

IANY PATRÍCIA DOS SANTOS RANGEL

RISCO DO DESENVOLVIMENTO:

**hipótese de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do
produto**

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

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

BRASÍLIA

2011

“Criamos a época da produção veloz, mas nos sentimos enclausurados dentro dela.”

(Charles Chaplin)

Aos meus pais, que são o meu exemplo de vida, integridade e perseverança; aos meus familiares e amigos que me acompanham e me dão força em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores, em especial Luís Antônio Winckler, aos amigos da graduação, pelos ensinamentos e amizade durante todos esses anos e a todos que acreditaram no meu trabalho e me deram oportunidades.

RESUMO

O escopo da pesquisa é dirimir as dúvidas quanto à aplicação do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade civil do produtor pelo fato do produto. Assim, é necessário tratar do conceito de consumidor e fornecedor na legislação pátria, bem como delimitar o que é relação jurídica de consumo no Código de Defesa do Consumidor. Ademais, faz-se um estudo sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor nos chamados acidentes de consumo, a sua evolução a partir dos vícios redibitórios e o surgimento da teoria da qualidade. Já adentrando o mérito do tema, é realizado um exame sobre as excludentes da responsabilidade civil do fornecedor previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, e não previstas no citado diploma legal e a importância das eximentes. Por fim, o risco do desenvolvimento é analisado sob a ótica dos que acreditam que é causa de excludente da responsabilidade e daqueles que acreditam que o fornecedor deve ser responsabilizado mesmo quando resta configurado, é abordada também a posição dos Estados Unidos, da União Européia e do Brasil sobre o assunto. Por fim, buscam-se possíveis soluções para a controvérsia, uma vez que há formas de defender tanto o consumidor, quanto do fornecedor, sem contrariar os seus interesses.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Responsabilidade civil; Fato do produto; Excludentes de responsabilidade; Risco do desenvolvimento; Estado da arte.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	02
1. O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	05
1.1 A relação jurídica de consumo e seus elementos.....	05
1.2 A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto.....	10
1.3 A responsabilidade objetiva e a superação da teoria dos vícios redibitórios.....	15
1.4 A teoria da qualidade.....	20
2. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	22
2.1 A importância das excludentes de responsabilidade.....	22
2.2 As excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor.....	24
2.3 As excludentes de responsabilidade não previstas no Código de Defesa do Consumidor e sua aplicabilidade.....	27
3. ANÁLISE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO.....	32
3.1 A problemática do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade.....	32
3.2 Posição adotada na União Européia, Estados Unidos e <i>leading precedents</i>	35
3.3 Risco do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e jurisprudência.....	42
3.4 Análise do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto.....	45
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia traz reflexões acerca da possibilidade da aplicação do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, por intermédio da análise das posições adotadas a favor da referida eximente e contrárias a ela.

O ponto crucial para a caracterização do risco do desenvolvimento reside na cognoscibilidade dos defeitos à época em que foram colocados em circulação no mercado pelo fornecedor. Para que seja possível determinar a sua não-responsabilização, os riscos causados pelos produtos não podem ser passíveis de serem detectados pela mais avançada ciência e técnica, podendo ser vislumbrados somente por força de avanços tecnológicos inexistentes à época da circulação do bem.

De um lado, adota-se o posicionamento favorável à excludente, sobre o argumento de que a responsabilização do fornecedor desencorajaria o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos, do outro admite-se que não é causa de exclusão da responsabilidade, em virtude da proteção ao consumidor e sua efetiva reparação quando vítima de acidente de consumo.

Muito embora haja o argumento de que a responsabilidade do fornecedor a despeito do risco do desenvolvimento acabaria por gerar o fechamento de empresas, inviabilizar a fabricação de determinados produtos, além de obstar o desenvolvimento social, há que se levar em consideração que o bem jurídico tutelado de maior importância é a proteção ao consumidor e os direitos dela provenientes.

Nesse diapasão, o estudo aborda os princípios de proteção e defesa do consumidor e a responsabilidade do fornecedor, e destaca-se pelos seus aspectos sociais, uma vez que a

relação jurídica de consumo é freqüente e, atualmente, seus efeitos tem sido largamente discutidos na sociedade. Ademais, a questão é polêmica, não só no Brasil, mas também na Comunidade Européia e nos Estados Unidos, uma vez que há grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

No ponto, o presente trabalho utiliza-se de uma vasta pesquisa bibliográfica. Além disso, realiza cotejo entre alguns precedentes judiciais, com a finalidade de debater a tese apresentada, bem como traz à baila a legislação de outros países para demonstrar que o tema ainda não está pacificado.

Todavia, há que se caracterizar o fato tempo enquanto limite da profundidade da pesquisa. Ademais, a constante disparidade de posicionamentos acerca do tema também foi limitadora, pois não permitiu uma solução definitiva para o dissídio.

Para tanto, o trabalho inicia com a abordagem da relação jurídica de consumo e seus elementos na codificação brasileira, analisando o conceito de fornecedor, consumidor e objeto. A correta diferenciação entre os agentes é de primordial importância, pois vai determinar se o fato pode ser subsumido às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Ainda no primeiro capítulo é abordada a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, ou seja na ocorrência dos chamados acidentes de consumo, e a evolução histórica da responsabilidade, sendo substituída a teoria dos vícios redibitórios pela responsabilidade objetiva do fornecedor, com o escopo de alcançar a efetiva reparação do dano. Por fim, faz-se mister ressaltar que com o advento da responsabilidade objetiva, surgiu a teoria da qualidade, pela qual pressupõe-se que o fornecedor tem o dever positivo de garantir a qualidade dos produtos que põe em circulação.

No que tange o segundo capítulo, foram elencadas as excludentes da responsabilidade do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor, bem como as que não estão previstas no referido diploma legal. Destarte, não se perdeu de vista a importância das referidas excludentes para a manutenção de uma responsabilidade objetiva não integral.

O terceiro e último capítulo aborda o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor, os seus requisitos e posições favoráveis e contrárias à aplicabilidade da eximente. Destarte, para o estudo do tema foi necessário pesquisar as vertentes adotadas em outros países e no Brasil, o embasamento legal e jurisprudência. Por fim, é realizada análise do tema.

Na conclusão, são apresentadas possíveis soluções para o impasse, visto que os interesses dos fornecedores e dos consumidores não são necessariamente díspares, podendo chegar a um ponto que favoreça ambos os pólos da relação consumerista.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 A relação jurídica de consumo e seus elementos

Antes de abordar diretamente o risco de desenvolvimento como excludente da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, é importante delimitar o conceito de relação jurídica de consumo e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990)

Primeiramente, relação de consumo nada mais é do que uma relação jurídica cujos sujeitos são os consumidores e os fornecedores ou vendedores, tendo como objeto primordial o produto ou serviço. (NORRIS, 1996, p. 05)

Consumidor, segundo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, em benefício próprio ou de terceiros, bens ou serviços. O conceito de consumidor previsto no artigo 2º do supracitado Código é a princípio simples, todavia a redação do artigo apresenta falhas. Em decorrência delas, surgiram três grandes vertentes a fim de delimitar quando uma pessoa física ou jurídica é considerada consumidora, gozando da proteção do CDC.

A primeira delas é a dos finalistas, o basilar dessa teoria reside na interpretação restritiva da expressão destinatário final e na vulnerabilidade do consumidor, portanto esse seria apenas quem adquire o produto ou serviço para uso próprio, com o objetivo de satisfazer suas necessidades, jamais para revenda ou para integrar a cadeia produtiva de determinada empresa, adotando uma concepção subjetiva. Para os finalistas nenhuma pessoa jurídica pode ser consumidora de produtos ou serviços para fins de aplicação do Código. A segunda teoria é a dos maximalistas e, em contrapartida à anterior, entendeu que a definição de consumidor deve ser interpretada da forma mais extensiva possível, não importando se a pessoa jurídica

ou física tem a intenção de obter lucro quando adquire o produto ou utiliza o serviço. Para tanto, o destinatário final seria o destinatário fático, ou seja, aquele que retira o bem do mercado, adotando, portanto, uma concepção objetiva. (GRINOVER, 2001, p. 30/32)

No entanto, percebe-se que as duas teorias supracitadas encontram-se em pólos totalmente distintos, uma interpreta restritivamente o conceito de consumidor, a outra extensivamente, em razão disso, surgiu uma terceira vertente, que é a finalista aprofundada ou mitigada. Muito embora seja um entendimento recente, porém muito difundido nos tribunais¹, ela permite que a teoria finalista seja abrandada, de forma a enquadrar também a pessoa jurídica, desde que comprovada, no caso concreto, a sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. O consumidor é aquele que retira o bem do mercado, destinatário fático, e que coloca um fim na cadeia de produção, destinatário final econômico, desde que observada a vulnerabilidade. (CAMPOS, 2008)

Por outro prisma, o Código de Defesa do Consumidor equiparou a consumidor a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo. Não obstante, ampliou o seu conceito ao tratar de acidentes de consumo, equiparando também a vítima do evento danoso².

Houve, no caso, uma extensão do conceito de consumidor, uma vez que as vítimas dos acidentes de consumo não são sempre os consumidores finais, mas tais eventos atingem

¹ AGRAVO REGIMENTAL . AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1316667/RO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 15/02/2011, DJe de 11/03/2011)

² “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” A seção a que se refere o artigo supra, é a Seção II do Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor, que trata justamente da responsabilidade do fato do produto e do serviço, ou seja, dos danos que afetam a saúde e segurança do consumidor, decorrentes de acidente de consumo e a responsabilidade do fornecedor.

também terceiros que não fazem parte da relação jurídica de consumo. Há uma proteção, portanto, dos consumidores *bystanders*, que não são aqueles que se utilizam necessariamente do produto, mas estão próximos quando o defeito se manifesta, sofrendo algum dano decorrente deles. Por exemplo, um transeunte que, passando em frente a um shopping Center, se acidenta com um bloco de concreto que caiu de cima dele, ou um pedestre vítima de um atropelamento causado por um carro defeituoso. (GRINOVER, 2001, p. 178/179)

Ademais, importante salientar que uma das características mais marcantes do consumidor é a sua vulnerabilidade face aos ditames dos titulares da produção. Nem todas as pessoas físicas e jurídicas são de fato consumidores, pois esses são incapazes de dispor sobre o processo produtivo, ficando completamente submetidos aos que detém esse poder, além de serem subordinados aos fornecedores economicamente. Há entre o fornecedor e o consumidor um desequilíbrio que privilegia a situação do primeiro. É de se notar que a vulnerabilidade decorre, além da discrepância econômica entre os agentes, da concentração de informação sobre o produto pelo fornecedor e dos meios disponíveis para ele defender-se, note-se que o consumidor fica desprotegido e desestimulado pelos altos custos e morosidade da justiça. (FILOMENO, 2005, p. 21/22)

Mais especificamente, o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, a sua vulnerabilidade pode ser dividida em três espécies: técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica refere-se ao desconhecimento, pelo consumidor, das qualidades intrínsecas ao produto, seus riscos e os meios empregados em sua produção. A jurídica, revela-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos empregados no contrato. Já a terceira, a vulnerabilidade fática, procede sempre quando o fornecedor impõe a sua superioridade aos consumidores, em razão do seu grande poder econômico ou essencialidade do serviço. (CALIXTO, 2004, p. 14/15)

