços Potencialmente Nocivos e Perigosos²², que está em discussão para definição dos pontos e ajustes entre os países integrantes do MERCOSUL.

Vê-se, portanto, que o assunto, de tão importante, ultrapassa as fronteiras da Nação e merece uma reunião de esforços para evitar e minimizar prejuízos aos contratantes.

²¹ O portal pode ser acessado através do site <<http://portal.mj.gov.br/recall/principal/index>>. Acesso em 29 de abril de 2017.

²² AMARAL JÚNIOR, Alberto; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção internacional do consumidor no MERCOSUL. In: *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 106/2016 | p. 71 - 88 | Jul - Ago / 2016.

2 DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO QUANDO DO NÃO ATENDIMENTO AO RECALL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A análise de um eventual fato do produto deve ser feita utilizando dois enfoques: o primeiro em relação ao efetivo problema existente no objeto, o segundo em relação à expectativa legítima do consumidor. Assim,

“A determinação do caráter defeituoso do produto não deve ser feita em função da inaptidão para certo fim, mas em razão da segurança que os consumidores poderiam legitimamente esperar. O grau de segurança do produto deve ser apreciado excluindo-se todo uso abusivo ou não razoável em circunstâncias normais”²³.

De outro lado, o fato do produto é “a repercussão externa do defeito do produto, ocasionando dano na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor, ou seja, é a causa objetiva do dano causado ao consumidor em virtude de defeito de produto, também chamado de acidente de consumo”²⁴. Nesse sentido, nada mais é do que a consequência gerada quando da utilização de produto defeituoso de maneira inadvertida pelo consumidor, vinculando-se à ideia de insegurança; acontece quando o consumidor não espera os efeitos produzidos diante de produtos imperfeitos.

Na intenção de minimizar as consequências quando da existência de fato de produto, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do negócio, impondo a responsabilidade objetiva ao fornecedor de produtos e serviços, isto é, permitindo que este seja responsabilizado sem que o consumidor precise provar a existência de culpa.

²³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 271-272.

²⁴ ALVIM, Arruda et. al. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 42.

A teoria do risco, no entender de Rizzato Nunes²⁵, tem fundamento na Constituição Federal de 1988, no instante em que “uma das características principais da atividade econômica é o risco. Os negócios implicam risco. Na livre-iniciativa, a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso”. Todo esse risco deve ser suportado pelo fornecedor que detém o monopólio de conhecimento, no que se refere à produção, organização e fornecimento dos bens, fazendo-o estar em situação de privilégio quando comparado ao consumidor.

Sobre o assunto, Manoel Martins Júnior aduz que “a teoria do risco, como regramento, pauta-se na composição do dano, sem se apurar a culpa. A simples ocorrência do fato rende ensejo à responsabilidade”²⁶. Nesse sentido, quando da análise de qualquer acidente de consumo, ainda que ausente a comprovação de culpa, de acordo com a teoria do risco-proveito, faz com que a simples existência dano e de nexos de causalidade enseje dever de reparar.

Se assim não fosse, diante do monopólio de conhecimento e da situação privilegiada do fornecedor, o consumidor, quando da eventual necessidade de demonstrar a existência de culpa, teria dificuldade de fazê-la. Com isso, a responsabilidade objetiva tem o condão de dispensar do consumidor qualquer demonstração de culpa do fornecedor no instante da análise do dever de indenizar o dano eventualmente suportado pelo destinatário final. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “para reclamar a responsabilidade do fornecedor não depende o consumidor de prova de como aquele falhou na produção ou circulação do bem ou serviço negociado em operação de massa. Basta

²⁵ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 248.

²⁶ MARTINS JÚNIOR, Manoel. *A Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=53>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

o elemento objetivo: defeito do produto ou serviço prestado pelo fornecedor”²⁷.

Foi com base nesse fundamento que o Superior Tribunal de Justiça pautou seu entendimento acerca da dispensabilidade do consumidor demonstrar a existência de culpa do fornecedor quando este enviou ao mercado de consumo produtos com defeitos que geraram acidentes de consumo.

Nesse sentido, para essa Corte de Justiça, no que se refere ao *recall*, afirma que a responsabilidade civil do fornecedor existe e continua mesmo após a realização do chamamento e da tentativa de reparação, em razão de ter colocado no mercado de consumo itens que fragilizam e geram risco a saúde e segurança do consumidor, bens protegidos constitucionalmente.

