



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG

Faculdade de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**A responsabilidade civil objetiva de proprietários de casas de espetáculos:
hipóteses de exclusão da responsabilidade**

EDUARDA RECKZIEGEL

Rio Grande, 2015

EDUARDA RECKZIEGEL

**A responsabilidade civil objetiva de proprietários de casas de espetáculos:
hipóteses de exclusão da responsabilidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Soller de Mattos

Rio Grande, 2015

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que me deu luz, força e sabedoria para alcançar mais este capítulo maravilhoso na minha história de vida.

Mais ainda, tenho a agradecer aos meus pais, Laurinha e Alirio, pelo amor, carinho, incentivo e apoio nos momentos mais difíceis. Minha conquista é dedicada especialmente a vocês. Eu amo vocês.

Aos meus irmãos Ivan e Renan, cunhadas Joice e Natalia, por toda a proteção, amor, cumplicidade e cuidado por toda a vida.

Ao meu querido noivo Diego. Seu suporte e atenção foram fundamentais para a conquista das minhas vitórias e para a superação das derrotas. Não tenho palavras para agradecer.

Ao meu caríssimo professor e orientador Doutor Francisco Mattos pelas palavras de incentivo, pelas diversas horas de trocas de conhecimento, pela disponibilidade e atenção. O senhor contribuiu de forma imensurável para a construção do meu trabalho. O meu muito obrigada.

Agradeço da mesma forma, a segunda família a qual pertenço há tantos anos. Nilse, Lauri e Sandro, obrigada pelo carinho e dedicação.

Ainda, sou imensamente grata à minha família rio-grandina que me acolheu tão bem nesses anos que passei em Rio Grande. Márcia, Edy, Tadeu e Pâmela: Rio Grande sempre será um lugar especial devido ao carinho de vocês.

Às melhores amigas, parceiras e companheiras que a faculdade poderia me presentear. Viviane e Érica, vocês direta ou indiretamente fizeram da vida longe de casa, um obstáculo mais fácil a ser superado. Só tenho a agradecer pelos seis anos de pura alegria compartilhada.

Aos meus amigos de infância de Campina das Missões: Rossana, Rossana, Douglas, Bóris, Carla, Aline e Marieli, vocês são os irmãos que a vida me permitiu escolher. Muito obrigada pela cumplicidade, carinho e amizade de tantos anos.

A todos os colegas de trabalho nos diversos projetos e estágios pelos quais passei. Muito obrigada pelos conhecimentos adquiridos e pela amizade conquistada.

E, por fim, o meu muito obrigada a todos aqueles que contribuíram para essa tão sonhada jornada, que agora se encerra.

RESUMO

O presente trabalho discorre acerca da responsabilidade civil objetiva de proprietários de casas noturnas no campo das relações de consumo disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor, traçando as hipóteses legais de exclusão de responsabilidade destes agentes, assim como demais hipóteses presumidas pela doutrina. Objetiva-se, com este estudo, uma análise aprofundada dos pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade objetiva do proprietário de casa de espetáculo como equiparação à figura do fornecedor de serviços e seus meios de defesa frente ao dever de indenizar. Tal temática merece destaque minucioso para que seja possibilitado o afastamento da reparação pelos danos causados em relação aos empresários proprietários de casas noturnas, quando comprovadas as hipóteses de autorizadas de exclusão contempladas pelo ordenamento. A grande importância do tema mostra-se pertinente uma vez que cresce o número de tragédias no interior das casas de *shows*, resultando em incontáveis vítimas de acidentes de consumo. A partir do estudo das excludentes de responsabilidade dos agentes, é possível dirimir ou mesmo excluir seu dever de indenização, ainda que se trate de um sistema baseado na responsabilidade civil objetiva, oportunidade na qual não se discute culpa. A análise terá como base as contribuições de autores como Miragem, Benjamin, Marques e Bessa, Sanseverino, Venosa, Gonçalves, Stoco, Rodrigues, Severo, Silva, Cavalieri Filho, Coelho, Diniz, Noronha bem como o aporte de informações divulgadas na Internet em endereços eletrônicos de *sites* oficiais dotados de credibilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Relações de Consumo. Excludentes de Responsabilidade de Fornecedores de Serviços. Proprietários de Casas de Espetáculo.

ABSTRACT

This paper talks about nightclubs owners' objective liability in the field of consumer relations regulated in the Consumer Protection Code, mapping the legal hypotheses related to the agents disclaimer, as well as other events assumed by the doctrine. It is aimed, through this study, to make a deep analyzes of the necessary conditions to set the owner's strict liability as matching the supplier's services' figure and their defense means against the duty to indemnify. Such issue deserves thorough emphasis enabling the damage reparation removal for the damage caused in relation to the owners of nightclubs entrepreneurs, when it is proved that the exclusion hypotheses are covered by the planning. The great importance of the issue appears to be relevant since a growing number of tragedies within the nightclubs, resulting in countless victims of consumer accidents. From the study of the agents' responsibility exclusion, it is possible to reduce or even to exclude their duty of indemnity, even if it is a system based on objective liability, in which the guilt is not discussed. The analyzes will be based on contributions from authors such as Miragem, Benjamin, Marques e Bessa, Sanseverino, Venosa, Gonçalves, Stoco, Rodrigues, Severo, Silva, Cavalieri Filho, Coelho, Diniz, Noronha as well as the contribution of information released on the Internet in official websites sites endowed with credibility.

Key-words: Civil Responsibility. Consumer Relations. Exclusive Service Providers Liability. Nightclubs Owners.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 CONCEITO; HISTÓRICO E IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1 Conceito.....	10
2.2 Histórico da responsabilidade civil e a tendência ao abandono da culpa.....	10
2.2.1 O Desenvolvimento do Conceito e a Aplicação da Responsabilidade Civil na História e no Direito Brasileiro	11
2.3 A importância da responsabilidade civil e a contribuição da doutrina e jurisprudência no desenvolvimento do tema.....	13
3 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES	15
3.1 Pressupostos	15
3.1.1 Ação ou omissão voluntária	15
3.1.2 Dano	16
3.1.2.1 Espécies de dano.....	17
3.1.3 Nexo causal ou relação de causalidade.....	19
3.1.3.1 Definição do nexo de causalidade	19
3.1.3.2 Teorias do nexo causal	20
3.1.3.3 Rompimento do nexo causal e as excludentes de responsabilidade.....	21
3.1.4 Culpa.....	23
3.1.4.1 Espécies de Culpa.....	24
3.1.4.2 Culpa concorrente.....	25
3.2 Espécies de responsabilidade.....	26
3.2.1 Responsabilidade civil e penal	26
3.2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	28
3.2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	29
3.2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva	30
3.2.3.2 Responsabilidade civil objetiva.....	30

3.2.4 Responsabilidade civil nas relações de consumo.....	32
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DO PRODUTO E DO SERVIÇO	33
4.1 O Código de Defesa do Consumidor e a relação jurídica de consumo	34
4.2 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço	38
4.3 Excludentes de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço... ..	42
4.3.1 As excludentes de caso fortuito e força maior.....	45
4.4 Os riscos do desenvolvimento e a impossibilidade de exclusão de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços	46
4.5 Responsabilidade civil pelo vício do produto e do serviço	47
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROPRIETÁRIOS DE CASAS NOTURNAS COMO EQUIPARAÇÃO À FIGURA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil é a área do direito civil que mais vem ganhando destaque, à medida que a sociedade se desenvolve. De subjetiva a objetiva, o sistema de responsabilização civil passou a repensar considerações até então insuperáveis, como a existência de responsabilidade sem necessidade de aferição de culpa.

A partir do progresso tecnológico e da massificação da produção, surge a necessidade de regulação das relações de consumo, baseada na qualidade dos produtos e serviços que eram introduzidos no mercado, uma vez que fugia do fornecedor o controle de sua produção.

Assim, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, foi conferida maior proteção ao consumidor, parte vulnerável da relação, ao mesmo tempo em que trouxe mecanismos que facilitassem a responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços. O referido diploma consagrou princípios e regras próprias, consagrando a responsabilidade objetiva e direta de fornecedores pelos defeitos e vícios relativos aos danos provenientes da relação de consumo, superando a clássica divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual.

Fornecedor, logo, é definido pela legislação consumerista como aquele que desenvolve atividade essencialmente empresarial, de forma habitual. Nesse sentido é que, torna-se possível realizar uma equiparação entre fornecedores de serviços e proprietários de casas de espetáculos, haja vista as recentes tragédias envolvendo estabelecimentos destinados à diversão, recreação e lazer, pela violação do dever de cuidado que se espera de seus responsáveis.

E, por outro lado, após a análise da configuração da responsabilização civil dos mencionados agentes, far-se-á um estudo aprofundado das excludentes do dever de indenizar, quando previstas as hipóteses consagra das pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como as elencadas pela doutrina.

Reconhece-se que, embora não se trate de tema inovador na seara jurídica, reveste-se de importância frente à falta de conhecimento da possibilidade de defesa do fornecedor de serviços, com base nas hipóteses eleitas pela legislação consumerista, tendo em vista a adoção da responsabilidade civil objetiva frente aos acidentes de consumo. Dessa forma, o problema do presente trabalho centra-se na possibilidade de comparação das figuras

do fornecedor de serviços e proprietários de casas de espetáculos quanto à responsabilização objetiva, e dessa forma, a enumeração das hipóteses de sua defesa, elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela doutrina.

Optou-se pela denominação “casa de espetáculo” por seu maior campo de abrangência de atividade de lazer, recreação e diversão. Entretanto, utilizam-se aqui como sinônimos as expressões “casa noturna” e “casa de shows” para evitar a repetição constante dos mesmos termos.

A primeira parte será dedicada à análise do conceito, histórico e importância do instituto da responsabilidade civil de forma geral.

Na sequência, a segunda parte discorre acerca dos pressupostos indispensáveis para caracterização do dever de indenizar, bem como analisa as principais espécies de responsabilidades civis divididas em função do dever violado e do elemento subjetivo da conduta danosa.

Já o próximo capítulo trata da responsabilidade civil na parte específica das relações de consumo, reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, definindo os conceitos de consumidor, fornecedor de produtos e serviços, defeitos e vícios de produtos e serviços. Da mesma forma, é estudada a responsabilização dos fornecedores quanto à violação de seu dever jurídico e as excludentes de sua responsabilidade quando previstas as hipóteses do Código do Consumidor e da doutrina brasileira.

Por fim, a última parte destina-se a realização da equiparação das figuras do fornecedor de serviços e de proprietários de casas noturnas e a possibilidade de defesa dos responsáveis em relação às excludentes de responsabilidade civil, nos chamados acidentes de consumo.

Importante ressaltar que o presente trabalho não possui a pretensão de realizar um pré-julgamento dos fatos descritos na tragédia ocorrida em Santa Maria, na Boate Kiss e, sim, apenas um fim teórico-científico, realizando uma análise dos fatos em tese, assim como não possui a pretensão de concluir o caso ou influenciar nas decisões dos órgãos responsáveis pelo desenrolar dos fatos.

2 CONCEITO, HISTÓRICO E IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A noção de responsabilidade está vinculada a ideia de desvio de conduta, prática contrária ao direito, que acaba acarretando prejuízos a outrem. A partir da ocorrência do dano, designa o dever do responsável a quem a lei imputou a obrigação, a reparar o prejuízo. Trata-se, portanto, de um dever jurídico sucessivo, diferenciando-se do conceito de obrigação, devido ao fato de esta ser um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2014).

Buscando uma definição para o tema responsabilidade civil, Sílvio Venosa (2015, p. 1) e Coelho (2010, p. 268) assim lecionam:

O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar (grifo do autor).

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva (grifos do autor).

Nesse sentido, pode-se entender que a responsabilidade origina-se, assim, de uma obrigação descumprida.

Venosa (2015, p. 6) ainda complementa, citando outras modalidades de responsabilidade:

[...] a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados.

Sendo assim, o tema responsabilidade civil é parte integrante do direito das obrigações, já que analisa a conduta que gera a obrigação de indenizar. No entanto, essa responsabilidade por ser direta ou indireta – e esta, somente quando prevista pelo ordenamento -, sempre objetivando a realização da reparação dos danos.