Por outro lado, fornecedor é um termo amplo utilizado para definir aqueles que participam de alguma forma da cadeia produtiva ou distributiva do produto ou serviço, podem desenvolver atividades de produção, montagem, construção, importação, exportação, comercialização, entre outros³. Este vocábulo foi escolhido porque não se refere à natureza da operação praticada, uma vez que utilizar termos como produtor ou vendedor, por exemplo, excluiriam as outras atividades. No ponto, fornecedores são aqueles que atendem as necessidades dos consumidores, propiciando a oferta de bens ou serviços no mercado. (FILOMENO, 2003, p.34)

Todavia, o conceito de fornecedor é restrito para fins de responsabilidade civil na ocorrência de defeitos no produto que tenham o condão de causar riscos à incolumidade físico-psíquica do consumidor. Respondem tão somente o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, excluindo a figura do comerciante, pois este em regra não detém as técnicas necessárias para a elaboração do produto, sendo ele um mero elo de ligação entre o consumidor e os demais fornecedores. (GRINOVER, 2001, p. 160)

A doutrina divide os fornecedores em três categorias: i) o fornecedor real, que compreende o fabricante, aquele que se insere no processo de desenvolvimento e lançamento do produto no mercado (não é necessariamente o produto final, mas pode ser o fabricante de peças, ou o montador, por exemplo), o produtor, responsável pelos produtos não industrializados (animais e vegetais principalmente) e o construtor, introdutor de produtos ou imóveis no mercado; ii) o fornecedor presumido, que é o importador, cuja função é trazer ao mercado brasileiro produtos *in natura* ou industrializados de outros países; e, por fim, iii) o fornecedor aparente, que é quem põe seu nome ou marca no produto final, esta última categoria é primordialmente encontrada nas franquias. (GRINOVER, 2001, p. 161/162)

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

No entanto, a restrição à responsabilidade civil do comerciante por defeitos no produto imposta pelo Código de Defesa do Consumidor tem três exceções: o comerciante responderá quando os fornecedores reais e aparentes não puderem ser identificados, quando não houver identificação clara dos referidos fornecedores e, por último, quando não conservarem adequadamente os produtos perecíveis. A diferenciação entre as duas primeiras hipóteses reside no fato de que na primeira o fornecedor não está identificado e na segunda ele é identificável, mas o comerciante falhou no dever de informar. (CALIXTO, 2004, p. 60/61)

Outro ponto da relação de consumo é o objeto, que pode ser tanto produto quanto serviço. Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Mesmo com a inclusão dos bens imóveis e imateriais, essa divisão pode ainda ser incompleta, pois não abarca os produtos incorporados a outros na cadeia produtiva. Teoricamente o consumidor poderia demandar de qualquer um dos partícipes na produção do bem final, mas ele não tem o conhecimento específico sobre eles. Cabe, então demandar contra o fornecedor, que poderá entrar com ação de regresso contra o responsável pelo vício ou defeito. Já serviços são as atividades fornecidas no mercado de consumo visando à satisfação do consumidor, mediante remuneração ou vantagem mediata ou imediata. Grande parte da doutrina apenas prevê a remuneração imediata, no entanto não se deve olvidar que também é serviço a prestação do fornecedor que se vale da condição de gratuidade para auferir certa vantagem econômica sobre seus concorrentes. (GOMES, 2001, p.89/90)

Finalmente, o Código de Defesa do Consumidor surgiu para regular as relações entre fornecedores e consumidores a que se referiu esse capítulo e diluir os conflitos de interesses advindos desta relação. A proteção ao consumidor se justifica pela idéia de desigualdade de poder e pela desproporção de forças entre ele e o fornecedor de produtos ou serviços, e tem como objetivo a sua proteção como pessoa, evitando que seja visto simplesmente como mera estratégia de mercado. Saliente-se que o legislador criou um verdadeiro microssistema

jurídico, dando homogeneidade ao assunto e possibilitando a sua autonomia jurídica, ademais, atendo-se também em reequilibrar e moralizar os contratos originados das relações de consumo. (SILVA, 1999, p. 65/70)

1.2 A responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto

Primeiramente, para entender melhor o surgimento da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, é primordial contextualizá-la no tempo a fim de compreender seus efeitos na sociedade atual, uma vez que a responsabilidade civil do fornecedor evolui conjuntamente com os progressos e avanços tecnológicos e com as inovações da sociedade moderna.

A preocupação com a responsabilidade do fornecedor tornou-se mais evidente com a Revolução Industrial e o início da produção em série, decorrente da automação do processo produtivo. Nesta época começaram a surgir as grandes empresas em substituição aos pequenos fornecedores, e essas passaram a utilizar equipamentos modernos que possibilitaram o fabrico em massa de produtos e, com isso, surgiu a necessidade de utilizar mão-de-obra cada vez mais especializada que pudesse manusear tais maquinários. Convém destacar que os comerciantes também se distanciaram da cadeia produtiva, desconhecendo também os efeitos do produto vendido e suas qualidades. Os produtos, que antes eram vendidos de forma singular, direta e mais simplificada por eles, tornaram-se complexos e sofisticados, com isso, o consumidor que antes possuía a habilidade de identificar possíveis vícios ou defeitos naqueles, não mais os vislumbrava, não detinha a expertise necessária para identificar nos produtos complexos seus defeitos. (SILVA, 1999, p. 11/25)

A breve evolução histórica do mercado de consumo exposta acima permite observar que com as inovações tecnológicas o consumidor distanciou-se do fornecedor e passou a

compreender menos os riscos que o produto poderia oferecer-lhe, pois não possuía mais o mesmo grau de informação do fabricante acerca do produto para detectar seus defeitos. Entra, então, a figura da reparação, pois o consumidor parou de justificar os acidentes decorrentes do mau-funcionamento do produto como eventualidades, má sorte, se tornou mais consciente dos seus direitos, e passou a exigir indenização quando vítima de dano. Saliente-se que não só o mau-funcionamento do produto enseja indenização, mas, por exemplo, a informação incorreta sobre seus efeitos. (SILVA, 1999, p. 11/25)

No ponto, há no Direito do Consumidor duas preocupações básicas quando um produto entra no mercado e atinge o consumidor, uma refere-se à sua incolumidade físico-psíquica e outra à sua incolumidade econômica. Muito embora a segunda seja afetada com maior frequência, pois o produto ao apresentar inconformidades perde o valor de mercado, ou mesmo causa outros tipos de danos patrimoniais, é a primeira, ou seja, a segurança do consumidor a mais protegida pelo nosso ordenamento jurídico, isto porque se não observada pode causar riscos à sua saúde. No entanto, esses dois campos não são completamente distintos, uma vez que, na maior parte dos casos, quando um produto causa danos à saúde do consumidor, lhe causa, concomitantemente, prejuízos de ordem financeira. (MARQUES, 2007, p. 100/101)

De forma a destacar a importância da proteção ao consumidor vítima de danos à sua saúde, o legislador preocupou-se em diferenciar defeitos no produto de vícios no produto, bem como o tipo de responsabilidade a recair sob o fornecedor.

Produtos defeituosos são todos aqueles que oferecem riscos imprevisíveis e anormais à saúde do consumidor, comprometendo a sua saúde e segurança, ou seja, causam danos na esfera físico-psíquica. Esses produtos são os causadores dos acidentes de consumo, ferem a legítima expectativa que o consumidor tem sobre a segurança do produto. Em contrapartida, os vícios no produto afetam somente a esfera econômica do consumidor, causando danos de

ordem patrimonial apenas. Estes, como os defeitos no produto, também ensejam indenização, porém o legislador deu tratamento especial à responsabilidade pelo fato do produto pela natureza do dano percebido pelo consumidor, pois ultrapassam a sua esfera econômica e atingem-lhe diretamente. ⁴ (MARQUES, 2007, p.101)

Os defeitos podem ser extrínsecos ou intrínsecos ao produto. Os defeitos extrínsecos são aqueles que afetam a apresentação do produto no mercado de consumo, afetam a percepção do consumidor sobre seu funcionamento, conservação e utilização, neste caso, faltam informações necessárias para o correto entendimento sobre as suas características. Já os defeitos intrínsecos afetam o produto em si, sua concepção, aqui o produto *per se* é defeituoso, apresenta irregularidades na sua qualidade, na sua essência. (MARQUES, 2007, p. 101)

Elencando os produtos defeituosos, acabamos por conceituar aqueles que não o são. Portanto, os produtos considerados seguros são aqueles que não apresentam riscos em condições normais ou previsíveis de uso, se utilizados corretamente não tem a capacidade de causar riscos à saúde e segurança no consumidor, e se o apresentam, são riscos reduzidos e aceitáveis, ou são previsivelmente perigosos. Para serem considerados seguros, alguns elementos devem ser considerados, como, a título de exemplificação, as características do produto, sua composição, embalagem, apresentação, instruções de uso, bem como deve ser considerado o público alvo, se são crianças, idosos, adolescentes ou adultos. (ROCHA, 2000, pg. 95/96)

⁴ Art. 12. §1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)
Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos riscos de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”. Como vemos, o legislador diferenciou os defeitos no produto dos vícios no produto, elencando como vícios no produto todos aqueles que apresentam problemas que tornem-no inadequado ao consumo ou que lhe diminuam o valor, portanto, afetam tão somente a esfera econômica daqueles que o possuem.

Outrossim, o consumidor ao utilizar o produto imagina que este não vá oferecer riscos à sua integridade física, do contrário, se a sua incolumidade físico-psíquica referida anteriormente for afetada, o defeito no produto fica caracterizado. Importante esclarecer que determinados produtos oferecem riscos à saúde do consumidor por sua natureza, neste caso, os riscos são normais e previsíveis, pois a periculosidade é inerente ao seu uso. Para a caracterização do defeito, nestas hipóteses específicas, é requisito haver falta de informação adequada e necessária sobre seus efeitos. Mais além, um produto não é considerado defeituoso se outro de melhor qualidade for colocado no mercado, por exemplo, os carros sem o sistema *air bag* não são defeituosos, mas apenas possuem qualidade inferior em comparação àqueles que o possuem. (GRINOVER, 2001, pg. 148/150)

Sobre a responsabilidade do fornecedor, toda vez que inserir no mercado produto defeituoso, este, portanto, capaz de afetar a saúde e a segurança do consumidor, deve aquele responder objetivamente, indenizando o consumidor sem a existência de comprovação de dolo ou culpa. Lembrando, no entanto, que o comerciante à priori não é responsabilizado, conforme vislumbramos acima. A responsabilidade civil, nestes casos, sofreu grandes modificações. Houve o abandono da exigência de contrato para existir a possibilidade de indenizar. Há, no ponto, o interesse público de resguardar a saúde dos consumidores, independente de culpa do fornecedor. Este deve se responsabilizar pela difusão de seus produtos, pois é ele quem tem a melhor possibilidade de reduzir os riscos para a vida dos consumidores, bem como pode pulverizar os custos da indenização na sua produção, agregando-os no preço de cada produto com maior efetividade. (MARQUES, 2007, p.105)

A obrigação de indenizar o consumidor pelos acidentes de consumo sem o requisito dos elementos culpa ou dolo do fornecedor foi denominada responsabilidade pelo fato do produto, em casos de produtos defeituosos o produtor responde pela simples introdução deste no mercado de consumo, pela existência de dano, e nexos causal entre eles. Não é necessário

aferir sua conduta, mas somente se o produto foi colocado no mercado de consumo e se foi o ensejador do dano. A responsabilidade é objetiva porque compete ao fornecedor fabricar o produto, ele idealiza-o, prevê ou até mesmo omite instruções necessárias para sua correta utilização, é ele quem tem a capacidade e o conhecimento específico, para prever os riscos decorrentes do seu funcionamento. Em geral, os produtos chegam ao consumidor da mesma forma que saem do fornecedor real, pois normalmente já estão embalados e lacrados, o distribuidor somente se encarrega de alocá-los no mercado e o comerciante de vendê-los. (GRINOVER, 2001, pg. 162/163) (SILVA, 1999, p. 11/25)