O ponto que merece discussão gira em torno do fato do consumidor injustificadamente não comparecer ao chamamento feito pelo fornecedor e sofrer danos em razão dos itens perigosos e nocivos lançados no mercado de consumo. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a matéria afirmando que a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva e, mesmo que o consumidor não tenha atendido ao *recall* permanece o dever do fornecedor de indenizar.

O Ministro Marco Buzzi, ao analisar o Agravo Regimental no Recurso Especial tombado sob o nº 1261067/RJ, aduziu que “a circunstância de o veículo não haver sido vistoriado periodicamente e não ter sido levado para conserto pelo proprietário anterior, em atenção a RECALL, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar, sobretudo porque se trata de veículo de venda”²⁸.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51

²⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AgRg no REsp 1261067/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015. Nesse mesmo sentido: STJ - REsp 1010392/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2008, DJe 13/05/2008.

Percebe-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça limita-se a verificar se hánexo de causalidade entre o dano ocasionado e o a entrega de produtos perigosos ou nocivos aos consumidores, sem considerar o não comparecimento injustificado do consumidor para a execução do *recall*. Nesse sentido, para o STJ, ainda que o fornecedor comprove que realizou o *recall* de maneira adequada²⁹ e que consumidor não compareceu (independentemente de justificativa ou relevante razão para a ausência), não exime aqueles da responsabilidade sobre os prejuízos provenientes das inadequações lançadas nos produtos.

Diante da sua impossibilidade de se analisar o conjunto fático-probatório, o Superior Tribunal de Justiça, nos 2 acórdãos que trataram de maneira específica da matéria (mencionados na nota de rodapé nº 27) não se posicionou acerca da possibilidade de aplicação da culpa concorrente diante do não comparecimento do consumidor para realizar o *recall*. Apenas afirmou que o não comparecimento não é motivo suficiente para eximir os fornecedores da responsabilização civil quando da existência de acidente de consumo.

Apesar da legislação brasileira e da doutrina serem enfáticas ao cuidar da responsabilidade objetiva dos fornecedores quando da existência de acidente de consumo, ao utilizar o diálogo das fontes (em especial art. 945 do CC), alguns autores entendem pela aplicação da culpa concorrente quando do descumprimento do *recall* pelo consumidor. Para eles, no instante em que o consumidor se nega ao atendimento ao *recall*, agiria com culpa concorrente e, por consequência, deveria ter sua indenização reduzida. Leonardo de Medeiros Garcia³⁰, afirma que

“Caso o consumidor seja comprovadamente notificado do vício e informado de que deva comparecer ao estabelecimento do fornecedor para possibilitar a troca, por exemplo, de

²⁹ Dando amplo conhecimento ao Poder Público, à coletividade e ao consumidor, já que o ônus da prova é do fornecedor.

³⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 122.

peça defeituosa e, mesmo assim, se mantém inerte, entendemos que age com negligência e, caso venha a sofrer danos posteriores em razão da peça objeto do *recall*, poderá ter o *quantum* da indenização reduzida em razão da culpa concorrente”.

De acordo com esse pensamento, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, podendo ser mitigada quando a vítima colabora ou potencializa os riscos. O fornecedor continuaria com o dever de indenizar, porém o cálculo para aferição do *quantum* dependeria da análise da conduta do consumidor, nos limites do que fora provado por aquele.

Sobre o assunto, Solène Le Pautremat³¹ afirma que se fosse juridicamente irrelevante a análise da mitigação do dano nas relações contratuais, os credores poderiam se sentir incentivados à inércia, almejando uma futura percepção de valores indenizatórios. Nas relações de consumo, em especial nos casos que envolvem *recall*, a manutenção do dever de indenizar a totalidade dos prejuízos aos consumidores que injustificadamente não compareceram ao chamado, estimularia a inação destes, colocando a sua própria segurança e a de terceiros em risco.

Será que onexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor deve ser observado entre a sua própria inércia e a ocorrência do dano? Ou seja, será que a culpa pela ocorrência do dano não está justamente na inação do consumidor? Será que o consumidor age com boa-fé ao ter consciência de que o atendimento ao *recall* evitaria a existência do fato do produto?

