

PRISCILLA DA SILVA SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PELOS
RISCOS DO DESENVOLVIMENTO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Marlon Tomazette

BRASÍLIA

2010

Aos meus pais, maiores referências em minha vida, pelo apoio irrestrito.

Ao professor Marlon Tomazette, pela orientação e pelos conhecimentos adquiridos. Ao Gustavo, pela compreensão e cumplicidade.

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico e científico trouxe mais riscos à capacidade produtiva do homem, transformando aquela produção artesanal e mecânica em produção de massa, em grande quantidade. Assim, um único erro de concepção, um vício de fórmula, um defeito de produção, pode vir a causar danos a milhares de consumidores. Desse modo, a necessidade de efetiva proteção ao consumidor contra os danos decorrentes dos erros técnicos e falhas no processo produtivo conduziu à objetivação mitigada da responsabilidade civil do fornecedor, isto é, embora objetiva pode ser excluída em determinadas situações, as quais estão expressamente previstas no artigo 12, § 3º do CDC. Todavia, além dessas excludentes a doutrina buscou apresentar outras possíveis causas de exoneração da responsabilidade do fornecedor, entre elas encontram-se os chamados riscos de desenvolvimento. Questão das mais controvertidas no âmbito da responsabilidade civil, porquanto, a omissão do Código de Defesa do Consumidor quanto a possível adoção ou até mesmo negação dessa causa, tem provocado intensos debates na doutrina pátria. Questiona-se se o fornecedor deve responder pelos acidentes de consumo provocados por defeitos, cuja existência, no momento da colocação do produto ou serviço no mercado, o estado da arte não podia detectar. Diante disso, é feita uma análise de alguns dispositivos do CDC bem como a observância de certos argumentos elaborados a favor e contra essa responsabilização e, o posicionamento adotado por respeitáveis doutrinadores, com o fim de identificar a interpretação mais adequada ao nosso sistema jurídico.

PALAVRAS CHAVES: Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil do Fornecedor. Responsabilidade Objetiva. Excludentes de Responsabilidade. Defeito do Produto Desconhecido. Riscos do Desenvolvimento.

INTRODUÇÃO	7
1 A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CDC	10
1.1 A Revolução Industrial e Tecnológica e os reflexos na sociedade de consumo	10
1.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor	13
1.3 Previsão constitucional e a proteção jurídica do consumidor	14
1.4 Elementos subjetivos da relação de consumo	18
<i>1.4.1 O conceito de consumidor-padrão</i>	18
<i>1.4.2 O conceito de consumidores por equiparação</i>	22
<i>1.4.3 O conceito de fornecedor</i>	23
1.5 Elementos objetivos da relação de consumo	25
<i>1.5.1 O conceito de Produto</i>	25
<i>1.5.2 O conceito de serviço</i>	26
1.6 Os direitos básicos do consumidor	28
<i>1.6.1 Direito à segurança dos produtos</i>	28
<i>1.6.2 Direito à informação</i>	30
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	33
2.1 O instituto da responsabilidade civil	33
2.2 A responsabilidade objetiva do fornecedor	35
2.3 Defeitos dos Produtos	37
<i>2.3.1 Defeitos de fabricação</i>	38
<i>2.3.2 Defeitos de concepção</i>	39
<i>2.3.3 Defeitos de comercialização</i>	40
2.4 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço	41
2.5 Responsabilidade por vício do produto e do serviço	44
<i>2.5.1 Vícios do Produto: de qualidade e de quantidade</i>	46
<i>2.5.2 Vícios do serviço: de qualidade e de quantidade</i>	46
3 RISCOS DO DESENVOLVIMENTO	48
3.1 Excludentes da responsabilidade do fornecedor	48
<i>3.1.1 Não colocação do produto no mercado</i>	49

3.1.2 <i>Inexistência de defeito</i>	50
3.1.3 <i>Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro</i>	51
3.1.4 <i>A taxatividade das eximentes no CDC</i>	53
3.2 Conceito de riscos do desenvolvimento	54
3.3 Análise dos riscos do desenvolvimento no direito comparado	58
3.3.1 <i>A normativa européia</i>	59
3.3.2 <i>A inversão de tendência nos EUA</i>	62
3.4 Análise dos riscos do desenvolvimento sob a ótica da doutrina pátria	64
3.4.1 <i>Posicionamentos favoráveis à adoção dos riscos como excludente de responsabilidade</i>	65
3.4.2 <i>Posicionamentos contrários à adoção dos riscos como excludente de responsabilidade</i>	69
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial e, posteriormente, a Revolução Tecnológica foram as responsáveis pela implantação definitiva do modo de produção capitalista no mundo moderno. Se antes a produção era de modo artesanal circunscrita a um número pequeno de pessoas, a partir daquela Revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, inclusive para fazer frente ao aumento da demanda em razão da explosão demográfica. Desse modo, com o desenvolvimento científico e tecnológico, permitiu-se que inúmeros produtos, agora, produzidos em série, estivessem disponíveis ao consumo da população, de maneira ampla e anônima.

Contudo, ao mesmo tempo em que havia a produção em série dos bens de consumo, de modo a atender o maior número possível de pessoas, também elevaram-se os riscos e danos ao público consumidor. Se por um lado, o fornecedor passou a auferir maiores lucros em razão do progresso técnico, por outro lado, os consumidores que revelaram ser a parte vulnerável da peculiar relação jurídica própria do avançado contexto produtivo, ficaram expostos aos perigos e defeitos de produtos causadores de danos à saúde e à segurança.

Portanto, as transformações sociais, inclusive com a formação de grandes centros urbanos, a evolução tecnológica e a massificação da produção e de consumo, exigiram uma nova postura jurídica, capaz de atender às necessidades da sociedade de massa e garantir a prevenção e reparação dos prejuízos ocasionados aos consumidores. O fundamento tradicional da responsabilidade civil baseado na culpa tornou-se insuficiente para tutelar o consumidor, assim, a dificuldade de demonstração da culpa e a injustiça da responsabilidade subjetiva motivaram o esforço doutrinário para elaboração da teoria do risco e conseqüente responsabilidade objetiva.

Desse modo, a necessidade de efetiva proteção à parte vulnerável da relação de consumo contra os danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos, conduziu à objetivação da responsabilidade civil do fornecedor, bem como a superação do dogma da culpa. Assim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), consagrou este regime nos respectivos *caput* dos artigos 12 e 14, sob a definição de responsabilidade pelo fato do produto e

do serviço, estabelecendo a prescindibilidade da comprovação de culpa do responsável legal, trazendo um fundamento objetivo ao dever de indenizar.

Destarte, em virtude da adoção da responsabilidade objetiva, a prova atribuída ao consumidor para ensejar o surgimento da responsabilização do fornecedor incide apenas sobre o nexo de causalidade entre o fato do produto ou do serviço e o efetivo dano experimentado, sendo que a anomalia do produto e do serviço é presumida. Logo, é indispensável o nexo causal, ou seja, inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade, razão das regras dos artigos 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Diante disso, o fundamento das hipóteses de exclusão de responsabilidade do fornecedor prevista no artigo 12, § 3º, do CDC é a inexistência do nexo causal. Além das hipóteses elencadas nesse dispositivo, alguns doutrinadores têm se posicionado no sentido de ser perfeitamente possível a adoção de outras eventuais causas de exclusão. Contudo, a aceitação de tais causas constitui um dos temas mais controvertidos da doutrina consumerista, especialmente, no que tange aos chamados riscos do desenvolvimento.

Em síntese, riscos do desenvolvimento são compreendidos como aqueles riscos impossíveis de serem detectados pela ciência e tecnologia disponíveis no momento da introdução dos produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, pela impossibilidade da ciência identificar os possíveis riscos dos produtos no momento de sua colocação no mercado, questiona quem dever arcar com eventuais prejuízos ocasionados por tais riscos.

Diferentemente do que ocorre no direito comparado, o qual incluiu os riscos do desenvolvimento entre as hipóteses exonerativas de responsabilidade do fornecedor, o direito pátrio se posicionou de forma distinta, não tratou expressamente de tais riscos, portanto, tendo em conta a ausência de previsão legal a respeito do tema, a doutrina mostra-se conflitante, de uma parte, há quem considere que o CDC adotou os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil, e de outra que o referido diploma não tratou tais riscos como hipótese eximente de responsabilidade civil do fornecedor, devendo este assumir pelos danos causados ao consumidor.

Dessa maneira, observa-se que o tema que está sendo focado é controvertido em várias questões. Por um lado, é necessário que o consumidor tenha sua vida, saúde e segurança protegidas, porquanto é direito básico. Entretanto, o excesso de cautela, isto é, a certeza de uma total segurança para o produto ser inserido no mercado, importaria em uma retração na fabricação de produtos e no desenvolvimento tecnológico, propiciando um ambiente desfavorável a novos investimentos.

Trata-se de um tema de extrema relevância, pois se refere a pessoa que além de ser a parte mais débil da relação jurídica, enquanto vítima ou lesada, traz, ainda, a vulnerabilidade própria da qualidade de consumidora, assim, a solução não pode ser negligenciada. Portanto, o estudo do tema se debruçará sobre o debate doutrinário nacional e internacional no que concerne a responsabilidade civil do fornecedor de produtos diante dos riscos do desenvolvimento, sendo o objetivo principal do trabalho esclarecer se o Código de Defesa do Consumidor adotou os riscos do desenvolvimento como excludente, ou não, de responsabilidade civil do fornecedor.

1 A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CDC

1.1 A Revolução Industrial e Tecnológica e os reflexos na sociedade de consumo

Antes da Revolução Industrial, fenômeno iniciado na segunda metade do século XVIII, o produtor tinha total conhecimento de todas as técnicas de produção, visto que a fabricação era artesanal, de produtos singulares, com características próprias e específicas, feitos por encomenda ou para um mercado restrito, assim o produtor sabia o que fabricava, o que vendia e para quem vendia. Por conseguinte, o cuidado com que trabalhava seus produtos era determinante na conquista de novos fregueses e no conseqüente aumento da demanda por novos produtos. Aquele que adquiria o produto também era capaz de entender toda a técnica empregada.

Todavia, a Revolução Industrial vem mudar completamente este cenário. Se antes a produção era manual e artesanal, restrita ao âmbito familiar ou a um círculo pequeno de pessoas, a partir dessa Revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, elevando quase que ao infinito a capacidade de produzir do homem¹, principalmente, em razão do crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento na demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento na oferta.

Portanto, diante do aumento da demanda em razão da explosão demográfica, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas. Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para mais pessoas, mais produtos e serviços. Para tanto, criou-se a chamada produção em série, segundo Rizzato Nunes: “a ‘standartização’ da produção, a homogeneização da produção”.²

Desse modo, verificou-se um aumento vertiginoso na fabricação de bens, bem como uma diminuição profunda nos custos e um aumento enorme na oferta, em razão da homogeneização da produção, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas e, como conseqüência desse novo método de produção, começou a ocorrer uma crescente

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 462.

² NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 e.d. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

desindividualização desses produtos, e de forma paralela, do consumidor ou usuário, ocasionando, assim, uma “cisão entre a produção e a comercialização”.³

Observa-se assim, de acordo com Marcelo Calixto: “uma concentração no número de produtores e uma elevada especialização das técnicas empregadas na produção”⁴. O comerciante perde o controle sobre a fabricação dos produtos e deixa de informar e orientar os seus clientes, não exercendo mais um adequado controle sobre a qualidade dos produtos dos fornecedores, pois conforme evidencia Agostinho Oli Koppe: “Pela lógica, o que se produz necessita ser vendido, ser consumido.”⁵ Por conseguinte, o elevado número de usuários destes produtos passa a ter de adquiri-los de determinados produtores e a desconhecer totalmente os meios empregados na sua produção, pois a partir de um determinado momento a distribuição passa também a ser feita em massa e tanto o comerciante quanto o consumidor passam a receber os produtos fechados e lacrados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.

Nesse contexto, entretanto, não só a Revolução Industrial foi relevante para ocasionar profundas transformações sociais, como também a Revolução Tecnológica, fenômeno representado pelo crescente desenvolvimento técnico alcançado depois da 2ª Guerra Mundial. A partir de tal guerra, o novo modelo de produção se fortaleceu ainda mais e cresceu em níveis extraordinários, em virtude do surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática e do incremento das telecomunicações. Dessa maneira, em razão de tal desenvolvimento, a sociedade que antes era tipicamente artesanal passou a ser uma sociedade industrial, uma sociedade de consumo, caracterizada segundo João Calvão da Silva⁶ pela: automação do processo produtivo, produção em série e distribuição em cadeia do produto.

De fato, a conseqüência fundamental de tal caracterização da sociedade feita por João Calvão, é a produção em massa, visto que a automação do processo produtivo configura-se pelo crescente emprego de máquinas mais complexas e sofisticadas em

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 462.

⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

⁵ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.236.

⁶ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 16.

substituição ao homem. Assim, em virtude do aumento do número de máquinas e da tecnologia empregada nestas, possibilita a produção em série, em massa, caracterizada pela fabricação de produtos idênticos, com características padronizadas, conduzindo assim ao aumento da produtividade e à racionalização da produção.⁷

Outra característica peculiar a essa sociedade industrial, consequência da produção em série, é a distribuição em cadeia, materializada pela existência de uma cadeia de longa transmissão do produto, isto é, o bem para chegar a seu adquirente final passa por uma série de alienações, o produtor não é mais o vendedor final e nem mesmo o comprador é o consumidor final, vez que este pode ser um simples revendedor. Dessa maneira ocorre o rompimento da relação direta entre produtor e consumidor e conseqüentemente a formação de relações indiretas mediadas por um ou mais sujeitos, alheios à elaboração e ao processo de fabricação do produto.⁸

Assim, diante desse novo mecanismo de produção e distribuição com a produção em grande escala de bens mais sofisticados e complexos, acarretou o aumento dos riscos ao público consumidor, pois o emprego de máquinas em substituição ao trabalho artesanal traz erros técnicos e falhas no processo produtivo, elevando a probabilidade de acidentes generalizados, logo tem-se “o risco técnico, para além do risco ‘humano’ que subsiste, torna-se onipresente e o consumidor ou utilizador encontra-se cada vez mais incapaz de detectar os defeitos e perigos dos produtos”.⁹

Além das questões relativas à introdução de produtos defeituosos no mercado, outros problemas ligados aos atos de consumo surgiram com a mecanização da produção e comercialização dos bens, tais como: o desenvolvimento do crédito e práticas comerciais e abusivas, essas decorrentes do surgimento de novos instrumentos jurídicos, os contratos coletivos, contratos por adesão, cujas cláusulas gerais são preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor. Segundo Rizzatos Nunes:

Ele é de adesão por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele não discute cláusula nenhuma. Para comprar produtos e serviços, o consumidor só pode examinar as condições previamente

⁷ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 16.

⁸ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 17.

⁹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 19.

estabelecidas pelo fornecedor e pagar o preço exigido, dentro das formas de pagamento também fixadas.¹⁰

Portanto, diante da extrema massificação da produção, da distribuição, inclusive dos contratos e do consumo em geral, observa-se que tais mudanças aumentaram a vulnerabilidade dos consumidores e levaram o direito a preocupar-se com sua tutela especial, o direito do consumidor.

1.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor

Nesse âmbito, de produção industrial em grande escala, complexa e automatizada, o consumidor passa a ser considerado como vulnerável em relação aos detentores dos meios de produção. Essa vulnerabilidade além de ser reconhecida no plano internacional, foi firmada também pelo Código de Defesa do Consumidor, como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, que se fundamenta no “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.¹¹ E, tal reconhecimento, significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo, decorrendo essa fraqueza de dois aspectos, um de “ordem técnica e outro de ordem econômica”.¹² O primeiro, está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor e, o segundo, diz respeito à maior capacidade econômica que via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

A doutrina costuma dividir essa vulnerabilidade em três espécies diferentes: técnica, jurídica e fática. A primeira vulnerabilidade técnica se baseia no fato de que o adquirente não possui conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo, ou seja, as suas características intrínsecas, os meios empregados na sua produção ou os riscos que possam apresentar. Já a vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de economia ou contabilidade. Conforme, evidencia Marcelo

¹⁰ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 e.d. reform São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

¹¹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 176, 12 de setembro de 1990. Seção 1. p. 1. Art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]”.