2.2 Histórico da responsabilidade civil e a tendência ao abandono da culpa

Desde os primórdios dos tempos, do convívio em sociedade e dos danos por ela causados, já se fazia presente a noção de responsabilidade, a partir da ideia de atribuir a culpa ao causador de um dano, e exigir dele a reparação. No entanto, através da evolução do

instituto da responsabilidade civil, mostrou-se forte tendência retirar o enfoque do agente causador do dano, para centralizar na vítima e em seu devido ressarcimento.

Com a evolução do direito e de seus institutos, o conceito de responsabilidade e as formas de reparação também se transformaram. Como consequência, o Código Civil de 2002, consagrou cláusulas de responsabilidade civil, atribuindo a toda conduta humana que violar um dever jurídico e provocar prejuízo a outrem, o dever de indenizar.

Dessa forma, adentra-se no estudo da responsabilidade civil, parte integrante do direito obrigacional, no qual a reparação dos danos é consequência a uma violação de obrigação, dever jurídico ou direito (CAVALIERI FILHO, 2014).

Isto posto, visando uma melhor compreensão do tema, passará a ser realizada uma abordagem sobre seus aspectos históricos, surgimento, análise do critério da culpa e a importância de seu instituto.

2.2.1 O Desenvolvimento do Conceito e a Aplicação da Responsabilidade Civil na História e no Direito Brasileiro

O entendimento a respeito do tema responsabilidade civil da forma como está previsto atualmente foi desenvolvido historicamente de forma lenta. Para Venosa (2015) é possível observar traços do referido instituto no princípio da Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”, como forma de reparação pelos danos causados, baseado em sentimento de justiça.

Posteriormente, veda-se a realização da justiça com as próprias mãos e a composição passa a ser obrigatória. A partir de então, com a vigência do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, de acordo com Gonçalves (2012, p. 47):

[...] o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho.

Por volta do século III ou II a.C., foi aprovado o plebiscito que viria a ser considerado, no entender de Venosa (2015), um verdadeiro marco na evolução da responsabilidade civil: a *Lex Aquilia*. Sob império do referido instituto, remédio de caráter geral, surgiria a noção de culpa, a base da reparação por danos (SILVA, 1974).

Assim, ao proprietário dos bens foi deferido o direito de buscar indenização daquele que os deteriorou, considerando-se como bens ou coisas, também os escravos. Nesse diapasão, tem-se a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa (VENOSA 2015).

O princípio geral da responsabilidade civil é tradicionalmente atribuído ao direito francês, por volta do final do século XVIII, de onde se espalhou para as demais codificações (GONÇALVES, 2012).

No Brasil no século XX, o tema era essencialmente simples, concentrado no artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrava a responsabilidade civil subjetiva com culpa provada. Dessa forma, a culpa era o foco da responsabilidade civil, restando à responsabilidade subjetiva, os casos excepcionais (CAVALIERI FILHO, 2014).

No entanto, segundo mesmo autor, a temática da responsabilidade civil passou por grandes mudanças no decorrer do século XX, com o advento da Revolução Industrial, bem como da busca por justiça social. Com relação às transformações ocorridas nessa fase, Cavalieri Filho (2014, p. 2) afirma que “[...] **os domínios da responsabilidade civil foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana**” (grifos do autor).

Com efeito, com o desenvolvimento industrial ocorreu a massificação da produção, de sorte que o fabricante dos produtos passou a perder o controle de sua produção e distribuição, culminando, de acordo com Cavalieri Filho (2014) no chamado “dano em série pela multiplicação de acidentes”.

Refere que a consequência de tais fatores foi uma maior intervenção social do Estado após a Segunda Guerra Mundial, através da participação ativa na sociedade, visando um acesso igualitário dos cidadãos aos bens e serviços.

Como decorrência, o sistema da responsabilidade civil baseado na culpa provada, mostrou-se insuficiente na medida em que não mais conseguiu acompanhar as constantes transformações ocorridas ao longo do século XX. Silva (1974, p. 77), já no ano de 1974 comentava sobre o descabimento da responsabilidade civil subjetiva baseada na culpa provada. Portanto: “Indiscutível é que a noção, clássica, da culpa, já se vem revelando, em verdade, insuficiente para fundamentar, ela só, toda a teoria da responsabilidade civil”.

Para tanto, a responsabilidade objetiva acabou ganhando cada vez mais campo, pois considerada exigência para concretização da justiça em determinados casos, conforme se pode acompanhar através da edição de leis especiais, como o Decreto Legislativo n. 2.681 de 1912 (Lei das Estradas de Ferro), Lei de Acidentes de Trabalho, Seguro Obrigatório, Lei n. 6.938/81 (Dano ao meio ambiente), entre outras, conforme leciona Cavalieri Filho (2014).

Com o novo sistema objetivo, basta apenas a caracterização do dano assim como do nexos causal para a ocorrência do dever de reparação, independentemente da prova da culpa. Em decorrência disso, o agente causador do dano somente desobriga-se do dever quando comprovada a ocorrência de algumas das causas de exclusão de ilicitude.

Comenta ainda o citado autor, que outro grande passo no desenvolvimento da responsabilidade civil foi dado com a Constituição Federal de 1988 com a pacificação da indenização por dano moral, assim como a atribuição da responsabilidade civil objetiva do Estado a todos os prestadores de serviço público.

Outrossim, após a atribuição de status constitucional ao tema em comento, outro marco histórico foi o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. O referido diploma procurou dar maior proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo - o consumidor - e, transferir a responsabilidade por acidentes de consumo ao fornecedor pelo defeito do produto/serviço.

2.3 A importância da responsabilidade civil e a contribuição da doutrina e jurisprudência no desenvolvimento do tema

Atualmente, ao instituto é atribuída fundamental importância, uma vez que visa a restauração do equilíbrio moral e patrimonial que fora desfeito e à redistribuição da riqueza para realização da justiça (DINIZ, 1993).

Venosa (2015) o considera especialmente dinâmico a partir de inovações de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Nesse sentido, atribui-se destaque ao papel da doutrina e da jurisprudência na evolução e ampliação da responsabilidade civil ao longo da história e, principalmente, no decorrer do século XX, com a tendência a adoção da responsabilidade objetiva como regra.

Da mesma forma, denota relevância ao levar em consideração as novas demandas sociais, na medida em que é possível observar o acelerado desenvolvimento das atividades humanas e, proporcionalmente, o aumento do número de ações de reparação.

Quanto ao mérito prático e teórico do instituto no Direito moderno, dispõe Cavalieri Filho (2014, p. XXII):

A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do Direito – Público e Privado, contratual e extracontratual, material e processual; é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda a sua disciplina.

Ainda de acordo com Cavalieri Filho (2014), o destaque do tema é perceptível quando se analisa os princípios da responsabilidade civil, os quais passaram a sustentar *status* constitucional após a vigência da Constituição Federal de 1988, assim como após a edição do Código de Defesa do Consumidor, regulando as relações consumeristas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES

3.1 Pressupostos

O artigo 159 do Código Civil de 1916, no entender de Sérgio Cavalieri Filho (2014), estabeleceu a base da responsabilidade extracontratual da codificação brasileira: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Ainda, sucedendo e modificando o referido dispositivo, o artigo 186 do atual Código Civil, ao definir o ato ilícito, assim reza: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Para tanto, por ser o ato ilícito considerado como um comportamento humano voluntário, Cavalieri Filho (2014, p. 25) o define como “o conjunto de pressupostos da responsabilidade”.

Da análise do teor dos artigos acima citados, vislumbra-se a presença dos pressupostos necessários para configuração da responsabilidade civil. Para Fernando Noronha (2010, p. 491-492) para que surja o dever de indenizar, faz-se necessário:

[...] a) que haja um *fato* (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja *antijurídico* (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências); b) que esse fato possa ser *imputado* a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos *danos*; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como *causados* pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (grifos do autor).

Desse modo, constituem-se pressupostos necessários para caracterização da obrigação de indenizar: a ação ou omissão voluntária, o dano, o nexo causal ou relação de causalidade e a culpa, os quais serão analisados a seguir.

3.1.1 Ação ou omissão voluntária

Primeiramente, para configuração da responsabilidade civil, o artigo 186 do Código Civil de 2002 prevê a ocorrência de uma conduta do agente responsável que viola direito e causa dano a outrem. Portanto, trata-se de conduta humana, contrária ao ordenamento, capaz de manifestar-se através de um comportamento comissivo ou omissivo.

Nesse sentido, alude Maria Helena Diniz (1993, p. 32) a respeito da ação do agente:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Há de se referir que a ação baseada em ato ilícito funda-se na ideia de culpa. De outro modo, a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco (DINIZ, 1993).

Da mesma forma, a ação ou omissão irregular que produz conseqüências jurídicas deve ser voluntária, já que se baseia em ato consciente e livre do indivíduo causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2014).

Venosa (2006) comenta que o agente somente responderá pela conduta antijurídica se a ele for imputado o dever. Nesse sentido, em ocorrendo algumas das hipóteses de excludentes de responsabilidade, não haverá dever de indenizar.

Ainda, lembra Silvio Rodrigues (2003) que a responsabilidade poderá originar-se de ato próprio, de ato de terceiro, quando este estiver sob a responsabilidade do agente, e ainda, de danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do responsável.

3.1.2 Dano

Segundo Sérgio Severo (1996, p. XVII) “a responsabilidade civil tem no dano o seu pressuposto principal, pois ele representa a quebra de harmonia juridicamente relevante”, possuindo como papel principal a efetivação da reparação.

Buscando conceituar dano, Cavalieri Filho (2014, p. 93) assim o define:

[...] **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (grifos do autor).

Já Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 301) dispõe:

A existência de dano é condição essencial para a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva. Se quem pleiteia a responsabilização não sofreu dano de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não tem direito a nenhuma indenização.

Nesse sentido, conforme prevê o artigo 186, ao agente responsável somente será imputado o dever de indenizar se causar dano a outrem. A relação entre dano certo e prejuízo é fundamental para caracterização do dever de indenizar.

Igualmente, o artigo 927 do mesmo diploma, em seu parágrafo único, referindo-se a responsabilidade civil objetiva com o desenvolvimento de atividade de risco, prevê a presença do dano como elemento preponderante:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse sentido, o dever somente ocorrerá se houver consequências concretas, lesivas ao patrimônio econômico ou moral da vítima (CAVALIERI FILHO, 2014). Se o agente, embora tendo violado seu dever jurídico e agido com culpa, sem comprovação de prejuízo, não será devida indenização. Portanto, sem dano, não haverá o que ser reparado.

Lembra-se ainda que mesmo existindo comprovação de prejuízo pela vítima, o dano deve também preencher os requisitos de certeza e atualidade para gerar ressarcimento (GONÇALVES, 2012).

3.1.2.1 Espécies de dano

Quanto às espécies de dano, estas se dividem em danos materiais ou patrimoniais, morais ou extrapatrimoniais.

O dano material ou patrimonial é conceituado por Venosa (2015, p. 46) como aquele “susceptível de avaliação pecuniária”. Dessa forma, é possível buscar a reparação através de dinheiro. Para Maria Helena Diniz (1993), o dano moral se traduz na diminuição do patrimônio da vítima somado ao que ela deixou de receber. E, finalmente, Cavalieri Filho (2014) refere que dano pode atingir tanto o patrimônio presente quanto o futuro, assim como pode acarretar tanto a diminuição do patrimônio, mas também refletir como impedimento para seu crescimento.

Os danos patrimoniais são tradicionalmente divididos em dano emergente e lucro cessante. Os primeiros dizem respeito à efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Em relação ao segundo, refere-se ao montante que ela deixou de lucrar com o dano ocorrido.

Ainda em relação aos danos materiais, há de se mencionar a perda da chance. Para a referida teoria, a vítima frustrada pela percepção de ganhos no futuro possui direito à indenização destes, realizando-se, para tanto, uma projeção das perdas a partir do momento do ato que ensejou a frustração até o tempo final. Para tanto, Gonçalves (2012, p. 334) complementa:

A construção dessa hipótese – o dano derivado da “perda de uma chance” – deve-se à jurisprudência francesa, que desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, isto é, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (chance) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia, e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível (grifo do autor).

