



FAJS – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Monografia III – 10º Semestre.

Orientador: Leonardo Roscoe Bessa

Aluno: **ALAN BITTAR PRADO**

ALAN BITTAR PRADO

Risco e Desenvolvimento: Uma Abordagem juseconômica

Brasília

2012

ALAN BITTAR PRADO

Risco e Desenvolvimento: Uma abordagem juseconômica

Entrega da Monografia a ser apresentada
para obtenção do grau de bacharel em
Direito no Centro Universitário de Brasília
(UNICEUB)

Orientador: Professor Doutor Leonardo
Roscoe Bessa.

Brasília

2012

ALAN BITTAR PRADO

Risco e Desenvolvimento: Uma abordagem juseconômica

Entrega da Monografia para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)
Orientador: Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília, 30 de abril de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Este trabalho é dedicado a todos juristas que pensam nas consequências que determinada lei ou decisão possam ter. Dedico também à pessoa pela qual tenho infinito carinho, meu irmão Vitor Bittar Prado.

Agradeço a meus pais pelos ensinamentos de coragem e bondade transmitidos ao longo dessa prazerosa convivência

Agradeço a Amanda, pessoa que me auxiliou a escolher este caminho.

Agradeço a Raquel pelos sorrisos mais sinceros e cativantes que já ganhei. Com certeza cada um deles mudou meu dia.

Agradeço a Laura, parte minha mãe... irmã... filha, enfim, presente raro e valioso que ganhei durante o curso.

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico e científico trouxe, além de benefícios em grande escala, a distribuição de males na mesma proporção e com o mesmo alcance global. O direito, na tentativa de acompanhar o avanço, instituiu os direitos dos consumidores, entre eles a responsabilidade civil objetiva do fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor apresenta algumas hipóteses de excludente de responsabilidade. Contudo, a doutrina diverge sobre a existência de outras excludentes que não aquelas elencadas no rol próprio do assunto. Assim, surge a polêmica ao redor do risco do desenvolvimento. Parte da doutrina o vê como causa de responsabilização, por outro lado, há quem o veja como excludente de responsabilidade. Referida polêmica está presente em diversas legislações no mundo, que adotaram os mais diversos tipos de solução. Diante disso, para melhor compreender o tema, é lançado o estudo da Análise Econômica do Direito e sua pertinência quanto ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Responsabilidade civil; Sociedade de Risco; Fato do produto; Risco do desenvolvimento; Estado da arte; Análise Econômica do Direito.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
PARTE I	11
Contexto Histórico: Surgimento do Direito do Consumidor e da Sociedade de Risco.....	11
Contexto Jurídico.	16
Vulnerabilidade e Direitos Básicos do Consumidor à vida, segurança, saúde, prevenção e reparação de danos.	16
Teoria da qualidade, vício de qualidade por insegurança e classificação dos defeitos em relação à sua origem.	19
Responsabilidade Civil.	23
PARTE II	30
Conceito de Risco do Desenvolvimento.	30
A Divergência no Direito Comparado.	31
A Divergência Doutrinária – aspectos jurídicos.	35
PARTE III	41
Brevíssimo histórico da AED.	41
O que é AED?	41
AED positiva e normativa.	43
O Conceito de Eficiência.	44
A teoria de Posner.	45
A teoria de Calabresi.	46
Análise Econômica do Risco do Desenvolvimento e a Legislação Brasileira.....	47
Análise consequencialista do risco do desenvolvimento.....	50
Conclusão.	54
Referências.....	58

INTRODUÇÃO

Após 21 anos do advento do Código do Consumidor, uma questão continua relevante, atual e, sobretudo, polêmica. Trata-se do Risco do Desenvolvimento.

A discussão doutrinária é rica e divergente. Possível dizer que não há consenso nem maioria na doutrina nacional e estrangeira. Tal fato se reflete nas diferentes soluções propostas pelas mais variadas legislações.

Tanto o é que na Diretiva 85/374/CEE, a União Europeia, apesar de se posicionar favorável ao risco como excludente de responsabilidade, deixou a cargo de cada Estado a escolha da aplicabilidade da excludente. Uns expressamente a adotaram e outros fizeram o contrário.

Pretende-se examinar o contexto histórico e jurídico que serve de base ao tema, expor os principais argumentos que cada corrente adota, apresentar o que as legislações estrangeiras fizeram e, por fim, fazer uma abordagem multidisciplinar da questão utilizando a Análise Econômica do Direito.