3 ANÁLISE DA BOA-FÉ OBJETIVA DO CONSUMIDOR E DO LIVRE ARBÍTRIO FRENTE A RECUSA INJUSTIFICADA EM ATENDER AO RECALL

³¹ LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. In: *International and Comparative Law Quarterly*. Londre, 55(1), 205-218. Doi:10.1093/iclq/lei072. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/mitigation-of-damage-a-french-perspective/00E0A9DDBAA11FDE8A0FD41F10B2CAF5>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

Dentre os princípios que regem as relações consumeristas está o princípio da boa-fé, inserido textualmente no CDC, quando este trata da Política Nacional das Relações de Consumo, especificamente no art. 4º, inciso III³². Este comando legal impõe que as relações entre fornecedor e consumidor devem ser pautadas na boa-fé e no equilíbrio e foi fundado na solidariedade social prevista na Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista a natureza protetiva do CDC, poder-se-ia, por equívoco, imaginar que o imperativo legal de agir com boa-fé destina-se exclusivamente aos fornecedores de produtos e serviços. Apesar de a legislação consumerista ter o condão de tentar minimizar a vulnerabilidade do consumidor e, por via de consequência, protegê-lo, esta não deve ser utilizada para acobertar expedientes astuciosos deste.

Nesse sentido, o dever de agir com boa-fé, posto literalmente no comando acima mencionado, é destinado tanto aos fornecedores como aos consumidores³³, afinal “as partes, nas relações contratuais, devem manter posturas de cooperação, transparência e lealdade recíprocas, de modo a respeitar as legítimas expectativas geradas no outro”³⁴. Trata-se de um dever geral de

³² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

³³ Expressamente nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Apelação Cível, manifestou-se afirmando que “a boa-fé é tida como princípio basilar das relações de consumo, a qual se exige tanto do consumidor quanto do fornecedor” (Apelação Cível Nº 70008063398, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 28/04/2004)

³⁴ Trecho retirado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1613644/SP, que tratava acerca de legítima expectativa e boa-fé nas relações de consumo. (Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA

conduta³⁵ que tem que ser observado por ambas as partes antes mesmo da realização do negócio, durante a sua consecução e em momento posterior.

A boa-fé objetiva estabelece limites aos contratantes, impondo um dever de abstenção de prática de condutas abusivas e desproporcionais. Cláudia Lima Marques³⁶ afirma que a boa-fé objetiva

“significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”.

Ou seja, é um dever de conduta que atribui ao homem um comportamento honesto probo, leal e equilibrado, fazendo-se a observância de atuação de maneira socialmente aceitável capaz de estabelecer uma confiança legal entre as partes³⁷. Assim, é dever tanto do consumidor como do fornecedor a adoção expedientes que demonstrem a intenção de agir honestamente, que revelem o ânimo de colaborar para a boa relação contratual, desde as tratativas negociais, durante a confecção do contrato, o cumprimento, até a fase pós-contratual³⁸. Nesse sentido, não obstante a boa-fé objetiva estar expressa nos textos legais, esta

TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016).

³⁵ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p.141-155, 2012.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 126.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 42/2002, p. 187-195, abri-jun/2002.

“é vista como um princípio atualmente positivado, mas antes extralegal”³⁹.

A boa-fé objetiva como modelo comportamental faz gerar alguns deveres gerais de conduta para as partes, tais como o dever de proteção, de informação e de lealdade. O dever de proteção “impõe às partes a obrigação de prevenir danos, tanto em relação ao objeto da prestação como em relação às esferas jurídicas das partes e, eventualmente, de terceiros, e se desdobra na exigência da manutenção de um comportamento diligente”⁴⁰.

Ora, no instante em que o fornecedor faz uma convocação para realização de *recall* de maneira adequada⁴¹, demonstra que, apesar de ter colocado no mercado de consumo um produto inadequado e capaz de ocasionar danos, tem a intenção de evitá-los, de reparar o equívoco outrora feito. Com isso, adota uma conduta honesta e diligente no sentido de tentar impedir que o consumidor e/ou terceiros⁴² sofram os efeitos da falha do produto, que fora lançado no mercado com imperfeições e/ou perigos.

De outro lado, quando o consumidor, mesmo ciente da necessidade de atender ao *recall*, sem relevante razão não comparece ao chamamento, age de encontro ao princípio da boa-fé objetiva, principalmente no que se refere aos riscos iminentes que terceiros (que não puderam conhecer dos riscos e opinar acerca da realização dos reparos) estão sujeitos.

Em geral, caso o consumidor pretenda aceitar à convocação de *recall*, deve o fornecedor compatibilizar o dever de reparo

³⁹ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 971/2016 | p. 145 - 164 | Set/2016, p. 147

⁴⁰ EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150, p. 563.