Por tratar-se apenas de uma chance, e não um dano certo, a questão envolvendo a classificação da teoria gera controvérsias tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Assim, Cavalieri Filho (2014) aponta que atualmente, há forte tendência em considerar a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização, posicionando-se entre os lucros cessantes e os danos emergentes.

A segunda espécie de dano é o dano moral, o qual ganhou maior dimensão após a Constituição Federal de 1988, conforme se depreende no artigo 5º, V e X, ao reconhecer a possibilidade de reparação de danos exclusivamente morais. Da mesma forma, visualiza-se tal previsão no artigo 186 do Código Civil de 2002, prevendo a ocorrência de ato ilícito e o dever de reparação, ainda que para danos somente classificados como morais, diferentemente da codificação civil de 1916.

Nesse sentido, o dano moral é conceituado por Venosa (2015, p. 51) como:

[...] o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.

Já Sílvio Rodrigues (2003) observa que tal espécie de dano objetiva uma reparação pela dor causada à vítima, no entanto, sem repercussões em seu patrimônio. No entanto, Venosa (2015) lembra que existe um cunho punitivo na previsão do dano moral, já que prevê sua reparação como forma de desestímulo ao lesante.

Vê-se nítida preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, entendida como o conjunto de bens integrantes da personalidade de alguém e, portanto, de valor mais relevante que o patrimônio (CAVALIERI FILHO, 2014).

Quando se aborda a questão de danos morais no Código Civil de 1916, observa-se no artigo 159 a inexistência de diferenciação quanto à espécie de dano causado para fins de apuração de responsabilidade civil. Também, não era admitida a cumulação de danos morais com danos materiais.

Atualmente, o tema ganha cada vez mais relevância, encontrando-se já pacificado o entendimento pelos tribunais superiores pela possibilidade de cumulação das duas espécies de dano.

Não obstante, Sérgio Severo (1996, p. XVII) ao abordar a temática de dano, contrapõe-se a tradicional noção de dano moral, no sentido de buscar “a erradicação plena dos danos injustamente imputados a um sujeito”. Dessa forma, através do alargamento da noção de dano, traz uma teoria dos danos extrapatrimoniais, conceituando-os como aqueles que não possuem repercussão econômica, verificados em caso de ofensa à personalidade ou à integridade psicofísica.

Existem ainda outras classificações de dano apontadas pela doutrina, dentre elas: dano direto, quando atinge de forma direta o lesado ou seus bens; dano indireto, dano reflexo ou dano em ricochete, quando uma pessoa sofre os reflexos do dano causado à outra pessoa; dano individual, quando atinge pessoas ou patrimônios certos e determinados; e, ainda, dano coletivo ou transindividual, quando atinge interesses coletivos (GONÇALVES, 2012; NORONHA, 2010).

3.1.3 Nexo causal ou relação de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil a ser abordado no presente trabalho refere-se ao nexos causal ou relação de causalidade como elemento indispensável para caracterização da obrigação de indenizar.

Nesse sentido, o Código Civil em seu artigo 186 faz menção ao requisito ao exigir a obrigação de reparar o dano ao agente que causar prejuízo a outrem.

3.1.3.1 Definição do nexos de causalidade

Nas palavras de Sílvio Rodrigues (2003, p. 17-18): “Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima”.

Na mesma linha, para Venosa (2015), o nexos causal é considerado um liame que leva ato danoso ao agente causador, de importância tal que, a partir do exame de causalidade é possível apurar o responsável pelo dano.

Assim, não havendo comprovação de que aquela conduta do agente ocasionou o dano sofrido pela vítima, não haverá nexos causal e, portanto, a obrigação de indenizar não se

concretizará. Deverá restar certeza de que, sem a ocorrência do fato danoso, o prejuízo não aconteceria.

Em relação à dificuldade de sua determinação, Rui Stoco (2001, p. 106) sustenta duas colocações:

[...] a primeira pertine à dificuldade de sua prova; a segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra a “causalidade múltipla”, pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente (grifos do autor).

Destarte, o nexos causal constitui-se em um dos requisitos da responsabilidade civil de maior complexidade, haja vista a dificuldade em se estabelecer uma relação de causa e efeito que seja satisfatória ao Direito, entre o fato e o dano (NORONHA, 2010).

Maria Helena Diniz (1993) lembra ainda sobre a necessidade de diferenciar os conceitos de imputabilidade e de nexos causal. Para ela “A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexos causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral” (DINIZ, 1993, p. 77).

3.1.3.2 Teorias do nexos causal

Entre as teorias adotadas que versam sobre o nexos causal, três merecem destaque: a teoria da equivalência das condições, a teoria causalidade adequada e, por fim, a teoria do dano como consequência imediata do fato que o produziu.

No entanto, conforme leciona Cavalieri Filho (2014), as referidas teorias constituem-se apenas como um roteiro mental a ser seguido, restando ao magistrado a liberdade e criatividade em suas escolhas, sempre baseadas nos princípios de razoabilidade, bom-senso e equidade.

A primeira teoria, denominada de equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, elaborada por Von Buri, não faz diferenciação entre causa e condição. Dessa forma, se forem várias as condições que concorreram para o evento danoso, todas terão a mesma relevância. E, assim, configura-se como causa aquela condição que, eliminada mentalmente, faria desaparecer o resultado prejudicial (CAVALIERI FILHO, 2014).

A crítica direcionada a essa teoria, apontada por Venosa (2015, p. 59) “é a possibilidade de inserir estranhos no curso do nexos causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita”.

Dando sequência, elaborada por Von Kries, a segunda teoria, conhecida como da causalidade adequada, para Noronha (2010), é a que realiza uma seleção mais razoável dentre todas as condições que concorreram para o dano, daquelas que devam ser consideradas juridicamente como causa dele.

A causa do dano será, assim, somente o antecedente necessário que ocasionou o prejuízo. Portanto, nem todos os antecedentes serão discutidos para averiguação do nexo causal, apenas os predominantes. Caberá ao julgador o exame das probabilidades (VENOSA 2015).

Já Cavalieri Filho (2014) entende que será caracterizada como causa o antecedente necessário bem como o mais adequado à produção do resultado. Faz, assim, diferenciação entre causa e condição, diferentemente da primeira teoria.

Ainda em relação à teoria da causalidade adequada, Noronha (2010, p. 499) entende que “[...] um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele”. Destarte, o fato será considerado causa do dano se, ao analisar o momento anterior ao fato, seria possível prever as consequências. Se verificar que o dano aconteceria da mesma forma, a causalidade restará excluída.

Por fim, a terceira teoria, dos danos diretos e imediatos, considera como causa aquela necessária à produção do dano. A causa necessária seria, assim, a que decorre direta e imediatamente do evento danoso: “O agente primeiro responderia tão só pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessariedade. Pelos danos consequentes das causas estranhas responderiam os respectivos agentes” (GONÇALVES, 2012, p. 471).

Pelos motivos destacados, a referida teoria é apontada como a adotada pelo atual Código Civil, artigo 403, que dispõe acerca das perdas e danos que abarcam somente efeitos diretos e imediatos decorrentes da inexecução: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

3.1.3.3 Rompimento do nexo causal e as excludentes de responsabilidade

Conforme já abordado anteriormente, para que surja o dever de reparação do dano causado pelo agente, é necessária a constatação de um liame causal entre a conduta do responsável e o fato danoso ocorrido.

Observa-se no artigo 333 do Código de Processo Civil, que o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito cabe ao autor da ação e, ao réu cabe o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em razão disso, de grande importância se mostra o estudo das excludentes de responsabilidade. Consoante ensina Rodrigues (2003), quando se faz presente alguma dessas hipóteses, em muitos casos, existe a possibilidade de atenuar ou extinguir a obrigação de indenização uma vez que acaba por atenuar ou diminuir o próprio nexo causal.

E, na mesma linha, segue o entendimento de Cavalieri Filho (2014, p. 85-86):

Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexo causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas.

Nesse sentido, são consideradas excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Primeiramente, quando tratar-se de fato danoso decorrente de culpa exclusiva da vítima, não haverá que se falar em culpa do agente, pois não haverá relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o prejuízo.

Da mesma forma, a responsabilidade é excluída quando for comprovado que o fato danoso foi provocado por fato de terceiro, este definido por Diniz (1993) como qualquer pessoa além da vítima ou do agente. Assim “A força excludente da responsabilidade por fato de terceiro dependerá da prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, caso em que o ofensor ficará isento de qualquer responsabilidade” (DINIZ, 1993, p. 79).

Ainda, existe a possibilidade de o agente eximir-se de culpa quando o fato que causou prejuízo decorreu de caso fortuito ou força maior. Nesse ínterim, classifica-se como caso fortuito ou força maior a “circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 88). Venosa (2015, p. 62) conceitua as duas modalidades da seguinte forma:

[...] caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

O tema das excludentes de responsabilidade, por tratar-se do enfoque principal do presente trabalho, será analisada com nível maior de detalhamento nos próximos capítulos. Nessa oportunidade, serão abordadas as hipóteses de exclusão de responsabilidade civil com maior aprofundamento, direcionando o tema para a área das relações de consumo, visando abordar as excludentes de responsabilidade dos proprietários de casas noturnas como uma equiparação à figura do fornecedor de serviços.

3.1.4 Culpa

Por fim, o último pressuposto elencado para a configuração do dever de indenização refere-se à culpa ou dolo do agente causador do evento danoso, conforme se depreende do artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Destarte, Gonçalves (2012, p. 437) comenta a respeito da essencialidade da configuração de culpa:

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência [...].

Assim, pode-se conceituar culpa como “[...] a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar” (VENOSA, 2015, p. 27). E, ainda:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expresso na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável (STOCO, 2001, p. 96).

Diniz (1993), discorrendo sobre sua definição, afirma que a culpa em sentido amplo, traduz-se em uma violação do dever jurídico, passível de ser imputável ao agente, decorrente de fato intencional ou falta de diligência ou cautela. Nessa seara, estão compreendidas as noções de dolo e a culpa em sentido estrito através da imperícia, imprudência e negligência, elementos que a referida autora assim conceitua:

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela (DINIZ, 1993, p. 34).

Portanto, haverá dolo quando o dano causado realizar-se de forma voluntária, através da ação ou omissão do agente que, podendo prever o resultado, prossegue de acordo com seu livre-arbítrio na execução do evento danoso. De outra forma, haverá culpa quando não se tem intenção de causar prejuízo. O resultado decorre de negligência, imprudência ou imperícia (RODRIGUES, 2003).

Complementa Cavalieri Filho (2014), a respeito da culpa em sentido estrito, que a mesma decorre da prática de um ato lícito, que através da inobservância do dever de cuidado, resulta em ato danoso devido a uma atuação imprópria. Por essa razão, conclui por conceituar a culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50).

Ainda de acordo com Cavalieri Filho (2014), às acepções de culpa em sentido amplo e culpa em sentido estrito, já abordadas, faz-se necessário lembrar um terceiro sentido: a culpabilidade. Esta, de acordo com o autor vem a ser entendida como juízo de censura que recai ao agente. No entanto, o juízo somente ocorrerá quando constatado que o agente, naquelas circunstâncias, podia ter agido de modo diverso.

O critério utilizado para aferição da diligência que é exigida do agente, para fins de culpa em sentido amplo, decorre comparando seu comportamento com o do homem médio, entendido como o padrão aceitável pela sociedade. Se, a partir da constatação de que a conduta resultou de falta de diligência do agente, caracteriza-se a culpa (GONÇALVES, 2012).

3.1.4.1 Espécies de Culpa

A primeira divisão tradicional da culpa refere-se aos graus grave, leve e levíssima. Nesse sentido, Venosa (2015, p. 32) assim as define:

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada *culpa consciente*, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração de um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter (grifo do autor).

No entanto, consoante observa o mesmo autor, ainda que levíssima, a culpa gera o dever de indenizar, uma vez que é o efetivo prejuízo que gradua o dano, e não sua

intensidade. Provado o dano, deverá ele ser ressarcido de forma integral pelo responsável independente do grau de culpa (GONÇALVES, 2012).