Artigos do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.78/90 – ligados diretamente à monografia e que mostram o aparente conflito entre normas (os sublinhados destacam os argumentos favoráveis à exclusão da responsabilidade, os negritados destacam o oposto):

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

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

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.(...)

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

I - que não colocou o produto no mercado;

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

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

É certo que o CDC não foi claro como a diretiva da União Europeia ao adotar o risco do desenvolvimento como excludente. Contudo, não se pode negar que o código se preocupou com o momento do lançamento do produto.

Ademais, ainda existem normas constitucionais sobre o tema:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

Como se sabe, normas constitucionais servem de vetores nas ocasiões em que o direito deve ser interpretado, integrado e analisado. Daí a

importância de se estudar aquelas normas do CDC sem deturpar o que a Constituição pretende alcançar.

Pretende-se buscar, entre as diversas possíveis interpretações para o caso, aquela socialmente desejável e que melhor se adéque aos princípios constitucionais da atividade econômica.

O presente trabalho é dividido em três partes. A primeira faz uma revisão histórica do desenvolvimento do direito do consumidor e é realizada uma revisão do contexto jurídico que envolve a matéria. Nessa etapa, serão abordadas as discussões em torno dos conceitos de consumismo, tecnologia e sociedade de risco. Além disso, serão estudados conceitos como fato do produto, responsabilidade civil e direitos básicos do consumidor.

A segunda parte define o risco do desenvolvimento, aborda as diferentes opiniões de diversos doutrinadores sobre o tema e, por fim, faz uma contextualização da teoria no cenário internacional.

A terceira parte se propõe a apresentar um ferramental econômico conhecido como Análise Econômica do Direito. Aqui são apresentados alguns conceitos de eficiência, bem como a AED Positiva e a AED Normativa. Mais, são confrontadas as teorias de Richard Posner e Guido Calabresi. Por fim, é feita uma análise do risco do desenvolvimento na legislação brasileira.

PARTE I

CONTEXTO HISTÓRICO:

Surgimento do Direito do Consumidor e da Sociedade de Risco.

Antes do século XVIII, o adquirente de algum bem manufaturado era capaz de entender seu processo de produção. Vale dizer, a disparidade de informações acerca da produção era ínfima. Artesão e adquirente estavam em níveis próximos de conhecimento sobre o produto negociado.

Além disso, conforme ensina Cláudia Lima Marques (2010), o sujeito que adquiria um bem ou contratava um serviço era identificado como comprador, cliente, contratante, enfim, esse sujeito de direitos era visto de forma individual, destacava-se sua posição momentânea e relacional. Não se levava em consideração sua posição na sociedade como integrante de um grupo com interesses semelhantes.

Contudo, um novo modelo de produção se firmou com o advento da Revolução Industrial. Com a indústria da produção em massa, o adquirente já não detinha informações sobre a produção dos bens que comprava. Ademais, o preço dos produtos baratearam. Conseqüentemente, o universo do consumidores cresceu. A oferta era grande e os preços mais acessíveis aos mais diversos segmentos da sociedade. O grupo daquele sujeito de direito que adquiria bens e contratava serviços expandiu e, ao mesmo tempo, fragilizou-se diante da industrialização.

Conforme explica Marcelo Calixto (2004), dois fatores contribuíram para a disparidade de poder entre produtor e adquirente: houve uma concentração dos meios de produção nas mãos de poucas pessoas juntamente com uma especialização das técnicas utilizadas.

Além do mais, o comerciante já não mais se confundia com o produtor, conseqüentemente, não detinha informações para passar ao adquirente do bem, nem as tinha para averiguar a qualidade do produto, que, com o tempo e a crescente industrialização, passou a ser enviado ao comércio embalado e lacrado.

Em síntese, a racionalização da produção (caracterizada pela produção em massa, automação do processo produtivo e sofisticação das máquinas) é que originou a mudança de paradigma, possibilitando-se a produção de produtos padronizados em grande escala (CALVÃO, 1999).

Daí em diante, o processo de industrialização somente se intensificou, expandiu, e, após a segunda guerra mundial, se solidificou, sobretudo com o fenômeno da globalização, lançado com a evolução da informática e com o advento de um novo modelo de comunicação fundado na *internet*. O consumismo, então, tomou conta mundo.

