

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PERANTE A OMISSÃO DA CONVOCAÇÃO AO RECALL

SANTOS, Felipe Michael Heidrich ¹

HOFFMANN, Eduardo ²

RESUMO:

O presente artigo pretende expor, de forma objetiva, a responsabilidade civil incorporada ao fornecedor, o qual age cautelosamente para reparação do dano, perante a omissão do consumidor ao chamado do procedimento, nomeado: *recall*. Percebe-se que este tópico não recebe uma grande demanda de estudos, ou não refere ao mesmo com devida atenção. Primordialmente, vale ressaltar que a omissão é caracterizada como nexos causal, o qual, infelizmente, não recebe merecida reflexão. Sendo assim, também faz-se necessário observar quem, conforme a norma jurídica, é omissor a determinado resultado. Pretende-se realizar um breve levantamento e reflexão sobre como é analisada a culpa, caracterizando a responsabilidade assumida. Para tanto, serão apontados casos concretos e possíveis tratamentos jurídicos, perante o tema tratado. Serão, ainda, analisados os posicionamentos dos tribunais da doutrina e da legislação vigente. A relevância do tema situa-se perante a importância que o chamado *Recall* engloba e o modo como esse serviço deveria ser atendido, evitando possíveis danos futuro, sejam eles a contra a saúde consumidor ou a de terceiros.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Omissão, Recall.

LIABILITY OF THE SUPPLIER TO THE OMISSION OF THE CALL TO RECALL

ABSTRACT:

This article intends in an objective way expose the civil liability incorporated to the supplier, who acts cautiously to repair any damage, due with the omission of the consumer to the procedure request, named: recall. It is known that this topic does not receive a great demand of studies, or does not refer to it with necessary attention. First of all, it is worth mentioning that omission is characterized as causal link, which, unfortunately, does not receive deserved reflection too. Therefore, it is also necessary to observe who, according to the legal norm, stay omitted to a certain result. It is intended to make a brief assessment and reflection on how this sentence is analyzed, characterizing the responsibility assumed. In order to study all the topics, concrete cases and possible legal treatments will be mentioned, in relation to the subject. The positions of the courts, and the current legislation will also be analyzed. The relevance of this article remains into the importance that the so-called Recall includes and how this service should be fulfilled, avoiding possible damages, against consumer or third-party health.

KEYWORDS: Civil Liability, Omission, Recall.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, visa refletir sobre responsabilidade civil. O tema, portanto, englobará o paradigma de responsabilidade civil adotado, perante a omissão do consumidor ao *recall*.

O *recall* é, basicamente, o procedimento adotado pelo fornecedor para solicitar aos consumidores a reparação ou troca de determinado produto colocado no mercado. As aberturas e

¹Estudante do Curso de Direito da FAG – Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz, E-mail: felipe_heidri@hotmail.com

²Docente Orientador, adv.hoffmann@hotmail.com

convocações dos *recalls* aumentam anualmente, e, atrelado a isso, é notável o aumento ao não atendimento de tais chamados.

O CDC (Código de Defesa do Consumidor), assegura o direito à informação e segurança ao utilizar determinado produto ou serviço; portanto, é de suma importância a divulgação do *recall*, no entanto, tal divulgação, sobre o objeto do *recall*, deve ser clara e precisa.

Do mesmo modo que aumentam as convocações, também há uma grande lacuna, ao que tange o não atendimento ao chamado do fornecedor, com isso, os consumidores encontram-se expostos a riscos à saúde, vida e segurança. De acordo com o artigo 931 do Código Civil e o CDC, a responsabilidade do defeito ou dano causado pelo defeito do produto posto em mercado, é inteiramente do fornecedor, ainda que não apresente culpa, mas, o que acaba sendo discutido é o modelo de responsabilidade endereçado ao fornecedor, em caso o consumidor não compareça ao chamado.

A doutrina e a norma, entendem que responsabilidade é um caráter objetivo, com isso, fica evidente uma má-interpretação perante a omissão ao recall que causaria uma culpa concorrente ao dano.

O presente estudo, diz respeito ao modo como deve ser tratada tal responsabilidade e, além disso, reflete-se uma alternativa para os casos observados, visto que a culpa não deve ser considerada totalmente do fornecedor, em caso de alinhamento em todas as regras prescritas em lei. Consequentemente, a discussão do referido tema, torna-se relevante, visto que alerta a população diante do risco à própria saúde.