⁴¹ Capaz de dar amplo conhecimento ao consumidor, fazendo-o compreender os riscos da utilização do produto.

⁴² Esses terceiros são os consumidores por equiparação, que acabam recebendo o reflexo decorrente de uma relação de consumo.

com a real situação daquele. Isto é, facilitar e permitir o amplo acesso do usuário ao reparo ou troca, sob pena do consumidor ter relevante razão para não se dirigir ao fornecedor.

Com isso, poder-se-ia justificar o não atendimento do consumidor ao chamado quando da existência de situações que fugissem do seu controle, como difícil acesso ao local de reparo ou troca, compromissos de trabalho devidamente comprovados com horários incompatíveis aos disponibilizados pelo fornecedor, impossibilidade física (inclusive de locomoção), residência ou morada em outro país, eventual incapacidade superveniente logo após o comunicado, custo pelo consumidor para deslocamento ou cumprimento da obrigação, dentre outros.

A ausência de justificativa, ou seja, não comparecimento sem motivo relevante ou qualquer oposição, demonstra a aceitação da utilização do produto com os riscos que o acompanham. A recusa injustificada para a realização do *recall* pode ser entendida como violadora do princípio em comento no instante em que o consumidor se esquivava, conscientemente, de adotar uma conduta apta a prevenir danos, tanto em relação a si, como, principalmente, em relação a terceiros que não puderam, como mencionado acima, opinar acerca do atendimento ao chamado. Ou seja, o consumidor, com as informações suficientemente precisas sobre o produto, passa a assumir os riscos noticiados pelo fornecedor quando da convocação para análise e reparo no produto inadequadamente posto no mercado.

O dever de informação, como mencionado acima, também surge como consequência da boa-fé objetiva. Nas relações de consumo, gera “o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou do serviço”⁴³, isto é, a necessidade de apontar os dados bastantes a permitir a cognoscibilidade que o consumidor necessita para fazer suas escolhas, “que impõe às partes a obrigação de advertir,

⁴³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p.50.

explicar, esclarecer, avisar e prestar contas sempre que se fizer necessário, em especial quando da ocorrência de circunstância ainda desconhecida da outra parte”⁴⁴.

Desse modo, no instante em que o fornecedor faz o *recall*, informando os riscos de forma completa e clara, cumpre o seu dever de transparência e informação, agindo com a boa-fé esperada. Porém, o simples aviso e o chamamento ao reparo não tem o condão de eliminar a periculosidade ou nocividade do produto. É o efetivo comparecimento do consumidor e a realização do reparo ou a retirada do produto que fará a eliminação dos riscos. Com isso, no instante em que o consumidor não atende ao *recall*, é sabedor das consequências e da situação perigosa e/ou nociva que está vivenciando. Ou seja, assume-as, afinal o dever de informação se trata de uma obrigação de meio de não de resultado.

Ademais, como visto acima, a identificação do produto com vício por insegurança está intimamente atrelada à expectativa que o consumidor tem em relação à segurança do produto. Ora, no instante em que o consumidor toma conhecimento dos danos que a utilização do produto sem reparo pode ocasionar e, mesmo assim, opta pela permanência no uso de tal bem, ocorre uma interrupção da expectativa legítima em relação à segurança do produto, afinal

“o defeito que gera acidente, comumente chamado de vício por insegurança, relaciona-se não propriamente à capacidade intrínseca ao produto – de provoca-lo -, senão à sua desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou do serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos”⁴⁵.

⁴⁴ EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150, p. 563.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.

Tem-se, portanto, que a partir do momento que a expectativa segurança deixa de existir, não há que se falar em responsabilização do fornecedor, já que não que se falar em vício por insegurança, não há que se falar em produto defeituoso.

Com isso, quando o consumidor toma conhecimento acerca dos riscos existentes no produto lançado inadvertidamente à época no mercado de consumo, passa a aceitar as consequências maléficas que podem surgir com o eventual prolongamento do uso sem o reparo devido. Trata-se do consumidor com cognoscibilidade, discernimento e capacidade suficientes para opinar pela permanência no risco que passa, portanto, a ser o responsável civilmente pela utilização do produto nocivo e perigoso e “nestes casos, a responsabilidade do produtor cessa, porque, apesar do defeito do produto, a causa do dano está no comportamento consciente e voluntário do lesado”⁴⁶.