Como explica Rizzato Nunes (2011), cabe ao direito acompanhar essas mudanças de paradigma. Nos Estados Unidos da América, a mudança se iniciou em 1890, com a Lei de Sherman.

A propósito, Cláudia Lima Marques (2010) lembra que, em 1985, a Organização das Nações Unidas estabeleceu diretrizes para a criação de uma legislação para o consumidor. E mais, reconheceu a ideia de que tal direito é um direito humano de nova geração, um direito social e econômico.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor chegou em 1990. Foi inaugurado após exigência constitucional (art. 5º, XXXIII, da CRFB/88) e estabeleceu uma nova ordem nas relações de consumo. Consoante aduz Rui Stoco (2007), com a vigência do CDC, o fornecedor passou a ser o garantidor dos produtos e serviços que insere no mercado.

Diversos institutos foram lançados pelo CDC para a facilitação das reparações dos danos causados ao consumidor. A legislação antiga não era suficiente para responder aos anseios da sociedade moderna, que tem o consumidor como peça principal do jogo, e o risco como consequência da desenfreada corrida tecnológica.

Hoje, a sociedade convive com a evolução de tecnologias em velocidade extrema. Daí a crescente expectativa dos consumidores, que sempre buscam adquirir produtos cada vez mais modernos.

Nesse contexto, o sociólogo Zygmunt Bauman (2004) expõe que a liquidez é o adjetivo da sociedade moderna, que tem experimentado um aumento desenfreado do consumo e da velocidade das inovações tecnológicas. A descartabilidade ganha novo significado a cada ano.

As experiências e estudos sociais de Zygmunt Bauman (2004) comprovam que racionalidade do atual consumo é traduzida pela descartabilidade e pela simplicidade de se desconectar da rede.

Em sua obra “Amor Líquido”, Bauman diz que sempre haverá a possibilidade de se conectar a mais e mais pessoas e que essas conexões podem até parecer sólidas em um contexto global, mas são frágeis e transitórias.

Tais considerações são importantes, porquanto o sociólogo compara o comportamento afetivo das pessoas à sistemática da sociedade de consumo. As pessoas buscam cada vez mais usar ao máximo os bens que têm disponíveis e depois descartá-los. Os impulsos de compra são tão expressivos quanto os impulsos de utilização e descartabilidade.

Em outra obra do sociólogo polonês, “Vida líquida”, ele afirma que o atual ambiente social está vivendo uma síndrome consumista, onde a sociedade de consumo consegue tornar permanente a insatisfação (2009).

Assim, a cultura do uso imediato, do prazer passageiro e da satisfação instantânea incentivam, ainda mais os fornecedores a lançarem produtos novos com tecnologia de ponta no mercado. Não é só a evolução que é rápida, a expectativa dos consumidores é voraz em igual proporção.

A indústria que não consegue acompanhar as mudanças diárias de novas tecnologias acaba por ficar imprestável, obsoleta. Assim como o Direito, que não pode negar essa mudança da sociedade atual.

Das inovações que são lançadas a todo tempo, surge o conceito de sociedade de risco. Consuelo Yoshida (2005), citando o sociólogo Alemão Ulrich Beck, define tal sociedade como aquela que está dominada pelas incertezas das inovações tecno-científicas trazidas pela sociedade pós Revolução Industrial. O rápido avanço no lançamento de bens trouxe consigo a distribuição não só desses bens, mas também de males.

A globalização difundiu, além de informação, uma grande dificuldade em se controlar os riscos. Acerca da gestão de riscos Yoshida (2005) pergunta: Quem deve provar o quê? Quais são as normas pertinentes? Quem é moralmente responsável? Quem, por fim, ficará com o ônus do risco?

Ulrich Beck conclui que a resposta das questões supracitadas dará caráter concreto à ideia de evolução social, porque alterar a sistemática legal que envolve o risco significa mudar as relações de poder, deste modo, a decisão influenciará diretamente o comportamento dos agentes.

O sociólogo alemão diz que a transformação vivida com as revoluções industriais e tecnológica é chamada de modernização reflexiva, ou seja, sendo certo que a crescente e desenfreada expansão da sociedade trouxe inúmeros riscos, surge a reflexão acerca dos próprios fundamentos do desenvolvimento desenfreado.

Tal constatação reflete em tentativas jurídicas de se equilibrar as partes envolvidas no sistema, pois as evoluções tecnológicas e econômicas também repercutem negativamente na qualidade de vida do próprio consumidor.