A referida tripartição não constava expressamente no Código Civil de 1916, bem como não consta no de 2002, porém, é possível deduzir tal divisão a partir do exposto no artigo 944, parágrafo único do atual ordenamento que dispõe: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização”. Nesse sentido, ao juiz caberá decidir de forma equitativa cada caso concreto (RODRIGUES, 2003).

Em relação à função da natureza do dever violado, a culpa também pode ser dividida em contratual, quando o dever decorrer de contrato, ou, ainda, extracontratual ou aquiliana, quando originada de violação de preceito geral de direito, que impõe dever de respeitar pessoas e os bons costumes (DINIZ, 1993).

Outras modalidades de culpa são citadas e explicadas por Rui Stoco (2001): culpa *in eligendo*, decorrente da má escolha do representante ou preposto; culpa *in vigilando*, proveniente da falta de fiscalização por parte do patrão, tanto em relação aos empregados quanto da própria coisa; culpa *in committendo*, quando há prática de ato positivo (imprudência); culpa *in omittendo*, resultado de uma abstenção (negligência).

Inserida na classificação acima, Diniz (1993) ainda comenta sobre a culpa *in custodiendo*, como aquela resultante da falta de cautela ou atenção em relação às pessoas, animais ou coisas, sob os cuidados do agente.

Da mesma forma, Venosa (2015) dispõe acerca da culpa *in concreto*, examinada na conduta específica sob exame, e a culpa *in abstracto*, decorrente da conduta de transgressão a ser avaliada pelo padrão do homem médio.

Por fim, há também referência à culpa presumida e à culpa contra a legalidade. A primeira, resultado da evolução do sistema de responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva, passou a favorecer a posição da vítima, com a inversão do ônus da prova. Como consequência, atribui-se ao demandado o dever de provar que não agiu com culpa, para ver afastado o dever de indenizar. De outra feita, a culpa contra a legalidade resulta de violação expressa à lei ou regulamento, criando presunção de culpa do agente e a ele incumbindo o ônus da prova em contrário (CAVALIERI FILHO, 2014).

3.1.4.2 Culpa concorrente

Crítério fundamental para a fixação da indenização refere-se à culpa concorrente. Esta inexistente na seara penal, prevendo que cada responsável responderá pessoalmente por sua participação no evento danoso (VENOSA, 2015).

Em sede de responsabilidade civil, o texto do artigo 945 do Código Civil de 2002 traz expressa a possibilidade de compensação, quando demonstrado que os agentes agiram com culpa. Logo: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Assim, haverá compensação quando o grau de culpa for idêntico, bem como, poderá haver indenização proporcional quando tratar-se de intensidades de culpas diferentes (VENOSA, 2015).

3.2 Espécies de responsabilidade

A partir da conceituação de responsabilidade como uma garantia de restituição ao prejuízo causado em decorrência de uma conduta voluntária violadora de dever jurídico, passa-se a estudar as diferentes espécies de responsabilidade, dependendo da procedência do dever violado e qual o elemento subjetivo da conduta danosa (GONÇALVES, 2012).

Assim, doutrinariamente, divide-se a responsabilidade em: civil e penal; contratual e extracontratual; subjetiva e objetiva, e, por último, a responsabilidade nas relações de consumo.

3.2.1 Responsabilidade civil e penal

Inicialmente, não se fazia distinção entre responsabilidade civil e penal, confundindo seus conceitos. Tal diferenciação começou a ser desenvolvida com a fixação de multas em dinheiro, revertidas para o lesado, bem como com a aceitação de composições negociadas. Somente por volta do século XVIII, com a construção do Estado moderno houve a publicização da responsabilidade penal e a privatização da responsabilidade civil (NORONHA, 2010).

Discorrendo acerca da distinção entre as referidas espécies de responsabilidade, afirma Gonçalves (2012, p. 57):

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.

Da mesma forma, aponta Venosa (2015, p. 24): “No direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade”.

Observa-se que, a distinção está na “norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente”: na responsabilidade penal o agente infringe norma de Direito Público; na responsabilidade civil a norma violadora é de Direito Privado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 29).

No entanto, apesar da independência das esferas penal e civil, existem casos em que as duas responsabilidades poderão coincidir quando o agente, pela gravidade e consequências do ato ilícito praticado, transgredir tanto a ordem civil quanto a penal, pois:

De um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro. Nesse caso haverá uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao delinquente, e acolhendo o pedido de indenização formulado pela vítima (RODRIGUES, 2003, p. 7-8).

Na esfera penal, o delinquente responderá com modalidade de punição exclusivamente pessoal. Em relação à esfera civil, embora possam existir modalidades de reparação, o denominador comum será sempre a indenização em dinheiro, objetivando a reparação do dano causado (VENOSA, 2015). Ou seja, ao ilícito penal cabe sancionar os bens sociais de maior relevância, enquanto que, ao ilícito civil resta repreender as condutas menos graves (CAVALIERI FILHO, 2014).

Ao mesmo tempo, o dano constitui pressuposto fundamental para a caracterização da responsabilidade civil, haja vista que, ausente o dano, não há que se falar em responsabilidade civil. Assim:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido (VENOSA, 2015, p. 24).

Além disso, Gonçalves (2012) cita outras diferenças entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. A primeira é pessoal e intransferível, possuindo a tipicidade como um dos requisitos genéricos do crime. A segunda é patrimonial, admitindo-se a responsabilidade por fato de outrem, assim como de qualquer conduta comissiva ou omissiva poder ser geradora de responsabilidade civil, desde que preencha os requisitos para sua ocorrência. A culpabilidade também tem tratamento diferenciado nas duas áreas. Enquanto

que na responsabilidade civil a culpa, em qualquer graduação, acarreta o dever de indenizar, na responsabilidade penal exige-se certo grau para acarretar a condenação do réu.

3.2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Em conformidade com o exposto anteriormente, àquele que violar dever jurídico, causando dano a outrem, restará a obrigação de indenizar. Logo, o dever violado pode decorrer de negócio jurídico preexistente ou, de preceito geral do Direito assim como, da própria lei (CAVALIERI FILHO, 2014).

Dessa forma, Maria Helena Diniz (1993) divide a responsabilidade civil em duas espécies, quanto ao seu fato gerador. A primeira, responsabilidade contratual, caracteriza-se pela inexecução de contrato. Quanto à sua origem, dispõe a autora:

Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte (DINIZ, 1993, p. 92-93).

A segunda espécie, em relação a dever violado previsto, não no contrato, mas sim na lei ou ordem jurídica, é explicada por Cavalieri Filho (2014, p. 30):

[...] se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

No Código Civil de 2002, são previstas as duas espécies de responsabilidade. A extracontratual vem prevista nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes. Já a responsabilidade contratual, nos artigos 389 e seguintes.

Em relação à prova, menciona Rodrigues (2003), que na responsabilidade contratual, demonstrado o inadimplemento, o ônus é do devedor de demonstrar a inexistência de culpa ou de alguma excludente de responsabilidade para eximi-lo do dever de indenizar. De outro modo, na responsabilidade aquiliana, o ônus é da vítima para demonstrar a culpa do responsável.

A mencionada distinção, no entanto, nem sempre resta clara, pois, aquele que transgredir um dever jurídico, presente ou não a relação contratual, deve ser obrigado a reparar o dano. Assim, há certa tendência na aproximação das duas espécies, haja vista as duas se fundarem na culpa, porém destacando que na responsabilidade contratual o fundamento é o inadimplemento, enquanto que na culpa extracontratual, leva-se em conta da conduta do agente e a culpa em sentido amplo (VENOSA, 2015).

Bem como refere Cavalieri Filho (2014), com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a referida classificação restou superada, em relação à responsabilidade do fornecedor produtos e serviços pela violação do dever de segurança, uma vez que equiparou à figura do consumidor as vítimas de acidente de consumo, independentemente de relação contratual ou extracontratual.

3.2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A noção de culpa está intimamente atrelada à de responsabilidade, uma vez que, como regra adotada pelo direito brasileiro, ninguém terá sua conduta reprovada sem que seja demonstrada a falta de cautela em seu agir (CAVALIERI FILHO, 2014).

Historicamente, a responsabilidade civil adotada pela nossa legislação é a subjetiva, baseada na prova da culpa do autor do dano, conforme se observa no artigo 159 do Código Civil de 1916. Porém, já na edição do referido código, a responsabilidade aquiliana se mostrava insuficiente para regulação de todos os casos de responsabilidade.

A par do rápido desenvolvimento industrial e tecnológico vivenciado no século XX e, como consequência, a multiplicação de danos, o conceito de culpa, já ampliado ao máximo, não conseguiu amparar as novas situações que surgiam, deixando muitos casos de prejuízo sem ressarcimento.

A esse respeito, Coelho (2010, p. 274) tece considerações sobre o desamparo das vítimas de acidentes e a necessidade de socialização de custos: “Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada”.

Nesse sentido, complementa Wilson Melo da Silva (1974, p. 4):

De fato: a culpa, a velha culpa que tão sobranceira parecia encontrar-se às mutações que a seu lado se iam processando no mundo jurídico, acabou, finalmente, também ela, por se ver envolvida na maré montante.

Assim, ganhou espaço o desenvolvimento da teoria objetiva da responsabilidade civil, atribuindo ao devedor a obrigação de indenização dos danos ao credor, independentemente se tenha agido ou não com culpa.

Embora seja notório o fato de que, com a objetivação da responsabilidade civil, foram criadas soluções que propiciaram maior segurança às vítimas dos danos, o Código Civil de 2002, no artigo 186, manteve a culpa e o dolo como elementos principais da responsabilidade, conforme já determinava o artigo 159 do Código Civil de 1916.

Nesse sentido, conforme prega a teoria clássica, a vítima da conduta danosa poderá buscar indenização desde que provar a culpa ou dolo do agente. Não havendo prova da culpa ou do dolo, não haverá responsabilidade civil (GONÇALVES, 2012).

3.2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva pode ser definida como aquela que possui fundamento na ideia da culpa. A culpa é pressuposto imprescindível para sua configuração.

Assim:

A responsabilidade subjetiva, ou culposa (também chamada de responsabilidade por atos ilícitos, ou aquiliana), é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas (ou seja, intencionais) ou culposas (isto é, negligentes, imprudentes ou imperitas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, caput, do Código Civil.

Esta responsabilidade nasce de atos ilícitos, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional [...] (NORONHA, 2010, p. 508) (grifos do autor).

Entretanto, refere Coelho (2010, p. 271-272) que o agente responsável pelo dano atua de forma consciente através de uma conduta culposa, diversa da exigida pelo legislador:

Quem é responsabilizado por ato ilícito é porque agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. Em suma, uma conduta diversa era exigida do causador dos danos. Não há responsabilidade civil subjetiva se ausente esse pressuposto da exigibilidade de conduta diversa (COELHO, 2010, p. 271-272) (grifo do autor).

A partir desse enfoque, é possível observar que a responsabilidade subjetiva funda-se na vontade como fonte da obrigação, na medida em que ninguém se obriga contra sua vontade.

3.2.3.2 Responsabilidade civil objetiva

Por outro lado, para a ocorrência da responsabilidade civil objetiva, mostram-se necessários o preenchimento de apenas dois requisitos: o dano e o nexo causal entre a conduta do agente, prevista em lei, e o dano experimentado pela vítima. Aqui, a culpa possui papel irrelevante, pois não é analisada quando do dever de reparação dos danos.

Em relação à prescindibilidade da culpa na responsabilidade objetiva, Rodrigues (2003, p. 11) ensina:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Da mesma forma, Rui Stoco (2001, p. 109) dispõe acerca dessa modalidade de responsabilidade:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

A atividade do agente é caracterizada por ato lícito, não contrário ao direito, entretanto, causou dano a outrem. Assim: “[...] aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal” (DINIZ, 1993, p. 42).

Em relação ao fundamento da responsabilidade civil objetiva, no entender de Fábio Ulhoa Coelho (2010), este pode ser entendido como a socialização de custos. Para o autor, os sujeitos que possuem condições de socializar os custos de sua atividade com aqueles que são por ela atendidos, necessariamente devem ser responsáveis de forma objetiva.