¹² NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 e.d. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

Calixto¹³, “apresenta-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos empregados em um contrato ou como a impossibilidade de realização de uma perícia contábil pelo consumidor”. Por fim, a vulnerabilidade fática, também conhecida como socioeconômica, é aquela desproporção fática de forças na relação de consumo, tanto no âmbito econômico quanto no âmbito intelectual, isto é, “o fornecedor ocupa uma posição de monopólio, fático e jurídico e por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõem sua superioridade a todos que com ele contratam”.¹⁴

Ademais, a vulnerabilidade não pode ser confundida com hipossuficiência, “enquanto esta é traço marcante e individual de alguns consumidores, particularmente considerados, aquela é geral e engloba todos os consumidores indistintamente”.¹⁵ A esse respeito, é certo considerar que a vulnerabilidade este relacionada a direito material e a hipossuficiência relacionada a direito processual, visto que quando o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no seu art. 6º, inciso VII, fala em inversão do ônus da prova como direito do consumidor, exige que seja feita prova desta hipossuficiência, logo a hipossuficiência é de ordem processual.

1.3 Previsão constitucional e a proteção jurídica do consumidor

As mudanças sociais estabelecidas pela Revolução Tecnológica e Industrial tornaram inadequadas as disciplinas legais existentes, criando, com isso, um descompasso entre leis e os fatos sociais.¹⁶ O direito material ficou ultrapassado, pois os remédios contratuais clássicos se revelaram ineficazes para dar proteção efetiva ao consumidor em face das novas cláusulas engendradas para os contratos coletivos, o que segundo Sérgio Cavalieri:

[...] foi propício para a proliferação de todas as práticas abusivas possíveis, aí incluídas as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência, e assim por diante,

¹³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 15.

¹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 15.

¹⁵ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 35.

¹⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 22.

gerando insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.¹⁷

Essa nova realidade exigia uma nova postura jurídica, capaz de permitir o delineamento de um novo direito fundado em princípios modernos e eficazes. A proteção do consumidor transformou-se num imperativo, uma vez que a escala da sociedade industrial instalou um acentuado desequilíbrio entre fornecedores, de um lado, e consumidores de outro, surgindo a necessidade da criação de mecanismos de proteção e defesa dos consumidores contra os fornecedores.

E foi assim, em decorrência das profundas transformações sociais operadas pelo desenvolvimento científico e tecnológico, que tornaram mais frágil a posição dos consumidores frente aos fornecedores, as disciplinas jurídicas existentes revelaram-se deficientes e ultrapassadas para promover a defesa do consumidor e restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a proteção ao consumidor era uma das prementes necessidades do Estado, e inseriu em seu texto normas e princípios voltados para tal proteção.

A Carta Magna inovando em relação às constituições anteriores, insere a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais ao determinar, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que o “Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”.¹⁸ A seguir em seu art. 170, inciso V, a Constituição inclui a defesa do consumidor entre os princípios gerais da Ordem Econômica, no mesmo status dos princípios da soberania nacional, da livre concorrência entre outros.¹⁹ Portanto, de acordo com Cláudia Lima Marques: “estas previsões constitucionais ganharam uma nova força positiva, no sentido de

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 462.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa*: Câmara dos Deputados, 2008. Art. 5º, XXXII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”.

¹⁹ Art. 170 da CF de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; [...]”.

obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores”.²⁰

E, por fim, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o terceiro principal dispositivo constitucional, que finaliza a consagração da defesa do consumidor como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Com base nesses dispositivos constitucionais citados acima e destacando ainda que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)²¹, dispõe Marcelo Calixto que:

[...] podemos afirmar que a proteção do consumidor deixou os interesses produtivos e patrimoniais que sempre a caracterizaram para alçar-se à proteção da pessoa do consumidor, seus aspectos subjetivos, com a necessidade de se proteger eficazmente qualquer atentado contra estes.²²

É o consumidor, portanto, titular de direito patrimoniais que deve ser respeitado e promovido pelo Poder Público, os seus valores existenciais devem se sobrepostos aos valores patrimoniais, devido a aplicação dos princípios constitucionais. Por conseguinte, é possível notar o que se busca com as novas regras e princípios constitucionais, é o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. Isso, principalmente, pela vulnerabilidade do consumidor que está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor.

Dessa maneira, o claro objetivo do legislador constituinte era que fosse implementada uma disciplina jurídica única e uniforme destinada tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores. E, assim, na verdade, aconteceu, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, veio a lume por expressa determinação constitucional. Seus princípios e normas que são de ordem pública e

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, arts. 1º a 74, aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

²¹ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

²² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 17.

de interesse social vieram para corrigir, de acordo com Sérgio Cavaliéri²³: “os efeitos perversos do mercado de consumo”. Atribuindo ao consumidor uma igualdade jurídica destinada a compensar a sua desigualdade econômica frente ao fornecedor.

Em síntese, foi editada a Lei 8.078 de 11.09.1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC, para atender e satisfazer as novas necessidades de uma sociedade em mudança, ou seja, restabelecer as igualdades das partes rompidas pelas transformações socioeconômicas e tutelar efetivamente o equilíbrio e a liberdade contratual.

O Código consagrou uma nova concepção do contrato, um conceito social, no qual a autonomia de vontade não é mais o seu único e essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram. Por conseqüência, foi reduzido de forma extraordinária o espaço concedido à autonomia da vontade dos contratantes. E, ainda, do ponto de vista da responsabilidade civil, inova o direito que até então era utilizado em nosso País, pois a responsabilidade que antes era subjetiva, isto é, aquela em que a culpa importava para a sua configuração, com o CDC a responsabilidade passou a ser em regra objetiva, independente de culpa e com admissão de poucas excludentes expressas. Além disso, foi permitido a inversão do ônus da prova a favor do consumidor como forma de facilitar sua defesa em juízo.

Todavia, somente será possível a aplicação do CDC se estivermos em face de uma relação de consumo, que segundo Cavaliéri²⁴ podemos definir como sendo a relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tem de um lado o fornecedor de produtos e serviços e do outro o consumidor como destinatário final desses bens e serviços. Portanto, é aquela realizada entre fornecedor e consumidor tendo por objeto a circulação de produtos e serviços.

E, tendo em vista que essa relação de consumo estava desequilibrada no mercado, estando o consumidor sem recursos legais hábeis a torná-lo tão forte quanto o fornecedor. O Código veio para regulamentar tal relação, criando mecanismos para que se

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 464.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 468.

tornasse equilibrada, evitando a prevalência de um em prejuízo do outro sujeito da relação de consumo.

1.4 Elementos subjetivos da relação de consumo

Nessa relação encontram-se presentes, portanto, alguns elementos fundamentais, quais sejam: os subjetivos e os objetivos. O primeiro manifesta-se como partes de cada pólo da relação jurídica, são os consumidores e os fornecedores, já o segundo manifesta-se como objeto dessa mesma relação, são os produtos ou os serviços. Logo, somente constatando a presença dos elementos subjetivos e de um dos elementos objetivos é que se dá a proteção do CDC.

1.4.1 O conceito de consumidor-padrão

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, várias eram as definições apontadas pela doutrina do vocábulo consumidor. Em vista disso, para que não pairasse a menor dúvida sobre tal conceituação o CDC se encarregou de defini-lo e assim, apresentou uma definição básica de consumidor (artigo 2º, *caput*), que a doutrina costuma apontar como consumidor-padrão.

Desse modo, com relação ao chamado consumidor-padrão dispõe o artigo 2º, *caput* do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquirir ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Consumidor é, portanto, pessoa física ou jurídica, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira, que compra diretamente ou usa em proveito próprio ou de outrem produto ou serviço, como destinatário final, ou seja, encerrando a cadeia econômica de consumo.

Entretanto, o aludido conceito (art. 2º, *caput*) é o que mais tem gerado divergência doutrinária com “reflexos indesejados na definição do campo de incidência e aplicação do CDC”, conforme preconiza Leonardo Bessa.²⁵ Para melhor compreensão da noção e alcance da conceituação de consumidor, é necessário interpretar a expressão “destinatário final”, que acaba se constituindo no cerne da questão referente à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o sentido dado a “destinatário final” é

²⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 53.

relevante segundo Marcelo Calixto ²⁶, para que se possa determinar em que medida o profissional e também a pessoa jurídica podem ser considerados como consumidores.

Nesse contexto, há uma série de questionamentos sobre a referida expressão, porém as discussões existentes sobre essa podem ser resumidas em duas posições doutrinárias principais, quais sejam: a dos maximalistas e a dos finalistas. A primeira, conferindo interpretação mais extensiva à lei afirma que o referido Código apresenta um conceito objetivo de consumidor que não pode ser limitado em virtude de pessoa física ou jurídica ter ou não fim de lucro quando o adquire um produto ou utiliza um serviço. Assim, para os partidários desta teoria, destinatário final seria conforme preceitua Cláudia Lima Marques ²⁷ “o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói”.

Portanto, segundo a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi:

Não influi na definição de consumidor o uso privado ou econômico-profissional do bem, porquanto quem adquire ou utiliza, bem ou serviço, com vistas ao exercício de atividade econômica, sem que o produto ou serviço integre diretamente o processo de produção, transformação, montagem, beneficiamento ou revenda, o faz na condição de destinatário final, ainda que meramente fático, o que caracteriza o conceito de consumidor. ²⁸

Logo, de acordo com os maximalistas, a definição do artigo 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as regras do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado.

Já a segunda, dos finalistas, propõe que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de uma forma mais restrita, pois entende que para caracterizar determinada pessoa como consumidora deve haver a destinação final fática e econômica do

²⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cândia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Arts. 1º a 74, aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.72.

²⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, nº 29, p. 6, maio/ago. 2004.

produto e do serviço, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Para se caracterizar consumidor, portanto, não basta ser o adquirente ou utente destinatário final fático do bem ou serviço: deve também ser o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica com vistas ao atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o produto ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta, segundo aponta Maria Antonieta Zanardo Donato:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário ser também destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferi-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final.²⁹

Maria Antonieta, afirma que todos os produtos ou serviços adquiridos por quem exerce atividade econômica, ainda que utilizados para a mera incorporação no estabelecimento empresarial, afastam a caracterização da relação de consumo, porquanto estará sempre ausente a destinação final econômica, dado que o bem ou serviço continuará, de alguma forma, inserido no processo produtivo.

Assim, anota Cláudia Lima Marques, partidária dos finalistas, que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, uma vez que a jurisprudência será baseada em casos em que o consumidor é realmente a parte frágil na relação de consumo, e não em casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes outorga.³⁰

No entanto, aduz a referida autora que desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parece crescer uma tendência nova na jurisprudência, uma subdivisão da teoria

²⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 90-91.

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 304.

do finalismo tradicional, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC), a qual denomina-se de finalismo aprofundado.³¹

Registra-se uma mudança da teoria finalista, uma evolução para uma posição mais branda que admite a possibilidade do profissional ou de uma pequena empresa que adquire um produto ou serviço, ser considerado consumidor, desde que atue fora do seu campo de especialidade e que comprove a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC.

Portanto, essa nova teoria de finalismo aprofundado, valorizou a vulnerabilidade, visto que é um estado do sujeito mais fraco e, a destinação final fático-social do produto ou do serviço. Para tanto, o destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado (destinatário final fático) e coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), ou seja, não transforma o bem adquirido para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, ao seu consumidor.

Destarte, Claudia Lima Marques, afirma que o critério da destinação final com uma interpretação teológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata para o legislador brasileiro quanto à interpretação do art. 2º do CDC, porquanto a regra é exclusão do profissional da tutela do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em razão da vulnerabilidade do profissional, o excluirá da aplicação da regras de direito comercial e o beneficiará com as normas protetivas do CDC.³²

Em síntese, o finalismo aprofundado baseia-se na interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais objetiva quanto à atividade ou ao papel do agente na sociedade de consumo.

Dessa forma, após analisar as citadas teorias, observa-se que a vulnerabilidade é um requisito essencial na conceituação de consumidor, pois para que seja

³¹ BEIJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

³² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 339.

aplicada a tutela especial do CDC a pessoa jurídica ou ao profissional é necessário verificar a vulnerabilidade destes. Logo, preceitua Marcelo Junqueira:

Assim, deve ser considerada consumidora a pessoa física que realiza a destinação final do produto, pois sua vulnerabilidade, normalmente econômica, é evidente e presumida frente ao fornecedor. No caso do profissional ou da pessoa jurídica consumidora, ainda que realizem a destinação final de um produto ou serviço por atuarem em campo estranho à sua atividade principal, é de ser presumida, ao contrário, a sua não-vulnerabilidade. O Poder Judiciário poderá, entretanto, considera-los como consumidores de revelarem uma específica vulnerabilidade.³³

Por sua vez, Leonardo Bessa³⁴ assevera que “em relação ao longo debate entre finalistas e maximalistas, a melhor compreensão do *caput* do art. 2º, é no sentido de interpretá-lo restritivamente em relação às pessoas jurídicas que atuam no mercado”.

1.4.2 O conceito de consumidores por equiparação

Ademais, além do conceito de consumidor padrão do artigo 2º, *caput*, o CDC traz ainda mais três conceitos de consumidor, denominados de consumidores por equiparação, presentes no parágrafo único do art. 2º e nos artigos. 17 e 29.

O parágrafo único do art. 2º estabelece: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Aqui não considera somente o consumidor específico, individual, carente de proteção do CDC, mas também a coletividade de pessoas, uma classe ou categoria de pessoas. Dessa forma observa-se que tal dispositivo reconhece à proteção dos direitos coletivos e difusos dos consumidores. Logo, anota Maria Antonieta Zanardo Donato³⁵, que é a partir desse parágrafo único que a defesa a todos os direitos que surgem das normas consignadas no CDC serão amparadas de forma coletiva, quer seja a pretensão a ser defendida configurada como difusa, coletiva ou individual homogênea.

A segunda definição de consumidor por equiparação é encontrada no art. 17 que dispõe, para efeito da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, “equiparam-se

³³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 43.

³⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 58.

³⁵ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 175.

aos consumidores todas as vítimas do evento”. Assim, podemos observar que a vítima do acidente de consumo, ou seja, vítima daquele produto ou serviço que não ofereceu a segurança que deles se esperava, não necessariamente tem que ser o destinatário final para ajuizar uma ação de reparação de danos contra o fornecedor, basta que esteja presente os pressupostos da responsabilidade civil, isto é, o defeito, o dano e o nexo de causalidade entre aquele e este. A esse consumidor alguns doutrinadores denominam de *bystander*, que de acordo com Sílvio Luís Ferreira da Rocha ³⁶ é “aquele que não participou da circulação jurídica do bem nem de seu uso”.

Por fim, a terceira noção de consumidor por equiparação está prevista no art. 29 do CDC, o qual preceitua que: “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Inserido no âmbito da proteção contratual, o que inclui as cláusulas abusivas e contratos de adesão, visa proteger os consumidores expostos às práticas comerciais e contratuais abusivas, não sendo relevante que o adquirente seja destinatário final do produto ou serviço e que as pessoas integrem uma coletividade indeterminada só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, importando no caso de pessoas jurídicas a verificação da vulnerabilidade em concreto para que possa ser beneficiária dessa ampliação do conceito de consumidor.

1.4.3 O conceito de fornecedor

A relação de consumo é aquela em que há a presença de dois sujeitos, aquele que adquire produtos ou serviços tendo em vista uma utilização final, denominado consumidor e o que fornece tais bens em caráter de habitualidade e profissionalismo, chamado de fornecedor. Portanto, nota-se que para existir tal relação não basta apenas a presença do consumidor-padrão ou por equiparação, mas também de um fornecedor.

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 3º estabeleceu o conceito básico de fornecedor como:

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.

Nessa definição pode-se detectar ao menos três figuras: a) o fornecedor real, aquele que realiza o bem de consumo, “a pessoa física ou jurídica que sob sua

³⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

responsabilidade participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima”.³⁷ Na nomenclatura empregada pelo art. 12 do CDC seriam o fabricante, o produtor e o construtor, nacional ou estrangeiro; b) Fornecedor aparente, aquele que não participa do processo de fabricação, mas se denomina fornecedor pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo. Nessa conceituação, encontra-se a figura do comerciante; e c) Fornecedor presumido, aquele que importou os produtos ou o que os vende sem denominação clara do seu fabricante, produtor, importador ou construtor, seria o importador.