Ademais, há o dever de lealdade ou cooperação, que “que impõe às partes a obrigação de mútuo auxílio na superação de eventuais obstáculos surgidos em qualquer fase do desenvolvimento da relação jurídica obrigacional, por vezes confundindo-se com a exigência de fidelidade e lealdade entre as partes contratantes”⁴⁷. Logo, fornecedor e consumidor devem colaborar mutuamente para que se consiga alcançar as expectativas, em todas as fases contratuais, inclusive na pós-contratual.

Acerca dessa observância da boa-fé e cooperação por ambas as partes, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, manifestou o entendimento de que

“o princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste

⁴⁶ SILVA, João Calvão. *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 735.

⁴⁷ EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150, p. 563.

princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual”⁴⁸.

Este dever é especialmente destinado aos credores, que no caso analisado no presente ensaio estão enquadrados na figura do consumidor. Como já mencionado, a realização do *recall*, por si só, demonstra a intenção dos devedores/fornecedores em reparar o equívoco de terem lançado no mercado produtos inadequados. Por outro lado, os consumidores/credores devem assumir um papel colaborativo para a consecução desse reparo, comparecendo e aceitando a tentativa de extinção dos riscos a que estão todos expostos, afinal, “não cabe unicamente ao devedor aspirar e esforçar-se para o adimplemento contratual, mas também ao credor”⁴⁹.

Trata-se do princípio constitucional da solidariedade com reflexo com âmbito contratual, que impõe a ambas as partes do contrato um dever de colaboração. Em que pese parte da doutrina que trata acerca das relações contratuais pender para uma visão mais liberal, parcela significativa (inclusive aqueles que se curvam com afinco às questões consumeristas) reconhece os contratos como negócios jurídicos de “auxílio mútuo (colaboração), a partir de uma perspectiva solidarista”⁵⁰. Ou seja,

“No campo dos contratos quer significar a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre as pessoas. Não se trata de uma pluralidade de deveres, mas de uma

⁴⁸ Trecho retirado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 595.631/SC (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391)

⁴⁹ CRUZ, Caroline Menegon da. A (im)possibilidade de recurso ao duty to mitigate the loss no direito brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232560>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

⁵⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

obrigação recíproca entre as partes, a ser observada durante toda a execução do contrato”⁵¹.

Diante da necessidade do credor/consumidor cooperar com as relações contratuais, enquadra-se o dever de mitigação de dano, refletindo um ideário de ética nas relações consumeristas⁵².

O dever de mitigar o dano (*duty to mitigate the loss*) foi introduzido no Brasil através da incorporação da Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, que, em seu artigo 77, impõe o dever à vítima de adotar “medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes”. Este dispositivo que entrou no ordenamento brasileiro com força de lei ordinária passou a ser utilizado pela jurisprudência ao analisar ações de responsabilização civil com inércia da vítima, atribuindo ao credor/vítima

“um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade”⁵³.

Fernanda Sirotsky Scaletsky afirma que dois aspectos são indispensáveis para a correta compreensão do dever de mitigar o dano: “i) a necessidade de uma ação por parte da vítima de um inadimplemento contratual e ii) que essa ação seja

⁵¹ Ibid.

⁵² GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p.51.

⁵³ Trecho retirado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1325862/PR 595.631/SC (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013)

razoável dentro das circunstâncias do caso”⁵⁴. Ao trazer essa reflexão para o caso em discussão, percebe-se que a consumidor deve adotar uma postura ativa na busca pela retirada da periculosidade ou nocividade do produto lançado no mercado inadvertidamente. Assim, ao ser convocado pelo fornecedor para a reparação do produto, a ação razoável que se espera do consumidor é o atendimento ao chamado ou uma justificativa legítima para sua inércia.

Nesse sentido, se o consumidor/credor

“não cumprir com o seu dever de mitigação da perda, deixando, injustificadamente, de adotar as medidas razoáveis, conforme as circunstâncias do caso concreto, não terá direito a recuperar os prejuízos decorrentes dessa perda que poderia ter sido evitada, consoante disposto nos artigos supracitados. Ou seja, o devedor não terá a responsabilidade de ressarcir o credor naquele montante que poderia ter sido evitado por este último e não o foi”⁵⁵.