Outrossim, a partir da objetivação da responsabilidade, observa-se a abstração de juízos de valor em sua imputação, uma vez que, apesar de sua conduta praticada ser lícita, o agente não poderá eximir-se do dever de reparação pela ausência da prova de culpa (COELHO, 2010).

Ainda, uma das teorias da responsabilidade objetiva é a teoria do risco, ou do risco criado, na qual todo aquele que exerce uma atividade cria risco de danos para terceiros. Nesse sentido, ainda que não seja demonstrada sua culpa, o agente é obrigado a reparar o prejuízo, uma vez que de tal atividade decorrem benefícios ao responsável (GONÇALVES, 2012).

Nesse diapasão, a teoria do risco é prevista na atual legislação civil, no parágrafo único do artigo 927, quando refere à irrelevância da culpa na aferição do dever de reparação do dano: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

No entanto, pondera Cavalieri (2014) que o risco, por si só, não basta para caracterizar a obrigação de indenizar. É necessário que esse risco cause dano a outrem, violando o dever jurídico de segurança. O referido dever decorre, de acordo com o autor, de

um direito subjetivo do indivíduo à incolumidade física e patrimonial, como forma de proteção do ser humano.

3.2.4 Responsabilidade civil nas relações de consumo

Em harmonia com o disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXII, o qual prevê: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, entrou em vigor a Lei 8.078 de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

A referida disciplina representa não somente uma revolução para a responsabilidade civil consagrada pela nossa legislação, mas também possui papel de fundamental importância no próprio direito brasileiro.

Considerada pela doutrina um microsistema jurídico, a lei consumerista autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, aplicável a todas as relações de consumo (VENOSA, 2015).

Ainda, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor “instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais e morais de todos os consumidores em nosso país” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Dessa forma, constitui-se como instrumento para efetivação da proteção aos consumidores, reconhecidos pelo artigo 4º da lei em comento, como partes vulneráveis no mercado de consumo, na tentativa de equilibrar as relações entre consumidor e fornecedor.

Frente à relevância do tema na atualidade, na qual a maior parte dos nossos atos são definidos pelo consumo, a responsabilidade civil nas relações de consumo receberá abordagem autônoma no capítulo seguinte. Nesse ínterim, serão estudados os personagens principais da relação de consumo, a consagração da lei pela responsabilidade civil objetiva do fornecedor de produtos e serviços, fundada no dever de segurança e na teoria do risco da atividade e, mais detalhadamente, as hipóteses de exclusão de responsabilidade civil dos fornecedores previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DO PRODUTO E DO SERVIÇO

O direito do consumidor é considerado um novo ramo jurídico, chamado por Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 33) de “tutelar” ou “social”, que possui o intuito de proteger o consumidor, parte vulnerável, das relações jurídicas celebradas com o fornecedor.

Nesse sentido, comenta Bruno Miragem (2014, p. 35):

A expressão *direito do consumidor* remete ao surgimento de uma nova posição jurídica no âmbito da teoria da relação jurídica, cuja identidade vincula-se, em muitos sistemas, à realização de um ato de consumo, ser parte de uma relação de consumo, ou ainda – como é expressamente estabelecido no direito brasileiro – ter intervindo ou simplesmente estar exposto às relações estabelecidas no âmbito do mercado de consumo. Não é desconhecido que a regulação jurídica do direito do consumidor pressupõe a existência do mercado, da produção, comercialização e consumo, como fenômenos inerentes à realidade histórica e econômica contemporânea. A sociedade de consumo, com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas é que justifica a existência do direito do consumidor, cujo traço principal é o de regulação deste complexo sistema de trocas econômicas massificadas, sob a perspectiva da parte vulnerável: aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços, sem ser quem os produza ou promova sua prestação, razão pela qual não possui o domínio ou a expertise sobre essa relação (grifos do autor).

O consumidor, reconhecido como sujeito de direitos é figura relativamente nova no direito. As reflexões sobre o tema surgiram no século XX, no qual:

[...] a massificação das relações de consumo, decorrente da produção em série e da despersonalização das relações entre fornecedores e consumidores no mercado, ensejou o surgimento de novos fatos de consumo causadores de danos que, via de regra, ficavam sem reparação (SANSEVERINO, 2010, p.13).

No entanto, somente no ano de 1962, com o discurso do presidente norte-americano John F. Kennedy, a preocupação ganhou maior aprofundamento. Nesta oportunidade, foi mencionada a necessidade de proteção dos consumidores, bem como elencados seus direitos básicos, como: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e o direito de ser ouvido (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014; MIRAGEM, 2014). A partir desse momento, a proteção ao consumidor foi sendo introduzida, através de legislações em diversos países.

Em relação ao Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXII, na parte atinente aos direitos e garantias fundamentais, a defesa do consumidor, promovida pelo Estado. O mesmo diploma ainda estabeleceu no artigo 170, a defesa do consumidor como princípio da atividade econômica, e no artigo 48 do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias, a determinação ao legislador da elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, em 1990 foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 8.078, conhecido como Código de Defesa do Consumidor que, no entender de Sanseverino (2010) discorreu de forma especial acerca da segurança dos produtos e serviços na relação de consumo. Da mesma forma, regulamentou a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços e concedeu maior proteção aos consumidores na medida em que restringiu hipóteses de exclusão de responsabilidade civil dos fornecedores e instituiu o princípio da reparação integral dos danos.

A respeito do momento anterior ao da promulgação do diploma, alude Cavalieri Filho (2014) que os riscos do consumo estavam por conta do consumidor, haja vista não existirem legislações eficientes que protegessem a parte vulnerável da relação. Além disso, cita que havia diversos obstáculos para efetivação da responsabilização do fornecedor, já que este somente respondia quando fosse comprovada sua culpa e, mesmo assim, de forma indireta, por fato de outrem ou pela coisa.

Destarte, complementa o autor aduzindo que, por ausência de previsão de ação direta contra o fornecedor, a opção era demandar contra o comerciante vendedor que, provando não ter participação no processo de fabricação, eximia-se naturalmente da obrigação de reparação. Entretanto, com o advento do Código de Consumidor, a responsabilidade foi deslocada da conduta do autor do dano para seu fato causador, consagrando-se a responsabilidade objetiva e direta do fornecedor pelo fato do serviço, baseado no dever de segurança, sem possibilidade da via indireta (CAVALIERI FILHO, 2014).

4.1 O Código de Defesa do Consumidor e a relação jurídica de consumo

Consoante a sistemática realizada nos capítulos anteriores, a responsabilidade civil foi um dos temas que mais sofreu transformações no decorrer do século XX. Comentou-se que, a partir do desenvolvimento tecnológico e científico vivenciado, a responsabilidade civil baseada no conceito de culpa provada, não mais conseguiu solucionar as novas demandas sociais que surgiam. Passou-se a admitir teorias fundadas na objetivação da responsabilidade e, nesse contexto, a teoria do risco integral, como fundamento do tema.

Em decorrência disso, diversas foram as legislações que surgiram buscando dar às vítimas de atos danosos o devido ressarcimento pelos prejuízos causados.

Destaca-se assim, a Lei 8.078 de 1990, que instituiu uma nova área de responsabilidade civil: a responsabilidade nas relações de consumo. O referido diploma, caracterizando-se como espécie de microsistema jurídico, introduziu fundamentos e princípios inovadores para proteção do consumidor, causando verdadeira revolução em matéria de direito (CAVALIERI, 2014; MIRAGEM, 2014).

Nesse sentido, dispõe Cavalieri Filho (2014, p. 32-33):

[...] o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil – a *responsabilidade nas relações de consumo* -, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo (grifos do autor).

Dando seguimento, no artigo 1º do referido diploma são estabelecidas normas de ordem pública e de interesse social, apesar de, conforme compreensão de Benjamin, Marques e Bessa (2014) caracterizar-se como direito privado, ao lado do direito civil e do direito comercial. Isso porque o direito do consumidor tutela o consumidor como pessoa privada e como parte integrante da relação de consumo frente a fornecedores. Com isso, conclui referindo que a lei 8.078/90 pode ser qualificada como uma lei de função social, aplicada em qualquer situação de desequilíbrio entre consumidores e fornecedores, dentro ou fora de uma relação de consumo (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

Dessa forma, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se em toda e qualquer relação de consumo, seu campo de incidência é vasto. A respeito do conceito de relação de consumo, Cavalieri Filho (214, p. 547) assim expõe:

[...] *relação de consumo* é a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem num pólo o fornecedor de produtos e serviços e no outro o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços (grifos do autor).

Assim, são definidos os sujeitos da relação de consumo: o primeiro, o consumidor, parte mais fraca da relação, vem caracterizado no artigo 2º e parágrafo único da legislação consumerista como:

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

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

Vê-se posição inovadora da Lei 8.078/90 ao incluir no rol de consumidores tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica que adquire ou utilize o produto ou serviço como destinatário final, colocando as duas modalidades na mesma situação de vulnerabilidade

(VENOSA, 2015). Da mesma forma, prevê como campo de incidência interesses tanto individuais como coletivos, decorrentes de relação contratual ou extracontratual entre o consumidor – destinatário final fático e econômico do bem ou serviço – e o fornecedor de produtos e serviços (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014; MIRAGEM, 2014).

Além disso, foram contempladas três situações de consumidores indiretos, por equiparação. A primeira, prevista no próprio artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, equiparando ao consumidor a coletividade de pessoas que intervêm na relação de consumo.

O artigo 17 do mesmo diploma elenca a segunda hipótese de equiparação do consumidor a todas as vítimas do evento de consumo, ainda que nada tenham adquirido do responsável. No entanto, é mister que para caracterizar a referida equiparação, haja acidente de consumo decorrente do fato do produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, 2014). Dessa forma, não se faz necessário o consumidor ser o destinatário final, para fins de equiparação nessa situação (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

A última situação prevista na lei consumerista em relação ao consumidor *bystander* está disposta no artigo 29, na qual equipara ao consumidor todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, publicidade, cobrança de dívidas, de banco de dados e cadastros de consumidores (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014). No entanto, de acordo com a abordagem de Bruno Miragem (2014), para que haja aplicação do conceito de consumidor equiparado do artigo 29, deve-se levar em consideração o princípio da vulnerabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim:

[...] resulta apenas equiparar a consumidor, e, portanto, aplicar as regras sobre contratos e práticas comerciais do CDC, quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante, de modo que se justifique a equiparação em vista da finalidade de assegurar o equilíbrio entre desiguais (MIRAGEM, 2014, p. 151)

Em relação à definição de fornecedor, esta vem elencada no próximo artigo:

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

Gonçalves (2012) comenta que nessa definição do artigo 3º, incluem-se produtores, fabricantes, comerciantes, prestadores de serviço e, órgãos do Poder Público que se encaixem nesse conceito, concluindo que “O conceito de fornecedor está, assim, intimamente ligado à ideia de atividade empresarial”, caracterizada pelo requisito da

habitualidade (GONÇALVES, 2012, p. 364). Nesse sentido, Miragem (2014, p. 166) entende que, embora o legislador não indicando de forma expressa o requisito de profissionalidade, este se encontra contido no conceito de atividade habitual na medida em que a “atividade do fornecedor é *habitual* porque ela é *profissional*” (grifo do autor).

Já nos parágrafos §1º e 2º do mesmo artigo vêm descritas as definições de produto e de serviço. Assim:

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

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Primeiramente, produto é definido por Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 120) como: “[...] qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório”.

Na sequência, Bruno Miragem (2014) define serviço como atividade oferecida no mercado de consumo, prestada mediante remuneração, com a inclusão das atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Outrossim, foram previstos de forma expressa novos princípios de direito privado para a relação de consumo. Sobre o tema, Sanseverino (2010, p. 95) aponta:

A par de serem reconhecidas a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I) e a necessidade da intervenção efetiva do Estado (inciso II), consagrou-se a boa fé como princípio fundamental para harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (inciso III).

Ainda, cabe informar que, segundo artigo 6º, VI, do diploma, há previsão expressa para indenização de dano moral e patrimonial, individuais, coletivos e difusos, elencados como direitos básicos do consumidor. Dessa forma, observa-se a possibilidade de cumulação de dano moral e dano patrimonial oriundos do mesmo fato.