Na medida em que o proprietário do produto opta pela omissão ao que tange o comparecimento de um chamado feito pelo fornecedor, em caso de dano, decorrente do problema relacionado ao recall, não seria uma hipótese alterar a responsabilidade do fornecedor?

Em caso de o fornecedor estar em concomitância a todos os critérios estabelecidos, para que haja a convocação e divulgação do *recall*, de maneira clara, existe a previsão de reparação ou a troca do objeto, sempre de maneira gratuita. Caso o proprietário decida não comparecer, fica evidente o caso de culpa concorrente da vítima. Sendo assim, é possível uma diferente interpretação a respeito da responsabilidade do fornecedor.

A partir disso, destacam-se os seguintes objetivos específicos: a) esclarecer, após criteriosa análise ao Código de Defesa do Consumidor, e com todo o respeito ao artigo 931 do Código Civil, a responsabilidade dos fornecedores, a qual merece mais atenção, quando atingidas todas diretrizes possíveis à proteção a segurança do consumidor; b) elucidar que a análise do seguinte tema vem

sofrendo uma espécie de má-interpretação pelo Judiciário, visto que a omissão também gera nexo causal; c) examinar a importância do *recall* e suas consequências pela não utilização do mesmo, espelhando a relevância do Código de Defesa do Consumidor perante o tema tratado em tela; d) ressaltar as espécies de responsabilidades dos fornecedores ao colocar produto em mercado e aspectos da responsabilidade civil, perante a omissão ao Recall. Ademais, pretende-se exteriorizar casos concretos, os quais vem sendo tratados a respeito do respectivo tema.

2 RECALL E A CONDUTA DO CONSUMIDOR

2.1 DIREITOS DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é uma excelente norma, traz garantias e deveres, tanto do consumidor quanto do fornecedor. O texto busca o bom convívio de ambos e pretende que ninguém seja explorado, firmando, assim, um equilíbrio na relação de consumo.

O chamando direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante (HERMAN V. BENJAMIN; LIMA MARQUES, & ROSCOE BESSA, 2013, p. 31).

Os direitos básicos estão elencados no Código de Defesa do Consumidor, lê-se:

Art. 6 São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

(BRASIL, 1990).

Conforme apresentado, são inúmeros os direitos do consumidor, contudo, reserva-se especial atenção ao primeiro inciso, de maior relevância para este trabalho, que é, a proteção à vida, saúde e segurança. Nos dizeres de Benjamin; Marques, & Bessa (2013, p. 70) “este direito básico de segurança é um fundamento único ou fonte única do dever de segurança ou de cuidado dos fornecedores quando colocam produtos e serviços no mercado brasileiro”.

Conforme Bruno Miragem (2013):

O direito à vida, contudo, antes de ser um direito básico do consumidor, configura-se como direito essencial da personalidade, e direito fundamental consagrado na Constituição da República (artigo 5º, *caput*). Portanto, é nesta dimensão que deve ser compreendido, razão pela qual será um direito cuja proteção e garantia terá preferência com relação aos demais direitos em hipótese de colisão. Trata-se, da mesma forma, de um direito indisponível, não podendo sofrer qualquer espécie de limitação voluntária, de natureza contratual, ou por intermédio de renúncia à proteção oferecida pelo ordenamento jurídico (MIRAGEM, 2013, p. 189).

O CDC, ao ocupar-se da proteção do consumidor, vai prever de modo expresse a preservação de seu direito à saúde e à segurança em diversas disposições. A segurança dos produtos ou serviços ofertados pelos fornecedores no mercado de consumo é estabelecido no Código em diversos momentos. A garantia de segurança será ao mesmo tempo um princípio da atuação do Estado (artigo 4º, II, d) e direito básico do consumidor (artigo 6º, I). E constituirá dever do fornecedor e relativamente aos produtos e serviços oferecidos no mercado (artigo 8º a 10), na proibição da publicidade abusiva (artigo 37, §2º). Ao mesmo tempo, vai fundamentar a imposição de sanções administrativas (artigo 58) e penais (artigos 63 a 66, e 68) (MIRAGEM, 2013, p. 190).