Tratando-se de responsabilidade pelo fato do produto, o *caput* do artigo 12³⁸ do Código responsabiliza somente o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Logo, havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, ou mais causador do dano, todos respondem solidariamente pela reparação. O comerciante foi excluído dessa modalidade de responsabilidade, porque nas relações de consumo em massa, ele não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias, já que recebe os produtos lacrados, fechados, embalados. Entretanto, o CDC em seu art. 13³⁹ atribuiu-lhe a responsabilidade subsidiária, podendo ser responsabilizado apenas em certas hipóteses estabelecidas pelo citado artigo, quais sejam: a existência de produto anônimo; produto mal identificado e, produtos perecíveis mal conservados.

Desta forma, observa-se que a definição legal praticamente exauriu todas as formas de atuação no mercado de consumo, de forma a alcançar todos os partícipes do “ciclo produtivo distributivo”.⁴⁰ Fornecedor não é apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, como também quem vende ou comercializa. É, portanto, qualquer sujeito de direito que exerça atividade de fornecimento de bens, no mercado de consumo, habitual ou

³⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 75.

³⁸ Art. 12, do CDC: “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 [...]”.

³⁹ Art. 13, do CDC: “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”.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 479.

profissionalmente.⁴¹ Se o fazem profissionalmente, são, para fins de aplicação do CDC, considerados fornecedor.

Nesse ponto a definição de fornecedor se distancia da definição de consumidor, pois enquanto este há de ser destinatário final do produto ou serviço, tal exigência não se verifica no caso do fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua atividade principal. Assim, o fornecedor é tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor, como também aquele que o faz para o intermediário ou o comerciante.

Cabe destacar que o CDC não exige, para caracterização do fornecedor, a atuação no mercado com o objetivo de lucro, basta, quanto a este aspecto que atividade seja remunerada, não sendo relevante o destino dessa remuneração.

1.5 Elementos objetivos da relação de consumo

Conforme já mencionado, os elementos objetivos das relações de consumo são todos os bens suscetíveis de valoração econômica. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor procurou distinguir esses elementos, dividindo-os em duas grandes categorias: o produto e o serviço.

1.5.1 O conceito de Produto

O conceito de produto constante no art. 3º, §1º, do CDC, o define como sendo: “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Como se vê produto tem por essência um bem, uma obrigação de dar, de transferir a propriedade ou a posse de coisa móvel ou imóvel, material ou imaterial. Logo, trata-se de uma definição ampla, que não permite ao intérprete a restrição de seu conteúdo, por isso podemos dizer que qualquer bem adquirido em uma relação de consumo é produto. A esse respeito, afirma Roberto Senise Lisboa:

Para se considerar um bem como produto, basta que a coisa tenha sido colocada em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor. Portanto, se o bem for colocado em circulação por um sujeito de direito que não se enquadra na definição legal de fornecedor, como é o caso daquele que não exerce profissionalmente tal atividade (inserção de bens no mercado), não há

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 12.

que se falar em produto para os fins de caracterização da relação de consumo.⁴²

Ao falarmos sobre serviço, observamos que a lei faz referência àqueles “sem remuneração” e neste caso não serão submetidos as normas do Código de Defesa do Consumidor. Porém, em relação ao produto impende destacar que sendo esse gratuito ou a chamada amostra grátis está sujeito a todas as exigências legais de qualidade, garantia, durabilidade, proteção contra vícios, defeitos, dentre outras. De fato, se o produto gratuito vier com defeito e causar danos ao consumidor, o fornecedor estará obrigado a reparar os prejuízos sofridos por esse, uma vez que descumpriu as regras estabelecidas.

1.5.2 O conceito de serviço

No que se refere aos serviços, a definição legal buscou ser exaustiva. Dessa maneira, no art. 3º, § 2º do CDC, define serviço como sendo “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”. Entretanto, é importante ressaltar que a enumeração é exemplificativa, destacada pelo pronome “qualquer”, e não esgota o rol de atividades também enquadradas, logo podendo ser incluídas outras atividades, como, por exemplo, prestação de serviços educacionais.

Cumprindo anotar que da leitura da redação do §2º do art. 3º, é possível perceber que a lei exclui de sua abrangência os serviços de caráter trabalhista, isto é, aquele prestado por força de contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência econômica, e, ainda aqueles serviços prestados sem remuneração, visto que no mercado de consumo nada é gratuito, tudo, segundo Rizzatto Nunes⁴³ tem um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo transferido para o consumidor. Por conseguinte, serviço, diz respeito a uma atividade prestada mediante remuneração, uma obrigação de fazer, de realizar uma conduta que beneficie o consumidor.

Nesse contexto, é indispensável estabelecer a diferença entre serviço aparentemente gratuito e serviço puramente gratuito. O primeiro surge quando o fornecedor obtém algum interesse patrimonial no serviço, ainda que indireto, como ocorre nos

⁴² LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

⁴³ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 e.d. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

estacionamentos “gratuitos” dos shopping centers e supermercados. Aqui a gratuidade é aparente, porquanto o serviço tem a finalidade de atrair a clientela. Já o segundo, fora, portanto, da incidência do CDC, só pode ser considerado o serviço prestado no exclusivo interesse do beneficiário, sem nenhuma vantagem financeira para a pessoa ou instituição executora, como por exemplo, as atividades assistenciais ou beneméritas. Em vista disso, quando a lei fala em “remuneração” deve-se entender no sentido estrito, qualquer tipo de cobrança ou repasse direto ou indireto.

A definição legal enumera explicitamente, dentre as modalidades de fornecedores, a pessoa jurídica de direito público, assim nota-se que prestadoras de serviços são também as concessionárias de serviço público, por disposição do artigo 22 ⁴⁴ do CDC. Dessa forma, as atividades oferecidas pelos órgãos públicos diretamente ou por suas empresas públicas ou de economia mista, as concessionárias e permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento estão submetidas às normas do CDC. Frise-se, ainda, que um dos direitos básicos do consumidor é poder contar com “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (CDC, art. 6º, X), prevendo a Constituição a edição de legislação complementar que disporá sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos (CF, art. 175, II).

Diante de tais conceitos pode-se dizer que a definição de fornecedor surge da análise conjugada do *caput* art. 3º com seus dois parágrafos, que definem produtos e serviços, desse modo, de forma simplificada podemos conceituar fornecedor como aquele que atua no mercado profissionalmente, recebendo remuneração direta ou indiretamente, pela produção de bens e prestação de serviços. ⁴⁵

⁴⁴ Art. 22 do CDC: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 83.

1.6 Os direitos básicos do consumidor

O consumidor, como já mencionado, está, sob diversos enfoques, em notória situação de vulnerabilidade no mercado de consumo. Essa fragilidade acentuou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado, ocorrido, principalmente, nas décadas posteriores ao término da 2ª Guerra Mundial. Muitos produtos, em razão de sua produção em série, passaram a apresentar vícios e defeitos, também em série, tornando-se perigoso à saúde e a segurança do consumidor. O avanço da tecnologia conduzia o oferecimento de serviços e bens cada vez mais complexos, gerando um déficit informacional e, conseqüentemente, dificuldades de uma escolha consciente do consumidor.

Assim, não é difícil perceber e sustentar a necessidade de proteção diferenciada do consumidor no mercado de consumo. Diante disso o Código de Defesa do Consumidor o identificou como sujeito de direitos especiais e para protegê-lo e efetivar os seus direitos construiu um sistema de normas e princípios orgânicos. Entretanto, a identificação desse sujeito de direitos que necessita ser protegido de forma especial não estaria completa se não houvesse a lista de direitos básicos do consumidor no artigo 6º do CDC. O rol desses direitos presta-se, em síntese, para definir o perfil de toda a proteção do consumidor.

1.6.1 Direito à segurança dos produtos

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, segundo o artigo 12, § 1º do CDC.⁴⁶ Aqui, a lei criou o dever de segurança para o fornecedor, o dever de não inserir no mercado de consumo produto com defeito. Contudo, se inserir, e este vier a causar dano ao consumidor, der causa ao acidente de consumo, por ele será responsabilizado independente de culpa, visto que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, e nem a relação jurídica contratual, mas sim o defeito do produto. Bastando para tanto, a ocorrência do nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

⁴⁶ Art. 12, § 1º, do CDC: “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”.

Todavia, é por oportuno ressaltar que a noção de segurança tem uma certa relatividade, pois não há produto ou serviço totalmente seguro. Assim, expõe Sergio Cavaliere:

Se o produto é defeituoso, como diz a lei, quando não oferece a segurança que dele legitimamente espera o consumidor, depreende-se que a noção de segurança depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor e a capacidade de causar acidente de consumo.⁴⁷

Por conseguinte, o que se deseja é uma segurança dentro dos padrões da normalidade e previsibilidade, da expectativa legítima dos consumidores. Assim, o art. 8º do CDC, é claro neste ponto, ao dispor: “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição [...]”. Porém, convém destacar que o padrão não é estabelecido com base na concepção individual do consumidor, pelo contrário, é na concepção coletiva da sociedade de consumo.

Cabe ressaltar, ainda, que o dever de segurança tem “natureza ambulatorial”⁴⁸, isto é, não está circunscrita à relação contratual de compra e venda, mas sim acompanha o produto por onde circular durante toda a sua existência útil. Vale dizer que ocorre um vínculo entre o fabricante e o produto, em razão do qual o primeiro torna-se responsável pelo prejuízo que o segundo vier a causar, de modo que a garantia inerente ao produto abrange o fabricante e o último consumidor, independentemente de existir ou não entre eles relação contratual. O exemplo notório disso são os *recalls* – trocas de peças, pneus e outros equipamentos defeituosos-promovidos pelos fabricantes de automóveis.

Por fim, a responsabilidade do fornecedor decorre da violação do dever de não colocar no mercado produtos e serviços sem a segurança legitimamente esperada, cujos defeitos acarretam riscos a integridade física, psíquica e patrimonial dos consumidores.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 477.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 478.

1.6.2 Direito à informação

A Constituição brasileira inseriu explicitamente em seu texto a defesa do consumidor no elenco dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII) e por sua destacada importância, previu que (art. 5º, XIV) “É assegurado a todos o acesso à informação”.

Como se verifica o direito à informação é hoje um direito fundamental da pessoa humana e tal direito deverá ser assegurado também ao consumidor que vai ao mercado adquirir produtos e serviços, visto que ele é naturalmente vulnerável, ao passo que o fornecedor é um profissional, que deve conhecer os dados essenciais sobre os bens que comercializa. Em vista disso, no artigo 6º, III, o CDC elegeu como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços.

Dessa forma, uma vez que é o fornecedor que detém o completo domínio do processo produtivo, esse tem o dever de conceder ao consumidor, que é parte vulnerável na relação de consumo, o conhecimento prévio de todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço que lhe é oferecido, tais como: à especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço e os riscos que apresentam. E, ainda, essas instruções devem ser dadas de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa, conforme preceitua o artigo 31⁴⁹ do CDC. Porquanto, não disponibilizar informações essenciais ao consumidor acaba por violar a boa-fé objetiva, pois segundo preceitua Paulo Lobo:

O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial.⁵⁰

É importante destacar que a obrigação de informar continua com a colocação do produto no mercado. Descoberto vício, imperfeição ou defeito após a inserção

⁴⁹ Art. 31 do CDC: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

⁵⁰ NETTO LÓBO, Paulo Luiz. A informação Como Direito Fundamental do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, p.66, jan./mar. 2001.

do bem no mercado, é dever do fornecedor informar ao público consumidor mediante anúncios publicitários (art. 10, § 1º, do CDC)⁵¹.

Contudo o dever de informar impõe-se não somente aquele que realiza o serviço ou entrega o produto para o consumidor, mas também a todos os que participam do lançamento desse ou daquele, desde sua origem, inclusive prepostos e representantes autônomos, pois de acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo:

É dever solidário, gerador de obrigação solidária. Essa solidariedade passiva é necessária, como instrumento indispensável de eficaz proteção ao consumidor, para que ele não tenha de suportar o ônus desarrazoado de identificar o responsável pela informação, dentre todos os integrantes da respectiva cadeia econômica (produtor, fabricante, importador, distribuidor, comerciante, prestador de serviço).⁵²

Cumpra-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. O primeiro configura-se quando os meios de informação utilizados são compatíveis com o produto ou o serviço determinados e com o consumidor destinatário. O segundo está relacionado com a integralidade e completude da informação, ou seja, não pode haver omissão de dados ou referências não vantajosas do produto ou do serviço, os esclarecimentos passados ao consumidor devem ser completos e integrais, sem lacunas. Neste ponto, cabe ressaltar que é insuficiente a informação que reduz, de forma intencional, as conseqüências danosas pelo uso do produto, em razão do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico.⁵³

E, por fim, o terceiro dos mais importantes requisitos do dever de informar: a veracidade. Este requisito materializa-se quando as informações sobre os produtos ou os serviços correspondem às suas reais características. Tais requisitos devem estar interligados e a ausência de qualquer deles importa em descumprimento do dever de informar.

⁵¹ Art. 10, do CDC: “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”.

⁵² NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A informação Como Direito Fundamental do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, p.68, jan./mar., 2001.

⁵³ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A informação Como Direito Fundamental do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, p. 69, jan./mar., 2001.

Em síntese, pode-se concluir que por força de lei, o fornecedor é obrigado a prestar informações relevantes, de forma que cheguem com clareza e precisão ao conhecimento do consumidor, seja por impressos apropriados ou anúncios publicitários e, ainda, que há uma estreita ligação com o direito à segurança, pois se o consumidor tem o direito de consumir produtos e serviços eficientes e seguros, ele também deve ser informado adequadamente acerca do consumo desses bens. A esse respeito assevera Sergio Cavaliere Filho ⁵⁴: “Por dever de segurança no comércio entende-se não apenas o dever de ajustar-se ao estado atual da técnica, como também o de informar usuário sobre a utilização do produto e seus perigos”.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 478.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Revolução Industrial trouxe consigo desenvolvimento, conforto material e modernização da atividade mercantil para sociedade, mas também acarretou diversos danos a grande parte desta sociedade. A produção em massa para um consumo igualmente em massa fez aumentar a potencialidade danosa dos produtos e serviços, o tradicional contrato de compra e venda já não se ajustava às novas características do mercado, notadamente em decorrência da informalidade e da despersonalização do ato de consumo.

Os danos aos consumidores provocados pelos produtos e serviços defeituosos afluíam-se, gerando o desejo de sua reparação pela vítima, porém as soluções do direito comum mostravam-se inadequadas para regular as relações de consumo, constatou-se a insuficiência da defesa do consumidor em face do poderio do fornecedor. Essa nova realidade trouxe consigo preocupações sobre a responsabilidade civil dentro das relações jurídicas de consumo. Desse modo, para superar a insuficiência apontada, com a edição do Código de Defesa do Consumidor foi regulamentada a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito do consumidor. O Código dispôs sobre responsabilidade civil do fornecedor, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, nos serviços públicos.

2.1 O instituto da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica, em razão da sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais. Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade – Quem irá ressarcir esses danos? Como se operará a recomposição do *statu quo ante* e a indenização do dano?⁵⁵ - pois cada atentado sofrido pelo homem, à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial. Em vista disso, exige-se a criação de soluções para restabelecer o equilíbrio violado pelo dano. Todavia, antes de saber de quem é a responsabilidade, é preciso compreender o que é a responsabilidade.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.7, p. 3

O principal objetivo da ordem jurídica é tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito e ao mesmo tempo reprimir a conduta daquele que o contraria. Para alcançar esse propósito, a ordem jurídica estabelece deveres, estes podem ser positivos, de dar ou fazer, bem como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa, conforme a natureza do direito a que correspondem. Vale dizer que alguns desses deveres atingem a todos indistintamente ou atingem a certa pessoa ou pessoas determinadas.

Nesse contexto, entende-se por dever jurídico “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”.⁵⁶ A violação a esse dever configura o ilícito que, em regra, acarreta dano a outrem, gerando, assim, um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Em vista disso, há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo que é o de indenizar, o da reparação do dano. É aqui que encontra-se a noção de responsabilidade civil, qual seja, o dever que alguém tem de reparar o dano decorrente da violação de um outro dever jurídico, ou seja, o surgimento de um dever jurídico sucessivo para recompor um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁵⁷

O respaldo dessa obrigação, no âmbito jurídico, está no princípio fundamental da proibição de ofender, isto é, o dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*. Cumpre ressaltar que é um limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, restabelecendo na medida do possível o *statu quo ante*. Com base nisso, Maria Helena Diniz define o instituto da responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal.⁵⁸

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 23.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 24.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.7, p. 40.

Tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor, tutelam esse instituto. Isto porque em qualquer relação obrigacional decorrente de lei ou simples contrato, o descumprimento dos deveres impostos ao devedor perante o credor, importa em prejuízos de ordem moral e material, e estes deverão ser reparados.

Os critérios, pressupostos e mecanismos de composição patrimonial dos conflitos, de modo a repor, a favor de quem sofre o dano, a representação pecuniária equivalente, revelam a evolução da responsabilidade civil ao longo do tempo.

2.2 A responsabilidade objetiva do fornecedor

Na produção em grande escala e completamente automatizada e sofisticada, a prova da conduta culposa do fornecedor tornava-se um obstáculo intransponível para o adquirente, em razão de sua vulnerabilidade técnica, fática e jurídica. Portanto, isso significava praticamente negar a possibilidade do ressarcimento por parte do consumidor.

Desse modo, antes da vigência do CDC, a forma mais corrente do consumidor obter algum ressarcimento pelo dano sofrido em virtude de um defeito no produto se dava pela aplicação da garantia contra os vícios redibitórios, uma vez que no plano contratual alguma proteção era concedida ao consumidor por força da aplicação dessa garantia.

Porém, tal garantia apresentava tantas outras deficiências para fins de tutela do consumidor, porquanto se dava de maneira incompatível com a moderna sociedade de consumo caracterizada pela despersonalização da relação jurídica entre fornecedor e consumidor.

A primeira delas é o vínculo contratual existente entre o alienante e o adquirente do produto, fato que impossibilitava o consumidor de acionar diretamente o fabricante. A segunda deficiência é com relação aos prazos para o exercício do direito de redibir o contrato, os quais eram extremamente exíguos. E, a terceira residia no fato de que a garantia contra os vícios redibitórios não conseguia abranger a pouca durabilidade do produto e nem a hipótese de falta de segurança do bem adquirido, além da dificuldade de prova do vício, já que era oculto e deveria existir ao tempo da tradição do bem.

Ademais, além das insuficiências já mencionadas, há ainda outras duas que podem ser apontadas: a ignorância da garantia, pois muitas vezes o consumidor ignora a própria existência da garantia, e os óbices da via judicial, visto que havendo recusa do alienante em atender à reclamação do adquirente, ser indispensável à propositura da ação judicial, e o consumidor não pode suportar esse ônus.

Dessa forma, frente a tantas deficiências apresentadas pela garantia contra os vícios redibitórios, na responsabilidade contratual e os inconvenientes em relação à responsabilidade extracontratual, pois era fundada na culpa, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, afirmou-se como o sistema que melhor respondia à necessidade de tutela da parte vulnerável da relação de consumo, porquanto aquele esquema clássico de responsabilidade, disciplinado pelas normas previstas no Código Civil, se revelou insuficiente para atender às necessidades da sociedade de consumo e garantir a prevenção e reparação dos danos causados aos consumidores e, ainda, às vítimas do mesmo evento, já que a demonstração da culpa do fornecedor tornaria-se algo intransponível, uma vez que os produtos e serviços estavam inundados de complexidade tecnológica e, o fornecedor era quem controlava todo processo de produção e o acesso aos elementos de prova.

Portanto, a necessidade de efetiva proteção ao consumidor contra os danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos conduziu à objetivação da responsabilidade civil do fornecedor, bem como a superação do dogma da culpa. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 12 e 14, deixou expresso que os fornecedores de produtos e serviços respondem pela reparação dos danos causados ao consumidor, independentemente da existência de culpa.

A justificação para a responsabilidade civil objetiva encontra-se no necessário amparo do consumidor contra riscos que desconhece, sendo que o fornecedor detém todo o meio de produção e, desse modo é capaz de diluir entre os consumidores, por meio do preço e de mecanismos seguros, o custo desses riscos. Logo, não deverá o consumidor arcar sozinho com os riscos inerentes à contemporânea sociedade de consumo.

Nesse contexto, observa-se que tal responsabilidade assume dois objetivos: o de prevenção e o de reparação. Tanto um quanto a outro são impostos ao fornecedor, visto que estão inseridos dentre os direitos básicos do consumidor (artigo 6º, VI). O primeiro

objetivo é buscado por meio do investimento em novas tecnologias e em pesquisa, com o fim de tornar os produtos e serviços sempre mais seguros para o consumo, o segundo objetivo é garantido por meio de uma mais fácil carga probatória imposta ao consumidor, quando este é dispensado de provar a culpa do fornecedor.⁵⁹

No entanto, cumpre ressaltar que quando o CDC estabeleceu um fundamento objetivo ao dever de indenizar, excluindo a necessidade da vítima demonstrar a culpa do responsável, não quer dizer que aquela não tem nada a provar. Ao contrário, para ensejar o surgimento da responsabilização objetiva do fornecedor, cabe-lhe comprovar a existência do defeito; o dano efetivo, moral e/ou patrimonial e o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão. Não havendo comprovação desses elementos, não há que se falar em responsabilidade civil do fornecedor.

A responsabilidade civil objetiva, portanto, afirmou-se como o sistema que oferecia maior e mais efetiva proteção à parte vulnerável da relação de consumo e restabelecia um adequado equilíbrio a essa relação.

2.3 Defeitos dos Produtos

O Código de Defesa do Consumidor ao adotar a responsabilidade objetiva do fornecedor, retirou do rol dos fatos a serem provados pela vítima, e existência de culpa do causador do dano, entretanto, isso não implica dizer que a vítima não tenha o ônus de provar nada. Ao contrário, esta tem que provar o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto defeituoso. Em vista disso, o defeito é de grande relevância no estudo da responsabilidade civil objetiva, na medida em que o Código exige que o produto seja considerado defeituoso, isto é, capaz de causar danos à saúde ou segurança do consumidor, para que possa ensejar a responsabilização do fornecedor.

A esse respeito dispõe Silvio Luís Ferreira da Rocha:

Um pressuposto essencial da responsabilidade do fornecedor é que o produto seja defeituoso, isto é, no momento em que foi colocado no mercado

⁵⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 115.

apresente um defeito potencial ou real e que esse defeito seja a causa do dano.⁶⁰

Para tanto, a noção de defeito está relacionada à expectativa do consumidor, pois, conforme o artigo 12, § 1º do CDC, um produto é defeituoso quando ele é mais perigoso para o consumidor ou para quem o utiliza do que legitimamente ou razoavelmente poderia esperar, levando em consideração certas circunstâncias, quais sejam: sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

Portanto, infere-se que o elemento central dessa definição é a segurança do produto. No entanto, o CDC não estabelece que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas sim uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores.⁶¹ Afastou o Código, afirma Sílvia Luís Ferreira da Rocha, a “utopia de produtos sem risco ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e a segurança dos consumidores são aceitáveis, desde que normais e previsíveis (arts. 8º e 9º)”.⁶²

O legislador enumerou em que hipóteses um produto é considerado defeituoso. São elencados em três modalidades os defeitos que geram a responsabilização do fornecedor, quais sejam: defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização, também conhecidos como defeitos de informação. Segundo, João Batista de Almeida, os dois primeiros são classificados como defeitos intrínsecos e os últimos, como defeitos extrínsecos, pois se refere às informações sobre a utilização e os riscos do produto, que devem acompanhá-lo.⁶³

2.3.1 Defeitos de fabricação

Os defeitos de fabricação aparecem no *caput*, do artigo 12 do CDC, como sendo defeitos de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento. Tais defeitos surgem quando o produto é fabricado, sendo provocados por falha de uma determinada máquina ou de um determinado trabalhador ou setor de produção mecânico ou

⁶⁰ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

⁶² ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

⁶³ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 90.

manual. Nesse sentido aduz Antônio Herman V. Benjamin que os defeitos de fabricação “originam-se, normalmente, no momento em que o produto é manufaturado, sendo provocados pelo automatismo e padronização do processo produtivo moderno”.⁶⁴

Tais defeitos possuem três características que os distinguem dos demais. A primeira é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de eliminar absolutamente os riscos inerentes à produção industrial, mesmo com o emprego da melhor técnica. Já a segunda é a previsibilidade, no sentido de que é possível o cálculo estatístico de sua frequência, facilitando a contratação de seguro pelo fornecedor. E, por fim, a terceira característica apontada por Antônio Herman, é a manifestação limitada, ou seja, não atinge todos os consumidores, provocando danos apenas em uns poucos.⁶⁵

2.3.2 Defeitos de concepção

São os defeitos de projeto ou de fórmula, contemplados no *caput* do artigo 12, do referido Código. Estes afetam as características gerais da produção em razão de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula. Em síntese, o defeito nasce porque a fórmula está erroneamente calculada ou o projeto está eivado de erro, logo, esse não está na fabricação, mas no projeto ou na fórmula, os quais são elementos anteriores à fabricação. Em face desses defeitos, é comum as fábricas, em especial as montadoras de veículos, utilizarem-se do *recall*, como forma de procurar prevenir futura responsabilização.

Os defeitos de concepção tal qual os defeitos de fabricação tem um tríplice traço fundamental. O primeiro é a inevitabilidade, não pode ser evitado, principalmente naqueles casos em que o conhecimento técnico à época não permitia sua identificação ou previsão. Já o segundo é a dificuldade de previsão estatística, tal defeito não se presta com facilidade à previsão estatística. Finalmente, o terceiro é a manifestação universal, tais defeitos estendem-se a toda linha produtiva, manifesta-se em todos os produtos daquela série, por isso seu potencial de danosidade coletiva é maior do que no caso de defeitos de fabricação.⁶⁶

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

Nesse contexto, observa-se que o defeito de concepção guarda uma estreita relação com os riscos de desenvolvimento, isto é, riscos decorrentes do desenvolvimento do produto que à época em que este foi inserido no mercado, aqueles não puderam ser detectados pelo conhecimento científico existente. Muitos autores, assim como Paulo Roque Khouri⁶⁷, entendem que esses riscos, não passam de defeito de concepção do produto. No entanto, tal assunto será tratado em momento posterior.

2.3.3 Defeitos de comercialização

Os defeitos anteriormente referidos - defeitos de fabricação e defeitos concepção – tratam de defeitos materiais, interiorizados aos produtos e que possuem um potencial de provocar danos ao consumidor, isto é, são intrínsecos ao bem, por sua vez os defeitos de comercialização, também denominados defeitos de informação, dizem respeito a um aspecto formal quanto à forma de colocação do produto no mercado. São elementos externos que, embora se refiram ao produto não são próprios do produto, logo defeitos extrínsecos.

Assim, ainda segundo o artigo 12, *caput*, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos provocados por defeitos decorrentes de “apresentação” dos produtos, bem como “por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Logo, “um produto pode ser ilegítimamente inseguro por falta, insuficiência ou inadequação de informações, advertências ou instruções sobre o seu uso e perigos conexos”.⁶⁸

As informações devem acompanhar o produto, seja em folhetos explicativos, bulas, ou até mesmo na própria embalagem e publicidade. Assim tal defeito abrange, desde as informações inadequadas ou insuficientes de utilização dos produtos, até omissões nas composições dos mesmos.

Todavia, o dever de informar é, como regra, cumprido antes da colocação do produto no mercado, mas se o fornecedor só vier a tomar conhecimento do risco após a

⁶⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 168.

⁶⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 103.

comercialização do bem de consumo, “deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários” (art. 10, §1º, do CDC). Esses anúncios deverão ser “veiculados na imprensa, rádio e televisão, a expensas do fornecedor do produto ou serviço” (art. 10, §2º, do CDC). Além disso, complementa o § 3º do art. 10 que “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”. Ressalta-se ainda que, a informação posterior não impede a obrigação de indenizar, caso o consumidor não seja alcançado a tempo.

Diante do exposto, observa-se que toda reparação de dano é ensejada pela efetiva realização de algum evento que venha a causar algum prejuízo para o consumidor, seja este prejuízo de ordem moral ou material. No caso da ocorrência de defeitos, por ocasionarem danos, conduzem à perspectiva de reparação e, em razão disso, necessário se faz salientar a definição de instituto abundantemente utilizado na área consumerista – acidente de consumo ou fato do produto ou do serviço, pois como se verá adiante, tal instituto está ligado à incidência de defeitos.

2.4 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu dois sistemas de responsabilidade civil para os fornecedores: o da responsabilidade por fato do produto e do serviço (artigos 12 a 17 do CDC) e o da responsabilidade por vício do produto e do serviço (artigos 18 a 25 do CDC). A distinção entre estes sistemas reside no tipo de dano que cada um deles tutela e no regime jurídico a eles aplicado.

A responsabilidade por fato tutela a pessoa do consumidor e é aplicável apenas aos casos de danos (acidente de consumo) causados aos consumidores em virtude de defeitos, isto é, problemas ou anomalias do produto ou do serviço que comprometam a segurança dele legitimamente esperada. Nesse sentido, Antônio Herman afirma que:

Melhor, portanto, é falar-se em "responsabilidade pelos acidentes de consumo". Enquanto aquela terminologia enfatiza o elemento material causador da responsabilidade, esta, ao contrário, prefere dar destaque ao elemento humano consequencial. 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). A rigor, aqui o direito do consumidor - ao revés do que sucede com os vícios de qualidade por inadequação — só se volta para o fenômeno material inerente ao produto (o defeito) quando tem seu interesse

despertado pela sua habilidade para causar o fenômeno humano (o acidente de consumo).⁶⁹

Os serviços e produtos quando colocados no mercado destinam-se a satisfazer as necessidades dos consumidores, sendo natural a expectativa de que funcionem adequadamente ou se prestem à finalidade que deles legitimamente se espera. Por isso, é certo que os fornecedores procuram produzir bens e serviços adequados ao consumo, seguros e eficientes. Para tanto, utilizam testes e controle de produção com o fim de eliminar ou pelo menos reduzir a colocação no mercado de produtos defeituosos.

No entanto, mesmo com o emprego de diligência na produção ou prestação e de severo controle, ainda assim, alguns produtos e serviços entram no mercado com defeitos e acabam por causar lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio dos consumidores. Portanto, quando um bem ou serviço é inserido no mercado e por qualquer hipótese tem seu efeito, mesmo que previsível, potencializado por um defeito, ele passa a não transmitir a segurança do risco que possui intrinsecamente e, a esta carência de segurança, decorrente de um defeito no produto ou no serviço, que o faz apresentar-se em desconformidade com as expectativas legítimas dos consumidores, tornando-o capaz de produzir um dano à saúde ou à vida do consumidor, é que se chama “fato do produto ou do serviço” ou “acidente de consumo”.

Inclinando no mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho, define fato do produto como sendo:

[...] o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito do produto. Esse defeito pode ser de *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 física-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.⁷⁰

A inevitabilidade desses defeitos e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente prejudiciais, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos causados à vítima e a

⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 114/115.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 475/476.

terceiros, pois como bem preceitua João Batista: “aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes”.⁷¹ Daí porque o surgimento da teoria do risco do empreendimento, que tem o sentido de atribuir àquele que se dispõe a exercer alguma atividade no mercado de consumo o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independente de culpa.

O consumidor não pode arcar com os riscos das relações de consumo, não pode assumir sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo ou ficar sem indenização, pois estes riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são para todos. Assim, passa o fornecedor ser o garante dos bens e serviços que coloca à disposição do consumidor no mercado, respondendo pela qualidade e segurança destes.

Portanto, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (art. 12, CDC), pelo fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, então, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com o ônus decorrente da reparação de danos das atividades que lhes são próprias. Nesse ponto, cumpre destacar que o comerciante, pelos acidentes de consumo teve a sua responsabilidade excluída em via principal. O CDC, em seu artigo 13, atribui-lhe apenas uma responsabilidade subsidiária, especial e eventual, ou seja, ocorrerá somente quando se estiver presente determinadas hipóteses prevista no referido artigo.

Dessa maneira, anota Sérgio Cavalieri Filho:

Pode ser responsabilizado em via secundária quando o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não puderem ser identificados; o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador ou – hipótese mais comum – quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis.⁷²

Além disso, impende ressaltar que tal responsabilidade ocorre independente de contrato entre fornecedor e consumidor. O que realmente interessa para surgir tal responsabilidade é o fato em si, isto é, dano causado, segundo anota Antônio Herman:

⁷¹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 82.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 481.