Se assim não fosse, estimularia muitos consumidores a ficarem na inércia, esperando o acontecimento de algum dano para acumularem perdas e serem indenizados pelos fornecedores. Afinal, a intenção “impedir que o prejudicado permaneça inerte aguardando o ressarcimento dos danos que lhe foram causados e poderiam ter sido evitados ou, ao menos, reduzidos”⁵⁶.

⁵⁴ SCALETSCKY; Fernanda Sirotsky. A interpretação do *duty to mitigate the loss* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a sua recepção pelo Direito Civil Brasileiro. *Cadernos do programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS*. vol 3. n.2. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

⁵⁵ CRUZ, Caroline Menegon da. A (im)possibilidade de recurso ao *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232560>>. Acesso em: 02 de abril 2017.

⁵⁶ CUNHA, Beatriz Carvalho de Araujo; MARTINS, Guilherme Magalhães. O dever de mitigar o próprio prejuízo (“*duty to mitigate the loss*”): uma visão crítica da sua aplicação pelo Poder Judiciário. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo

Entretanto, não se exige daqueles ações que ultrapassem o razoável ou que sejam dispendiosas, bastando apenas atender ao chamado do fornecedor que arcaria com todas as expensas.

Ora, se há o dever de mitigar o dano, quiçá evitá-lo quando a decisão está nas mãos do consumidor. Desse modo, ao não atenderem ao *recall* sem relevante razão, os consumidores estão violando o dever de cooperação, no sentido de apresentar obstáculos ao cumprimento do comando legal que os fornecedores possuem. O consumidor passa de vítima para ofensor, descumpridor do dever de boa-fé, do dever de cooperação. E “cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir”⁵⁷.

Ademais, a eventual alegação de culpa concorrente ventilada por alguns autores⁵⁸ e mencionada em linhas acima não nos parece a melhor teoria a ser aplicada no caso em análise. Se verificada que a inação consciente e voluntária do consumidor deu ensejo ao prejuízo por ele sofrido⁵⁹, estar-se diante da culpa exclusiva da vítima. O nexo de causalidade a ser verificado está entre o dano suportado e a inércia do consumidor. Em sendo a culpa exclusiva da vítima uma das excludentes de responsabilização civil, não poderia o consumidor que injustificadamente não atendeu ao *recall*, requerer indenização por danos sofridos em decorrência da existência de produtos nocivos ou perigosos.

Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247173>>. Acesso em: 19 maio 2017.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

⁵⁸ Flávio Tartuce, por exemplo, afirma que “a vítima, ao não atender o *recall*, assumiu o risco, devendo a indenização ser reduzida razoavelmente, de acordo com as circunstâncias. Incidem, na espécie, as normas dos arts. 944 e 945 do Código Civil e a teoria do risco concorrente” (TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 293)

⁵⁹ Ou até mesmo por terceiros que não tiveram oportunidade de se manifestarem acerca da realização do *recall*, como o adquirente de um bem que não tomou conhecimento da convocação e da inércia do vendedor, ou um consumidor por equiparação que, apesar de não terem adquirido o bem sofreram reflexos pela inércia do consumidor convocado.

Na verdade, o eventual pedido de indenização por danos sofridos pelo consumidor que injustificadamente não atendeu ao *recall* reflete uma violação da boa-fé objetiva por parte do usuário que, consciente do risco prosseguiu o consumo de produto nocivo e/ou perigoso. Depois da adequada informação fornecida ao consumidor não há que se falar em vício de insegurança, há que se falar em consumo de bem perigoso e/ou nocivo de maneira cônica. Eventual pedido de responsabilização civil do fornecedor refletiria exercício abusivo do direito do consumidor, que quis se aproveitar da sua própria inação. Ora,

“Libertar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta significa afirmar que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, a desprezar os direitos do parceiro contratual, a não agir lealmente, a abusar no exercício de seus direitos contratuais, a abusar de sua posição contratual preponderante (...) os parceiros contratuais devem também observar seus deveres de conduta, devem também tratar o outro com lealdade e respeito, não danificar o patrimônio do próximo, não impedir que o outro cumpra com os seus deveres, em suma, cooperar na medida do possível e segundo a lei”⁶⁰.

Diante desse entendimento, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça afirmando a manutenção da responsabilidade civil objetiva do fornecedor em indenizar os consumidores que se sentiram prejudicados pelos danos causados quando do não atendimento ao *recall* sem justificativa plausível, vai de encontro ao que prega o princípio da boa-fé objetiva. No instante em que o consumidor se esquiva de atender ao *recall*, passa a ter uma conduta omissiva vinculadora aos próprios prejuízos e assume todos os riscos a partir de então possíveis.