Sendo assim, é constatado que o CDC, busca a prevenção de riscos e danos que determinado produto possa causar aos consumidores. O mesmo documento garante, ainda, direitos básicos, os quais são incontestáveis, o mínimo que Estado deve oferecer à população.

2.2. RECALL: O QUE É?

O *recall* é o procedimento pelo qual se busca a convocação do referido comprador para

apresentar a correção ou substituição de produto que veio a apresentar, após a venda do mesmo, algum problema. Ao contrário do que alguns cogitam, a obrigatoriedade da fabricante, em consertar, não prescreve, ou seja, após o anúncio, pode-se levar o produto a qualquer tempo à fabricante. Tal serviço é, obrigatoriamente, gratuito, independentemente de o produto já ter sido vendido a terceiro ou não. O mecanismo para o chamado é baseado pelo direito à informação e busca sempre a garantia da segurança do comprador.

Vale ressaltar a importância do *recall*, elencado no CDC:

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

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

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito (BRASIL, 1990).

Posto isto, conclui-se que a partir do momento do conhecimento da periculosidade que o produto apresenta, é orientado conforme letra de lei, ao fornecedor fazer o *recall* (em *inglês* = *chamar de volta*), para o saneamento do vício.

Como mencionado no site do Ministério da Justiça do Governo Federal: “Assim, o *recall* só termina quando o risco à saúde e à segurança for eliminado do mercado de consumo, ou seja, quando 100% dos produtos afetados pelo defeito forem reparados ou recolhidos”.

Apesar do ordenamento jurídico amparar o consumidor, sempre que possível, o caso do *recall* ainda é observado de modo banal para muitos, visto que a maioria das solicitações não são atendidas pelos clientes:

RIO — O brasileiro não tem dado muito importância às campanhas de *recall*. Segundo levantamento da Fundação Procon-SP, órgão vinculado à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, feito com base em pesquisa no Banco de Dados de Recall, apenas 12,82% dos veículos chamados nas campanhas realizadas no 1º semestre deste ano compareceram às concessionárias para realizar os reparos que envolvem risco de acidentes. De janeiro a junho deste ano, foram feitas 57 campanhas de *recall*, atingindo 911.028 unidades, mas apenas 116.830 veículos voltaram às concessionárias para realizar os reparos (O GLOBO, 2016).

Percebe-se uma falta de interesse por parte dos consumidores, mesmo a fornecedora atendendo a todos os requisitos, o índice de comparecimento relatado é pequeno, gerando, assim, um perigo ao próprio consumidor e a terceiros, por consequência.

2.3. RECALL E A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Para adentrar, necessariamente, ao título, é preciso promover uma breve análise sobre responsabilidade civil.

A responsabilidade parte do preceito de que todos possuem um dever jurídico originário, e que, ao viola-lo, nasce outro dever sucessivo, que seria o de indenizar, ou seja, todos possuem responsabilidades datadas por ordenamento jurídico. A partir do momento em que são violadas essas obrigações e, com isso causa-se danos a outrem, parte-se para uma outra responsabilidade, a de indenizar, por motivo de tentar se igualar novamente ao passado como estava.

Neste sentido menciona Cavalieri Filho (2014) que neste momento entra a noção de responsabilidade civil, seria a ideia de contraprestação, a noção de responsabilidade seria o desvio de conduta, qual a partir de então entraria na obrigação de reparar o prejuízo decorrente desta conduta.

A responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual, sendo a primeira estabelecida pela vontade das partes, ou seja, já sabendo previamente as consequências do adimplemento. Na segunda, não há meios de mensurar as consequências previamente, é medida pela extensão do dano causado, referido ao não cumprimento da norma. Para o CDC, não há esta divisão. Por força do disposto nos arts. 17 e 29, ambos do CDC afastaram essas diferenças.

O fato gerador de responsabilidade civil é a conduta, que advém de uma ação ou omissão. A partir do momento que se faz ou se deixa de fazer algo e se causa dano à alguém, tem-se uma conduta, e logo, o dever de indenizá-las, sendo avaliada a indenização pelo tamanho do dano causado.

Desta feita, há duas espécies de responsabilidade: a subjetiva e objetiva, devendo, em ambas, existirem conduta, nexo causal e dano - pressupostos da responsabilidade civil. No entanto, na responsabilidade subjetiva, deve-se provar que a conduta foi culposa (violação do direito – art. 186/cc) dentro da conduta.