O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extra-contratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.⁷³

Dessa maneira, o fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço deixa de ser a relação contratual para se concretizar em função da existência de um outro tipo de vínculo: o produto defeituoso lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente, consoante o art. 12 do Código do Consumidor.

Ademais, verifica-se que o CDC determina que os produtos e serviços devem ser adequados aos fins a que se destinam, logo, devem atender as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta e na mensagem publicitária, pois, nada mais justo e natural que os produtos e serviços inseridos nos mercado de consumo tenham qualidade, atendam a sua finalidade própria e, conseqüentemente, às necessidades dos consumidores.

Contudo, apesar de determinada disposição da lei de proteção ao consumidor, o produto ou serviço adquirido pode conter um defeito que, embora não cause nenhum acidente de consumo, impeça seu uso potencial ou lhe diminua o valor. Cuida-se de defeitos inerentes aos produtos ou serviços, denominados vícios *in re ipsa*.⁷⁴ Tendo isso em conta e conforme já mencionado, o Código estabeleceu dois sistemas de responsabilidade civil para fornecedores: o da responsabilidade por fato do produto e do serviço, do qual já foi tratado, e o da responsabilidade por vício do produto e do serviço, o qual será abordado no próximo tópico.

2.5 Responsabilidade por vício do produto e do serviço

O Código de Defesa do Consumidor tratou, em seções diferentes, da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e da responsabilidade por vício do produto e do serviço, disciplinada no capítulo IV, seção III, artigos 18 a 25 do CDC. E, isso, deve-se ao fato de que enquanto na primeira a preocupação funda-se na segurança dos bens e serviços,

⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 495.

pois estes são afetados por defeitos que trazem riscos à saúde e segurança do consumidor; na segunda o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, verificam-se apenas anomalias que afetam a funcionalidade do produto ou do serviço.

Entretanto, antes de discorrer sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço convém, por ora, salientar a distinção entre vício e defeito. Pois, a lei consumerista estabelece certa confusão ao usar esses dois conceitos distintos.

São considerados vícios as características de quantidade ou qualidade que tornem os serviços ou produtos impróprios ou inadequados ao consumo e, ainda, lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rótulos, oferta e mensagem publicitária. Esses podem ser aparentes, de fácil constatação, ou ocultos, isto é, não podem ser detectados na utilização ordinária.

Por sua vez, consideram-se defeitos, o vício acrescido de um problema extra, ou seja, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que ocasiona um dano maior que o mau funcionamento ou simplesmente o não funcionamento, o defeito causa além desse dano do vício, outros danos ao patrimônio jurídico do consumidor.

Diante disso, observa-se que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, é uma característica intrínseca a estes, jamais lesionando a pessoa do consumidor em outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio moral e/ ou material. Logo, o que se infere é que o legislador a partir do artigo 18, do CDC, referiu-se a vícios e não a defeitos, pois aludiu a falhas cujos efeitos não ultrapassam o âmbito intrínseco da coisa viciada.

A disciplina dos vícios dos produtos encontra suas raízes remotas no regime da responsabilidade por vícios redibitórios disciplinados no novo Código Civil nos artigos 441 a 446. Porém, avança em relação a esta, porquanto o regime anterior cuidava das relações civis, pressupondo a igualdade das partes, enquanto a nova disciplina trata de relações de consumo em que uma das partes, o consumidor, é visto como hipossuficiente e merecedor de tutela especial.

Portanto, a garantia assegurada pela lei de proteção ao consumidor é mais vasta que aquela prevista no Código Civil, pois enquanto os vícios redibitórios dizem respeito aos vícios ocultos da coisa, os vícios de bens e serviços podem ser ocultos ou aparentes.

Além disso, os mecanismos reparatórios desse novo instituto são mais abrangentes e satisfatórios, uma vez que permitem ao consumidor, não sendo sanado o vício em 30 dias, exigir, alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízos de perdas e danos; o abatimento proporcional do valor do bem; complementação do peso ou medida; a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível. Por fim, diferentemente do regime anterior, a responsabilidade não é só do vendedor, é também solidariamente de todos os fornecedores.

2.5.1 Vícios do Produto: de qualidade e de quantidade

Em vista da multiplicidade das relações de consumo, o Código procurou agrupar os vícios dos produtos segundo a sua natureza, assim dividem-se em vícios de qualidade e vícios de quantidade. Os primeiros são aqueles que tornam os produtos inadequados ou impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor, como por exemplo, produtos cujos prazos de validade estejam vencidos. (art.18, *caput*, CDC). Já os segundos são aqueles em que o conteúdo líquido é inferior às indicações constantes do rótulo ou da mensagem publicitária (art.19, CDC), ou seja, “há disparidade entre o conteúdo e o peso ou medida indicados pelos fornecedores, sendo que a quantidade inferior causa prejuízos ao consumidor, sem, no entanto, alterar a qualidade do produto”.⁷⁵

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor não procurou, apenas agrupar os vícios dos produtos segundo sua natureza, como também o fez na hipótese de vícios do serviço, quais sejam: vícios de qualidade e vícios de quantidade.

2.5.2 Vícios do serviço: de qualidade e de quantidade

Os vícios dos serviços podem ser de qualidade ou de quantidade. Estes são aqueles que decorrem da disparidade quantitativa com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária, isto é, não há correspondência entre o serviço prestado e aquele

⁷⁵ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 94.

ofertado ao consumidor (art. 18, *caput*, e 20, *caput*, CDC). Aqueles são os que tornam os serviços impróprios à sua fruição ou lhes diminuem o valor, considerando impróprios os serviços que se revelem inadequados ao fim a que se destinem, por exemplo, aqueles que não atendam as normas regulamentares de utilidade (art. 20, *caput*, e § 2º, CDC).

Portanto, a responsabilidade por vícios do produto e do serviço deriva da obrigação do fornecedor em assegurar o cumprimento perfeito, colocando o produto ou o serviço no mercado com a qualidade e a quantidade garantidas.

Entretanto, diante do exposto, cumpre destacar que a ocorrência de um dano em razão do uso do produto ou da prestação de um serviço não acarretará necessariamente a responsabilidade do fornecedor, visto que a lei, buscando uma justa distribuição dos riscos, prevê, em favor deste, excludentes de responsabilidade. E, é neste ponto da doutrina que surge segundo anota Eduardo Arruda Alvin: “a questão mais polêmica atinente às eximentes de responsabilidade diz com o assim dito risco de desenvolvimento”.⁷⁶

⁷⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p.146, jul.-set., 1995.

3 RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

3.1 Excludentes da responsabilidade do fornecedor

Como já sabemos, o Código de Defesa do Consumidor adotou o sistema de responsabilidade civil objetiva, não havendo a necessidade de demonstrar a culpa de quem causou o dano, bastando ao consumidor demonstrar o dano e o nexo de causalidade a fim de ensejar o direito à reparação.

No entanto, mesmo sendo objetiva a responsabilidade civil do fornecedor, não significa dizer que esta resulta de simples demonstração do nexo causal entre o uso do produto e o dano. Ocorre que entre esses dois requisitos deverá interpor-se um defeito do produto, portanto, não transformando o fornecedor num simples assegurado do produto.

Assim, observa-se que deve existir uma relação de causa e efeito para configurar a responsabilidade, pois, caso contrário, bastando demonstrar o dano para instaurar a responsabilidade civil do fornecedor, não mais estaríamos diante da responsabilidade objetiva, e sim de uma responsabilidade fundada no risco integral, rejeitada pelo CDC, visto que a lei de proteção ao consumidor admite algumas excludentes que se provadas pelo fornecedor, elidem a sua responsabilidade, quais sejam: a não colocação do produto no mercado; a inexistência do defeito; e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3º, I a III, do CDC).⁷⁷

Referidas eximentes tem por finalidade precípua, proporcionar o maior equilíbrio e equanimidade à divisão da responsabilidade decorrente dos danos provocados por produtos ou serviços, possibilitando a prova liberatória por parte do fornecedor. Nesse mesmo sentido, o posicionamento de João Calvão da Silva:

Num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou redução de sua responsabilidade.⁷⁸

⁷⁷ Art. 12, [...] § 3º, CDC: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

⁷⁸ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 717.

Dessa forma, verifica-se que as causas de exclusão da responsabilidade são importantes para que se obtenha um sistema protetivo não apenas eficaz, mas harmônico, de modo que seja mantido um equilíbrio em relação à responsabilização do produtor, o que se dá por meio da justa distribuição do risco entre o consumidor e o fornecedor.

3.1.1 Não colocação do produto no mercado

A primeira hipótese de exoneração da responsabilidade do fornecedor é a prova, por ele demonstrada, de que não colocou o produto no mercado, porquanto não haverá, nesse caso, nexo de causalidade entre o dano causado pelo produto, ainda que defeituoso, e a atividade do fornecedor. Portanto, não responderá pelo dano caso comprove que não colocou o bem à disposição do consumo.

Contudo, o Código não apresenta nenhuma norma estabelecendo o momento a partir do qual se considera o produto introduzido no mercado, logo, dispõe Sílvia Luís Ferreira da Rocha, que “como regra geral, a chave do conceito de ‘colocação em circulação’ reside na entrega material do produto a qualquer outra pessoa pelo fornecedor”.⁷⁹ Para Sérgio Cavalieri Filho, “será a partir do momento em que o produto é remetido ao distribuidor, ainda que a título experimental, de propaganda ou de teste, como se costumava a fazer com certos medicamentos”.⁸⁰

Para que se possa alegar esta excludente, é necessário que a introdução do produto no mercado não se tenha dado de forma consciente e voluntária pelo fornecedor. Em virtude disso, se ocorrer, por exemplo, roubo, furto ou falsificação da mercadoria, e sua subsequente introdução no comércio contra a vontade do fornecedor, não deverá cogitar a sua responsabilização.

Por outro lado, quando o fornecedor lança o produto no mercado para comercialização, ainda que, por exemplo, para teste, ou mesmo distribuindo-o a título gratuito, não poderá invocar tal excludente, pois caracteriza a colocação do produto no mercado, conforme já mencionado.

Além disso, cabe destacar que se o bem tiver sido inserido por preposto, ou mesmo por representante autônomo, não poderá o fornecedor se utilizar dessa eximente, uma

⁷⁹ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 105.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 484.

vez que é solidariamente responsável pelos atos daqueles, nos termos do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor.⁸¹

3.1.2 Inexistência de defeito

Outra exclusão de responsabilidade é a ausência de defeito do produto, conforme enfatizado em várias oportunidades, o fornecedor somente será responsabilizado se o seu produto se revelar defeituoso em relação ao uso normal e típico, logo, inexistente o defeito, o fornecedor não é responsável pelos prejuízos ocasionados pelo produto, uma vez que rompe-se também nessa hipótese, o nexo de causalidade entre a utilização do bem e o dano produzido.

A prova desta excludente caberá ao fornecedor, uma vez que se presume a hipossuficiência do consumidor, no sentido de comprovar a existência do defeito. Ademais, a eximente deverá ser demonstrada em virtude do momento em que o produto foi posto em circulação, segundo aponta Silvio Luís: “Para exonerar-se da responsabilidade deverá demonstrar a inexistência do defeito por ocasião da colocação do produto em circulação”.⁸²

Nesse ponto, relata o referido autor que o ordenamento pátrio se distanciou dos Direitos português e italiano, uma vez que nestes ordenamentos para afastar a responsabilidade do fornecedor basta a mera plausibilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito, reduzindo, consideravelmente, a intensidade probatória por parte deste.

Registre-se, por fim, que os defeitos a serem considerados são apenas aqueles juridicamente relevantes, enquadrados nas modalidades previstas pelo *caput* do artigo 12 do CDC, pois de acordo com James J. Marins de Sousa: “Quaisquer defeitos de outra natureza, eventualmente presentes, no produto não podem levar à responsabilização do fornecedor [...]”.⁸³

⁸¹ Art. 34, do CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

⁸² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 106.

⁸³ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 124, abr.–jun.1993.

3.1.3 Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

A última hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, elencada no artigo 12, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. O ônus de produzir essa prova é do fornecedor responsável pelo produto.

Convém destacar que Sérgio Cavalieri Filho crítica a terminologia usada pelo Código para estabelecer esta excludente, afirmando que:

Lamenta-se que o Código, que tão técnico foi ao falar em *fato do produto e fato do serviço*, tenha, aqui, falado em *culpa* exclusiva do consumidor ou de terceiro, em lugar de *fato* exclusivo dos mesmos. Em sede de responsabilidade objetiva, como a estabelecida no Código do Consumidor, é injustificável erronia terminologia falar em culpa. Na responsabilidade objetiva tudo é resolvido no plano do nexo de causalidade, não se chegando a cuidar da culpa.⁸⁴

Ocorre a culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta é a única causa direta e determinante do evento, portanto, não sendo possível indicar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Desse modo, inexistente relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e atividade do fornecedor, o que elide a responsabilidade deste.

Todavia, se o comportamento do consumidor concorre para produção do fato danoso, não se trata mais de culpa exclusiva e sim de culpa concorrente, e nesse caso a excludente não se aplica, segundo sustenta Roberto Senise Lisboa:

A exclusividade da culpa da vítima demonstra que o objetivamente responsabilizado não pode ter concorrido, de qualquer forma, para a causação do resultado danoso. Pelo contrário. A mínima participação do objetivamente responsável em colaborar, de qualquer forma, para a ocorrência do prejuízo, ocasiona sua responsabilidade.⁸⁵

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003, p. 485.

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

Além disso, se o defeito do produto ou serviço foi causa preponderante para ocasionar o acidente de consumo, a concorrência de culpas não tem lugar na responsabilidade objetiva disciplinada pelo CDC, ou seja, se demonstrado que sem o defeito presente naqueles o dano não teria ocorrido, a culpa do consumidor perde toda a expressão. Por isso, não há falar em culpa concorrente do consumidor, posto que o produto não ofereceu a segurança legitimamente esperada.

Por outro lado, se a vítima está ciente do defeito do produto e do perigo que ele apresenta, mesmo assim, assume esse risco voluntariamente, não poderá ser atribuída a responsabilidade ao fornecedor, visto que apesar do defeito o prejuízo ocorreu da conduta consciente do lesado.⁸⁶

A responsabilidade também é cessada pelo fato exclusivo de terceiro. É preciso que seja “terceiro mesmo”⁸⁷, isto é, pessoa estranha à relação existente entre consumidor e o agente produtor, alguém sem qualquer vínculo com o fornecedor. Por essa razão, não será o comerciante, pois este é escolhido pelo produtor para distribuir seus produtos e, ainda, para ele há norma especial (art. 13, CDC).

Nesse caso, o ônus da prova da culpa do terceiro também é do fabricante, produtor, construtor ou importador, estes deverão demonstrar que o acidente de consumo não decorreu de nenhum defeito do produto ou serviço. Desse modo, a natureza exclusiva da conduta do terceiro faz desaparecer o nexo de causalidade entre o defeito do bem e o evento danoso.

Contudo, só haverá a exoneração de responsabilidade do fornecedor se o acidente de consumo tiver como causa culpa exclusiva de terceiro, não concorrendo qualquer defeito do produto, pois, tal qual ocorre no fato exclusivo do consumidor, a culpa de terceiro, bem como a culpa concorrente, ambas perdem sua relevância quando constata-se que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido.

⁸⁶ Apud ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

⁸⁷ Expressão utilizada por NUNES, Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 176.

Em conclusão, a aplicação dessa excludente em rigor vai nos remeter ao inciso anterior (art. 12, § 3º, III, CDC) – inexistência de defeito –, visto que, havendo culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por óbvio, não há defeito juridicamente relevante no produto.

Registre-se, por fim, que as causas de exclusão de responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços (art. 14, § 3º, do CDC)⁸⁸ seguem, em linhas gerais, aquelas traçadas para produtos, com exceção de que em vez de serem três eximentes, resumem-se a duas, quais sejam: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. E, ainda, que embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha previsto expressamente as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor por vícios de qualidade ou quantidade de produtos e serviços, entretanto, “aplicam-se, por analogia, as regras que estabelecem as causas eximentes de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigos 12, § 3º e 14, § 3º, ambos do CDC)”.⁸⁹

3.1.4 A taxatividade das eximentes no CDC.

Além das três hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, alguns doutrinadores têm se posicionado no sentido de ser perfeitamente possível a adoção de outras eventuais causas de exclusão. Contudo, a aceitação dessas causas constitui um dos temas mais controvertidos da doutrina consumerista, em virtude da redação do artigo 12, §3º, do CDC, em que se lê que o fornecedor “só não será responsabilizado, quando provar [...]” algumas das situações previstas em sua redação. Dessa forma, a interpretação literal deste dispositivo nos remete a questão da taxatividade ou não das hipóteses expressas em seu conteúdo, isto é, se são as únicas hábeis a elidir a responsabilidade do fornecedor ou não.