Daí que se percebe o entrelaçamento da sociedade de consumo e da sociedade de risco. Enquanto a primeira supre as expectativas vorazes dos consumidores com lançamentos de produtos com tecnologia de ponta, a segunda insere riscos e males nefastos, sobretudo a longo prazo.

Dias Silva (2000) separa a sociedade de risco em três momentos históricos. O primeiro é aquele que surge conjuntamente com a industrialização. Tal risco era potencialmente aceitável, porquanto eram incipientes e controláveis. Ulrich Beck os denominou de riscos residuais.

O segundo cenário iniciou-se no fim do século XIX e perdurou até meados do século XX. Em tal momento, houve uma preocupação com os riscos trazidos com a industrialização. Tais riscos foram socialmente aceitos e absorvidos com o advento da responsabilidade objetiva.

O terceiro momento é o atual, aquele que assiste a crise do estado de bem-estar social. Aqui, fala-se em crescimento exponencial desmedido em busca do progresso econômico e tecnológico. A falta de previsibilidade e o progresso obscuro trabalham com resultados que independem da vontade do homem. Os riscos provenientes da sociedade atual decorrem da altíssima modernização dos produtos lançados no mercado e, ironicamente, da falta de tecnologia para prever possíveis males secundários.

Nesse cenário é que se percebe a importância do estudo da teoria dos riscos e, mais precisamente, neste trabalho, do risco do desenvolvimento.

Especialmente porque algumas questões acerca da alocação do risco não foram devidamente solucionadas pela lei. A teoria do risco do desenvolvimento é um exemplo. Embora o direito do consumidor tenha surgido e evoluído, modernamente, a questão do risco do desenvolvimento carece de solução legal expressa e clara na legislação brasileira. Ademais, a doutrina também não tem um posicionamento majoritário.

CONTEXTO JURÍDICO

Vulnerabilidade e Direitos Básicos do Consumidor à vida, segurança, saúde, prevenção e reparação de danos.

Os três primeiros capítulos do CDC compõem uma espécie de parte geral do código. Nela constam princípios, diretrizes e conceitos que iluminam e guiam as normas posteriores (MARQUES, 2010). Nesta parte geral, constam dois temas importantes para o desenrolar deste trabalho: a vulnerabilidade e os direitos básicos do consumidor.

Dois são os aspectos que tornam o consumidor a parte vulnerável

na relação de consumo. Um está relacionado à disparidade entre o nível de conhecimento das técnicas de produção. O segundo aspecto diz respeito à capacidade econômica que, em regra, o fornecedor supera em muito o consumidor.

Com o cenário pós Revolução Industrial visto no capítulo anterior e a consequente abordagem dada ao tema pelo direito, instituiu-se a Política Nacional de Relações de Consumo. Foi reconhecida como parte dessa política a vulnerabilidade do consumidor, parte fraca na relação de consumo (art. 4, I, do CDC).

É praxe classificar a vulnerabilidade em três classes, a saber, técnica, jurídica e fática.

A vulnerabilidade técnica relaciona-se ao fato de que o consumidor não compreende a técnica empregada nos meios de produção. Ele desconhece as características intrínsecas dos produtos, bem como os riscos que o produto traz consigo.

A vulnerabilidade jurídica é evidenciada porque o consumidor não possui capacidade pericial para entender tecnicamente os termos de um contrato, assim como, por exemplo, também não compreende a aplicação dos índices de juros nele empregados.

Por fim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é demonstrada na desproporção financeira existente entre consumidor e fornecedor. Ademais, também diz respeito à posição intelectual e de mercado que o fornecedor possui em razão de seu poder econômico e, em alguns casos, da essencialidade do bem ou serviço prestado.

Ressalte-se que não se confunde vulnerabilidade com hipossuficiência. A primeira, como visto, é de ordem material, enquanto que a segunda, por sua vez, é de ordem processual, diz respeito à dificuldade encontrada pelo consumidor em litigar contra o fornecedor, mais precisamente em produzir provas. Embora os conceitos não se confundam, a hipossuficiência decorre da vulnerabilidade.

Paulo Roberto Roque Antônio Khouri (2005) lembra que a

vulnerabilidade engloba todos consumidores, a hipossuficiência não, é traço marcante e individual de alguns consumidores.