Isto posto, é notória a modificação do direito tradicional ocorrida com o advento do Código de Defesa do Consumidor e, de forma mais intensa, na área da responsabilidade civil. A necessidade de desenvolvimento do instituto culminou na adoção da responsabilidade civil objetiva em larga escala, com a tendência ao abandono do critério da culpa (MIRAGEM, 2014).

Da mesma forma, passou-se a irrelevância da clássica divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, para o surgimento da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço – também denominada de responsabilidade por acidentes de consumo – e

da responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. As duas formas diferem em relação ao interesse jurídico tutelado pelo ordenamento. A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, nesse sentido, leva em consideração a segurança do consumidor. Já a segunda forma, responsabilidade pelo vício do produto ou serviço tem em vista a adequação do produto ou serviço (MIRAGEM, 2014).

4.2 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço

A primeira espécie de responsabilidade civil regulada pelo Código do Consumidor é a responsabilidade por fato do produto e do serviço, a qual trata de danos causados por defeito em um produto ou em um serviço. Nesse sentido, dispõe Miragem (2014, p. 527):

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo.

No entanto, a referida expressão responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, embora já tradicional, não contempla o real sentido que a legislação consumerista o imprime. Para Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 161-162) a melhor denominação seria responsabilidade por acidentes de consumo, tendo em vista que esta abrange o elemento consequencial da responsabilidade, pois “O dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço), mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo)”.

Assim, a matéria relativa à responsabilidade decorrente de fato do produto ou serviço é regulada de forma absoluta pelo Código de Defesa Do Consumidor, cabendo ao Código Civil a sua aplicação de forma excepcional e, ainda, somente nos casos em que não haja contradição com a legislação consumerista (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

Em relação aos pressupostos desta espécie de responsabilidade civil, Miragem (2014) entende que persistem três requisitos já conhecidos da responsabilidade civil tradicional: a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

No entanto, o quarto elemento, a culpa, prevista no artigo 186 do Código Civil, desaparece nessa espécie, não havendo necessidade de provar-se a culpa do fornecedor, haja vista que, aqui, a responsabilidade será atribuída independentemente de sua previsão. Ainda, na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é acrescentado um novo requisito, qual seja, o defeito, entendido por Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 173) como o

“elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do Código”. Dessa forma, inexistindo defeito no produto ou no serviço, inexistente responsabilidade civil por acidente de consumo (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

Quanto à conceituação de defeito, Bruno Miragem (2014) e Cavalieri Filho (2014) entendem ser uma imperfeição de grau mais acentuado, o qual provoca acidente que acaba por atingir o consumidor, de forma a lhe causar danos morais e materiais. Além disso, Cavalieri Filho (2014, p. 548) acrescenta que o defeito é também chamado de defeito de segurança, uma vez que “compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro”.

Ainda, não será qualquer risco do produto ou serviço configurado como defeito e, sim, apenas quando este risco ultrapassar o patamar de normalidade aceitável, de acordo com Benjamin, Marques e Bessa (2014).

A definição de produto defeituoso vem elencada no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, § 1º:

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

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Já em relação a serviço defeituoso, a conceituação vem prevista no artigo 14, § 1º, do mesmo diploma:

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

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Dessa forma, na responsabilidade pelo fato do produto ou serviço existe uma violação do dever de segurança que se espera dos mesmos, através de uma “*desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo*” (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p. 163) (grifos do autor). Assim, se essa desconformidade apontada não possui a capacidade de causar acidentes ou, por outro lado, se existir a capacidade de causar acidentes, mas como

um fato já esperado do produto e do serviço, não se configurará a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

Logo, segue-se o entendimento de que a responsabilidade do fornecedor tem como fato gerador a violação do dever de segurança. Pois, quanto maior for o risco da atividade ou empreendimento do fornecedor, maior deverá ser seu dever de segurança, sob pena de responder de forma objetiva pelos danos causados pelos produtos e serviços defeituosos (CAVALIERI FILHO, 2014).

Observa-se, também, o fundamento objetivo do dever de indenizar adotado pelo Código do Consumidor, seguindo uma tendência de socialização de riscos. Como consequência, para configuração desta modalidade de responsabilidade não há necessidade de analisar se o agente agiu com culpa ao colocar no mercado o produto ou serviço defeituoso. Entretanto, imprescindível se fará a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do responsável ao colocar o produto ou serviço no mercado e o dano causado por este produto ou serviço defeituoso (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014; MIRAGEM, 2014).

Em relação à responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, discorre Miragem (2014, p. 533):

[...] a responsabilidade do fornecedor só se produz na medida em que um determinado dano produzido ao consumidor pode ser vinculado por relação lógica de causa e efeito a certa conduta deste fornecedor no mercado de consumo. Este elo só vai se produzir com a existência de um defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente dele se espera.

A responsabilidade civil pelo fato do produto vem prevista no artigo 12 do Código do Consumidor:

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

Destarte, observa-se a enumeração dos responsáveis pelo dever de indenizar, quais sejam, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador, prevendo ação direta do consumidor em relação a eles.

Como resultado, Miragem (2014) refere a existência de uma classificação dos mencionados responsáveis em: reais, presumidos e aparentes. Os primeiros, nos quais se enquadram o fabricante, o produtor e o construtor, referem-se àqueles que participaram de

forma efetiva na produção do produto, dando causa ao defeito gerador do dano. Os segundos, responsáveis presumidos, dizem respeito aos importadores, de quem se presumiria a responsabilidade pelo defeito ao introduzir o produto estrangeiro no mercado nacional, gerando dano no Brasil. Por fim, os terceiros, responsáveis aparentes, são os comerciantes, respondendo de forma subsidiária, conforme estabelece o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

A conduta dos mencionados responsáveis, portanto, relaciona-se à participação do fornecedor na colocação do produto ou serviço no mercado, em qualquer fase de seu desenvolvimento (MIRAGEM, 2014).

Ademais, o defeito referido pelo artigo 12, de acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 549) pode ser em relação a:

[...] *concepção* (criação, projeto, fórmula), de *produção* (fabricação, construção, montagem) e ainda de *comercialização* (informações, publicidade, apresentação etc). São os chamados *acidentes de consumo*, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio. (grifos do autor)

Por outro lado, a responsabilidade pelo fato do serviço vem disciplinada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se de forma objetiva ao fornecedor, gênero que contempla todos os responsáveis partícipes da produção, solidários. Assim:

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

Da mesma forma que o produto, um serviço é defeituoso quando não oferece segurança ao consumidor, podendo decorrer da concepção ou execução indevidas, e incidindo em um campo mais vasto e complexo nas relações de consumo.

Portanto, em relação aos danos acima referidos decorrentes da relação de consumo, a aplicação das regras do Código Civil é afastada para, em seu lugar, viger o

Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o vínculo que fundamenta a referida responsabilidade objetiva do fornecedor refere-se a um produto ou serviço defeituoso decorrente da relação de consumo, contratual ou não, o qual dá origem a um acidente (CAVALIERI FILHO, 2014).

4.3 Excludentes de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço

Conforme mencionado anteriormente, com a promulgação da lei 8.078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor, foi conferida responsabilidade objetiva aos fornecedores de produtos e serviços e, portanto, o dever de indenizar os consumidores pelo produto ou serviço defeituoso, independentemente da aferição de culpa.

A partir dessas considerações, torna-se fundamental a indagação de que, com a imposição da responsabilidade civil objetiva, terá o fornecedor a obrigação de reparar o dano de forma absoluta nas relações de consumo? Ou poderá o agente fornecedor eximir-se de responsabilidade alegando culpa de terceiro, da vítima ou de rompimento do nexo causal?

O Código de Defesa do Consumidor, ao prever a responsabilidade do fornecedor, buscou também formas de mitigação desse dever jurídico de segurança, visto que enumerou hipóteses de excludentes de sua responsabilidade. Assim, expressamente previstas nos artigos 12, §3º e 14, § 3º do referido diploma, encontram-se as modalidades de defesa do fornecedor.

Ainda, paralelamente, são citadas por parte da doutrina outras formas de excludentes de responsabilização não contempladas pelo Código do Consumidor. Entretanto, o tema reveste-se de controvérsias, dividindo doutrinadores.

Dessa forma, de grande importância mostra-se o estudo do nexo de causalidade dentro do tema responsabilidade civil do fornecedor do produto e do serviço, tendo em vista que inexistindo relação de causa e efeito, haverá exoneração da responsabilidade. Daí decorrem as hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor: da inexistência de nexo causal entre a conduta do fornecedor no mercado de consumo e o dano causado ao consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014; MIRAGEM, 2014).

Primeiramente, o artigo 12, §3º, prevê como excludentes de responsabilidade do fornecedor em relação ao fato do produto, *numerus clausus*: a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor e de terceiro. Já o artigo 14, §3º, dispõe acerca da responsabilidade pelo fato do serviço, enumerando as hipóteses de

exclusão de responsabilidade quando o fornecedor provar que o defeito inexistente ou quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em relação não à colocação do produto no mercado, mostra-se evidente a quebra do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a conduta do fornecedor, uma vez que, embora o dano causado foi causado em decorrência do produto, não há relação entre ele e o fornecedor. Nesse diapasão, verifica-se a afirmativa nos casos de falsificação, roubo e furto de produtos (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

No mesmo sentido, Miragem (2014, p. 554) explica: “O critério da não colocação no mercado, nesse sentido, verifica-se pela ausência de voluntariedade por parte do fornecedor, e da mesma forma isenta de culpa, no oferecimento do produto no mercado”. Sendo assim, não obstante exista presunção contra o fornecedor, havendo negação de causalidade não há de se configurar o dever de reparação.

Igualmente, a hipótese de inexistência de defeito na relação de consumo, apresenta-se como uma das mais importantes excludentes de responsabilidade civil do fornecedor, segundo Sanseverino (2010). Destarte, o fornecedor poderá provar que o produto não é defeituoso para eximir-se de responsabilidade. Consoante já afirmado, o defeito é pressuposto imprescindível para configuração da responsabilidade por acidente de consumo.

Deste modo, demonstrando o responsável a inexistência de defeito no produto ou no serviço, não haverá dever de indenizar, pela ausência de relação causal. O dano pode até ter sido causado pelo produto ou serviço, mas o fornecedor deverá provar que não havia defeito, o que será demonstrado através de prova técnica especializada.

Complementando a hipótese em comento Miragem (2014, p. 556-557) dispõe que a demonstração da inexistência do defeito é fundamental para elidir a reparação, na busca de proteção aos direitos do consumidor:

[...] sempre deve ser destacado, que em matéria de fato do serviço, sua má prestação que gera danos ao consumidor induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito, cuja prova em contrário é exigida do fornecedor, para efeito de eximir-se da responsabilidade.

Por fim, a terceira excludente de responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor, refere-se à culpa exclusiva do consumidor ou à culpa exclusiva de terceiro.

Nesse sentido, observa-se que, se o ato realizado pelo consumidor ou pelo terceiro é considerado como a única causa do acidente de consumo, não existe nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, por ausência de defeito

(BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014; CAVALIERI, 2014). Neste caso, a conduta que dá origem ao dano é causada pelo próprio consumidor que vem a sofrer o dano.

Entretanto, assunto não pacificado pela doutrina refere-se à culpa concorrente do consumidor. Autores como Benjamin, Marques e Bessa (2014), Sanseverino (2010) e Miragem (2014), comentam que não se caracterizará como excludente de responsabilidade do fornecedor se houver concorrência do comportamento da vítima com o defeito existente no produto ou no serviço, embora possa ser admitida uma redução do valor indenizatório do agente. Assim: “A admissibilidade da culpa concorrente do ofendido, portanto, mostra-se perfeitamente compatível com o sistema do CDC, devendo, pois, ser admitida como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor” (SANSEVERINO, 2010, p. 301-302).

Ainda, é imperiosa a comprovação de que o ato exclusivo do consumidor tenha sido realizado culposamente, através do dolo, negligência ou imprudência (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014; MIRAGEM, 2014).