É sobre o fornecedor real⁵, ou seja aquele que compreende o fabricante, o produtor e o construtor, que mais recai a responsabilidade, uma vez que é o responsável pelo processo produtivo, onde se aloca na maioria das vezes a fonte do dano, desde que sejam de origem. Ademais, é aquele que tem o dever de prevenir o dano, impedir que aconteça, pode fazê-lo impedindo que o produto entre no mercado de consumo ou retirando-o de circulação assim que observada a existência de defeitos, neste último caso há a figura do *recall*. Outra é a motivação para a responsabilidade recair sobre a figura do fornecedor, é ele quem melhor pode suportar as conseqüências danosas do produto defeituoso e fazer uma distribuição adequada do risco da reparação, principalmente se for uma grande empresa, como é comum atualmente. (SILVA, 1999, p. 439/477)

⁵ Zelmo Denari divide o fornecedor em três categorias básicas: a) o fornecedor real; b) o fornecedor presumido, e; c) o fornecedor aparente. O primeiro compreende o fabricante, o produtor e o construtor; o segundo, o importador do produto industrializado ou *in natura* e; o terceiro é aquele que coloca seu nome ou marca no produto final. Por sua vez, fabricante não é só quem coloca no mercado os produtos industrializados, mas é também o montador, ou o fabricante de alguns componentes que serão incorporados ao produto final. O conceito de produtor abrangeria os produtos não industrializados, na maioria de origem animal ou vegetal. E o construtor é quem introduz ao mercado de consumo produtos imobiliários, por intermédio do fornecimento de bens ou serviços. (DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.)

Por outro prisma, se a responsabilização do fornecedor fosse subjetiva, ou seja, com a exigência de culpa ou dolo do fornecedor, serviria como um incentivo para a introdução de produtos defeituosos e com menor qualidade no mercado, já que dificilmente o consumidor conseguiria reunir provas da culpa do fornecedor no fabrico do produto causador do dano. Assim seria, pois o consumidor não tem conhecimentos necessários para identificar corretamente as desconformidades nos produtos que utiliza. Neste sentido, o fornecedor não tomaria os cuidados necessários para a sua segurança, porque é de se notar que cuidados com segurança, ou seja, com a informação adequada das características do produto, com o processo de fabricação ou embalagem adequada, por exemplo, geram custos e, por conseguinte, diminuem os lucros. (SILVA, 1999, p. 439/477)

Sendo assim, observando principalmente a jurisprudência norte-americana sobre o assuntos nos precedentes, chamados *leading precedents*, o legislador brasileiro transitou da utilização dos vícios redibitórios, mais amplamente analisado no próximo tópico, nas reparações dos danos causados por acidentes de consumo, para a *strict products liability*, que equivale à responsabilidade objetiva, este instituto preceitua que a responsabilidade independe de culpa e deve recair sobre aquele que tenha melhores condições de reduzir e prevenir os riscos para a saúde dos consumidores. (SILVA, 1999, p. 444/445)

1.3 A responsabilidade objetiva e a superação da garantia contra os vícios redibitórios

Antes da existência do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, utilizava-se a garantia contra os vícios redibitórios prevista no Código Civil para a indenização de pessoas lesadas tanto na ordem físico-psíquica, quanto econômica. Sendo assim, os vícios redibitórios eram explorados tanto nos casos de acidentes de consumo quanto nos danos apenas

patrimoniais causados pelos vícios no produto. A substituição da garantia contra os vícios redibitórios pela responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto tornou mais eficaz a proteção ao consumidor, uma vez que, com o advento da produção e comercialização em escala, os vícios redibitórios tornaram-se incapazes de garantir aos que suportam danos de ordem física ou psíquica plena reparação. (MARQUES, 2007, p. 106/107)

Em verdade a proteção ao consumidor era limitada em razão das deficiências jurídicas e fáticas abarcadas pela garantia objeto de estudo no presente momento. Sobre as deficiências jurídicas, primeiramente ressalte-se que o instituto somente pode ser utilizado no plano contratual e, portanto, não alcança as vítimas incapazes de demonstrar a existência de vínculo contratual com o alienante, excluindo da proteção todos os consumidores equiparados. Outro desdobramento desta mesma deficiência jurídica é a impossibilidade de acionar o fabricante, porque este é alheio ao negócio jurídico uma vez que normalmente não se confunde com o vendedor direto, sendo assim, não é sujeito do vínculo contratual entre este e o adquirente. Esta deficiência em particular cria um abismo entre a situação fática e a proteção ao consumidor, já que é notório que o comerciante nos dias atuais não participa diretamente no processo de fabricação do produto, recebendo-os na maioria das vezes já embalados, acondicionados, prontos para serem vendidos, além de não possuírem habilidades técnicas para verificar a existência de possíveis vícios ou defeitos. (CALIXTO, 2004, p. 80/88)

Outra deficiência jurídica refere-se aos prazos. Inicialmente deve-se observar a sua exigüidade, o Código Civil de 1916 previa o prazo decadencial de quinze dias, contados a partir da tradição da coisa móvel, para abatimento do preço, ou para rescisão contratual reavendo o preço e para requerer perdas e danos (artigo 178, §2º do Código Civil de 1916); neste mesmo sentido, no tocante a bens imóveis, o prazo previsto era de seis meses a partir da tradição da coisa (artigo 178, § 5º, inciso IV do Código Civil de 1916).

No ponto, se atualmente somente houvesse a proteção contra os vícios redibitórios, o atual Código Civil tampouco protege de forma eficaz o consumidor, mesmo duplicando os prazos para obter a redibição ou abatimento no preço, trinta dias para bens móveis e um ano para imóveis, além de prever a possibilidade do termo *a quo* começar a ser contado a partir da descoberta dos vícios⁶, ainda assim serviria como artifício para o fornecedor protelar a resolução da demanda, fazendo com que o consumidor perca os prazos e, com isso, seu direito de reparação. (MARQUES, 2007, p. 103)

Destarte, além de exigir a existência de contrato entre as partes e a exigüidade dos prazos para reclamar, o próprio conceito de vícios redibitórios é estreito e não prevê proteção contra os vícios menores, pois não atendem ao requisito “gravidade do vício”. Sendo assim, os vícios mais comuns na sociedade atual em decorrência da produção em massa de produtos, sejam eles vícios de qualidade por inadequação, vícios de quantidade, ou aqueles produtos que simplesmente apresentam qualidade inferior. Os vícios de qualidade por inadequação correspondem ao desempenho do produto ou até mesmo sua durabilidade, ou seja, referem-se ao cumprimento da finalidade esperada pelo consumidor, enquanto que os vícios de quantidade decorrem da diferença entre o produto e as indicações constantes na embalagem, mensagem publicitária, etc. (MARQUES, 2007, p. 103/104) (CALIXTO, 2004, p. 90)

A maior disparidade neste caso, em se tratando da utilização da garantia contra os vícios redibitórios reside na ocorrência de vícios de qualidade por insegurança, ou seja, na

⁶ Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1o Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2o Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

ocorrência dos acidentes de consumo, pois a garantia não abrange as hipóteses de reparação quando falta a segurança no uso do bem que legitimamente se espera e por esta razão o produto afeta a incolumidade físico-psíquica do consumidor causando-lhe dano. Neste caso, muito embora haja o requisito gravidade, não há vício, mas defeito no produto, por esta razão a proteção por vícios redibitórios nestes casos também não é eficaz. (MARQUES, 2007, p.102/103)

Quanto à questão da durabilidade do produto, ela nem sempre segue atrelada ou decorre de vício de qualidade por inadequação, por este motivo merece aqui uma atenção maior. A durabilidade do produto decorre das decisões do fornecedor e se relaciona com o processo de *marketing*, por vezes é interessante para ele lançar um produto no mercado que tenha a durabilidade exígua, tornando-se ultrapassado em pouco tempo, para logo depois fornecer outro forçando o consumidor a adquirir novo produto, é o fenômeno da obsolescência planejada⁷. (MARQUES, 2007, p. 104)

Além disso, as opções oferecidas ao consumidor por meio da garantia contra os vícios redibitórios, quais sejam a redibição do contrato e o abatimento do preço, não satisfazem por vezes uma gama de consumidores. Na sociedade de consumo atual pode ser mais interessante o conserto da coisa ou até mesmo o recebimento de um novo produto idêntico ao anterior, mas sem os vícios apresentados por ele, e ambas as opções não são previstas nas garantias contra estes vícios e, portanto, não são exigíveis do fornecedor. (CALIXTO, 2004, p. 83/84)

Outras são as disparidades jurídicas da utilização da garantia contra os vícios redibitórios, como por exemplo a possibilidade de afastamento das normas que versam sobre os vícios redibitórios por vontade das partes, ignorando que a proteção ao consumidor é de

⁷ “ Já não é novidade o fenômeno da *obsolescência planejada*. O consumidor é induzido a adquirir um produto ou serviço que, em pouco tempo, será considerado obsoleto, seja porque sua utilidade decai rapidamente, seja porque o fornecedor, intencionalmente, deixou de lhe dar certas características que já conhecia, apenas para lançar um “novo” produto em seguida. E o consumidor queda-se completamente alheio a todo esse processo, embora pagando, por inteiro, seus custos”.

ordem pública e interesse social; a dificuldade de prova do vício, ou seja, além do consumidor ter que provar que o dano surgiu em decorrência de desconformidade do produto, deveria também demonstrar que o vício existia no momento da tradição e que este era oculto; e, por fim, protege de forma idêntica os compradores, não fazendo distinção entre o “comprador-profissional” e o “comprador-habitual”, muito embora este se encontre em clara desvantagem ante o primeiro. (MARQUES, 2007, p.105)

As deficiências fáticas residem na ignorância do consumidor das garantias legais e a dificuldade de acionar a justiça. É cediço que o consumidor muitas vezes não tem conhecimento sobre os prazos previstos pelo Código que, como visto anteriormente, são exíguos, como também a própria existência da garantia, o que o leva a crer que não tem direitos de reparação. Por outro lado, se este conhece a existência das garantias legais e o fornecedor se nega a cumpri-las, o consumidor esbarra na necessidade de acionar o meio judicial, desistindo com frequência haja vista os custos de utilizar este caminho, tanto financeiros quanto emocionais, a morosidade da justiça e a incerteza de ter seu direito preservado. (MARQUES, 2007, p.106)

Sendo assim, com todas as dificuldades apontadas acima, o fornecedor acaba enriquecendo ilicitamente às custas do consumidor, que suporta todo o ônus da produção, pois aquele está disposto a esperar que este busque os seus direitos, e este simplesmente não vai. Portanto, a superação da garantia contra os vícios redibitórios concedeu maior eficiência na proteção ao consumidor.