Antes de falar sobre os direitos básicos do consumidor, importante estudar o caráter público do CDC.

Cláudia Lima Marques explica que o CDC é uma lei de função social, traz normas de direito privado (mas de ordem pública) e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica e também lei de interesse social, ou seja, diz respeito à ordem econômica do Estado e também serve para proteger direitos coletivos. Além disso, tem origem constitucional.

As normas de ordem pública consagram valores fundamentais no ordenamento jurídico. Embora possam ser normas de direito privado, sua concretização tem marcante interesse público. Interessam mais à coletividade do que ao indivíduo. Daí a importância do primeiro artigo do CDC, que afirma serem de ordem pública as normas inseridas no código.

Decorre de tal caráter a possibilidade de aplicação de ofício da lei, e mais, também impossibilita o afastamento dela por pacto entre as partes. Em síntese, o CDC caracteriza-se por impor inovadoras noções de valores que servem de vetor para a relação de consumo.

Acerca dos direitos básicos do consumidor, mais precisamente quanto aos direitos à vida, segurança e saúde, garantidos pelo inciso I do art. 6º, percebe-se que eles são os direitos mais básicos do consumidor. Como anteriormente visto, tais direitos foram assegurados na medida em que surgiu a sociedade de risco.

Segundo Cláudia Lima Marques (2010), este direito básico é fundamento único do dever de cuidado dos fornecedores quando lançam produtos e serviços no mercado. Daí é que se nota a quebra da responsabilidade contratual para o advento da responsabilidade extracontratual. Agora o que importa é a segurança das vítimas consumidoras. Ademais, a integridade do consumidor deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, sejam contratantes diretos ou não.

Outro direito básico do consumidor é a prevenção e reparação de danos morais e materiais (art. 6, inciso VI). O valor inserido no sistema por este mandamento é tão grande que o código permite a desconsideração da personalidade jurídica para que haja a efetiva reparação de danos (art. 28).

Destaque-se também, que cláusula que afasta a responsabilidade de indenizar é nula. Cláudia Lima Marques (2010) aduz que tal conclusão é consequência lógica da força hierárquica das normas do CDC, cogentes (art. 1º.); indisponíveis, portanto.

Além do mais, o código se refere à efetiva reparação, logo, viável cumular danos morais e materiais, seja a relação contratual ou extracontratual.

Em síntese, o consumidor tem protegida sua segurança e garantida a reparação pelos danos oriundos de vícios de qualidade e insegurança. Ademais, consoante ensina Sérgio Cavalieri (2007), o dever de segurança tem natureza “ambulatorial”, acompanha o produto além da relação contratual e perdura enquanto o bem existir.

Teoria da qualidade, vício de qualidade por insegurança e classificação dos defeitos em relação à sua origem.

Existem dois tipos de prejuízos decorrentes dos bens de consumo lançados no mercado. O primeiro prejuízo é o vício relativo à utilidade intrínseca do bem, ou seja, é similar à execução contratual falha. O foco é econômico.

A segunda espécie de prejuízo é aquela provocada pelo bem, mas que atinge outros bens ou a incolumidade físico-psíquica dos consumidores. Aqui o prejuízo é extrínseco ao bem.

Para resolver tais problemas o direito clássico recorria à teoria dos vícios redibitórios do antigo Código Civil. Ocorre que tal solução já não era condizente com a sociedade de consumo, que necessitava de novo regramento para as hipóteses.

Tendo em vista a modernização da sociedade e a vulnerabilidade do consumidor, o tratamento antigo era insuficiente para a efetiva proteção dos interesses dos consumidores.

Herman Benjamin (2010) ensina que, com o advento do CDC, criou-se a teoria da qualidade. Nela, a integridade física e o patrimônio do consumidor são protegidos; contudo, dada a maior importância da vida, o tratamento utilizado em cada caso é distinto.

A teoria da qualidade, conforme ensina referido autor, é uma releitura das garantias tradicionais adaptada aos novos paradigmas de produção em massa. Nela não estão inseridas discussões “estéreis e prejudiciais” ao consumidor, como responsabilização contratual e extracontratual: a responsabilidade passa a decorrer de um dever de qualidade.

Como consta acima, a teoria da qualidade disciplina dois prejuízos distintos, o econômico e o físico-psíquico. Consoante leciona Antônio Herman V. Benjamin (2010), o primeiro decorre do vício de qualidade por inadequação, refere-se ao cumprimento da finalidade em acordo com a legítima expectativa do consumidor. O produto carece de aptidão para o fim que promete atender.