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela sem seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra *culpa* está sendo aqui empregada sem sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros, como haveremos de ver (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Portanto, como segundo pressuposto de responsabilidade civil, é averiguado o nexo causal, que consiste em saber qual relação deve existir entre o dano e o fato. Tal relação será a causa do dano. É um elemento referencial entre a conduta e o resultado. Nos dizeres de Cavalieri Filho (2014, p. 63), “é um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

Entre diversas teorias sobre o nexo de causalidade, a acolhida pelo direito civil seria a da causalidade adequada. Para Cavalieri Filho (2014), a causa seria o antecedente adequado a formação do resultado, contudo, caso houvesse uma concorrência para o resultado, seria escolhida a mais adequada a formação do resultado.

Ocorre que, com essa teoria a causa concorrente acaba sendo insignificante para a responsabilidade civil, pois ela abrange uma incerteza perante as avaliações de probabilidade, sendo assim, argumentou-se por muitos que probabilidade não é certeza.

Deste modo, há inúmeras vertentes sobre qual seria a teoria adotada pelo código civil. Como aponta Schereiber (2015), a adotada foi a teoria da causalidade direta e imediata, que declara como causa jurídica o evento vinculado diretamente ao dano, sendo assim, não haveria interferência de condições sucessivas.

Como terceiro pressuposto da responsabilidade civil, cita-se o dano, que, conforme afirma Cavalieri Filho (2014), consiste em uma lesão a um bem ou interesse tutelado, tanto a um bem patrimonial, quanto a um bem de personalidade da vítima, como honra, imagem e liberdade. Sendo assim, seria a configuração de uma lesão a um bem jurídico patrimonial e moral.

De fato, para assegurar o direito do consumidor, tem-se no CDC, a responsabilidade dos fornecedores pela colocação do produto no mercado:

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

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

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

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

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

(BRASIL, 1990).

A norma fortalece a relação entre consumidor e fornecedor, aplicando várias regras para garantir uma boa relação jurídica, vez que o consumidor é vulnerável, isto é, não tem conhecimento específico do produto, cabendo ao fornecedor, apresentar-lhes.

Posto isto, o fornecedor responde objetivamente, diferenciando-se da subjetiva, pelo fato de que será responsabilizado, independentemente de culpa, por qualquer dano causado pelo produto em mercado.

Assim sendo, apesar do tema aparentar simples complexidade, a responsabilidade objetiva carece de uma análise mais otimizada. Visto que, em sua configuração fica provado a existência do nexo de causalidade entre conduta e danos.

Tal modalidade decorre, segundo Anderson Schreiber (2015), por haver uma falta moral do sujeito vinculado a sua conduta, destarte, a culpa é um elemento de tortuosa comprovação.

A responsabilidade objetiva é adotada pela teoria do risco:

Atento a nova axiologia constitucional, o Código de Defesa do Consumidor veio a instituir a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços criando um sistema de responsabilização livre do fator subjetivo da culpa e abrangente de um vasto campo de relações na sociedade contemporânea. Em 2002, o novo Código Civil, tão tímido em outras matérias, consolidou corajosamente a orientação constitucional no campo da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, converteu em objetiva a responsabilidade aplicável a uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida, como a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais. Além disso, elegeu a responsabilidade objetiva em novas hipóteses como aquela relativa a responsabilidade

empresarial “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (art. 931). (SCHREIBER, 2015, p. 21).

Ao tratar do tema, é visto que a teoria tratada demanda mais atenção. Segundo Schreiber (2015), qualquer atividade humana produzirá risco aos direitos alheios. Ocorre que, o legislador pretendeu aludir aos riscos elevados, que apresentam um verdadeiro perigo de dano, e não uma simples atividade empresarial.

A teoria tratada está em um momento questionável. É possível listar inúmeras causas em que o responsável acaba sendo injustiçado pela responsabilidade a qual lhe é imputada. A título de exemplo, é tratado no presente artigo a responsabilidade do fornecedor que obedece todas as regras regidas pela norma jurídica e vem a incorrer em uma injustiça, pelo fato da omissão do consumidor.