No tocante à substituição da garantia pelos vícios redibitórios pela responsabilidade objetiva do fornecedor, ela resultou na ampliação do conceito de consumidor, mais explicado anteriormente, haja vista que deixou de ser necessária a existência de vínculo contratual para haver a figura da indenização; bem como culminou na modificação dos prazos, passou a ser de cinco anos contados a partir do acontecimento do dano, com base no Código Civil; não há

a necessidade do elemento culpa para haver a obrigação de indenizar do fornecedor, inexistindo, portanto, a necessidade de análise da má-fé no fornecimento do produto; o ônus *probandi* migrou do consumidor para o fornecedor, que deve provar uma das excludentes de responsabilidade tratadas mais adiante para se escusar de indenizar o consumidor, entre outros. (MARQUES, 2007)

Mais aprofundadamente, sobre a prova, ressalte-se que a inversão do ônus da prova em hipóteses de acidente de consumo e, portanto, responsabilidade objetiva do produtor pelo fato do produto, é *ope legis*, ou seja, é legal, independe da análise do magistrado sobre verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. Mas, mesmo havendo a determinação legal de inversão do ônus da prova, não significa que o consumidor não tenha que comprovar determinados fatos, a ele incumbe a obrigação de provar o dano à sua incolumidade físico-psíquica e o nexo causal entre o dano e o produto defeituoso, sendo o nexo causal a relação de causa e efeito entre o defeito e o evento danoso, que pode ser obtida por meio de presunções, pois dificilmente pode ser feita (especialmente quando se trata de ingestão de alimentos estragados ou medicamentos). Neste diapasão, cabe ao fornecedor provar a inexistência do defeito no produto, a culpa exclusiva da vítima, e outras afirmações que podem de alguma forma excluir a sua responsabilidade, ou mesmo reduzi-la. (SANSEVERINO, 2002, p.329/330)

1.4 A teoria da qualidade

A teoria da qualidade nada mais é do que o aprimoramento da garantia contra os vícios redibitórios com a finalidade de adaptar as antigas teorias à atual sociedade, e levando em consideração a evolução do mercado de consumo, a produção e o consumo em massa. Todas as discussões sobre responsabilidade contratual e extracontratual, culpa do fornecedor, entre

outras, passa a decorrer de um dever de qualidade e quantidade. O fornecedor, portanto, tem um dever positivo de garantir a qualidade de cada produto que coloca no mercado, pois os consumidores tem a expectativa que o bem funcione adequadamente. (MARQUES, 2007, p. 107)

Para garantir maior eficiência, essa teoria se forma atenta a três esferas de proteção do consumidor lesado, a esfera administrativa, a penal e a civil. Nas primeiras, a teoria da qualidade tem aspecto repressivo, enquanto na esfera civil o seu foco é a reparação, portanto tem caráter econômico. Ressalte-se que a reparação também pode garantir caráter punitivo, ocorre quando o Juiz decide fixar o *quantum debeatur* superior ao dano efetivamente sofrido de forma a punir o fornecedor reprimindo-o de continuar praticando a conduta lesiva, é o chamado *punitive damage*. Todavia, esse instituto encontra óbice no Superior Tribunal de Justiça, que veda a sua utilização irrestrita sobre o argumento de violar o Código Civil de 2002, que veda o enriquecimento sem causa⁸. (MARQUES, 2007, p 108)

Já no que se refere o Direito do Consumidor propriamente dito, apresenta dois aspectos: a proteção ao patrimônio do consumidor e a proteção da saúde do consumidor. O primeiro se dá com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação, cuja característica é a ausência ou redução da aptidão ou idoneidade do produto ou serviço, não alcançando o fim para o qual foi planejado, enquanto que e o segundo se dá com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança, referindo-se à proteção da saúde e segurança do consumidor, referindo-se aos acidentes de consumo. (MARQUES, 2007, p. 109)

⁸ (...)“2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.
3. A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. ” (STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello, julgado em 03/08/2010, DJe de 24/08/2010)

2 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

2.1 A importância das excludentes de responsabilidade

Foi visto anteriormente que a responsabilidade civil do fornecedor pelos chamados acidentes de consumo sofreu grandes alterações ao longo dos anos, bem como vislumbramos os ganhos da sociedade na substituição da garantia por vícios redibitórios pela responsabilidade objetiva do fornecedor.

Todavia, com o advento da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, houve uma tendência natural da sociedade em imputar a ele o ônus de indenizar todo e qualquer dano sofrido pelo consumidor, independente até de ter sido o fornecedor o causador do defeito. Neste sentido, é importante observar que nem sempre recai sob a figura do fornecedor, até porque se assim fosse geraria por muitas vezes a impunidade daqueles que realmente causaram o evento danoso, ou até mesmo do consumidor, que poderia utilizar-se desse sistema para se beneficiar. É mister buscar sempre a adequação da responsabilidade, quem gerou o dano ou contribuiu para que ocorresse é quem tem o dever de indenizar. (GRINOVER, 2001, pg. 167-170)

No ponto, o microsistema, que é o Código de Defesa do Consumidor, embora tenha determinado que a responsabilidade do produtor pelo fato do produto é objetiva, preocupou-se também em listar as causas que excluem referida responsabilidade de tal forma a imputar ao responsável pelo dano o dever de repará-lo. São causas excludentes da responsabilidade objetiva do produtor: quando for comprovado que ele não foi o responsável pela introdução do produto no mercado de consumo; que, embora o produto esteja de fato no mercado, o defeito inexistente; e, por fim, quando a culpa pelo evento danoso for exclusiva do consumidor

ou de terceiro⁹. A culpa a que se refere o legislador não se confunde com a culpa concorrente, a culpa concorrente não exime a responsabilidade do produtor, pois não rompe o nexo causal do evento danoso, ele concorreu para o acidente e deve arcar com os resultados. (SANSEVERINO, 2002, p. 267/268)

Contudo, há uma discussão sobre a aceitação de outras causas excludentes de responsabilidade além das previstas no Código de Defesa do Consumidor, pela literalidade o legislador pareceu restringir a um rol taxativo todas as eximentes de responsabilidade, dando maior proteção ao consumidor e obrigando o fornecedor a indenizar em hipóteses incompatíveis com a razoabilidade. Neste caso, a lei consumerista, para ser mais eficaz, deve ser analisada dentro do contexto do sistema geral de responsabilidade civil. (SANSEVERINO, 2002, pg. 288)

Caso as eximentes de responsabilidade sejam analisadas sobre a ótica da responsabilidade civil, ignorando o *numerus clausus* dos fatos que podem excluir a obrigação de indenizar prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, são também o caso fortuito e a força maior causas de rompimento do nexo causal, e, portanto, excludentes de responsabilidade. Todavia, a problemática a que se refere o estudo reside na utilização da teoria do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade objetiva do produtor pelo fato do produto. (SANSEVERINO, 2002, p. 288/290)

Em decorrência das excludentes, pode o consumidor ser responsável pelo dano que ele mesmo sofreu, ou mesmo o comerciante, importador, ou qualquer outro indivíduo que tenha

⁹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§3.º O fabricantes, 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.

participado da distribuição ou conservação do produto, basta ser devidamente provado pelo fornecedor, pois a ele incumbe o ônus de demonstrar não ter sido o causador do acidente de consumo, uma vez que há a incidência da inversão legal do ônus da prova. São exemplos das excludentes de responsabilidade: o furto ou roubo de produtos que estavam em fase de teste, a falsificação de produtos, a venda de produtos confiscados, pois não respeitaram as normas técnicas determinadas pelos Órgãos fiscalizadores, o armazenamento indevido dos produtos, a utilização contrária à informação adequada, o uso diverso do produto que não àquele pelo qual foi destinado, entre outros. (GRINOVER, 2001, pg. 170)

2.2 As excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor

Conforme já mencionado, são três as causas excludentes de responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto previstas no texto do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Nos termos do artigo 12, §3º deste diploma legal, os fabricantes, produtores, construtores ou importadores se eximem da culpa quando provar: i) que não colocou o produto no mercado, ii) que o defeito inexistente, embora tenha colocado o produto no mercado e, por fim, iii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A primeira eximente refere-se à colocação do produto no mercado, colocar um bem no mercado significa torná-lo disponível voluntariamente no mercado de consumo, mesmo que de forma não onerosa ao consumidor. Ou seja, mesmo que o produto seja oferecido gratuitamente¹⁰, o fornecedor é responsável pelos danos ocasionados por ele. Neste caso, é inegável que o produto é defeituoso, mas inexistente relação causal entre a ocorrência do dano e

¹⁰ É notório que na sociedade capitalista atual, nenhum produto é inteiramente gratuito. O fornecedor que oferece produtos ao consumidor espera ao menos adquirir certa vantagem econômica sobre seu concorrente, mesmo que essa vantagem tenha caráter mediato. Ele busca por meio de diversas estratégias de publicidade para se destacar no mercado, dar produtos de graça ao público alvo somente torna-o mais conhecido, aumentando conseqüentemente seu lucro.

o agente. Em verdade, há uma presunção relativa de culpa do fornecedor se o produto está no mercado, devendo este fazer prova em sentido contrário. São exemplos desta excludente: o roubo de produtos no depósito do fabricante e posterior venda a consumidores, os produtos piratas, entre outros. (KOPPE, 2003, p. 271/272)

Cumpra salientar que também não é absoluta esta excludente uma vez que há casos em que a responsabilidade do fornecedor subsiste mesmo não tendo ele introduzido o produto no mercado de consumo, por exemplo, em caso de roubo, cabe ao fornecedor avisar às autoridades responsáveis e aos consumidores que aquele produto não foi introduzido no mercado por sua empresa. Caso contrário, se não forem diligentes neste sentido, serão também responsáveis pelos danos que o produto vier a causar. Outro exemplo é a falta de cuidado ao descartar os produtos que apresentam defeitos e que, portanto, não serão vendidos pela empresa, ora, o fornecedor deve ter a cautela necessária para que este produto defeituoso jamais alcance o mercado de consumo.

A segunda eximente de responsabilidade é a inexistência de defeito no produto. Ora, se o defeito inexistente, então não pode ter causado o evento danoso, rompendo, portanto o nexo causal. Neste sentido, para ter ocorrido o dano ou o consumidor agiu de má-fé na tentativa de ludibriar o Órgão Jurisdicional para obter indenização indevida ou o produto foi utilizado erroneamente por ele ou por terceiros, causando o dano e introduzindo então a terceira e última excludente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor. (KOPPE, 2003, p. 272/273)

Por fim, a terceira excludente de responsabilidade é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Cabe observar que o artigo 12, §3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor explicita que somente a culpa exclusiva é causa excludente de responsabilidade, portanto, grande parte da doutrina consumerista posiciona-se no sentido de não permitir a culpa concorrente como hipótese de fim da responsabilidade objetiva do fornecedor, nem

tampouco aceita a sua atenuação, subsistindo a responsabilidade integral do fornecedor. O fundamento para tal posição é que o evento danoso não existiria caso não houvesse defeito no produto, sendo assim, deve permanecer integral a responsabilização do fornecedor. Conceitualmente, a culpa exclusiva é distinta da culpa concorrente, pois a primeira faz com que inexista a relação de causalidade entre o defeito e o dano, desfazendo a relação de responsabilidade, já a segunda em razão da concorrência de culpa, atenua a responsabilidade cabendo ao fornecedor a reparação proporcional do dano à parcela do defeito no produto. (KOPPE, 2003, p. 273/276)

Ademais, o artigo supramencionado também se refere à culpa exclusiva de terceiros, para este fim, são quaisquer pessoas que não fazem parte da relação de consumo, que envolve, neste caso, o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador. Destarte, há uma discussão sobre a possibilidade de o comerciante ser considerado terceiro, excluindo, portanto, a responsabilidade dos outros fornecedores. Parte da doutrina defende que o comerciante é essencial nas relações de consumo, é ele o elo entre o fornecedor real e o consumidor. Sendo parte, não há como se falar que ele é terceiro, pois está integrado na relação jurídica. Todavia, outros juristas defendem que o dispositivo legal não prevê a distinção expressa entre terceiro alheio à relação jurídica e o comerciante, além da previsão legal do legislador que diferenciou a responsabilidade solidária do comerciante no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade principal contida no artigo 12. Neste sentido, o comerciante somente pode ser responsabilizado em duas hipóteses: como terceiro e como parte, subsidiariamente¹¹. (KOPPE, 2003, p. 273/276)

¹¹ “A nosso aviso, portanto, em se tratando de acidentes de consumo, o comerciante pode ser responsabilizado de suas maneiras:

a) Como terceiro, nos termos do inc. III, quando ficar demonstrada a *exclusividade de sua culpa* no evento danoso.