Da mesma forma, a responsabilidade do fornecedor pode ser elidida quando tratar-se de culpa exclusiva de terceiro. Esse terceiro, conforme já abordado anteriormente, vem a ser um alheio a relação de consumo, assim definido por Miragem (2014, p. 559):

A posição de terceiro, nesse sentido, é admitida a todo aquele que, não participando da cadeia de fornecimento, realiza conduta que dá causa ao evento danoso de modo independente da conduta do fornecedor ou do defeito. Ou para dizer melhor, só é admitido como terceiro quem não participa da cadeia de fornecimento.

Conquanto a legislação consumerista tenha feito referência a culpa de terceiro, deve-se entender como fato exclusivo de terceiro que, culposo ou não, nega a relação de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano e liga-se a outra causa. No mesmo íterim, o fornecedor de produtos e de serviços, seja qual for a espécie na cadeia de fornecimento, não poderá ter participação no fato danoso, seja por ação, por omissão (SANSEVERINO, 2010; MIRAGEM, 2014). O fornecedor, da mesma forma que na culpa exclusiva do consumidor, deverá provar que o acidente de consumo não decorreu de defeito do produto ou do serviço.

No caso de culpa concorrente de terceiros, o efeito será a formação da solidariedade ativa entre os causadores do dano em relação ao dever de reparar (MIRAGEM, 2014).

Assim, a demonstração da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro deve ser provada para que o agente responsável possa desobrigar-se do dever de reparação dos danos,

visto que a responsabilidade do fornecedor é objetiva bem como é seu o ônus da prova das excludentes (MIRAGEM, 2014).

4.3.1 As excludentes de caso fortuito e força maior

A regra, no direito tradicional é a previsão do caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade, como é possível observar no artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No entanto, no Código de Defesa do Consumidor, não há previsão de sua ocorrência para que o fornecedor possa se eximir do dever de indenizar, bem como, no entender de Benjamin, Marques e Bessa (2014) não há sua negação. Assim, admite-se a possibilidade de configuração de caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade juntamente com as hipóteses previstas no mencionado diploma (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014).

Nesse ínterim, a aceitação de outras hipóteses de excludentes de responsabilidade que não aquelas dispostas nos artigos 12, §3º e 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, é assunto polêmico, longe de uma solução unânime pela doutrina. Isto porque, de acordo com os citados artigos, os fornecedores na relação de consumo somente não serão responsabilizados quando provarem as situações expressamente previstas na redação. Ainda que a leitura dos referidos dispositivos pudesse levar a uma conclusão de restrição das hipóteses de responsabilidade dos fornecedores àquelas ali referidas, a não admissão das demais possibilidades conduziria a situações extremas, haja vista a não adoção pelo Código ao regime de responsabilidade objetiva pelo risco integral (SANSEVERINO, 2010).

Consoante o autor Sanseverino (2010), a solução mostra-se em realizar um exame de compatibilidade entre o Código de Defesa do Consumidor e as causas de exclusão de responsabilidade tradicionalmente elencadas. Sendo assim, verifica-se a autorização de excludentes por fatos imprevisíveis.

Embora não existindo consenso entre a doutrina em relação à definição das duas espécies, Miragem (2014) dispõe que há certo entendimento de que caso fortuito é caracterizado pela necessariedade e inevitabilidade, ainda que, em certos casos exija a imprevisibilidade para ser inevitável. Já força maior é conceituada pelo autor pela exterioridade e inevitabilidade, havendo certa semelhança com os tributos de caso fortuito.

Complementa Cavalieri (2014) dizendo que a força maior resta definida após o produto ou serviço ser lançado no mercado de consumo, não mais importando em defeito e, portanto, excluindo a responsabilidade do agente.

Atualmente, há uma nova diferenciação quanto ao caso fortuito como excludente de responsabilidade do fornecedor: o fortuito interno e o fortuito externo.

Venosa (2015) e Cavalieri (2014) referem que os mencionados fatos imprevisíveis obstam a relação de causalidade, impondo ao juiz a avaliação a cada caso, verificando se se faz presente defeito ou vício no produto ou serviço. Dessa forma, se o fato é externo e não possui relação com o produto ou serviço, ou seja, estranha à organização do negócio, como fenômenos da natureza, não se configura o nexos causal e, portanto, não haverá dano a reparar. Essa modalidade é chamada de fortuito externo que, por sua vez, difere do fortuito interno, pois este atinge o produto durante sua fabricação, pois ligado à organização da empresa e, assim, não eximindo o fornecedor da responsabilidade.

Pelo exposto, vê-se que a tendência doutrinária é a de considerar o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade do fornecedor, ainda que não previstas no Código de Defesa do Consumidor. Para tal, devem constituir-se como causas adequadas para a produção do evento danoso, rompendo, dessa forma, o nexos de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano. As duas modalidades são equiparadas por ordem prática haja vista existirem controvérsias acerca de sua definição, conforme Sanseverino (2010).

Ainda de acordo com Sanseverino (2010), a importância da distinção é notada na teoria, pois na prática existe certa indeterminação quando se está diante de uma ou de outra espécie, a respeito de quais os critérios a serem adotados.

4.4 Os riscos do desenvolvimento e a impossibilidade de exclusão de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços

Outro assunto referente às excludentes de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é a pertinente aos riscos do desenvolvimento. Estes são definidos por Bruno Miragem (2014, p.567) como:

[...] aqueles que se constatam apenas após o ingresso do produto ou do serviço no mercado de consumo, em face de melhorias ou avanços científicos e técnicos que permitem a identificação do defeito já existente do produto ou serviço, mas não identificável pelo fornecedor.

Dessa forma, conforme estabelece o artigo 12, §1º, III do Código de Defesa do Consumidor, o critério para consideração de defeito identificável pelo fornecedor é o estado

da ciência a época em que o produto ou o serviço foi colocado no mercado (MIRAGEM, 2014). No entanto há discussão em relação a quem deve suportar o os riscos do desenvolvimento e o limite da responsabilidade: o fornecedor ou o consumidor?

De um lado, existe o posicionamento de que, se a responsabilidade recairia sobre o fornecedor de produtos ou de serviços a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico estagnaria ante a possibilidade de produtos e serviços melhores serem lançados no mercado de consumo. Por outro lado, também importaria em retrocesso e injustiça atribuindo os riscos ao consumidor, haja vista a eleição pelo Código pela responsabilidade objetiva baseada na socialização de riscos, repartindo danos e benefícios (CAVALIERI, 2014, SANSEVERINO, 2010).

Assim, Benjamin, Marques e Bessa (2014) e Sanseverino (2010) consideram o risco de desenvolvimento como espécie do gênero defeito de concepção, que decorre da falta de informações científicas à época da concepção dos riscos de uma nova tecnologia. Concluem, assim, que no rol das hipóteses de excludentes de responsabilidade consagradas pelo Código do Consumidor, não está incluída a dos riscos do desenvolvimento, pelo fato da adoção da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade.

Portanto, por tratar-se de defeito já existente no momento em que colocados os produtos e serviços no mercado, o dever de indenização recai ao fornecedor de produtos e de serviços.

4.5 Responsabilidade civil pelo vício do produto e do serviço

A responsabilidade civil do fornecedor de produtos e de serviços foi disposta pelo Código de Defesa do Consumidor de forma separada. Dessa forma, nos artigos 12 e 14 do diploma está regulada a responsabilidade civil pelos defeitos do produto e do serviço, enquanto que nos artigos 18 a 25 está prevista a responsabilidade civil pelo vício do produto e do serviço. A primeira espécie de responsabilidade já foi apresentada e estudada, com maior detalhamento, uma vez que se trata do objeto do presente trabalho.

A partir disso, passará a ser abordada, de forma breve, a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, haja vista ser um tema de grande relevância no que se refere à responsabilidade civil nas relações de consumo.

Inicialmente, o autor Bruno Miragem (2014) refere que às duas modalidades de responsabilidade do fornecedor correspondem dois deveres jurídicos violados diversos: à

responsabilidade pelo fato corresponde a violação do dever de segurança ao fornecedor que introduz produtos e serviços no mercado e, diferentemente, a responsabilidade pelo vício relaciona-se à violação do dever de adequação, entendida como a qualidade do produto ou serviço de ser útil aos fins que dele se espera.

Dessa forma, a responsabilidade civil pelos vícios do produto e do serviço é assim definida:

A responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou do serviço abrange o efeito decorrente da violação aos deveres de qualidade, quantidade, ou informação, impedindo com isso, que o produto ou serviço atenda aos fins que legitimamente dele se esperam (dever de adequação) (MIRAGEM, 2014, p. 602).

Sérgio Cavalieri Filho (2014) entende que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 18 e 20 não fazerem referência expressa a responsabilidade independentemente da aferição de culpa, não existem dúvidas quanto à eleição do diploma pela responsabilidade objetiva. Isto porque, verifica-se nos citados artigos que não há previsão do requisito culpa, necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva, aliado ao fato de que a legislação civil também não prevê a comprovação da culpa para configurar vícios redibitórios.

Ainda, importante ressaltar que a garantia dada pelo diploma consumerista aos vícios de produtos e de serviços é mais ampla àquela dada pela legislação civil aos vícios redibitórios, tendo em vista que estes fazem referência aos vícios ocultos da coisa. Já aqueles, referem-se tanto aos vícios ocultos quanto aos aparentes (CAVALIERI, 2014).

Observa-se assim, que aos vícios de produtos e de serviços se aplicam de forma integral as regras do Código de Defesa do Consumidor, ao tempo em que os vícios redibitórios são regulados pelo Código Civil.

Por sua vez, diversamente da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, em relação aos vícios no produto existe previsão de uma responsabilidade solidária entre os todos fornecedores que integram o ciclo produtivo, inclusive do comerciante, no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Na sequência, o artigo 20 do mencionado diploma, dispõe acerca da responsabilidade do fornecedor pelos vícios do serviço em relação a quantidade e a qualidade.

Portanto, os vícios do produto e do serviço não apresentam grau de periculosidade que afetam a segurança do consumidor, no entanto, tratam de vícios de adequação que interferem de forma direta no funcionamento do produto e do serviço.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROPRIETÁRIOS DE CASAS NOTURNAS COMO EQUIPARAÇÃO À FIGURA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS

A responsabilidade civil é um dos temas que mais sofreu transformações ao longo dos anos, haja vista as constantes modificações sociais ocorridas, mais especialmente na área consumerista. Dessa forma, quando se adentra no tema de direito do consumidor aumentam-se as complexidades a serem enfrentadas haja vista o tema estar ligado a inúmeros atos desempenhados no dia a dia.

Segundo já afirmado anteriormente, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil, todo aquele que, por sua conduta, viola dever jurídico e produz um dano, deve repará-lo. Nesse sentido, na seara do direito do consumidor, em seu artigo 14, ao fornecedor que causar dano estético, moral, material ao consumidor pelos defeitos do produto e do serviço, recai o dever de indenização.

No entanto, merece destaque a análise de responsabilidade civil sob a ótica dos proprietários de casas noturnas como equiparação à figura do fornecedor de serviços, prevista no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque são inúmeros os casos reportados referentes à acidentes em locais fechados destinados à recreação, lazer, diversão pela violação do dever de segurança que é devido pelo responsável: o proprietário.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º traz a definição de fornecedor, como sendo aquele que desenvolve atividade empresarial:

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

No caso em comento, constata-se a possibilidade de realizar uma equiparação entre fornecedores e proprietários de casas de espetáculos, uma vez que a atividade é essencialmente empresarial, atendido o requisito de habitualidade, conforme entendimento de Benjamin, Marques e Bessa (2014). Os referidos proprietários obtêm seus lucros através de contraprestação pecuniária pelo desenvolvimento de atividade econômica regular fornecida no mercado de consumo, para satisfação dos interesses dos consumidores (MIRAGEM, 2014).

Nesse diapasão, os serviços oferecidos pelos responsáveis são colocados à disposição dos consumidores, como resultado da atividade econômica por eles desenvolvidas (MIRAGEM, 2014). A partir do momento em que são colocados no mercado de consumo, os

responsáveis devem zelar pela segurança do consumidor contra danos gerados por acidentes de consumo (SANSEVERINO, 2010).

Ocorre que, atualmente, são diversas as notícias a respeito de tragédias ocorridas em casas noturnas, com resultados fatais, pelo descumprimento do dever de cuidado e segurança com os frequentadores, gerando consequências que podem configurar a responsabilidade civil objetiva dos responsáveis pela empresa em relação ao fato do serviço, conforme previsto no Código do Consumidor.