O segundo prejuízo é causado por um vício de qualidade por insegurança, refere-se à tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor. O produto carece de segurança dada a sua capacidade de provocar danos à saúde do consumidor.

A teoria da qualidade diferencia os vícios porque ela está diretamente ligada à responsabilização do fornecedor, seja ela civil, administrativa ou penal. Em última análise, a diferença ocorre porque a repressão jurídica em cada caso deve ser proporcional. É certo que a proteção da saúde do consumidor é assunto mais complexo e sério do que uma falha na equivalência entre prestação e contraprestação de um determinado negócio.

A propósito, Antônio Herman V. Benjamin, citando Jean Calais-Auloy (1985 apud 2010), aduz que o universo de consumidores protegido contra o vício de

qualidade por insegurança é mais amplo. Qualquer pessoa, seja ela a adquirente do bem ou não, é abrangida pela proteção legal.

Por outro lado, por se tratar de uma responsabilização mais grave, pois tem a ver com a própria vida, o rol de responsáveis pelos danos causados por vício de qualidade por insegurança é menor que aquele referente aos vícios de qualidade por inadequação. E mais, o próprio regramento penal do CDC é mais abrangente quando trata dos vícios de qualidade por insegurança (BENJAMIN, 2010).

Feita algumas abordagens acerca da teoria da qualidade, passa-se ao exame um pouco mais aprofundado do vício de qualidade por insegurança, já que este é que atenta contra a saúde do consumidor. Destaque-se que, para este trabalho, vício de qualidade por insegurança é sinônimo de defeito, importando a configuração do fato do produto, independentemente da nomenclatura utilizada.

Com efeito, o vício de qualidade por insegurança possui dois aspectos relevantes em seu conceito: a contrariedade com uma legítima expectativa e a capacidade de provocar acidentes de consumo.

Deste modo, a legítima expectativa do consumidor deve estar ligada à segurança do produto. Se tal expectativa é frustrada em razão de alguma qualidade que nada tem a ver com a segurança, tal vício é de qualidade por inadequação.

Por outro lado, se existe a capacidade de provocar acidente e essa é conhecida pelo consumidor, ou seja, não há quebra da expectativa em sentido oposto, não há defeito.

Percebe-se que a segurança é um conceito relativo, pois está diretamente ligada à expectativa do consumidor. Daí a importância em diferenciar a periculosidade inerente da periculosidade adquirida.

Consoante ensina Antônio Herman V. Benjamin (2010), as expectativas são legítimas quando, em comparação com a técnica e economia da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. Nasce do desvio deste padrão a transformação de uma periculosidade inerente em periculosidade adquirida.

Dois critérios são utilizados para averiguar se a periculosidade é inerente. Primeiramente exige-se que a periculosidade esteja relacionada à natureza do produto, critério objetivo. Analisado isso, averigua-se se o consumidor é capaz de prever o risco. Caso estejam presentes os dois pressupostos, a periculosidade em questão é inerente. Não há vício de qualidade por insegurança, portanto.

No outro polo está a periculosidade adquirida. Aqui o produto seria inofensivo se não fosse defeituoso. É a imprevisibilidade que o torna perigoso. O consumidor não o adquire esperando qualquer risco acima daquele esperado.

O *caput* do artigo 12 do CDC prevê diversos tipos de defeito. Com base nisso, doutrina e jurisprudência costumam classificar os defeitos em três categorias: defeito de criação (projeto e fórmula), defeito de produção (fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento) e defeito de informação (publicidade, apresentação e informação insuficientes ou inadequadas).

James Marins (1993) ensina que o defeito de criação é aquele relacionado às características gerais do produto em consequência de erro na elaboração do projeto ou fórmula. O erro atinge todos os produtos, já que o defeito está na própria concepção do bem. Portanto, tal defeito causa danos em série.

Em seguida, o referido autor explica que os defeitos de produção são aqueles oriundos de falha no processo produtivo da linha de produção. Decorrem de algum erro de determinada máquina ou trabalhador. Tal defeito atinge somente alguns produtos. Somente a série que foi afetada é defeituosa.