(...)

b) Como parte, responsável em via subsidiária, quando, nos termos do art. 13, o fornecedor ou o produto não puderem ser identificados (incs. I e II), ou os produtos perecíveis não forem conservados adequadamente (inc. III)”

2.3 As excludentes de responsabilidade não previstas no Código de Defesa do Consumidor e sua aplicabilidade

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha previsto um número fechado de excludentes de responsabilidade, a doutrina se divide acerca da possibilidade da existência de outras eximentes, são elas: o caso fortuito e força maior, fato do príncipe, cláusula de não indenizar e risco de desenvolvimento.

Para ser caracterizado o caso fortuito e força maior, é mister que o fato não esteja inserido na esfera de riscos inerentes à atividade exercida pelo fornecedor, deve ser externo ao processo produtivo e desvinculado às obrigações que são lhe legalmente impostas. A referida excludente somente se caracteriza após a colocação do produto no mercado, uma vez que o fornecedor tem o dever de garantir a qualidade do produto até o seu ingresso no mercado de consumo, zelando a todo momento pela saúde e segurança do consumidor. Para tanto, deve ser caracterizado pela imprevisibilidade, irresistibilidade ou inevitabilidade, e quando ocorre tem o condão de romper o nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso, excluindo, por conseguinte, a responsabilidade objetiva. (GOMES, 2001, p. 198/200)

Apesar de esses institutos serem utilizados de forma singular, em razão da grande dificuldade que se tem em diferenciá-los e de aplicá-los em separado na prática, não são idênticos. O critério para diferenciar o caso fortuito da força maior varia entre os doutrinadores, para alguns, a força maior seria um acontecimento de difícil reparação, enquanto que o caso fortuito seria previsto, mas nada poderia ser feito para que não ocorresse. Por outro lado, o critério de distinção também pode ser a ação humana, nessa hipótese o caso fortuito seria o fato da natureza, e a força maior, a força do homem. No entanto, o ordenamento brasileiro não diferencia os dois institutos quanto ao efeito, por isso deve-se

analisar o acontecimento e identificar se constitui ou não caso fortuito e força maior. (SANSEVERINO, 2002, p. 291/295)

Com o escopo de dirimir a dúvida sobre qual critério utilizar, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o fato determinante da caracterização do caso fortuito e da força maior é a inevitabilidade.¹² Portanto, o acontecimento pode até ser previsível, mas é necessário que seja inevitável para quebrar o nexos causal, eximindo o fornecedor da obrigação de indenizar o consumidor pelos danos sofridos por ele, mas para tanto é necessário salientar que o fato deve ter ocorrido após a disponibilização do produto no mercado por aquele, além de dever atuar como causa exclusiva e adequada de produção do dano. No entanto, se o fornecedor tiver alguma participação no dano causado, as excludentes de responsabilidade aqui elencadas não servem nem para excluir a sua responsabilidade, nem para atenuá-la, respondendo o fornecedor integralmente pelo resultado. (SANSEVERINO, 2002, p. 295/297)

Por outro lado, o fato do príncipe também constitui excludente de responsabilidade objetiva do fornecedor pelos fatos do produto, ocorre quando o defeito no produto é atribuído exclusivamente a agente ou órgão público, no entanto essa eximente não está de todo fora do rol de excludentes elencado pelo Código de Defesa do Consumidor, ela se enquadra perfeitamente no artigo 12, inciso II, pois trata-se de culpa exclusiva de terceiro. (SANSEVERINO, 2002, p. 308)

¹² DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. ROUBO OCORRIDO DENTRO DO ÔNIBUS. INEVITABILIDADE. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I - A presunção de culpa da transportadora comporta desconstituição mediante prova da ocorrência de força maior, decorrente de roubo, indemonstrada a desatenção da ré quanto às cautelas e precauções normais ao cumprimento do contrato de transporte.

II - Na lição de Clóvis, caso fortuito é "o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes", enquanto a força maior é "o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer", com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.

(STJ, Quarta Turma, REsp 264.589/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 14/11/2000, DJ 18/12/2000, p. 207)

Todavia, em razão da especialidade do instituto, é tratado como nova hipótese de exclusão da responsabilidade. Uma das suas modalidades decorre de o defeito ser decorrente exclusivamente do cumprimento de normas imperativas estabelecidas pela entidade pública, para tanto não basta que sejam normas mínimas para que os produtos ou serviços sejam introduzidos no mercado, mas que preencham determinados requisitos, como a relação direta de causalidade entre o defeito e o rigoroso cumprimento das normas editadas, a sua rigidez e obrigatoriedade e que sejam fixadas por autoridade pública. (SANSEVERINO, 2002, p. 309/310)

A relação de causalidade é vislumbrada quando o defeito decorre unicamente das normas fixadas pelo Estado para a produção, é necessário que o agente estatal instrua diretamente o fornecedor sobre a forma como o produto deve ser confeccionado, bem como o não cumprimento das determinações impostas pode acarretar em punições nos campos administrativo e penal ao fornecedor. Mais além, as normas devem ser rígidas e imperativas, não possibilitando escolha ao fabricante, no ponto o estabelecimento mínimo de normas de qualidade e segurança não afasta o dever de indenizar o consumidor quando da ocorrência do dano. Por último, as normas devem ser elaboradas por autoridade pública, excluindo para esses efeitos os sindicatos e associações, por exemplo.

Esse instituto não é largamente utilizado no Brasil, uma vez que as autoridades se limitam a estabelecer normas mínimas de segurança e qualidade, por outro lado elas normalmente provêm de regulamentos administrativos. Se o fornecedor constatar que as normas instituídas podem causar danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, ele pode se esquivar do cumprimento, uma vez que o ordenamento pátrio determina que o dever primário é não inserir no mercado de consumo produtos ou serviços danosos ao consumidor. (GOMES, 2001, p. 201/202)

No que tange a cláusula de não indenizar, esse instituto consiste em convenção entre as partes, por meio da qual o fornecedor se exime previamente de reparar os danos eventualmente causados por seus produtos. Tem como principais características a sua estipulação em cláusula acessória no contrato entabulado entre as partes e a anterioridade em relação ao dano. Essa cláusula tem fundamento na “*pacta sunt servanda*”, ou liberdade contratual, princípio contratual que permite a livre disposição do conteúdo dos atos praticados, inclusive os seus efeitos. (SANSEVERINO, 2002, p. 321/322)

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, essa cláusula foi expressamente afastada em diversos dispositivos legais, no tocante à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o artigo 25, *caput*, vedou a estipulação de cláusula que exonere a obrigação de indenizar¹³, sendo nula de pleno direito.

No entanto, o Código não proibiu de todo a cláusula de não indenizar, permitindo a sua utilização em casos justificáveis¹⁴, entenda-se excepcionais, nos quais os consumidores sejam pessoas jurídicas, exista equilíbrio entre ele e o fornecedor e se o dano resultar de vício no produto. (SANSEVERINO, 2002, p. 326/327)

Já o risco do desenvolvimento, excludente de responsabilidade objeto do presente projeto, constitui uma das eximentes mais controversas, cumpre aqui fazer uma breve análise antes de adentrar ao assunto posteriormente. Trata-se da responsabilidade do fornecedor em relação a defeitos somente constatados posteriormente à entrada do produto no mercado, contudo a descoberta só pôde ser feita em razão do avanço tecnológico. Mais além, à época da

¹³ “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.” As seções citadas no artigo se referem especialmente à II e III do Código de Defesa do Consumidor, e versam sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

¹⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

introdução do produto ao mercado de consumo, era impossível detectar seus defeitos, em decorrência do estado da arte. A grande discussão reside na possibilidade ou não de responsabilizar civilmente o fornecedor pelo fato do produto, e será debatida mais adiante. (GOMES, 2001, p. 207)

Por fim, alguns autores ainda listam a prescrição como causa excludente de responsabilidade, todavia não deve ser enquadrada nas excludentes, pois a responsabilidade do fornecedor persiste, o que ocorre é a perda do direito de ação para cobrar a indenização pelos danos sofridos em razão do produto ou serviço.

3 ANÁLISE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO

3.1 A problemática do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade

Primeiramente, o risco de desenvolvimento consiste em eximir o fornecedor da responsabilidade por danos causados em decorrência dos seus produtos postos em circulação no mercado de consumo, caso reste comprovado que o estado dos conhecimentos científicos, àquela época, não eram suficientes para detectar a existência de defeitos. Ou seja, os riscos causados pelos produtos não eram cognoscíveis pela mais avançada ciência e técnica, vindo somente a serem detectados por força de avanços tecnológicos não existentes anteriormente. São exemplos: os cigarros, que já foi comprovado que podem acarretar câncer no pulmão e o medicamento talidomida (Contergan-Talidomida) que ao ser ingerido por grávidas, ocasionou o nascimento de crianças deformadas. (CALIXTO, 2004, p. 175)

Mais a fundo, o estado da arte deve ser analisado sob o critério objetivo, ou seja, o fornecedor que visa à exclusão da sua responsabilidade deve provar que o estado do conhecimento e da técnica não permitia detectar a existência do defeito, e não comprovar que não lhe permitia detectar os defeitos, portanto não importa se somente ele não conseguiu visualizar a existência do risco, pois é mister que ninguém pudesse detectá-lo. Sendo assim, deve haver a impossibilidade absoluta e objetiva de detectar a existência do defeito, e não a impossibilidade subjetiva do fornecedor. Nesse caso, o fornecedor deve estar sempre atualizado e a par dos novos avanços tecnológicos e científicos mundiais, sem fronteiras ou limites territoriais, ele também não deve ater-se à prática industrial, mas ficar atento a todas as inovações conhecidas, verificáveis e utilizáveis. (SILVA, 1999, p. 510/513)

O risco de desenvolvimento não pode ser confundido com a existência de produtos obsoletos ou com produtos cujo prazo de vida útil tenha se esgotado, ainda que sua qualidade seja inferior, ou até mesmo menos seguro do que outro bem com a mesma finalidade introduzido ao mercado.

Saliente-se que não tem nenhuma correlação com o defeito de informação, pois não houve omissão, falsidade ou falta das informações prestadas ao consumidor, também não é defeito de produção nem de criação, pois não houve qualquer falha no fabrico ou no projeto que pudesse ser identificada. Ou seja, o produto possuía à época concepção perfeita ante o estágio da ciência e da técnica, denominado estado da arte. Por outro lado, também encontra-se em conformidade com as normas regulamentadoras, reguladoras e fiscalizadoras do Estado, inclusive com as normas técnicas, se houver. (GOMES, 2001, p. 220) (SOUZA, 1993, p. 127/128)

Sobre a aplicabilidade dessa teoria, há duas posições que podem ser adotadas ante a ocorrência do risco do desenvolvimento: a primeira preconiza que é causa excludente da responsabilidade do fornecedor, sob o argumento de que a responsabilização do fabricante desencorajaria ou não favoreceria o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos; e a segunda, que admite que o risco de desenvolvimento não é causa de exclusão da responsabilidade de indenizar, tomando por base a proteção ao consumidor ante a sua vulnerabilidade.