O fato da responsabilidade objetiva não adentrar no mérito da culpa vem ocorrendo. Em caso de culpa, do próprio consumidor, a mesma não padece de análise, visto a teoria do risco.

A análise das hipóteses legais revela um segundo aspecto: o de que a construção do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece dirigida a anseios de imputações subjetiva que, hoje, já não se mostram tão necessários. Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas. (SCHREIBER, 2015, p.30).

Para Schreiber (2015), a opção legislativa de em determinados fatos ocorrer a análise da culpa e em outros não, está errada. Ocorre que, pode haver averiguação pelo fato de o sujeito responsável realmente estar acarretado de evidência, quanto pode outro fato qualquer ser objeto de culpa. O autor afirma que a concepção objetiva da culpa, torna dificultosa a demonstração da mesma, visto que implica em um flagrante divórcio entre a culpa e a sua tradição moral. O agente não é responsabilizado por sua ação reprovável no sentido moral, assim sendo, o indivíduo, tecnicamente responsável, é dado como culpado, mesmo tendo feito o seu melhor para evitar o dano.

Assim, torna-se evidente, nos dias de hoje, que não é averiguado o grau de culpabilidade do consumidor, o qual pela omissão de *recall*, tratada no presente artigo, também possui parcela no dano causado.

Ao que diz respeito ao nexo causal, nota-se uma posição eclética dos tribunais. Inúmeras teorias adotadas, nas quais existem julgados sustentados pela teoria da equivalência e da condições, enquanto outros optam pela causalidade adequada, ou seja, não há um padrão que sirva como base.

Conforme Schreiber (2015), mesmo na ausência de nexo causal, perante qualquer teoria adotada, as cortes acabam condenando o responsável, apenas, para não deixar a vítima sem reparação. O autor mostra que o chamado de presunção de nexo causal seria apenas uma etapa lógica qual o juiz se valeria de regras comuns para haver se houve a relação entre conduta e dano, ocorre que em várias ocasiões os juízes qual pode se debater uma excludente de responsabilidade, o magistrado não se atenta em explicar a causalidade jurídica, e sim apenas expandir a margem de discricionariedade do juiz.

Como mostrado, o magistrado vem tratando a responsabilidade objetiva sem dar atenção aos fatos, devidamente, ocorridos. Objetivando, apenas, atingir o ressarcimento ao consumidor.

2.4 RESPONSABILIDADE E A EXCLUSÃO DA ILICITUDE

As causas excludentes de responsabilidade civil, conforme Cavalieri Filho (2014), apesar de aparentemente ser algo notório, visto que ninguém pode responder por algo que não tenha dado causa, merecem cautela ao serem debatidas, pelo fato de que, não é raro que pessoas “aparelhadas” a determinada responsabilidade, responderem por eventos que não deram causa. Tal causa, que ocorre por caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiros.

O fato exclusivo da vítima é concebido quando o agente causador do dano, for, diretamente, a vítima, sendo assim, exclui-se o nexo causal ao ilusório direito do dano.

Adverta-se uma vez mais, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade. O código do Consumidor, em seus art. 12 § 3º, III, e 14, § 3º, II, inclui expressamente a culpa exclusiva do consumidor entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 87).

De acordo com Schreiber (2015), a culpa exclusiva da vítima, conceitua-se mais em um problema de causalidade, do que uma interferência na culpa, pois é verificado que: em um mesmo

ato praticado por sujeitos inimputáveis, admite-se como excludente de responsabilidade do agente, e, a culpa concorrente da vítima, geralmente, não se reconhece a qualquer efeito.

Já o fato de terceiro, é a ação em que se origina o direito sucessivo partindo de terceiro. Assim sendo, ele será o único responsável pelo dano causado. Tal feito, torna-se possível quando nenhuma relação de nexos causal do suposto responsável com o dano é comprovada.

Como nos mostra Cacalieri Filho (2014) o fato de terceiro quando romper o nexos causal entre agente e o dano sofrido pela vítima, excluirá a responsabilidade, necessariamente precisa deste rompimento.

A respeito do caso fortuito e força maior, excluiu-se a responsabilidade, em virtude de, o suposto agente causador do dano, não ter como controlar a conduta a qual gera o dano. O mesmo está disciplinado no Código Civil, no 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 (BRASIL, 2002).