Pode-se utilizar como paradigma o tratamento dado aos fornecedores de cigarros no país. Gustavo Tepedino, em um texto que trata acerca da responsabilidade civil dos fabricantes

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217 - 218.

de cigarros e dos riscos que os consumidores correm ao utilizá-los, afirma que

“ainda que se alegue que o cigarro consiste em produto defeituoso – o que não ocorre, conforme amplamente demonstrado-, a ciência prévia do consumidor acerca de determinado efeito (que se pretende anômalo, mas cujo risco foi conscientemente assumido) afasta qualquer responsabilidade que poderia daí decorrer para o fabricante, impondo ao consumidor o ônus advindos da sua própria atuação”⁶¹.

O Poder Judiciário brasileiro, inclusive, já se manifestou acerca da possibilidade do consumidor não ter direito à indenização tendo em vista ter assumido o risco da utilização do produto nocivo ou perigoso. O desembargador Laerson Mauro, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶², para negar o pedido de indenização feito por um consumidor ao fabricante de cigarros, afirmou que

“As campanhas educativas e de prevenção, sempre acompanhadas das necessárias advertências, indicam as consequências malélicas causadas pelo uso constante do cigarro. O consumidor que permanece fumando assume para si, conscientemente, o risco do resultado, e, por conseguinte, a responsabilidade exclusiva pelos danos decorrentes”.

Trazendo a lógica argumentativa da decisão acima posta para a discussão do presente ensaio, no caso do não atendimento ao *recall*, é necessário que se analise o caso concreto. Ora, como mencionado acima, a partir do momento em que o consumidor sem relevante razão fica inerte ao chamamento do fornecedor e a ausência do reparo é motivo ensejador do dano, não razão para obrigar o fornecedor a arcar com o eventual prejuízo suportado pelo consumidor.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade Civil dos fabricantes de cigarros. In: *Soluções Práticas – Tepedino*. vol. 1, p. 319 – 352, nov. 2011.

⁶² Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0012956-12.2001.8.19.0001, relator desembargador Laerson Mauro, 9ª Câmara Cível, julgado em 12/08/2003.

A justificativa de que o fornecedor lançou inadequadamente um produto indevido no mercado de consumo se fragiliza quando há um reconhecimento de tal fato e o fornecedor não mede esforço para reparar o ocorrido. A responsabilidade do dano deixa de ser do fornecedor e passa a ser do consumidor que, conscientemente e por livre arbítrio, não atendeu à convocação para o reparo. Se assim não fosse, estar-se-ia protegendo o consumidor sem analisar sua participação no evento danoso e provendo um tratamento materialmente desequilibrado diante do caso concreto, admitindo seu enriquecimento sem causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em apreço se propôs a investigar a existência ou não de responsabilidade civil objetiva do fornecedor quando do não atendimento injustificado ao *recall* por parte do consumidor que sofre danos posteriormente.

Como visto acima, restou demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, desconsidera o fato de o consumidor ter ficado inerte ao *recall* feito pelo fornecedor e atribui a responsabilidade civil do fornecedor quando do pedido de indenização por danos causados pela periculosidade ou nocividade do produto. Entende a referida Corte que o consumidor, mesmo consciente dos danos iminentes, estaria em situação de vulnerabilidade e mereceria esta proteção.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do tema sem qualquer tipo de ressalva em relação ao caso concreto, deixa de observar, porém, que as relações negociais, atualmente, estão atreladas a valores como a boa-fé, lealdade, cooperação e equilíbrio. Diante disso, foi demonstrado que a vulnerabilidade e proteção que é dada aos consumidores não os fazem dispensados da observância da boa-fé quando da realização dos contratos regidos pela legislação consumerista, que é dever geral de conduta destinada a ambas as partes.

Nesse sentido, no instante em que o consumidor, sem qualquer motivo relevante, não atende ao *recall* e permanece utilizando, sem qualquer tipo de salvaguarda, o produto com o vício ou defeito, passa a assumir volitivamente as consequências decorrentes da sua omissão. Trata-se livre arbítrio para descumprimento do dever de proteção (seu e de terceiros).