Primeiramente pode-se citar o emblemático caso da casa noturna The Station, no estado americano de Rhode Island, em 20 de fevereiro de 2003, que deixou cem mortos, dezenas de feridos e o mundo chocado. Na oportunidade, foram utilizados ilegalmente fogos de artifícios pela banda que se apresentava no local e que, de forma acidental, iniciaram o incêndio no local, ao atingir a espuma inflamável que servia de isolamento acústico do local, gerando fumaça tóxica que se espalhou rapidamente – fato responsável pelo resultado danoso (UCHOA, 2013).

De acordo com investigações posteriores apurou-se que a casa de espetáculos estava com capacidade de público acima do permitido e possuía saídas de emergência inadequadas, o que culminou na responsabilização e condenação de diversos agente, dentre eles, os proprietários pelo estabelecimento empresarial (UCHOA, 2013).

Destarte, o acontecimento fatídico provocou transformações nas legislações americanas a respeito das medidas de segurança e fiscalização em casas noturnas dos Estados Unidos, como por exemplo, a instalação de borrifadores de água em casos de emergência para dissipar incêndios, a proibição de artefatos pirotécnicos capazes de provocar incêndios, a exigência de mais opções de saídas de emergências nas casas e respeito à capacidade máxima de público (NERY, 2015).

Da mesma forma, houve a fatalidade da boate República Cromañón, em Buenos Aires, Argentina, no ano de 2004. O caso ficou conhecido como um das maiores tragédias não naturais ocorridas no país, causada por incêndio, resultando na morte de 194 pessoas, devido a utilização de rojões no local fechado. As inúmeras mortes aconteceram por esmagamentos e asfixias associadas ao desrespeito com o limite da capacidade suportado pela casa (PALACIOS, 2013).

Completados dez anos da tragédia, apesar da responsabilização de vinte e oito pessoas, as vítimas ainda buscam reparação pelo descumprimento das medidas de segurança e falta de fiscalização, que culminaram na catástrofe. Em momento posterior a tragédia, é possível notar mudanças em relação às boates argentinas quanto à exigência de regras mais rígidas de fiscalização dos ambientes, inclusive fechamento de muitos estabelecimentos que não estavam de acordo com as novas medidas de segurança (COSTA, 2014).

E, ainda, dentre outras fatalidades que marcaram a história, mais recentemente tem-se bem presente os acontecimentos noticiados no dia 27 de janeiro de 2013, desastre conhecido como “tragédia da boate Kiss”, na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, que comoveu não somente o país, mas também o mundo. O infeliz episódio causou duzentas e quarenta e duas mortes, em sua maioria jovens, além de seiscentos e trinta e seis feridos e aguarda a realização de justiça.

Em relação ao fato, notam-se semelhanças com os casos narrados anteriormente, onde foram utilizados indevidamente artefatos pirotécnicos em local fechado pela banda contratada que se apresentava no momento, atingindo a espuma altamente inflamável que servia de isolamento acústico na casa. Constatou-se a ausência de tratamento antichama, desrespeito a capacidade máxima suportada pelo estabelecimento, insuficiência de evacuação, obstrução de saída por seguranças orientados a não permitir a saída (BRASIL, [2013?]).

Como consequência, consoante informações do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, [2013?]), foram denunciados por homicídios e tentativas de homicídio, praticados com dolo eventual, qualificado por fogo, asfixia e torpeza, os proprietários da boate pela responsabilização quanto às reformas realizadas no estabelecimento, instalação da espuma inflamável, superlotação do ambiente, e contratação da banda que utilizou artefatos pirotécnicos sem segurança.

Destarte, em tese, quanto a responsabilização civil, observa-se que, apenas quanto à verificação de superlotação do local, já é flagrante a violação do dever jurídico de segurança que se espera do fornecedor de serviços, contribuindo para uma responsabilização dos proprietários da empresa Kiss. O grande número de vítimas fatais demonstra o comportamento dos agentes, o qual não foi capaz de impedir ou mesmo minimizar os impactos do evento danoso.

Como consequência, a partir do momento em que o cliente adentra no local destinado ao lazer, recreação ou diversão, configura-se a relação de consumo, amparado pelo

Código de Defesa do Consumidor. Ao proprietário/fornecedor cabe então o zelo pelo cuidado e segurança de seus consumidores, deveres estes que, quando descumpridos, geram o dever de reparar.

Conforme referido, a Lei 8.078/90 estabeleceu a responsabilidade objetiva para os fornecedores de serviços e, portanto, sem necessidade da análise de culpa, em virtude de danos na prestação de serviços causados ao consumidor. Dessa forma, havendo danos causados à parte mais fraca da relação de consumo, o causador é obrigado a repará-lo.

Na sequência, importante esclarecer que, para que haja a mencionada responsabilização dos empresários/proprietários, deve-se analisar os requisitos que a compõe. O primeiro, o dano, refere-se ao incêndio que tomou grandes proporções nos eventos, culminando na maioria das fatalidades pela asfixia mecânica. E, ainda, o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta do agente, marcado pela violação das condições mínimas de segurança do fornecedor de serviços.

A partir daí, verifica-se, com os casos acima narrados, a responsabilização do fornecedor de serviços, conforme disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, independentemente da aferição de culpa, devendo reparar os danos causados aos consumidores por falhas na prestação do serviço. Por se tratar de responsabilidade objetiva, sempre que houver o referido defeito na prestação do serviço, surgirá o dever de reparar, a menos que o responsável demonstre a incidência de alguma das hipóteses de excludentes de responsabilidade previstas no Código do Consumidor.

Dessa forma, o artigo 14, §3º, dispõe acerca da responsabilidade pelo fato do serviço, enumerando as hipóteses de exclusão de responsabilidade quando o fornecedor provar que o defeito inexistiu ou quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, pela quebra do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Somente provando a existência de uma dessas causas de exclusão é que o fornecedor de serviços poderá ver sua responsabilidade afastada ou mesmo, diminuída.

Apesar das controvérsias envolvendo o tema das hipóteses de exclusão de responsabilidade não previstas pelo diploma consumerista, parte da doutrina aqui já citada, se mostra a favor da inclusão do caso fortuito e da força maior como meios de defesa do fornecedor de serviços, pela perda do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado ao consumidor.

No caso da boate Kiss, em tese o que se verifica é a possibilidade remota da utilização de umas das excludentes de responsabilidade pelos proprietários do estabelecimento noturno. No presente caso, difícil será alegar que não houve falha na prestação do serviço, e ao mesmo tempo alegar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, de acordo com as fontes citadas. Da mesma forma, não se vislumbra a ocorrência de caso fortuito ou força maior, capazes de elidir o dever a ser reparado. Sendo assim, é a responsabilização que se impõe.

Ainda, deixa-se claro que, o presente trabalho não possui pretensão de realizar um pré-julgamento dos fatos ocorridos na tragédia da boate Kiss, bem como trazer influências ao Judiciário quando da análise do caso. Aqui, objetiva-se apenas realizar um estudo teórico-científico a respeito da possível responsabilização dos proprietários de casas noturnas, tendo em vista as inúmeras ocorrências de eventos danosos semelhantes em razão da falta de condições de segurança e fiscalização pelos responsáveis devida.

A lógica da busca pelo faturamento em detrimento da vida e segurança dos consumidores leva a uma inversão de valores. Entende-se, assim, que a busca por lucro deve ser respeitada, mas acima de tudo, realizando-se sem comprometer a qualidade da vida dos frequentadores dos estabelecimentos.

Costa (2014) também refere, através de uma comparação com a tragédia da referida boate argentina, que no caso do estabelecimento Kiss observa-se maior lentidão com a condução dos processos, responsabilização, prisão dos agentes. Muito haverá para ser discutido na justiça, momento em que poderão ou não ser responsabilizadas as espécies de fornecedores neste trabalho estudadas, os proprietários de casas noturnas.

Assim, a responsabilidade civil dos proprietários de casas noturnas é a medida que se impõe quando preenchidos os pressupostos para sua configuração, independentemente da análise de culpa. Sua responsabilização surge da equiparação ao fornecedor de serviços previstas no Código de Defesa do Consumidor, conceituada em seu artigo 14. Apesar de difícil a prova, no entanto, aos referidos agentes é possibilitada a defesa através das hipóteses de exclusão do dever de indenização previstas no referido diploma, assim como outras aceitas pela doutrina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, entende-se que o deslocamento da responsabilidade da espécie subjetiva para objetiva foi uma exigência ante o desenvolvimento industrial ocorrido no século XX, intensificando as relações de consumo. Como consequência, a promulgação de um Código do Consumidor conferiu maior proteção ao consumidor frente às desigualdades entre este e o fornecedor de serviços.

Enfrentada esta questão, a partir da definição do fornecedor como aquele que desenvolve atividade empresarial, de forma habitual, concreta se mostra a possibilidade de equiparação da figura deste com a de proprietários de casas de espetáculos, já que estes também desenvolvem atividade essencialmente empresária, visando ganho econômico, de forma usual.

Dessa forma, a responsabilização do fornecedor de serviços/proprietários de casas noturnas se caracteriza quando presentes os pressupostos para sua ocorrência, quais sejam, o dano e o nexo de causalidade, sem necessidade de aferição da culpa na conduta do agente, por tratar-se de responsabilidade objetiva. A responsabilidade surge então, da prestação defeituosa do serviço pelo fornecedor, o qual resulta em danos ao consumidor, decorrente da violação do dever de segurança que do agente responsável se espera.

Como decorrência, a responsabilidade é regra, pois o fornecedor/proprietário responde independentemente da análise de culpa, com exceção das hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor e pela doutrina, as quais trazem a possibilidade de eximir ou mesmo excluir dever de reparação dos agentes. Ainda que a sua prova seja de difícil comprovação, são hipóteses que merecem um estudo aprofundado pois definem o grau de responsabilização civil de seus responsáveis.

Assim, quando demonstrado que não houve falha na prestação do serviço, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou mesmo as possibilidades que, embora não contempladas pela legislação consumerista, são elencadas pela doutrina, quais sejam, caso fortuito e força maior, a quebra do nexo de causalidade faz com que inexista o dever de indenização do agente.

A partir das análises realizadas dos três exemplos de tragédias acontecidas neste século, chegou-se a conclusão de que em tese, a responsabilidade se impõe, haja vista a inexistência de excludentes a serem demonstradas em relação aos referidos casos. No entanto, sem pretensão de realizar julgamento antecipado dos casos narrados na boate Kiss, impõe-se

aguardar a realização dos trabalhos do Poder Judiciário e do Ministério Público gaúchos, momento em que serão apuradas, dirimidas ou mesmo excluídas as responsabilidades dos fornecedores/proprietários.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Tragédia na boate kiss**: informações sobre a denúncia criminal e outras providências, 2013?. Assessoria de imprensa do MP/RS. Disponível em:

<<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2: Responsabilidade civil.

COSTA, Letícia. **Punições por incêndio em boate argentina encorajam brasileiros**, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/punicoes-por-incendio-em-boate-argentina-encorajam-brasileiros-4672349.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 1993. v. 7: Responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY, Priscilla. **Engenheira aponta mudanças na legislação dos EUA e resultados após incêndio na boate The Station**, 2015. Disponível em:

<http://www.revistaemergencia.com.br/noticias/leia_na_edicao_do_mes/engenheira_aponta_mudancas_na_legislacao_dos_eua_e_resultados_apos_incendio_na_boate_the_station/AQjiJjyA/7700>. Acesso em: 02 set. 2015.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALACIOS, Ariel. **Em 2004, tragédia em boate na Argentina matou 194**, 2013. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,em-2004-tragedia-em-boate-na-argentina-matou-194-imp,-989659>>. Acesso em: 02 set. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Saraiva 2003. v. 4: Responsabilidade civil.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. do livro Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

UCHOA, Pablo. **Nos EUA, incêndio fatal em boate levou a prisões e indenizações**, 2013. Disponível em:
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/01/130127_incendio_boate_rhode_island_pu.shtml> . Acesso em: 02 set. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4: Responsabilidade civil.

_____. **Direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.