O tema acolhe um conflito doutrinário, a respeito da definição de caso fortuito e força maior. Compreende-se, por diversos doutrinadores, que não há diferença entre os termos, entretanto, para outros, há um conceito específico sobre:

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o act of God, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 88,89).

Com isso, sendo distintos ou não, ambos são passíveis de exclusão de responsabilidade, pois há ausência de culpa do suposto agente causador.

2.5. OMISSÃO DO CONSUMIDOR

Salientando-se a importância do recall, é extremamente necessário, também, que o consumidor atenda ao chamado, fato que, como relatado, não ocorre de forma massiva. O não

comparecimento ao recall, é um caso que desponta grande discussão jurídica. Cita-se o caso de Gil Vicente:

Gil Vicente e sua família ajuizaram ação de indenização por dano moral contra a Fiat. Alegaram que, quando deram partida no carro, houve o acionamento e explosão do air bag, o que lhes causou dano moral. A primeira instância condenou a Fiat a pagar R\$ 16 mil a Gil Vicente, R\$ 6 mil a sua mulher e R\$ 3 mil a sua filha (CONSULTOR JURÍDICO, 2008).

Em recurso de apelação, a Fiat alegou culpa exclusiva da vítima. Em recurso especial, o Ministro compreendeu da seguinte forma:

CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE. RECALL. NÃO COMPARECIMENTO DO COMPRADOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE. - A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção a RECALL, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar. (STJ, 2008).

Como se observa no caso concreto, o consumidor não compareceu ao recall, apesar do chamado da empresa. Tempos depois, entretanto, ocorre o acidente devido ao defeito do bem. Nota-se a omissão, porém não há configuração como causa concorrente ao dano.

A toda a evidência, não se configura a causalidade, ou não se firma o nexo causal entre a vítima e uma terceira pessoa. Não cabe atribuir ao dono da coisa a causa que serviu de instrumento na perpetração da lesão. Se o empregado, contrariando o bom-senso e as orientações das normas de segurança, simplesmente retira as luvas das mãos, ou os equipamentos que isolam contatos diretos condutores de eletricidade; ou se voluntariamente não desliga uma máquina antes de proceder um conserto; ou se assume a direção de um veículo encontrando-se embriagado, e vindo a acontecer danos, o nexo causal não se localiza na atividade em si, mas na assunção de uma conduta atípica que conduziu ao resultado lesivo. (RIZZARDO, 2011, p. 97,98).

O magistrado, conforme a norma, entende ser responsabilidade objetiva da fornecedora. Por isso, não depende de culpa para ser responsabilizada. O fato de ocorrer o chamado ao recall, é considerado o nexo de causalidade, não sendo, portanto, em determinadas ocasiões, analisada a omissão do consumidor, que concorre para o dano.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE COM MOTOCICLETA. POSTERIOR RECALL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO DO PRODUTO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Complexidade da causa inócua. Inexiste qualquer complexidade na causa a ensejar a incompetência do JEC para o julgamento da lide. Não é necessária a realização de prova pericial, no caso concreto, haja vista que o conjunto probatório acostado ao feito, especialmente o comunicado de recall para substituição do sensor de queda, leva à conclusão de que o defeito implicou no acidente ocorrido com o

autor. Ademais, à parte ré é facultada a possibilidade de acostar parecer técnico, entretanto, não o fez. 2. O contrato de fls. 16/18, comprova a aquisição da motocicleta em janeiro de 2012 e o acidente ocorreu em novembro de 2012. Ao passar por um quebra-molas, o veículo desligou automaticamente e travou a roda ensejando a queda. A testemunha que socorreu o autor relatou que o presenciou passar e em instantes, sem motivo aparente, ele caiu, sendo que não estava em velocidade alta. A segunda testemunha confirmou o conserto da motocicleta que foi realizado na oficina mecânica de sua propriedade. 3. O presente contexto leva à conclusão que a queda inexplicada adveio da falha do sensor de queda como descrito e especificadas as razões técnicas no documento de convocação de recall à fl. 29 dos autos, redigido em fevereiro de 2013, com chamamento desde julho de 2012. 4. Trata-se de... responsabilidade pelo fato do produto, que é objetiva, conforme previsão do art. 12 do CDC. Desse modo, demonstrados os danos decorrentes de defeito na motocicleta, que ocasionaram o acidente sofrido pelo autor, evidenciado o dever de indenizar os prejuízos sofridos. 5. No que se refere aos danos materiais, demonstrados os prejuízos decorrentes dos danos na motocicleta e com medicamentos para tratamento das lesões corporais sofridas, a indenização segue mantida no valor de R\$ 3.010,43. 6. Evidenciado o sofrimento do autor, em decorrência da violação à sua integridade física, conforme se verifica da fotografia de fls.28 é de ser mantida a condenação em danos morais. Quantum indenizatório fixado em R\$ 8.000,00, todavia, que deve ser reduzido a R\$ 3.000,00 a fim de se adequar aos parâmetros fixados por esta Turma recursal. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso Cível Nº 71004635983, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 28/10/2014). (TJ-RS, 2014).