Ademais, no que se refere ao dever de cooperação ou lealdade, o não comparecimento ao *recall* indica a ausência de intenção do consumidor em colaborar com a extinção ou mitigação dos prejuízos, violando o dever de solidariedade exigido pela Constituição Federal, inclusive nas relações negociais. Nesta perspectiva, a inércia do consumidor poderia servir de fundamento para alegação de culpa exclusiva deste pelos dos eventuais prejuízos, tendo em vista que poderiam ser evitado caso houvesse o comparecimento junto ao fornecedor para os reparos devidos. Ressalte-se aqui que tal entendimento não afasta a análise do caso concreto, em especial no que se refere aos pressupostos do dever de indenizar, destacando-se o papel da avaliação do nexo de causalidade na formação do convencimento do julgador.

Ademais, pode-se concluir que a configuração da periculosidade ou nocividade do produto ou do serviço se verifica até o momento em que o consumidor não é informado dos seus riscos, tendo em vista que a legítima expectativa de segurança por parte do destinatário é que dá ensejo à existência do defeito. No instante em que o consumidor toma conhecimento da ameaça que surge com a utilização do bem e conscientemente não atende ao *recall*, sem qualquer tipo de justificativa, seria possível sustentar o reconhecimento de culpa concorrente, tendo em vista a violação ao dever de agir com boa-fé. Em casos extremos, ainda seria possível a verificação da culpa exclusiva da vítima pela sua inércia, como elemento que afastaria a responsabilidade objetiva do fornecedor no caso concreto.

Por fim, deve-se reiterar que o presente trabalho não pretende afastar a proteção do consumidor que não compreendeu o aviso, ou que ficou impossibilitado de atender ao *recall*, ou ainda aquele que não recebeu informações suficientes e/ou condições compatíveis para o atendimento. Pretende-se, aqui, dar um tratamento adequado ao consumidor desleixado e consciente dos riscos de danos, que não colabora e nem se solidariza com o bom cumprimento das relações negociais, almejando, depois, receber vantagens decorrentes da sua própria inação, o que configura o exercício disfuncional de um direito que não deve ser tolerado pelo nosso sistema.



REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 271-272.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção internacional do consumidor no MERCOSUL. In: *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 106/2016 | p. 71 - 88 | Jul - Ago / 2016.
- ALVIM, Arruda et. al. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 125-136.
- BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 971/2016 | p. 145 - 164 | Set / 2016.

- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2017.
- _____. Constituição Federal de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2017.
- _____. Ministério da Justiça. Portaria nº 487. Disciplina o procedimento de chamamento dos consumidores ou recall de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, forem considerados nocivos ou perigosos. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/portaria-no-487-2012.pdf>>. Acesso em 01 de abril de 2017.
- _____. Ministério da Justiça. Recall. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/recall/principal/index>>. Acesso em 29 de abril de 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1613644/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1261067/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1010392/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2008, DJe 13/05/2008.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 595.631/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRUZ, Caroline Menegon da. A (im)possibilidade de recurso ao duty to mitigate the loss no direito brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232560>>. Acesso em: 02 abr. 2017.
- CUNHA, Beatriz Carvalho de Araujo; MARTINS, Guilherme Magalhães. O dever de mitigar o próprio prejuízo (“duty to mitigate the loss”): uma visão crítica da sua aplicação pelo Poder Judiciário. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247173>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013.
- _____. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.
- _____. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p.141-155, 2012.

- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed., rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. 1. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. In: *International and Comparative Law Quarterly*. Londre, 55(1), 205-218. Doi:10.1093/iclq/lei072. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/mitigation-of-damage-a-french-perspective/00E0A9DDBAA11FDE8A0FD41F10B2CAF5>>. Acesso em 05 de abril de 2017.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 42/2002, p. 187-195, abri-jun/2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MARTINS JÚNIOR, Manoel. *A Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=53>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0012956-12.2001.8.19.0001, relator desembargador Laerson Mauro, 9ª Câmara Cível, julgado em 12/08/2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70008063398, 11ª Câmara Cível, relator desembargador Jorge André Pereira Gailhard, julgado em 28/04/2004.
- SCALETSCKY; Fernanda Sirotsky. A interpretação do *duty to mitigate the loss* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a sua recepção pelo Direito Civil Brasileiro. *Cadernos do programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS*. vol 3. n.2. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.
- SILVA, João Calvão. *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017
- TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade Civil dos fabricantes de cigarros. In: *Soluções Práticas – Tepedino*. vol. 1, p. 319 – 352, nov. 2011.
- _____. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.