Para os que admitem o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, à priori, deve-se ater em que medida o defeito é cognoscível de acordo com o estado da arte da distribuição do produto, ou se no momento da colocação do produto no mercado de consumo o defeito não era cognoscível segundo o estado dos conhecimentos científicos e técnicos da época. O momento a que deve se reportar é o da colocação em circulação do bem, não o da sua produção, pois, nesse caso, é só quando o fornecedor

distribui o produto que ele perde o controle sobre ele e expõe o consumidor aos seus efeitos, tampouco é o da verificação do dano, conforme será ilustrado a seguir. Considerando esses pontos, o fornecedor não será responsável se provar que o estado da arte no momento da introdução do produto no mercado, não permitia o reconhecimento do defeito, ou seja, não era possível detectá-lo. (SILVA, 1999, p. 508)

Destarte, o momento a que se reportar é muito importante, pois se o estado do conhecimento e da técnica relevante fosse o da ocorrência do dano ou seu julgamento, ocorreria uma aplicação retroativa da medida da responsabilidade, uma vez que os novos conhecimentos e tecnologias acabariam por responsabilizar o fornecedor por um defeito indetectável no momento da distribuição dos produtos.

Os defensores dessa teoria acreditam que o dever de indenizar em decorrência da existência de defeitos não perceptíveis no estado da arte desencorajaria ou não favoreceria a criação e o desenvolvimento de novos produtos, tornando inclusive inviável a comercialização de determinados bens, principalmente no tocante a novos medicamentos que, por sua natureza, já apresentam riscos à incolumidade físico-psíquica do consumidor. Por outro lado, também teria o poder de obstar o fornecedor de descobrir, utilizar ou publicar, outros padrões de segurança e técnica para os produtos já comercializados por ele, com receio que pudesse ser responsabilizado. Por fim, a responsabilidade seria absoluta, mas artificial, haja vista que utiliza uma medida inexistente no momento da distribuição do produto para a apreciação dos defeitos causados por ele. (SILVA, 1999, p. 509)

Já a segunda posição, a que adota que o risco do desenvolvimento não é excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, tenta sopesar a necessidade do desenvolvimento e o bem-estar do consumidor. Para essa corrente, é necessário limitar o crescimento desenfreado, de forma a garantir um crescimento sustentado. Ademais, igualam o risco do desenvolvimento ao risco da atividade, ou seja, os que ingressam no mercado,

atuando em certa atividade, assumem os riscos que dela decorrem e distribuem no próprio preço do produto o risco assumido. Nesse prisma, o lucro da empresa é a recompensa pelo risco assumido na atividade e, caso ele se concretize, deverá o fornecedor responder objetivamente pelos danos experimentados pelo consumidor. (GOMES, 2001, p. 226/228)

No momento da utilização do bem, o consumidor tem uma expectativa positiva que o produto funcionará perfeitamente, sendo lesado mesmo quando o defeito é encontrado posteriormente. No ponto, os riscos desconhecidos no estado da arte, também o são para o consumidor, pois, conforme analisado anteriormente, o critério deve ser objetivo para a exclusão da responsabilidade. Outrossim, não é só o fornecedor que deve ser incapaz de prever os riscos à saúde do consumidor, mas os riscos devem ser incognoscíveis a todos. O ponto crucial dessa corrente consiste na prevalência da proteção da pessoa do consumidor e da sua saúde e segurança em detrimento da proteção econômica dos fornecedores. (CALIXTO, 2004, p. 244/245)

Portanto, ambas as teorias possuem argumentos a seu favor. Por um lado, tem-se a obrigação de limitar no tempo a responsabilidade do fornecedor e evitar que ele responda por danos decorrentes de produtos fabricados quando ainda não era possível observar, em razão do estado da arte, os possíveis riscos provenientes do seu uso. Pelo outro, defende-se a responsabilidade objetiva do fornecedor, em razão da hipossuficiência do consumidor e da sua efetiva reparação, mais além, os lucros auferidos com a venda dos produtos justificam a responsabilidade pelos danos decorrentes de sua utilização. (CALIXTO, 2004, p. 248/249)

3.2 Posição adotada na União Européia, Estados Unidos e *leading precedents*

Na União Européia, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ainda não está pacificada. De fato, é a Diretiva 85/374/CEE que rege as disposições dos Estados-

membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos e adota o modelo de responsabilidade objetiva para a efetiva reparação do dano. Contudo, a referida diretiva prevê expressamente o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, conforme o artigo 7º, alínea e, que diz que o produtor não será responsável se provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”. (UNIÃO EUROPÉIA, 1985)

No ponto, a Comunidade Européia adotou uma solução de compromisso, pois muito embora tenha como regra a exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos danos causados pelo produto posto em circulação quando verificada a hipótese de riscos do desenvolvimento, também declinou a cada Estado a possibilidade de derrogar a disposição supracitada e determinar a responsabilidade do fornecedor. Dessa maneira, de acordo com o disposto no artigo 15º, número 1, alínea b, o qual dispõe que qualquer Estado-membro pode “em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”. (CALIXTO, 2004, p. 184/185) (UNIÃO EUROPÉIA, 1985)

Não obstante ter previsto expressamente no artigo a questão do risco do desenvolvimento, houve a preocupação de salientar antes mesmo dos dispositivos legais que a referida excludente pode ser interpretada por alguns Estados-membros como uma restrição injustificada à proteção dos consumidores, motivo pelo qual lhes é permitido estabelecer na

sua legislação a inadmissibilidade do estado da arte como prova exoneradora da responsabilidade do fornecedor¹⁵. (UNIÃO EUROPÉIA, 1985)

Convém citar que entre os países europeus prevalece o entendimento da diretiva, no qual o risco do desenvolvimento é eximente de responsabilidade, entre eles o Reino Unido, Irlanda, Portugal, Itália, Grécia, Dinamarca, Holanda, Áustria, Bélgica e Suécia. Já a Espanha, em regra, determina a exclusão da responsabilidade, no entanto adota-se o sistema de responsabilidade no setor de alimentos e medicamentos para consumo humano. A Alemanha prevê a responsabilidade somente no setor de medicamentos. A França determina a exclusão da responsabilidade do fornecedor, salvo em hipótese de danos decorrentes de elementos do corpo humano ou produtos dele extraídos, ou quando o fornecedor não tenha tomado qualquer providência para prevenir os danos decorrentes de defeitos revelados em até dez anos após a circulação do produto. E, por fim, somente a Finlândia e Luxemburgo optaram pela responsabilização do fornecedor em qualquer segmento da indústria. (CALIXTO, 2004, p. 187/190) (LIU, 2004, p. 12/13)

Nesse sentido, é mister ressaltar que o risco do desenvolvimento não pode ser aplicado quando o dano decorre da negligência dos fornecedores, assim, nos países que admitem a referida excludente de responsabilidade, deve-se verificar caso a caso para averiguar se havia a possibilidade de prever o risco em virtude do estado dos conhecimentos técnicos e científicos disponíveis à época. Como exemplo, no Reino Unido, no caso *Abouzaid v.*

¹⁵ Segundo a diretiva, “Considerando que, por motivos análogos, a possibilidade facultada ao produtor de se eximir da responsabilidade se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da entrada em circulação do produto não lhe permitia detectar a existência de um tal defeito pode ser considerada em determinados Estados-membros como uma restrição injustificada da protecção dos consumidores; que deve, por conseguinte, ser possível um Estado-membro manter na sua legislação ou estabelecer por uma nova legislação a inadmissibilidade desta prova exoneradora; que, no caso de nova legislação, o recurso a esta derrogação deve, contudo, ser subordinado a um procedimento de stand-still comunitário para aumentar, se possível, o nível de protecção na Comunidade de modo uniforme;” (*litteris*)

Mothercare (UK) Ltd.¹⁶, a Mothercare, com o escopo de não ser responsabilizada pelo produto defeituoso que pôs em circulação, invocou o risco do desenvolvimento, com fundamento na ausência de registros no Departamento de Indústria e Comércio de incidentes similares ao que decorreu da utilização do seu produto, e que, portanto, a empresa não poderia prever os riscos na sua utilização. No entanto, a Corte decidiu que a excludente de responsabilidade não poderia ser aplicada, pois um simples teste seria suficiente para detectar o defeito, mais além, determinou que não ter pensado nele não é motivo para eximir-se do dever de indenizar. (LIU, 2004, p. 62/63)

Já no que tange o Estados Unidos, deve-se salientar que não há lei federal que verse sobre o assunto, cabendo a cada Estado dispor, por intermédio de leis estaduais, sobre a responsabilidade do fornecedor e as excludentes. Antes o país responsabilizava o fornecedor até quando havia a hipótese de risco do desenvolvimento, ocasionando em uma expansão da responsabilidade e caminhando, conseqüentemente, para uma responsabilidade absoluta do fornecedor. Contudo, atualmente o Estado norte-americano tem substituído a aplicação da

¹⁶ Vislumbrando a possibilidade de tratar um pouco sobre o caso, segue um breve relato sobre a ação movida por Abouzaid em desfavor da Mothercare: Com base na Diretiva, o réu apelou da decisão do júri que determinou a sua responsabilidade. O autor tinha sofrido um dano em seu olho decorrente de um carrinho de bebê vendido pelo apelante. A correia de plástico do produto ricocheteou em seu olho. O réu usou como argumento que a lei inglesa tinha ido além do que foi implementado pela Diretiva européia. A correia seria considerada defeituosa? Sustentou que a lei deve ser interpretada à luz da redação e do objetivo da Diretiva, com o objetivo de atingir o resultado que foi pretendido. O design permitiu a ocorrência do risco, e o produto era defeituoso: muito embora o caso esteja no limite, o produto era defeituoso dentro do que foi determinado pela Diretiva. O risco reside quando se perde o controle da correia de plástico no momento que é esticada e os olhos ficam no caminho do ricocheteio. O produto era defeituoso porque foi fornecido com um design que permitia a ocorrência do risco, sem que o consumidor fosse avisado que não deveria se colocar em posição que pudesse causar o risco. Os membros da sociedade têm o direito de esperar mais dos apelantes. Um fator preponderante dessa expectativa é a vulnerabilidade dos olhos e as sérias conseqüências que podem surgir de um grave ferimento no olho. (tradução livre da autora)

The defendant appealed a finding of liability under the Act. The plaintiff had hurt his eye assisting with a pushchair sold by the defendant. An elastic strap had rebounded into his eye. It was argued that the English Act went wider than the Directive in implementing it. Was the strap a defect within the Act? Held: The statute must be interpreted "in the light of the wording and the purpose of the Directive so as to achieve the result which it has in view. The design permitted the risk to arise, and the product was defective: "though the case is close to the borderline, the product was defective within the meaning of the Act. The risk is in losing control of an elastic strap at a time when it is stretched and eyes are in the line of recoil. The product was defective because it was supplied with a design which permitted the risk to arise and without giving a warning that the user should not so position himself that the risk arose. Members of the public were entitled to expect better from the appellants. A factor in that expectation is the vulnerability of the eye and the serious consequences which may follow from a blunt injury to the eye. " Consumer Protection Act 1987 2(1) - Council Directive 85/374/EEC Art 6. Acesso em: <http://www.swarb.co.uk/lisc/Cnsmr20002000.php> 24 abril 2011 11:09

responsabilidade objetiva (*strict liability*) nesses casos, dando início a uma contra-revolução, uma vez que as seguradoras não aceitavam os valores a serem pagos a título de indenização. Portanto, diversos estados americanos reformaram a sua legislação interna, afastando a responsabilidade do fornecedor por risco do desenvolvimento. (CALIXTO, 2004, p. 190/191) (CALVÃO, 1999, p. 523)