É notória a comprovação de que ocorreu um chamado ao recall, no caso concreto. Com isso, observa-se, também, a equivocada interpretação ao que diz respeito a responsabilidade da fornecedora, perante a omissão do consumidor.

Conforme Benjamin, Marques, & Bessa (2013), exclui-se a responsabilidade à culpa exclusiva da vítima, porém não à concorrente; à excludente não se aplicará, em caso de concorrência, entre um defeito do produto e um comportamento da vítima.

Tratando a respeito da omissão, a mesma elenca-se no art. 186 do CC/02, de modo que: por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Como mencionado anteriormente, o magistrando não atende ao grau de culpa, o qual o consumidor vem a ter, ou deveria de ter sobre o dano. Torna-se evidente que a omissão, conforme norma jurídica é um ato ilícito. Ora, visto que se caracteriza um ato ilícito, por que a mesma vem ofuscando os olhares do magistrado?

Neste sentido, Schreiber (2015) mostra que a culpa configura-se como uma importante característica da responsabilidade civil, na qual existe hipóteses que o grau de culpa adota uma relevante celebridade, e que, além disso, a mesma deve proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações.

Seria excêntrico dizer que somente a omissão causou o dano à vítima, pois, sem o defeito do produto, nada aconteceria. Contudo, há de se relevar que tal fato concorre ao resultado. Rizzardo (2011), salienta que a indenização se reparte quando há culpa concorrente e, esta ocorrerá quando os dois atos culposos ocasionem o mal sofrido, ou seja, duas causas originadoras do evento.

A culpa concorrente, está elencada no Código Civil, no art. 945: 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 (BRASIL, 2002).

Mesmo o Código de Defesa do Consumidor não tratando, expressamente, da culpa concorrente, a justiça aprova a modalidade:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. - Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. - A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. - A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte. (STJ, RECURSO ESPECIAL : REsp: 287849 SP 2000/0119421-6. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 17/04/2001 , 2001).

Cita-se, além disso:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. "PINGENTE". CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES DA CORTE. - É dever da transportadora preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. II - a responsabilidade da companhia de transporte ferroviário não é excluída por viajar como "pingente", podendo ser atenuada se demonstrada a culpa concorrente. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido (STJ, JusBrasil, 2006).

No direito estrangeiro, é averiguado a previsibilidade da vítima como mostra Schreiber (2015) que menciona que a pré-condição da vítima seria um pressuposto de nexo causal, que no sistema de *common law* a condição da vítima teria um peso considerável na avaliação da negligência.

Assim, ocorre que a previsibilidade do dano, no presente trabalho, seria a de o consumidor saber que o produto padece de defeito e conseqüentemente fazer o lógico, comparecer ao recall, proem mesmo assim, decide optar por omitir-se a repará-lo, nesse caso, tal consumidor deve ser responsabilizado por possíveis danos futuros.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o estudo levantado, *recall* é descrito como uma ferramenta muito importante. Tanto para o bom relacionamento jurídico entre as partes, quanto para a garantia da segurança do consumidor, assim sendo, o chamado deve ser atendido.

Tratando-se de matéria extremamente importante, a responsabilidade perante os fatos narrados, vem sofrendo uma falha no quesito interpretação jurídica, visto que, a omissão não é configurada como nexos causal, mesmo concorrendo para o caso. O código civil é extremamente ostensivo ao mencionar que a omissão voluntária é caracterizada como ato ilícito.