Silvio Luís Ferreira da Rocha entende que as hipóteses elencadas no Código de Defesa do Consumidor não são taxativas. Outras são admitidas, recorrendo-se, para tanto, às regras de interpretação.⁹⁰

⁸⁸ Art. 14, [...] § 3º, do CDC: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva de consumidor ou de terceiro”.

⁸⁹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

⁹⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 109.

Roberto Norris esposando o mesmo entendimento de Silvio Luís, assevera a possibilidade da aplicação de outras causas excludentes da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, visto que essas eventuais causas tem se mostrado eficiente em diversos países.⁹¹

Paulo Sanseverino afirma que há situações concretas em que acontecimentos externos rompem o nexo de causalidade, uma vez que interferem na relação de causalidade estabelecida entre o produto ou o serviço e o dano. Por isso, devem ser aceitas outras hipóteses de exclusão, além daquelas já estabelecidas no art.12, § 3º, do CDC, que se mostrem compatíveis com o sistema de responsabilidade civil adotado pelo CDC.⁹²

No direito brasileiro, a polêmica decorre, principalmente, em razão da ausência de previsão, dentro do rol legal, de outras excludentes que a doutrina buscou apresentar, tais como: a fundada no caso fortuito ou força maior; na obediência a normas imperativas fixadas pela Administração Pública para o bem da produção; e, por fim, a mais polêmica e que representa o tema central da presente monografia, a fundada nos riscos do desenvolvimento, problema complexo e delicado que há ponderáveis argumentos tanto pela exclusão, quanto pela responsabilização do fornecedor no caso de tais riscos.

3.2 Conceito de riscos do desenvolvimento

A imposição de responsabilidade objetiva e a vedação à exclusão por ato de vontade não correspondem à obrigação de responder por todo e qualquer dano, existindo situações em que o dever de indenizar é afastado. Desse modo, a lei de proteção ao consumidor em seu artigo 12, § 3º, admitiu de forma expressa três hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, as quais já foram analisadas em tópico anterior. Todavia, diante da redação de tal dispositivo, é preciso investigar a possibilidade de se admitir outras hipóteses de exclusão de responsabilidade, além daquelas ali previstas, como é o caso dos riscos do desenvolvimento.

O entendimento sobre o caráter de excludente de responsabilidade dos riscos do desenvolvimento tem sido motivo de muitas polêmicas no âmbito jurídico brasileiro,

⁹¹ NORRIS, Roberto. *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 85.

⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 290-291.

bem como no direito comparado. Diante desse campo de divergências, têm-se doutrinadores que entendem pela adoção dos riscos como eximente da responsabilidade, e outros que se posicionam pelo entendimento contrário. Contudo, antes de entrar na polêmica propriamente dita, convém estabelecer o que vêm a ser esses riscos.

O conceito de riscos do desenvolvimento não é unânime na doutrina, sendo que a própria expressão está sujeita à críticas. Neste sentido o jurista Jean-Luc Fagnard afirma que tal termo é “infeliz, pois o desenvolvimento da ciência não constitui um risco, mas busca precisamente eliminá-lo”.⁹³ Similarmente, Maria Angeles Parra Lucan ensina que a expressão riscos do desenvolvimento é o uso abreviado de “riscos que o desenvolvimento técnico e científico permite descobrir”. Ressalta, ainda, que essa expressão lingüística tem suas correspondentes em diferentes idiomas como: *development risk*, *risques du développement* e *Entwickungsgefahren*.⁹⁴ Para James Marins, os riscos do desenvolvimento consistem:

Na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível na época de sua introdução, ocorrendo, todavia, que posteriormente, decorrido determinado momento de sua circulação no mercado de consumo, venha a ser detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.⁹⁵

Já Antônio Herman e Benjamin os define:

Como sendo o risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível.⁹⁶

⁹³ Apud CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 175.

⁹⁴ Apud CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 175-176.

⁹⁵ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 128.

⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

No campo do direito comparado, encontramos definições similares. Para o jurista português João Calvão da Silva, autor de obra referencial sobre a responsabilidade civil do fornecedor no direito europeu, os riscos do desenvolvimento são:

Os defeitos cuja existência no momento da entrada do produto em circulação não era cognoscível ou previsível mesmo de acordo com o mais avançado estado geral dos conhecimentos científicos e técnicos (...) este tipo de defeito reflete o relativismo da ciência e da técnica, melhor, a inexistência ou a falta de saber e conhecimento adquirido e praticável no momento da distribuição do produto, pelo que só um ulterior progresso científico e técnico permite suprir, corrigir e prevenir tais defeitos.⁹⁷

Marcelo Kokke⁹⁸ destaca que não se deve confundir com a hipótese prevista no § 2º do artigo 12 do CDC, segundo o qual “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. Ou seja, embora o produto apresente uma tecnologia já superada, isto não implica que seja defeituoso.

Cabe, ainda, ressaltar que impossibilidade de detectar o defeito é objetiva e não subjetiva, com base no *estado técnica*⁹⁹: conhecimentos científicos existentes ao tempo do lançamento, e não simplesmente aqueles que o fornecedor detém, como aponta Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti.¹⁰⁰

Ainda, segundo o mesmo autor:

Nesse ponto reside a diferença entre os riscos de desenvolvimento (espécie) dos demais defeitos de concepção (gênero), posto que nestes ocorre uma falha evitável, enquanto naqueles os conhecimentos científicos existentes na época não permitiam sua detecção.¹⁰¹

Desse modo, deve ficar claro que não se trata da responsabilidade por produtos que tenham se tornado defeituosos após a sua introdução no mercado, mas da

⁹⁷ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 516-517.

⁹⁸ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 219.

⁹⁹ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 222, conceitua com precisão *estado da técnica*, nos seguintes termos: “O estado técnica é o estágio em que se encontram todos os potenciais tecnológicos e científicos conhecidos na humanidade, possuindo um caráter genérico e objetivo, tendo como foco diretor a tecnologia de ponta”.

¹⁰⁰ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código da Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 129.

¹⁰¹ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código da Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 129.

responsabilidade por defeito que não podiam então ser detectados, em razão da insuficiência dos meios tecnológicos e científicos então disponíveis.

Na sociedade moderna, infelizmente, já são conhecidos inúmeros casos em que produtos tidos como seguros quando colocados a disposição do consumo, ocasionaram prejuízos de ordem moral e patrimonial ao consumidor, sendo que a potencialidade danosa desses produtos só veio a ser descoberta após longos anos de circulação e por força do avanço científico e tecnológico. O exemplo de maior relevância, por seu impacto no imaginário coletivo, é o caso *Contergan-Talidomida*, que ingerido por mulheres grávidas contra enjôos, ocasionou nas décadas de 1950 e 1960, o nascimento de milhares de crianças fisicamente deformadas em todo o mundo.¹⁰²

Ao lado do referido exemplo podem ser citados: o caso do anticolésterol MER-29, que nos EUA, entre 1960 e 1962, acarretou a cegueira em algumas pessoas que fizeram uso dele e provocou efeitos secundários em mais de 5.000 pessoas; o talco *Morhange*, que em 1972 na França provocou a intoxicação de mais de 200 crianças, os implantes de silicone responsáveis do câncer em milhares de mulheres nos EUA,¹⁰³ a doença da *vaca-louca* na Inglaterra na década de 90¹⁰⁴ e, um caso mais recente do medicamento *Viox*, utilizado no Brasil para tratamento de artrite e dores agudas. A empresa responsável pelo remédio (*Merck Sharp & Dohme*) descobriu, após três anos de pesquisa, que sua utilização poderia expor o paciente a problemas cardiovasculares (ataques cardíacos e derrames) e determinou a retirada do produto do mercado.¹⁰⁵

Além disso, existem casos até hoje objeto de debate científico, não existindo sobre eles um estudo definitivo, como o caso do remédio anticolésterol *Lipobay*, o remédio

¹⁰² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 178.

¹⁰³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.177-178.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 496.

¹⁰⁵ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 64, p. 28, out./dez., 2007.

contra distúrbios gastrintestinais *Propulsid*, o tratamento de reposição hormonal para mulheres e o consumo de organismos geneticamente modificados (OGMs).¹⁰⁶

É possível vislumbrar também, além de casos a respeito de medicamentos, a aplicabilidade dos riscos do desenvolvimento em campos como o de transgênicos; softwares; cosméticos, nanotecnologia; entre tantos outros produtos que estão em constante desenvolvimento.¹⁰⁷

Diante desses trágicos acontecimentos e da necessidade de resguardar os avanços científicos, cumpre destacar que foram fatores que influenciaram a divisão dos representantes dos diversos países da Comunidade Européia quando da elaboração da Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Européia (CEE), no que se refere a adoção ou não dos riscos do desenvolvimento como causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor, como se verá no próximo tópico.

3.3 Análise dos riscos do desenvolvimento no direito comparado

O Código de Defesa e Proteção ao Consumidor brasileiro, segundo vários autores, dentre eles Claudia Lima Marques, encontrou no sistema norte-americano e no sistema da Diretiva Comunitária 85/374/CEE verdadeira fonte de inspiração para algumas de suas normas legais, em especial, no tocante à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço.

A propósito Claudia Lima Marques anota:

Dois sistemas parecem ter influenciado o legislador consumerista brasileiro: o sistema norte-americano, que partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por risco); e o sistema da Diretiva (85/374/ CEE, de 25.07.1985), da Comunidade Econômica Européia, que partiu da idéia de defeito dos produtos industrializados (e só destes) introduziu no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico), para

¹⁰⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 180/181.

¹⁰⁷ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista Jurídica*. São Paulo, v. 54, n. 345, p. 46, jul. 2006.

imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-lo e dividir o ônus na sociedade.¹⁰⁸

Portanto, se faz necessário uma breve análise acerca do tratamento conferido pelos referidos sistemas aos riscos do desenvolvimento, visando uma posterior análise no âmbito de nosso sistema jurídico.

3.3.1 A normativa europeia

A mais controvertida das possíveis excludentes de responsabilidade do fornecedor é, indiscutivelmente, os riscos do desenvolvimento. Tanto a posição favorável à sua inclusão, como a contrária dispõem de argumentos fortes em sua defesa. Fica clara a dificuldade de resolver esse problema, quando se examina o tratamento conferido que lhe foi dado pela Diretiva Europeia 85/374/CEE.

Após análise dos diversos argumentos apresentados pelos representantes dos diferentes países que compõem a Comunidade¹⁰⁹, o referido diploma comunitário culminou por expressamente adotar os riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, quando este comprovar que o estado de conhecimento científico e tecnológico, no momento em que o produto foi colocado a disposição do consumo, não permitia, de nenhum modo, a constatação a existência do defeito (artigo 7º, alínea “e” da Diretiva).¹¹⁰

Por outro lado, o legislador comunitário europeu permitiu que cada Estado-membro derrogasse essa eximente (artigo 15, alínea “b”, da Diretiva).¹¹¹ Paulo de Tarso

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, arts. 1º a 74, aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

¹⁰⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto em el derecho español. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 68, abr./jun., 1999. Destaca que: “quando da elaboração da Diretiva 85/374/CEE os representantes dos países comunitários estavam divididos em dois blocos: de um lado países como Bélgica, Dinamarca, Grécia, França e Luxemburgo sustentavam que os riscos do desenvolvimento deveriam recair sobre o fornecedor, visto que estes tinham condições de repassá-los para o custo de um seguro e para o preço final do dos produtos. Do outro lado, países como o Reino Unido, Itália e Holanda defendiam a necessidade da excludente para não estagnar o desenvolvimento da indústria europeia de tecnologia mais avançada”.

¹¹⁰ Art. 7º, alínea “e” da Diretiva Europeia n. 85/374/ CEE: “O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: [...] e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência de defeito”.

¹¹¹ Art. 15, alínea “b” da Diretiva Europeia n. 85/374/ CEE: “Qualquer Estado-membro pode: [...] b) em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento previsto no número 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos

Vieira Sanseverino explica que a concessão dessa derrogação foi em razão ao receio dos países integrantes da União Européia quanto à extensão que poderia assumir a responsabilidade civil dos produtores no direito comunitário europeu.¹¹²

Portanto, pode-se afirmar que este diploma comunitário adotou uma “solução compromisso”¹¹³, porque, ao mesmo tempo em que afirma a exclusão da responsabilidade do fornecedor na hipótese de riscos do desenvolvimento (art. 7, e), admite a possibilidade de os Estados derogarem a excludente (art. 15, b).

Todavia, a adoção dos riscos de desenvolvimento como eximente da responsabilidade dos fornecedores foi extremamente debatido junto ao Conselho da Comunidade Européia, que diante das incertezas geradas pelo *lobby* dos empresários e dos consumidores, segundo Marcelo Junqueira:

[...] levou ainda à previsão (artigo 15, número 3) de que “dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7º e do número 1, alínea b), do presente artigo”, podendo o Conselho das Comunidades Européias decidir pela revogação da alínea e) do artigo 7º.¹¹⁴

Sendo assim, há Estados-membros da Comunidade Européia que adotaram a exclusão total da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, outros que adotaram o regime parcial, fazendo incidir a responsabilização em alguns casos específicos e por fim, outra parte que adotou a responsabilização total do fornecedor, porém o que prevalece entre os países europeu é a exclusão total dos referidos riscos, podendo ser citados a Inglaterra,

científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”.

¹¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315.

¹¹³ Expressão utilizada por SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 505.

¹¹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 185.

Irlanda, Portugal, Itália, Grécia, Dinamarca, Holanda, Áustria e Suécia.¹¹⁵ Apenas a Finlândia, Noruega e Luxemburgo afastaram, completamente, tal excludente.¹¹⁶

Quanto aos países que adotam o regime parcial responsabilizando o fornecedor em alguns casos específicos, podem-se citar a Espanha, que estipula a responsabilidade em dois setores, alimentos e medicamentos; a Alemanha que prevê a responsabilidade somente para o setor de medicamentos, em razão do caso da Talidomida; e a França que passou a excluir a responsabilidade do fornecedor, com exceção na hipótese de danos causados por um elemento do corpo humano ou por produtos dele saídos ou quando o defeito tenha sido revelado em até dez anos após a entrada em circulação do produto e o fornecedor não tenha tomado qualquer medida para prevenir os prejuízos.¹¹⁷

Registre-se, porém, que no direito comunitário europeu, os pressupostos para acolhimento da excludente são precedidos de uma análise extremamente rigorosa, pois o estágio do conhecimento científico deve ser apreciado de maneira objetiva, e não subjetiva, ou seja, deve-se observar a impossibilidade objetiva e absoluta de constatação pelo produtor do defeito por ausência ou insuficiência dos conhecimentos tecnológicos e científicos disponíveis no momento em que o produto foi colocado em circulação.¹¹⁸

A propósito, João Calvão da Silva, afirma que:

O crucial e decisivo é a incognoscibilidade do defeito e periculosidade do produto segundo o estado geral da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos, no setor.

[...]

O que conta, pois, é a impossibilidade absoluta, a impossibilidade geral da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, e não a impossibilidade subjectiva do produtor; relevante é que as possibilidades objectivas de conhecimento do defeito não existam em geral no mundo, que os riscos e vícios do produto não sejam pura simplesmente cognoscíveis.¹¹⁹

¹¹⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187.

¹¹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315.

¹¹⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187-188.

¹¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 316.

¹¹⁹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 511-513.

Além da análise da situação legislativa européia no que se refere aos riscos do desenvolvimento, é fundamental para este estudo uma incursão no sistema norte-americano, visando examinar o seu posicionamento atual sobre a responsabilidade do fornecedor em relação a tais riscos.