Nessa esteira, foi aprovada a Lei de New Jersey (*the New Jersey Products Liability Act of 1987*), que determina que será isento da responsabilidade o fornecedor que comprovar que no momento em que o produto entrou em circulação não havia alternativa prática, nem tecnologicamente possível, que pudesse prevenir o dano, sem debilitar substancialmente a função do produto¹⁷. Por outro lado, o próprio dispositivo preocupou-se em limitar a excludente de responsabilidade, e determinou que não será aplicada quando a Corte observar, com base nas provas produzidas, que o produto é extremamente perigoso, que o consumidor não pode prever os riscos do produto, ou que o produto impõe sérios riscos a pessoas diversas da relação de consumo, e que o produto tenha pouca ou nenhuma utilidade¹⁸. (NOVA JERSEY, 1987)

Também merece ser citado o precedente *Brown v. Abbot Laboratories*, por meio do qual a responsabilidade do fornecedor foi afastada, em nome do interesse público ao desenvolvimento, à disponibilidade e ao preço razoável do produto. Por tratar-se de medicamento, valorizou-se também a sua função de salvar vidas e reduzir a dor e o

¹⁷ 2A:58C-3. Exemptions from liability

a. In any product liability action against a manufacturer or seller for harm allegedly caused by a product that was designed in a defective manner, the manufacturer or seller shall not be liable if:

(1) At the time the product left the control of the manufacturer, there was not a practical and technically feasible alternative design that would have prevented the harm without substantially impairing the reasonably anticipated or intended function of the product;

¹⁸ b. The provisions of paragraph (1) of subsection a. of this section shall not apply if the court, on the basis of clear and convincing evidence, makes all of the following determinations:

(1) The product is egregiously unsafe or ultra-hazardous;

(2) The ordinary user or consumer of the product cannot reasonably be expected to have knowledge of the product's risks, or the product poses a risk of serious injury to persons other than the user or consumer; and

(3) The product has little or no usefulness.

sofrimento, ademais, admitiu-se que a responsabilidade objetiva seria uma barreira ao progresso científico. (CALIXTO, 2004, p. 192)

A jurisprudência norte-americana posiciona-se no sentido da exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, nesse diapasão, poucas Cortes têm negado a eximente, uma delas é a de Wisconsin, opinião visível no importante precedente *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.* (LIU, 2004, p. 43)

Tendo em vista o posicionamento contrário da Corte de Wisconsin em relação às outras, faz-se necessária uma análise mais detalhada do julgado supracitado, tomando por base a Revisão Judicial nº 98-2162 de 2001. O julgamento decorre da responsabilidade civil requerida por Linda M. Green em desfavor da Smith & Nephew AHP, Inc, sob a alegação de que o produto fornecido pela empresa apresentou defeito de fabricação e risco desarrazoado no momento de sua utilização. Linda utilizou as luvas de látex vendidas pela empresa, o que causou-lhe grave alergia, merecendo ser indenizada pelos danos sofridos. O seu pedido foi declarado procedente e o julgamento foi mantido em sede de apelação. (WISCONSIN, 2001, p. 1/2)

Na tentativa de reverter a decisão, a empresa solicitou a Revisão Judicial para solucionar os seguintes erros reversíveis: a) erro da Corte ao instruir o júri que o produto pode ser considerado perigoso e defeituoso somente com base na expectativa do consumidor; b) erro da Corte ao instruir o júri que o produto pode ser considerado perigoso e defeituoso a despeito do fornecedor conhecer, ou ter a possibilidade de conhecer, os riscos que as luvas apresentam quando são utilizadas pelos consumidores; c) a possibilidade do júri decidir que o produto é considerado perigoso e defeituoso diante das provas produzidas no julgamento, pois essas demonstram que as luvas somente causam alergia em cinco a dezessete por cento dos consumidores que as utilizam, e; d) o erro da Corte em admitir opiniões referentes à segurança dos produtos da fornecedora. Na Revisão, ficou conclusivo que o resultado do júri

não foi fundado em nenhum erro, devendo ser mantida a decisão. (WISCONSIN, 2001, p. 2/3)

Atendendo ao propósito do presente trabalho, é de suma relevância destacar somente um aspecto do julgado, que é a possibilidade do fornecedor conhecer os riscos do produto que introduziu no mercado de consumo. Nesse prisma, a Corte afasta o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor, reconhecendo que o fornecedor está na posição principal para distribuir o custo do dano, bem como é ele o responsável por criar os riscos ao colocar o produto defeituoso no mercado, e aquele que tem a capacidade de controlar os riscos adotando medidas de qualidade e controle com o objetivo de impedir a circulação de um produto defeituoso, enquanto que o consumidor tem o direito de confiar na aparente segurança do produto¹⁹. (WISCONSIN, 2001, p. 42)

Em suma, observa-se que a União Européia e os Estados Unidos possuem, em regra, o posicionamento favorável à utilização do risco do desenvolvimento como eximente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, no entanto o entendimento ainda não é uniforme e depende da legislação própria de cada país e, no caso dos Estados Unidos, depende da legislação e jurisprudência dos estados.

¹⁹ Ademais, nós examinamos como a nossa decisão seria compatível com a política pública por trás lei que confere responsabilidade objetiva aos fornecedores. Como explicamos, quando a Corte reconheceu a causa que ensejou a ação de responsabilidade objetiva, foram identificadas várias considerações que subsidiaram a decisão de obrigar o fornecedor e outros vendedores a indenizar por terem colocado produtos defeituosos e desarrazoadamente perigosos no mercado de consumo, como: (1) o vendedor do produto está na melhor posição para distribuir os custos dos riscos, pois pode repassá-los por intermédio dos preços dos bens comercializados, como também pode fazer seguro; (2) o consumidor tem o direito de confiar na aparente segurança do produto e é o vendedor que, em primeira instância, cria o risco ao alocar o produto defeituoso no mercado; e (3) o fornecedor tem a habilidade de controlar o risco criado pelos seus produtos, desde que inicie ou adote medidas de controle de qualidade e inspeção, prevenindo, portanto, que os produtos defeituosos cheguem aos consumidores. (tradução livre da autora)

In addition, however, we examined how our holding accorded with the public policy behind products liability law. As we explained, when this court recognized the cause of action for strict liability in tort, we identified several policy considerations supporting our decision to make manufacturers and other sellers of products responsible for placing defective and unreasonably dangerous products into the stream of commerce: (1) the seller of a product is "in the paramount position to distribute the costs of the risks" presented by the products by passing along costs to consumers or by purchasing insurance; (2) consumers have "the right to rely on the apparent safety of the product and it is the seller in the first instance who creates the risk by placing the defective product on the market"; and (3) "the manufacturer has the greatest ability to control the risk created by [its] product since [it] may initiate or adopt inspection and quality control measures thereby preventing defective products from reaching the consumer.

3.3 Risco do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e jurisprudência

A doutrina brasileira é dividida no que se refere à possibilidade do risco do desenvolvimento ser excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, há autores que defendem a eximente com base no próprio Código de Defesa do Consumidor, contudo há outros que não admitem a excludente fundamentando-se no próprio diploma legal. De fato, a dúvida surge em razão da interpretação dos artigos 12, §1º, III e 14, §1º, III²⁰, do Código de Defesa do Consumidor, pois determinam que para a responsabilização do fornecedor de produtos ou serviços deve-se levar em consideração a época em que o produto foi posto em circulação, ou a época da prestação dos serviços. Assim, surge o entendimento que o produto que é lançado ao mercado em conformidade com o estado da arte é considerado adequado ao consumidor, ou seja, não é defeituoso levando-se em consideração a época em que foi fornecido, pois não havia conhecimentos científicos e técnicos capazes de permitir o controle de qualidade, e assim, prevenir a ocorrência do evento danoso. (GOMES, 2001, p. 232)

Nesse diapasão, há também alguns doutrinadores que se utilizam da leitura do artigo 10 do referido Código para dar guarida à excludente de responsabilidade, uma vez que o

²⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

(...)

III - a época em que foi colocado em circulação.

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

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

(...)

III - a época em que foi fornecido.

dispositivo preleciona que o fornecedor não deve introduzir ao mercado produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar risco à incolumidade físico-psíquica do consumidor²¹, conduzindo à suposição de que é lícito inserir ao mercado de consumo produtos defeituosos, se eles não forem cognoscíveis à época. (GOMES, 2001, p. 233)

Entretanto, para os autores que defendem a posição contrária, o Código de Defesa do Consumidor não prevê a hipótese do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade. Destarte, se norteiam na ausência de previsão legal expressa que preveja essa possibilidade, uma vez que as hipóteses de excludente estão previstas no artigo 12, §3º e incisos do microsistema. Em verdade, o defeito existia no momento da circulação do produto pelo fornecedor, só não era possível detectá-lo em razão do estado da arte, bem como não ocorreu culpa exclusiva do consumidor, nem de terceiro, assim, levando-se em consideração que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto é objetiva, sendo o elemento culpa irrelevante, ele deverá responder pelos danos experimentados por todas as pessoas lesadas por seus produtos. (CALIXTO, 2004, p. 215)

É mister ressaltar que o artigo 10 não se referiria, então, à extensão da reparação do dano, mas tão somente à permanência ou não do produto no mercado de consumo, não devendo ser interpretado extensivamente de forma a regular matérias não pretendidas pelo legislador. Já os artigos 12, §1º, III e 14, §1º, III, se relacionam com a caracterização do produto e do serviço e a expectativa de segurança, não com as causas excludentes da responsabilidade, que são tratadas no parágrafo 3º. Portanto, por ser um tema controvertido, essa hipótese de não-responsabilização deveria ter sido incluída expressamente no referido dispositivo legal, o que de fato não ocorreu. (GOMES, 2001, p. 235/236)

²¹ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Sobre o assunto, a jurisprudência nacional não é vasta, entretanto convém mencionar um julgado importante, proferido em 1999 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível número 70000228684, relatoria da ilustre Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins. (REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 2000, p. 272/275)

O processo tratava-se de ação de reparação de danos patrimoniais e não-patrimoniais proposta por Fidêncio Fiorini em desfavor de Andreas Stihl Moto-Serras Ltda., em razão de dano decorrente da utilização de uma moto-serra marca Stihl, por causa da falta de segurança do equipamento. Em sua defesa, a empresa alegou ausência de nexo de causalidade necessário para a responsabilidade e a ausência de defeito ou vício no equipamento, pois foi utilizado pelo autor por anos sem qualquer problema. Ademais, aduziu que a ausência de freio não traduziu a falta de segurança e que o autor não seguiu corretamente as instruções presentes no manual.

A sentença proferida pelo Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos do autor, condenando-o ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Irresignado, apresentou recurso de apelação ao argumento de que tratava-se de responsabilidade objetiva do réu e que restou comprovado que o produto foi fabricado sem a segurança necessária, o que ocasionou o acidente. O réu pleiteou em sede de contrarrazões de apelação a manutenção da sentença.

O ponto crucial do julgamento da apelação cível reside no voto da relatora, pois além de se ater aos argumentos trazidos oportunamente aos autos, ela preocupou-se em mencionar a hipótese do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade no direito brasileiro. Outrossim, preleciona, tendo como base os ensinamentos de João Calvão da Silva, que a exoneração da responsabilidade requer a impossibilidade absoluta e objetiva de o fornecedor conhecer a existência do defeito, por falta de conhecimentos técnicos e científicos à época. Mas, o mais importante, interpretou que, ao contrário do direito português, italiano e do alemão, no direito brasileiro a causa de exclusão da artigo 12, §2º, não opera nos casos de

o defeito existir no momento em que é posto em circulação no mercado de consumo, não permitindo ser detectado em razão do estado do conhecimento científico do fornecedor. Por fim, assevera que não se trata de lançamento de outro produto de melhor qualidade, mas de produto inseguro.