Dado o exposto, é nítido que o ao do consumidor, deve ser ao menos analisado para que assim seja concluída uma responsabilidade um pouco mais justa.

O Código de Defesa do Consumidor, trata somente da culpa exclusiva da vítima, observando-se um hiato ao que tange o tratamento da culpa concorrente, gera assim, um julgado extremamente desproporcional ao caso, visto que o assunto fica à mercê de várias convicções diferentes e a conduta do consumidor é ofusca aos olhos do magistrado, assim o mesmo aplica a responsabilidade somente ao fornecedor qual agiu corretamente para solucionar o caso.

Com isso, há que se falar em um tratamento diferenciado ao fornecedor, perante a omissão ao *recall*. Visto que o consumidor desenvolvendo uma conduta omissiva resultante para o ato lesivo, não cumpre com seu dever social, sendo assim ele deve ser responsabilizado por tal conduta, e o fornecedor responsabilizado corretamente.

Tendo em vista os aspectos observados, é indubitável o modo qual é tratada matéria de tão relevância, o magistrado não julga com clareza, além do mais, julga cada caso de maneira diferente, os elementos da responsabilidade civil são interpretados de várias formas, sendo assim, observa-se que tal matéria carece de um estudo mais aprofundado perante o magistrado, qual vem a tratando o tema simplesmente com um único rumo: responsabilizar o fornecedor independentemente de sua conduta ou não.

Destarte, o fornecedor que conforme a norma jurídica cumpre os requisitos, evidentemente que o mesmo não pode arcar com a responsabilidade sozinho, visto que o consumidor simplesmente se omitiu a uma conduta qual é óbvia para toda sociedade: comparecer ao fornecedor para que o mesmo saneie tal defeito.

Portanto, entende-se que sem o defeito do produto, de fato, não sealaria a princípio em nexos causal, mas não se pode desviar olhares à omissão do consumidor, qual com sua conduta

extremamente ilícita concorre para concretização do fato, visto que se comparecesse ao local, evitaria o resultado.

Só nos resta esperar, que haja uma análise mais rigorosa sobre determinada matéria, visto que, o fornecedor embora apresente todos os meios possíveis para se evitar o dano, está sendo responsabilizado de forma errônea perante o caso, a conduta do consumidor se quer está sendo explorada, ficando assim, uma injustiça perfeitamente visível sendo aplicada a sociedade.

REFERÊNCIAS:

BENJAMIN, A.H.V; MARQUES, C.L.; BESSA, L.R. **Manual de direito do consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código civil. **Promulgada em 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Código de defesa do consumidor. **Promulgada em 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Código de Defesa do Consumidor**. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. – Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 17 de abril de 2001. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305087/recurso-especial-resp-287849-sp-2000-0119421-6>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE. RECALL. NÃO COMPARECIMENTO DO COMPRADOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE**. A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção a RECALL, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 24 de março de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7091945/recurso-especial-resp-1010392-rj-2006-0232129-5-stj?ref=serp>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. **DANOS MATERIAIS E MORAIS**. ACIDENTE COM MOTOCICLETA. POSTERIOR RECALL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO DO PRODUTO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS E MORAIS. Relator: Min. Fabiana Zilles. Acórdão de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151296652/recurso-civel-71004635983-rs/inteiro-teor-151296830?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **TRANSPORTE REFFOVIÁRIO**. 'PINGENTE'. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES DA CORTE. Relator: min. Castro Filho. Acórdão de 19 de setembro de 2006. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054510/recurso-especial-resp-226348-sp-1999-0071371-0?ref=serp> > . Acesso em: 08 nov. 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. **Faltar a recall não afasta responsabilidade de fabricante.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-mar-31/faltar_recall_nao_afasta_responsabilidade_fabricante> Acesso em: 02 de nov. 2018.

FILHOS, S.C. **Programa de responsabilidade civil.** 11.ed. São Paulo: ATLAS S.A. 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA GOVERNO FEDERAL. **Recall.** Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca>. Acesso em: 11 de set. 2018>. Acesso em:

O GLOBO. **Apenas 12% dos veículos efetuaram recall no Brasil este ano.** Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/apenas-12-dos-veiculos-efetuara-recall-no-brasil-este-ano-20272485>>. Acesso em: 02 de nov. 2018.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 6.ed. São Paulo: ATLAS S.A. 2015.