3.3.2 A inversão de tendência nos EUA

Nos Estados Unidos, subsequente à Guerra Civil observou-se um surto industrial que ocasionou o começo da proteção aos prejudicados por produtos defeituosos.¹²⁰ Assim, diante da necessidade de proteção àquele que sofreu os efeitos danosos do produto, o sistema norte-americano de *common law* evoluiu mais rapidamente a um modelo de responsabilidade objetiva, influenciado, especialmente, pelos fatos sociais, que eram percebidos de forma mais imediata por esse sistema do que pelo *civil law*.¹²¹

Dessa forma, a tendência dos Estados Unidos era no sentido de responsabilizar o fornecedor pelas conseqüências danosas decorrentes do uso de seus produtos, mesmo na hipótese de defeito impossível de ser detectado ou conhecido no momento em que o produto foi colocado no mercado, em virtude do estágio da ciência e da técnica, isto é, mesmo no caso dos riscos do desenvolvimento, por aplicação de uma *strict liability*, “equivalente a responsabilidade objetiva”.¹²²

Contudo, tal tendência foi revertida, principalmente, pela grande crise no mercado de seguros gerada pelo modelo de responsabilidade vigente, que caminhava na direção da responsabilidade absoluta.¹²³ As seguradoras não aceitavam, entre outras razões, os valores pagos a título de indenização e impostos pelos júris populares. Nesse ponto, João Calvão da Silva relata que:

[...] a recente experiência norte-americana em que grande crise no mercado no mercado de seguro provocada pela extraordinária expansão da responsabilidade – a caminho de uma responsabilidade absoluta do lesante, melhor de uma garantia – deu origem a uma obra de contenção dessa explosão, já referida como o início de uma *contra-revolução*.

¹²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora dos Tribunais; n. 42, p. 54, abr./jun., 2002.

¹²¹ CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor – justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista da Ajuris*. Rio Grande do Sul: v. 26, n. 78, p. 176, jun., 2000.

¹²² SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 440.

¹²³ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 523.

Em consequência, muitos Estados americanos reformaram suas leis internas, isto porque, não existe nos Estados Unidos uma lei federal única dispendo sobre a responsabilidade civil do fornecedor de produtos, mas sim leis estaduais discorrendo sobre a matéria. Portanto, trinta e nove dos 51 cinquenta e um Estados da União, fizeram reformas legislativas, a fim de excluir a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento.¹²⁴ Sendo assim, merecem destaque a nova lei de New Jersey, aprovada em 1987, e o caso *Brown v. Abbot Laboratories*, julgado em 1988 pela Suprema Corte da Califórnia.¹²⁵

A lei de New Jersey não responsabilizou o fornecedor pelos defeitos do projeto, salvo se houvesse a possibilidade técnica de produzir um design alternativo que fosse capaz de prevenir o dano sem diminuir a função a que se destinava o produto. Esta solução se aproximou da exigente do estado da técnica, presente na Diretiva 84/34/ CEE.¹²⁶

O caso *Brown v. Abbot Laboratories* foi o precursor em se admitir a exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Tratava-se de ação movidas por mulheres cujas mães fizeram uso, durante a sua gravidez, de um estrógeno sintético denominado DES, com o objetivo de inibir abortos espontâneos, mas que provocou tumores vaginais nas autoras.¹²⁷

Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que deveria ser afastada a responsabilidade objetiva (*strict liability*). Sustentou em primeiro lugar, que o interesse público estava direcionado para o desenvolvimento e comercialização de novos medicamentos, uma vez que estes têm o objetivo de salvar vidas e reduzir a dor e sofrimento, mesmo que possam apresentar sérios riscos. Em segundo, que a responsabilidade objetiva poderia ser um obstáculo ao progresso científico, já que o produtor ficaria com receio de, desenvolvendo novas pesquisas que comprovam os riscos do produto, vir a sofrer grandes prejuízos decorrentes de decisões desfavoráveis. E, por último, que tornar o fornecedor

¹²⁴ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 523, nota 1.

¹²⁵ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 523.

¹²⁶ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 523-524.

¹²⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 192.

responsável pelo defeito de informação sobre riscos impossíveis de serem conhecidos com base no atual estado da arte, imputaria ao produtor o papel de segurador virtual do produto.¹²⁸

Marcelo Junqueira Calixto acrescenta que a posição mais favorável ao fornecedor, nos Estados Unidos, foi reforçada pelo terceiro *Restatement of Torts* de 1988, instituto jurídico norte americano que se propõe a uniformizar em âmbito federal a jurisprudência sobre a responsabilidade. Destaca, o autor, que nele foi rejeitada a violação de uma legítima expectativa de segurança como único requisito para auferir a existência de defeito de concepção (*defective in design*), sendo exigido ao fornecedor que prove ser possível um design alternativo razoável, ao mesmo passo que deve o consumidor provar, na hipótese de defeitos de informação, a possibilidade do fornecedor apresentar razoáveis instruções ou advertências que foram, no entanto, omitidas.¹²⁹

Examinada a experiência norte-americana, que caminha para o regime de exclusão total de responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, não por meio de lei federal, mas através de leis de grande parte de seus Estados, cumpre, neste momento, analisarmos a possibilidade ou não dos riscos do desenvolvimento serem reconhecidos como uma hipótese de exoneração da responsabilidade do fornecedor, do ponto de vista da legislação pátria.

3.4 Análise dos riscos do desenvolvimento sob a ótica da doutrina pátria

O tema - riscos do desenvolvimento - é dos mais relevantes no âmbito da responsabilidade civil, pois, diz respeito a pessoas que, além de ser a parte mais frágil da relação jurídica, enquanto vítima ou lesada, traz, ainda, a vulnerabilidade própria da qualidade de consumidora.

A doutrina nacional, no que se refere à possibilidade ou impossibilidade dos riscos do desenvolvimento serem aceitos como excludente de responsabilidade do fornecedor, não é pacífica, principalmente porque não houve um posicionamento claro, por parte do legislador do Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 192.

¹²⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 196-197.

Da análise da Diretiva 374/85, em especial, seus artigos 6º¹³⁰ e 7º, os quais serviram de base para elaboração do art. 12 do CDC, percebe-se que o artigo 6 do referido diploma foi aproveitado pelo legislador brasileiro, enquanto o artigo 7 da diretiva, que dispõe sobre exclusão da responsabilidade do fornecedor na hipótese dos riscos do desenvolvimento não foi incorporado no CDC,¹³¹ assim, em razão do Código não ter repetido regra idêntica à da diretiva europeia fez com que os doutrinadores brasileiros expusessem posições contrárias, não havendo unanimidade para um direcionamento.

Observa-se, portanto, a existência de duas correntes doutrinária: uma delas defende que o CDC adotou os riscos como excludente de responsabilidade e, a outra traz a idéia de que os riscos detectados em virtude do desenvolvimento da ciência não seriam capazes de eximir o dever de indenizar por parte do fornecedor.

Entre os defensores da primeira corrente se encontram os autores James Marins, Gustavo Tepedino, entre outros. Já em relação a segunda podemos citar, dentre tantos outros, Antônio Herman, Sérgio Cavalieri Filho e Marcelo Junqueira Calixto. Dessa forma, passamos a análise dos argumentos manifestados por cada uma das correntes doutrinárias, a fim de compreender a filiação de tais autores a estas vertentes.

3.4.1 Posicionamentos favoráveis à adoção dos riscos como excludente de responsabilidade

A hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor fundada nos riscos de desenvolvimento é respaldada por vários autores. Partindo da opinião de James Marins, exemplo dessa linha doutrinária, abalizado autor explica que a discussão relativa a adoção de tal hipótese envolve “fatores que podem em maior ou menor medida influenciar o intérprete da norma”. Dessa maneira, apresenta como fator de relevo que influencia a tomada de posição contra a responsabilidade do fornecedor o problema da divisão equânime da carga econômica dos riscos de desenvolvimento, ou seja, a imprevisibilidade e a impossibilidade de se calcularem os danos decorrentes de tais riscos tornariam impossível a realização de seguro

¹³⁰ Art. 6º da Diretiva 85/374/ CEE: “1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: a) A apresentação do produto; b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar; c) O momento de entrada em circulação do produto. 2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples facto de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado”.

¹³¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.264.

de responsabilidade nesses casos e acabariam por constituir uma carga pesada demais para os fornecedores.¹³²

Destarte, James Marins afirma que essa eventual iniquidade na distribuição da carga de responsabilidade poderia vir em detrimento do próprio desenvolvimento social, uma vez que o repasse desses riscos tornaria inviável a comercialização de determinados tipos de produtos. Ademais, representaria um desestímulo para o desenvolvimento de novos produtos, já que com o aprimoramento da ciência e da tecnologia geraria a ocorrência de riscos e ao imputar excepcional carga de risco ao fornecedor, desestimularia a criação de novas técnicas.¹³³

Neste contexto, convém destacar o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho, o qual dando especial relevo aos aspectos econômicos envolvidos na questão defende os riscos de desenvolvimento como eximente de responsabilidade. O autor parte da idéia de que o CDC impõe ao fornecedor um dever de pesquisar, entretanto este dever de pesquisar é fixado pelos objetivos do projeto empresarial do fornecedor.¹³⁴

Assim, de acordo com F. Ulhoa Coelho, o objetivo empresarial de fornecer produtos de baixo custo, tendo em vista a classe econômica dos consumidores a que se destina, condicionará a natureza das pesquisas a serem desenvolvidas, devendo o fornecedor dentro desse âmbito limitado pelos aspectos econômicos, realizar todos os testes possibilitados pelo estado da ciência para detectar riscos de seu produto.¹³⁵

A irresponsabilidade do fornecedor é defendida por James Marins com fundamento no próprio CDC. Eminente autor esteia seu posicionamento no sentido de que para compreender os limites da responsabilidade civil presentes no Código de Defesa do Consumidor é necessário analisar o conjunto de dispositivos relacionados à segurança dos produtos e à responsabilização do fornecedor. Desse modo, afirma que do exame dos artigos 10 e 12, § 1º, II e III, ambos do CDC, extrai-se:

¹³² SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 129- 131, abr.– jun., 1993.

¹³³ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 132-133, abr.-jun., 1993.

¹³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 83.

[...] é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deve saber resultarem se perigosos porque o grau de conhecimento científico a época da introdução do produto no mercado de consumo não permitia tal conhecimento.¹³⁶

Diante disso, James Marins dispõe que riscos do desenvolvimento não se encontram entre as hipóteses de defeitos elencados no *caput* do artigo 12, do CDC, enquadramento este, segundo o autor, indispensável para que se possa falar em responsabilidade do fornecedor. Assim, assevera que tais riscos são uma espécie de “defeito juridicamente irrelevante”, insuscetível de levar à responsabilização do fornecedor pelo fato do produto.¹³⁷

Além disso, James Marins sustenta que tem que observar a época em que o produto foi inserido no mercado de consumo, uma vez que não pode haver legítima expectativa de segurança que vá além das possibilidades da ciência e da tecnologia existentes. Com base nesse pressuposto, abalizado autor, deduz:

[...] o limite da previsibilidade exclui a obrigação de reparar aqueles eventos danosos que no momento da comercialização do produto não houveram podido ser previstos de acordo com o nível de conhecimentos científicos e técnicos existentes nesse momento, chegando mesmo a possibilitar que se afirme tratar de hipótese de caso fortuito, liberador da responsabilidade.¹³⁸

Portanto, com fundamento no exposto, conclui James Marins que subsume-se à hipótese dos riscos desenvolvimento no inciso II do § 3º do artigo 12 do CDC, inexistindo responsabilidade do fornecedor.

Fábio Ulhoa Coelho segue essa mesma orientação, embasando o seu entendimento a partir do exposto no art.10 do CDC. A expressão *saiba* ou *deveria saber* contida no dispositivo induz à interpretação de que seria permitido ao fornecedor lançar produtos cujos riscos não pudessem ser detectados pelo estado da técnica. Nesses casos, o

¹³⁶ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 135, abr.– jun., 1993

¹³⁷ Explica SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 121, abr.– jun., 1993, “que na sistemática do Código de Defesa do Consumidor pode-se classificar as imperfeições dos produtos dentro de duas categorias básicas – defeitos dos produtos e vícios dos produtos. Dentro da categoria defeitos dos produtos se distinguem outras duas categorias, quais sejam: defeitos juridicamente relevantes, aqueles que estão elencados no *caput* do art. 12, do CDC e, os defeitos juridicamente irrelevantes, ou seja, qualquer defeito eventualmente presente no produto que não levam a responsabilização do fornecedor, como os riscos do desenvolvimento”.

¹³⁸ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 136-137, abr.- jun., 1993.

fornecedor não dispunha de condições mínimas de saber ou dever saber dos riscos existentes, o que acaba excluindo a responsabilidade do fornecedor na hipótese dos riscos de desenvolvimento.¹³⁹

Assim como James Marins, Gustavo Tepedino também afirma a inexistência de defeito no produto, no caso dos riscos do desenvolvimento. Para este autor não há defeito no produto ou no serviço, nos termos definidos pelo artigo 12, § 1º, III, do CDC - à época em que foi posto em circulação - cuja dicção é corroborada pela interpretação dos artigos 6º e 10, ambos do CDC.¹⁴⁰

Salienta, Gustavo Tepedino, que a definição de defeito antepõe a duas noções, em certo momento histórico: segurança e expectativa dos consumidores. Portanto, na hipótese de tais riscos não existe defeito, por inexistir uma reversão de expectativa em face dos conhecimentos atuais, isto é, não se pode esperar algo que se desconhece, mas sim uma periculosidade ou nocividade, objetivamente consideradas, apesar de desconhecidas pela ciência no momento do lançamento do produto ou do serviço no mercado.¹⁴¹

Por fim, outro autor que alinha-se a tese de exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, é Paulo Roque Khouri, segundo o qual o foco da divergência é a exegese acerca do inciso III do § 1º do artigo 12, que considera como circunstância relevante para configurar defeito no produto, a época em que foi colocado em circulação. Desse modo, entende que esse dispositivo recepcionou a eximente de responsabilidade.¹⁴²

De acordo com Paulo Roque, embora o Código não tenha positivado os riscos de desenvolvimento de forma tão detalhada quanto a Comunidade Econômica Européia, aquele instituto pelo seu próprio espírito revelado no § 2º do artigo 12, não atribui toda responsabilidade somente ao fornecedor, mas a toda coletividade. Posto que é uma questão de socialização dos riscos, já que imputar toda a responsabilidade ao fornecedor é

¹³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil por acidentes do consumo na ótica civil - constitucional. Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 244.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil por acidentes do consumo na ótica civil - constitucional. Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

¹⁴² KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 167.

inibir o próprio desenvolvimento tecnológico, causando enorme insegurança aos investidores.¹⁴³

Ainda, segundo esse mesmo autor, o artigo 12, § 2º reforçaria a excludente de responsabilidade contida no inciso III do § 1º, o qual traz a circunstância relevante para se verificar defeito do produto: a época em que foi posto a disposição do consumo. Portanto, um produto não será considerado defeituoso, em virtude existirem novas tecnologias utilizadas no processo de concepção e fabricação desse bem.¹⁴⁴

Conforme já mencionado, há também na doutrina brasileira autores que defendem a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, assim analisaremos, a seguir, alguns argumentos empregados por estes autores para afastar a adoção de tais riscos como causa excludente no direito brasileiro.

3.4.2 *Posicionamentos contrários à adoção dos riscos como excludente de responsabilidade*

Na doutrina pátria, o entendimento majoritário é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não teria adotado os riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor.

O argumento utilizado é, basicamente, o de que as causas de exclusão da responsabilidade previstas no § 3º do artigo 12 do CDC são taxativas. Assim, para certos autores, como Rizzatto Nunes, a utilização do advérbio “só”, contido no dispositivo, não dá margem para dúvidas, ou seja, nenhuma outra excludente que não esteja ali tratada obriga o responsável pelo produto defeituoso.¹⁴⁵

¹⁴³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 168.

¹⁴⁴ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 168.

¹⁴⁵ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 e.d. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175.