Por essas razões, e por unanimidade, a sentença proferida em primeiro grau foi reformada e o fabricante do produto foi condenado ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Ao contrário do que ocorre em outros países, não há no Brasil qualquer jurisprudência que corrobore com a hipótese de risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor, contudo por ser um assunto ainda não tão discutido no âmbito judicial, o tema ainda é deveras controverso.

3.4 Análise do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto

Ao longo da abordagem do estudo, foi possível observar que a aplicabilidade do risco do desenvolvimento é deveras controvertida, os precedentes da maioria dos países da União Européia e dos estados norte-americanos seguem no sentido de permitir a hipótese do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, bem como a legislação já prevê a ocorrência da referida eximente. No entanto, no Brasil o legislador pareceu adotar a impossibilidade da excludente, pois não a elencou expressamente no artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor. No que tange a jurisprudência, poucos foram os julgados sobre o tema, no entanto nenhum jamais permitiu a adoção do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor.

Com efeito, o CDC deve ser analisado sistematicamente, sendo assim é imprescindível estudar também alguns dos princípios de proteção e garantias do consumidor suscitados no microsistema. É direito básico do consumidor a proteção à sua vida, saúde e segurança, componentes principais da personalidade humana que, por sua natureza, se sobrepõem aos demais. (GOMES, 2001, p. 130)

Destarte, os produtos e serviços não podem atentar contra a incolumidade físico-psíquica do consumidor, devendo atender à sua legítima expectativa, haja vista que os consumidores tem o direito de não serem expostos a perigos alheios ao seu conhecimento. De tal direito, decorre o dever de os fornecedores retirarem os produtos do mercado, ou não prestarem mais o serviço, comunicar às autoridades competentes e indenizar adequadamente pelos danos decorrentes do fato do produto. (GRINOVER, 2001, p. 123/124)

Ademais, tem o consumidor o direito à efetiva reparação pelos danos experimentados, com o objetivo de reequilibrar a relação jurídica abalada. Outrossim, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto é objetiva, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa para estabelecer a obrigação de reparar o dano, aumentando a proteção ao consumidor. Muito embora a legislação não tenha admitido a teoria do risco integral, pois permite a existência das excludentes de responsabilidade, essas devem ser interpretadas de forma restrita, a fim de não violar o princípio da proteção ao consumidor. (GOMES, 2001, p. 137/139 e 236)

O princípio da equidade também deve ser observado nas relações de consumo, ele determina que a responsabilidade pelos riscos recaia sobre o fornecedor, pois foi ele quem introduziu o produto ao mercado de consumo, auferindo lucro em razão da sua atividade. Não seria justo, nem razoável, que o consumidor sozinho arcasse com o custo do dano. No ponto, a responsabilidade objetiva do fornecedor conduz à coletivização, ou socialização, dos riscos,

alcançando uma divisão equânime da carga econômica dos riscos de produção. (CALIXTO, 2004, p. 217) (GOMES, 2001, p. 227)

Um outro viés do mesmo princípio recai sobre a isonomia entre os fornecedores, a aplicação do risco do desenvolvimento como hipótese de não-responsabilização acarretaria uma clara desvantagem da empresa de pequeno e médio porte em face da empresa de grande porte. É evidente que a empresa de grande porte possui potencial tecnológico superior à pequena e, em virtude da sua superioridade econômica, pode investir mais em tecnologia de ponta, participando até da determinação do estado da arte, por exemplo, por meio de pesquisas. Essas empresas controlariam o estado da técnica, estagnando-os na esfera que lhes proporcione maior lucro, ao mesmo passo que as empresas de pequeno e médio porte não tem condições de se equiparar na análise dos riscos dos seus produtos, ficando à mercê do estado tecnológico determinado pelos grandes fornecedores. (GOMES, 2001, p. 224)

Dessa forma, tendo em vista que as exceções devem ser interpretadas restritivamente, como é o caso das excludentes de responsabilidade, o risco do desenvolvimento não deve adquirir o caráter de eximente. Mais além, o interpretador da norma deve ser guiado pelos princípios norteadores do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como os princípios constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana, a fim de garantir a máxima proteção ao consumidor. (GOMES, 2001, p. 237)

É de conhecimento geral que as maiores investidoras em tecnologia são as multinacionais, a exclusão da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento inibiria a procura por novas soluções de defeitos, ou seja, seria um desestímulo para a indústria gastar tempo e dinheiro em investigações prévias à introdução do produto no mercado de consumo, considerando uma posição mais extrema, a aplicação do risco do desenvolvimento poderia ter o condão de estimular que as empresas escondessem da sociedade o resultado de suas investigações, gerando um grande retrocesso no avanço científico. (GOMES, 2001, p. 224)

De fato, o desenvolvimento econômico não pode se sobrepor ao social, isto é, a segurança do consumidor é bem juridicamente mais importante do que a livre iniciativa da atividade empresarial, assim, a atividade do fornecedor deve estar em perfeita consonância com a proteção e defesa do consumidor. Destarte, ressalte-se que no início da sociedade de produção em massa, a responsabilidade era subjetiva e pautada na teoria dos vícios redibitórios, a evolução da responsabilidade civil do fornecedor para o modelo objetivo, em hipóteses de acidente de consumo, não causou o desmoronamento da sociedade capitalista, mas do contrário, reforçou as suas estruturas. Nesse diapasão, não se pode aduzir que a não-responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento obstaría o desenvolvimento social e inviabilizaria a comercialização de determinados produtos, ou até mesmo provocando o fechamento das indústrias, porque provoca conseqüências opostas. (CALIXTO, 2004, p. 214) (GOMES, 2001, p. 227/228)

A responsabilização do fornecedor pelo fato do produto a despeito do risco do desenvolvimento é capaz de gerar ainda mais competitividade entre as empresas, proporcionando um modelo capitalista mais saudável, em razão da busca pela melhoria na qualidade dos produtos e pela efetiva reparação do dano, se houver. Em suma, a empresa que mais se comprometer com o aprimoramento dos seus produtos, aumentando a satisfação dos consumidores, ganha mais parcela de mercado e, por conseguinte, auferir mais lucros. Ademais, a responsabilização gera um desestímulo à inserção precipitada de produtos potencialmente inseguros no mercado, o que conseqüentemente previne a ocorrência dos eventos danosos, ou diminui a possibilidade de acontecerem. (GOMES, 2001, p. 228/229)

Sendo assim, a longo prazo, o país se beneficia com a aplicação de um sistema mais rígido de responsabilidade, porque se há a máxima prevenção do dano e, caso ele ocorra, a efetiva reparação, o consumidor se sente mais seguro para utilizar os produtos introduzidos ao mercado de consumo, e, naturalmente, esses são vendidos com mais facilidade, gerando maior

lucro aos fornecedores. Observa-se, portanto, um sistema efetivo que não prejudica nenhum sujeito da relação de consumo, dando vida ao princípio da equidade. (CALIXTO, 2004, p. 217)

CONCLUSÃO

A presente monografia abordou diversos aspectos acerca da possibilidade da aplicação do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto.

Por tratar-se de tema muito polêmico, não é possível apontar uma única solução correta que resolva o dissenso acerca da questão apresentada. No entanto, seguindo o precedente mais importante no direito brasileiro sobre o tema, bem como atendendo aos princípios constitucionais e infraconstitucionais de proteção e defesa do consumidor, a inaplicabilidade do risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor é medida que se impõe.

Com o advento da revolução industrial e com o início da produção em massa, foi necessário estabelecer um modelo de responsabilização efetiva para indenizar o consumidor vítima dos chamados de acidentes de consumo. Nessa esteira, o modelo de responsabilidade subjetiva pautada na teoria dos vícios redibitórios foi substituído pela responsabilidade objetiva, que prescinde de dolo ou culpa do fornecedor para que ocorra o dever de indenizar.

No ponto, possui o consumidor a legítima expectativa de que o produto funcionará adequadamente, levando-se em consideração as suas características, e em razão da sua hipossuficiência não pode arcar com o ônus da produção.

No entanto, há de se convir que o fornecedor também não deve ser responsabilizado integralmente por todos os danos experimentados pelo consumidor. Em razão dessa máxima, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor elencou as excludentes de responsabilidade no artigo 12, §3º. A controvérsia reside na possibilidade de se admitir o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto.

Alguns doutrinadores entendem que o artigo 10 serviria como uma permissão para a aplicação do risco do desenvolvimento, e apoiados no entendimento de que a responsabilização do fornecedor serviria como um desestímulo à produção de determinados produtos e à indústria, são favoráveis à não-responsabilização do fornecedor.

Entretanto, tomando por base a máxima proteção do consumidor e a efetiva prevenção e reparação dos danos, previstos tanto na Constituição Federal quanto no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor deverá ser responsabilizado mesmo que tenha introduzido um produto no mercado de consumo o qual não poderia prever as conseqüências danosas, em razão do estado da arte à época.

Em verdade, os direitos à vida, saúde e segurança do consumidor não devem ser ignorados face aos interesses econômicos do fornecedor.

Reitere-se que a responsabilidade do fornecedor face os riscos do desenvolvimento não afronta, nem prejudica, o desenvolvimento social e econômico do Estado. De fato, é capaz de gerar mais competitividade no mercado, em decorrência da constante busca por produtos mais avançados e seguros, pois essa posição incentiva o uso dos produtos pelos consumidores, o que ao final aumenta os lucros da empresa. O fornecedor que se posicionar no sentido de garantir os interesses da coletividade recebe uma resposta positiva da sociedade, e acaba por ter uma posição privilegiada se comparado a outro que não atenda às expectativas do consumidor.

Vale dizer, em arremate de lógica análise, que a responsabilização do fornecedor a despeito do risco do desenvolvimento seria a posição mais acertada, pois beneficiaria não só os consumidores, que tem os seus direitos e garantias resguardados, mas também ao fornecedor e à sociedade em geral, pois sempre haverá mais investimento em tecnologias a fim de descobrir produtos cada vez mais seguros.

REFERÊNCIAS

MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Manual de Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100-111.

BRASIL, Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 maio 17:58.

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

CAMPOS, Liliane Fonseca. *As empresas e o conceito de consumidor: possibilidade de enquadramento*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=54529. Acesso em 24 de março 23:59.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NOVA JERSEY. *The New Jersey Products Liability Act of 1987*. Disponível em: http://lis.njleg.state.nj.us/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=37829544&Depth=4&TD=WRAP&advquery=Products%20Liability%20Act%20of%201987&headingswithhits=on&infobase=statutes.nfo&rank=&record={F4B}&softpage=Doc_Frame_Pg42&wordsaroundhits=2&x=29&y=5&zz=. Acesso em 24 abril 2011

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, número 34. Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 272-275

LIU, Josephine. *Two roads diverged in a yellow wood: The European Community stays on the path to strict liability*. *Fordham International Law Journal*. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=ilj>. Acesso em 19 abril 09:19.

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

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

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

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

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999 (reimpressão).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, James J. Marins de. *Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos*: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, número 06. págs. 118/133, abr./jun. 1993

SUPREMA CORTE DE WISCONSIN, Case no. 98-2162, 2001. *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc*, disponível em <http://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=17416> 24 abril 14:23

UNIÃO EUROPÉIA, Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:PT:HTML>. Acesso em 19 abril 2011 10:10

VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8 ed. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.