Posicionamento semelhante é o do doutrinador Héctor Valverde Santana, segundo o qual “as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço são taxativamente previstas nos artigos 12, § 3º e 14, § 3º, ambos do CDC”.¹⁴⁶

Antônio Herman também conclui pela taxatividade ao afirmar que “o Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta. Por isso mesmo prevê algumas excludentes, em *numerus clausus*”.¹⁴⁷

Portanto, como o rol das hipóteses seria taxativo, somente haveria que se falar em exoneração quando configurada alguma das suas hipóteses, e os riscos de desenvolvimento não estariam lá previstos, conforme assinala Silvio Luís:

Com efeito, citada causa de exclusão, por ser controvertida, para ser aceita, deveria ter sido expressamente elencada no art. 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor. Na sua ausência, a hipótese presente será esta: o defeito existia no momento em que o produto foi colocado no mercado, apenas o conhecimento científico existente não o permitia detectar. [...] Logo, o fornecedor responderá pela reparação dos danos causados pelo produto defeituoso.¹⁴⁸

Marcelo Junqueira¹⁴⁹ afirma que essa corrente doutrinária entende que no caso dos riscos do desenvolvimento o produto é defeituoso desde sua entrada em circulação, contudo o estado dos conhecimentos científicos e técnicos então vigentes não possibilitava a descoberta do defeito. E, ainda, que este defeito seria semelhante ao defeito de concepção, posto que, atinge todos os produtos da série e é intrínseco a estes mesmos produtos, com a diferença de que o mais avançado estado da ciência e da técnica, quando do lançamento do produto no mercado não seria capaz de detectar os “defeitos de desenvolvimento”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 106

¹⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

¹⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 106.

¹⁴⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 206.

¹⁵⁰ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 521. Explica que: “pela sua natureza, os riscos do desenvolvimento podem ser assimilados aos defeitos de concepção, funcionando como uma espécie de vasos comunicantes: riscos que num certo estágio dos conhecimentos científicos e técnicos constituem defeitos do desenvolvimento, num estágio ulterior do progresso científico e técnico já serão defeitos de concepção ou projecto.”

Neste sentido, Herman Benjamin também opina pelo caráter defeituoso do produto. Para este autor os defeitos ocasionados pelos riscos do desenvolvimento representam uma espécie do gênero defeito de concepção, não descobertos pela ciência em razão da carência de informações científicas à época do lançamento do produto. Para tanto, afirma que não é plausível qualquer exoneração do fornecedor, uma vez que ao fabricar o produto assumiu todos os riscos, logo não poderia fechar os olhos aos riscos revelados em decorrência do avanço científico, tentando alegar inocência na causação do dano.¹⁵¹

Herman Benjamin entende como argumentos contundentes que sustentam sua posição de não reconhecer como excludente os riscos de desenvolvimento, o perigo de se reintroduzir no ordenamento muitos dos elementos indesejáveis de uma responsabilidade fundada na culpa ao admitir uma excludente alicerçada nesses riscos; o caráter imoral de aceitar que bens de consumo inseguros sejam comercializados e só depois os seus consumidores venham a ser alertados sobre os riscos existentes, porquanto, no caso do produto que é aprimorado e desenvolvido somente após sua introdução no mercado, verifica-se que seus consumidores, de fato, estão exercendo papel de cobaias no processo de avaliação; a exigência moderna no sentido de que o consumidor não deve assumir sozinho os danos ou fique sem indenização.¹⁵² Referido autor evidencia:

Todos os beneficiários da sociedade de consumo – os outros consumidores – devem repartir tais prejuízos. E isso é possível apenas através da responsabilização do fornecedor a quem incumbe, por mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos.¹⁵³

Conclui, Antônio Herman Benjamin, que informando todos essas objeções à exclusão da responsabilidade, haveria uma razão de justiça distributiva a fazer com que os riscos inerentes a sociedade de consumo sejam suportados pelo seu criador inicial e pelas seguradoras, evitando que se despeje “esses enormes riscos – e conseqüentes sacrifícios - nos ombros do consumidor individual”.¹⁵⁴

¹⁵¹ BEIJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

¹⁵² BEIJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

¹⁵³ BEIJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

¹⁵⁴ BEIJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

Outros autores alinham-se a Antônio Herman, como Eduardo Gabriel Saad, que afirma de forma decisiva que pensar em riscos do desenvolvimento como hipótese de exoneração da responsabilidade do fornecedor, é “incrementar meios de defesa do produto que lembram a teoria da culpa subjetiva, o que contraria a tendência moderna de caracterizar a culpa do produtor pela teoria objetiva ou do risco do negócio”.¹⁵⁵

Ainda nessa linha de raciocínio, Marcelo Kokke, esclarece que o CDC é expresso em adotar a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor em razão de defeitos de seus produtos, portanto, discutir se o fornecedor poderia ou não detectar o defeito do produto quando o lançou no mercado de consumo, é questionar se sua conduta foi eivada de culpa, a qual é prescindida pela responsabilidade objetiva para configurar o dever de indenizar.¹⁵⁶

Eduardo Arruda Alvim também defende o caráter defeituoso do produto. Assevera que a idéia de riscos do desenvolvimento subsume-se a noção de defeito de concepção, ainda que não constatável, no momento da introdução do produto no mercado, portanto, tais riscos não se confundem com aquela situação da inexistência do defeito (art. 12, § 3º, II, CDC). “Quando há risco de desenvolvimento, há defeito – de concepção – só que desconhecido”.¹⁵⁷

Nesse sentido, perspicaz a observação de Marcelo Junqueira, segundo o qual o dano, ainda que verificado posteriormente, representará a violação de uma expectativa de segurança que existia desde o momento da introdução do produto no mercado de consumo, lembrando-se ser esta circunstância relevante para determinação do caráter defeituoso do produto. Assim, não é possível negar a existência de defeito na hipótese dos riscos do desenvolvimento.¹⁵⁸

Outro autor nacional contrário à exclusão de responsabilidade na presente hipótese, é Sérgio Cavalieri Filho. Explica o autor que riscos do desenvolvimento nada mais

¹⁵⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11-09-90. São Paulo: LTr, 1991, p. 138.

¹⁵⁶ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 229.

¹⁵⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p.148, jul.-set., 1995.

¹⁵⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

são que espécie do gênero defeito de concepção, uma vez que dá causa a um acidente de consumo por insegurança, não sendo relevante se o defeito era ou não previsível à época de colocação no mercado de consumo. No seu entender esses riscos deveriam ser enquadrados como fortuito interno – “risco integrante da atividade do fornecedor”.¹⁵⁹

Cavaliere Filho observar, ainda, que o principal argumento favorável a exclusão, é a necessidade de se permitir a pesquisa e o avanço tecnológico com o lançamento de novos produtos. Entretanto, afirma que tal argumento é extremamente injusto, visto que não é correto financiar o progresso às custas do consumidor individual, pois, isso importaria em retrocesso na responsabilidade objetiva, já que esta tem por objetivo a socialização dos danos, isto é, dividir os danos entre todos aqueles que se beneficiaram do desenvolvimento, compreendendo, por fim, que o setor produtivo, diferentemente do consumidor, tem condições de se preparar para esta nova realidade, por meio de preços e seguros, ainda que isso venha a refletir no preço final do produto. “Se a inovação é benéfica ao consumidor em geral, nada impede que todos tenhamos que pagar o preço do progresso.”¹⁶⁰

Zelmo Denari defendendo posicionamento semelhante ao dos referidos autores, no sentido da inaplicabilidade do risco do desenvolvimento como excludente, assevera: “a dicção normativa do inc. III do art. 12, § 1º, do CDC, está muito distante de significar adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento, em nível legislativo como propôs a Comunidade Econômica Européia”.¹⁶¹

Comenta com muita propriedade esse mesmo autor que:

O exemplo da nocividade de certas drogas, como a talidomida, e de comoção social causada em todo o mundo em decorrência do seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsistência dos postulados dessa teoria para aferição da responsabilidade dos fabricantes”, e conclui que “quando estão em causa vidas humanas as eximentes de responsabilidade

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 491.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.491.

¹⁶¹ DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Arts. 8º a 28, p. 186-187.

devem ser recebidas pelo aplicador da norma com muita reserva e parcimônia”.¹⁶²

Nesse sentido, Flávia Portella Püshel dispõe que para que a responsabilidade objetiva do fornecedor fosse excluída no caso dos riscos de desenvolvimento, seria necessário que o CDC apontasse a circunstância relevante desse tipo de produto defeituoso, ou seja, a impossibilidade geral e objetiva de verificação do defeito por falta de meios científicos e tecnológicos como fator de exoneração desses produtos defeituosos da categorial geral apontada no § 1º do art. 12.¹⁶³

Por fim, afirma Marcelo Junqueira Calixto que o consumidor não poderá ficar refém dos avanços científicos e que a tutela da integridade física não deverá depender da existência de algum estudo que comprove a possibilidade de ocorrência de danos, violando a dignidade da pessoa humana, na qual se inclui a proteção da vida e segurança do consumidor. Desse modo, conclui que os riscos desconhecidos pela ciência são, em proporção maior, desconhecidos pelo consumidor, por conseguinte “a proteção de sua pessoa, de sua integridade psicofísica, deve prevalecer sobre a proteção econômica dispensada aos fornecedores”.¹⁶⁴

Finalizando, eminente autor esclarece que os riscos do desenvolvimento nada têm haver com a situação descrita no artigo 12, § 2º do CDC, segundo afirmam alguns defensores da tese de adoção de referidos riscos como causa de exclusão da responsabilidade. Na hipótese do § 2º do artigo 12, não há violação da legítima expectativa de segurança, uma vez que os riscos são conhecidos pelos seus consumidores e existe apenas um produto superado por outro em que se busca reduzir estes riscos. Porém, nos riscos do desenvolvimento, o risco do produto é objetivamente desconhecido pelo mais avançado estágio tecnológico e científico, só vindo a ser descoberto com o desenvolvimento posterior do estado da ciência e da tecnologia.¹⁶⁵

¹⁶² DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Arts. 8º a 28, p. 187.

¹⁶³ PÜSHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC: acidentes de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 173.

¹⁶⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

¹⁶⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 236.

Desse modo, exposto os principais argumentos doutrinários sobre questão enfrentada. Observa-se que a adoção ou não dos riscos de desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, caracteriza-se pela existência de pontos de vista bastante distintos, mas que se limitam a conflito de interesses entre consumidores e fornecedores, isto é, de um lado a questão social da transferência desses riscos para os consumidores e, de outro, a questão econômica da viabilidade da sua assunção pelos fornecedores.

CONCLUSÃO

A questão relativa à responsabilidade dos riscos de desenvolvimento é das mais controvertidas na doutrina pátria e alienígena, diferenciando-se as orientações tomadas. Conforme analisado, a diretiva europeia 85/374/CEE adotou uma *solução compromisso*, pois, ao mesmo tempo em que afirmou a exclusão da responsabilidade do fornecedor na hipótese de riscos do desenvolvimento (art. 7, e), admitiu a possibilidade de os Estados derogarem a excludente (art. 15, b).

Todavia, o sistema brasileiro posicionou-se de forma diferente não incluiu expressamente os riscos de desenvolvimento entre as hipóteses de exclusão da responsabilidade do artigo 12, § 3º do CDC, circunstância que tem sido motivo de polêmicas no âmbito jurídico brasileiro e geradora de marcantes debates doutrinários.

Tais debates caracterizam-se pelo antagonismo entre a adoção ou negação dos riscos de desenvolvimento como eximente de responsabilidade civil do fornecedor. Por essa razão observa-se a formação de duas correntes doutrinárias, as quais baseiam seus argumentos em três pontos principais: o enquadramento desses riscos na noção de defeito; a questão dos conhecimentos científicos e tecnológicos quando da introdução do produto no mercado de consumo e, os argumentos econômicos segundo os quais responsabilizar o fornecedor significaria comprometer o desenvolvimento econômico e social e inibir o avanço da ciência e da tecnologia.

Primeiramente, partindo da definição de riscos de desenvolvimento, sabe-se que são riscos oferecidos por um produto defeituoso, que apesar de já existente à época da colocação do bem no mercado de consumo, não podia ser detectado em razão das limitações da ciência e da tecnologia mundiais de então. Dessa forma, verifica-se que o elemento determinante da distinção entre o produto defeituoso nos casos dos riscos de desenvolvimento e o produto defeituoso numa situação normal é somente a impossibilidade da identificação do defeito.

Diante disso, é impossível discordar da tese de que os riscos de desenvolvimento estão intimamente ligados à noção legal de defeito, isto é, enquadram-se na categoria de produtos defeituosos do artigo 12, § 1º, do CDC, pressuposto considerado pelo

Código de Defesa do Consumidor apto para configurar a responsabilidade do fornecedor. Exclui-se, portanto, a possibilidade do fornecedor eximir-se por tal excludente.

Ademais, o argumento de que a impossibilidade técnica e científica de identificar o defeito à época do lançamento do produto no mercado de consumo desclassificaria a expectativa da sociedade a esse respeito como legítima e assim, à hipótese dos riscos desenvolvimento subsumiria no inciso II do § 3º do artigo 12 do CDC, ocasionando a irresponsabilidade do fornecedor, não pode ser aceito.

O Código deveria apontar como fator de exclusão de produtos defeituosos da categoria geral disposta no § 1º do seu artigo 12 - a impossibilidade absoluta de identificação do defeito por falta de meios técnicos e científicos, para que a responsabilidade fosse excluída na hipótese dos riscos de desenvolvimento. Porém, como se viu o CDC não faz isso expressamente, já que os riscos de desenvolvimento não constam no rol de causas excludentes do artigo 12, § 3º, porquanto, a enumeração da lei é taxativa.

Além disso, usar como critério delimitador de defeito no produto bem como para a exoneração de responsabilidade do fornecedor, o momento em que o produto foi inserido no mercado de consumo, equivaleria reintroduzir no sistema de responsabilidade do CDC elementos da responsabilidade fundada na culpa, uma vez que discutir se o fornecedor poderia detectar se o produto apresentava defeito quando posto a disposição do consumidor é questionar se sua conduta foi eivada de culpa, elemento dispensável para configurar a responsabilidade objetiva do produtor.

Repare-se, ainda, que o consumidor possui o direito basilar à proteção à vida, à saúde e à segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos. Portanto, subordinar a proteção do consumidor ao avanço científico é de fato, afastar o princípio da dignidade humana, o que garante a integridade da pessoa humana e no qual se inscreve a proteção a vida e a saúde contra danos resultantes da utilização de produto defeituosos.

Finalmente, argumentos econômicos de que a não adoção dos riscos de desenvolvimento como eximente representaria verdadeiro obstáculo ao progresso científico e ao crescimento econômico, além do que redundaria em um prejuízo social, não podem ser

utilizados a favor do fornecedor, visto que ocorre o contrário. A responsabilidade do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento proporcionaria uma maior evolução da ciência e da técnica, já que o fornecedor procuraria investir mais em pesquisas e testes, identificando eventuais defeitos em seus produtos, corrigindo-os e, por conseguinte evitando novos casos de responsabilidade.

Acrescente-se que o fornecedor, diferentemente do consumidor, tem condição de diluir tais riscos através de mecanismos de preços e que se os riscos do desenvolvimento são tão grandes para serem cobertos por uma seguradora, com maior proporção isso será insuperável por parte do consumidor individual. Se por um lado pode haver certa retração do mercado em relação a certos produtos, não é razoável se admitir que o consumidor seja cobaia do processo para a manutenção do sistema de produção e dos lucros das empresas. Sendo assim, é o fornecedor sujeito apto a suportar os riscos de desenvolvimento.

Desse modo, para considerar os riscos de desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil do fornecedor era necessário estarem expressamente previstos, como ocorre na Diretiva 85/374/CEE e na legislação de cada Estado-membro que a adotou. Contudo, observa-se que do elenco taxativo de excludentes do artigo 12, § 3º do CDC não está previsto esses riscos. Conclui-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor não admite a exclusão da responsabilidade do fornecedor com base nos riscos de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p.133-150, jul.-set., 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, n° 29, p. 1-11, maio/ago., 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, arts. 1º a 74, aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica de relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor – justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista da Ajuris*. Rio Grande do Sul: v. 26, n. 78, p. 169-192, jun., 2000.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código da Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Arts. 8º a 28.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.7.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 64, p. 9-42, out./dez. 2007.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto em el derecho español*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 68 -84 , abr./jun., 1999.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 118-133, abr.– jun., 1993.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A informação Como Direito Fundamental do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, p 59-76, jan./mar. 2001.

NORRIS, Roberto. *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2 e.d. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora dos Tribunais; n. 42, p. 49-85, abr./jun., 2002.

PÛSHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC: acidentes de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11-09-90*. São Paulo: LTr, 1991.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista Jurídica*. São Paulo, v. 54, n. 345, p. 45-56, jul., 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes do consumo na ótica civil - constitucional. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.