Os defeitos de produção possuem três características que os individualizam. São previsíveis (pois é possível cálculo estatístico da sua frequência), inevitáveis (pois é impossível nunca errar em meio ao processo produtivo) e não contaminam todos os exemplares.

James Marins (1993), acerca dos defeitos de informação, aduz que eles têm natureza formal, dizem respeito à forma que o produto é lançado no mercado. Resultam da falha no dever de advertir/informar, correspondem à quebra do princípio da veracidade.

O fornecedor tem o dever de instruir o consumidor com informações adequadas sobre o uso e perigo dos produtos, pena de ser responsabilizado pelos danos causados em decorrência da falta ou deficiência das informações necessárias ao correto uso do bem.

Por fim, Antônio Herman V. Benjamin (2010) aduz que é o defeito o elemento gerador da responsabilidade do fornecedor nos casos de acidentes de consumo contra a incolumidade físico-psíquica do consumidor. Dada a importância do instituto da responsabilidade civil, este será o próximo tema a ser abordado.

Responsabilidade Civil.

Toda conduta, omissiva ou comissiva, que provoca prejuízo a terceiro traz consigo a ideia de responsabilidade civil. Quando algum ato ilícito é praticado, seja ele de ordem pessoal ou patrimonial, há um desequilíbrio na esfera moral ou material de alguém. Referido desequilíbrio gera o dever do ofensor em reequilibrar a situação. Daí deriva o conceito de responsabilidade.

O ordenamento jurídico tem como finalidade possibilitar a vida organizada e pacífica em sociedade. Para tanto, o direito é uma das ferramentas usada para constranger aquele que tem seu comportamento desviado do padrão juridicamente ideal. O ordenamento jurídico prevê deveres positivos e negativos que servem a esse fim.

Sérgio Cavalieri Filho (2007) argumenta que a violação dos deveres impostos pelo direito configura o ato ilícito que, em regra, causa dano a alguém. Daí, da quebra de um dever originário, é que nasce o dever de reequilibrar a situação, ou seja, surge um dever sucessivo, o de indenizar, reparar o dano.

Com efeito, assim é que se apresenta a ideia de responsabilidade civil: dever sucessivo de reparar o dano decorrente da violação de um dever originário. Tal noção jurídica decorre do princípio basilar do direito de não prejudicar outrem. Vale dizer, a base da responsabilidade civil está amparada pela máxima romanista *neminem laedere*.

Maria Helena Diniz (2004) conceitua a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar os danos, morais ou materiais, por ela causados, por pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal.

Assim, percebe-se, que a responsabilização tem caráter de restabelecer o equilíbrio social, operando-se a volta ao *status quo ante*.

Feita algumas observações acerca do que é a responsabilidade civil, passa-se agora ao estudo da responsabilidade civil objetiva do CDC.

Sergio Cavalieri Filho (2007) aduz que a finalidade do direito do consumidor é eliminar as desigualdades oriundas das relações de consumo criadas pela Revolução Industrial. Acrescenta que o direito material clássico ficou ultrapassado. O direito construído tendo como alicerces os princípios romanistas envelheceu. Pilares como autonomia da vontade, a liberdade de contratar, o *pacta sunt servanda* e a própria responsabilidade fundada na culpa são institutos ultrapassados.

A atividade exercida pelo fornecedor embasa a adoção da responsabilidade objetiva, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando riscos de danos para terceiros.

Deste modo, observa-se que a responsabilidade objetiva busca efetivar o princípio de equidade: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).

Embasado nessa disparidade de poder, que afasta a igualdade entre consumidor e fornecedor, o CDC trouxe, como regra, a responsabilidade civil objetiva. Assim, o fornecedor é responsabilizado por defeitos e vícios no produto (ou serviço) independente da comprovação de sua culpa.

A responsabilidade objetiva já começa a aparecer no próprio art. 6º. Na medida em que ele fala em efetiva prevenção e reparação, tal artigo é considerado pela doutrina uma cláusula geral de diretriz hermenêutica. É da efetiva reparação que a responsabilização objetiva surge.

Na obra “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto”, Zelmo Denari (2007) ensina que, afastado o exame probatório acerca da conduta do fornecedor, há a abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade; todavia, persistem os demais requisitos para a responsabilização, quais sejam o dano e o nexo causal.

O autor contextualiza tal providência no fato de a sociedade militar em favor de novos mecanismos capazes de efetivar a proteção do consumidor, assegurando o ressarcimento dos danos de forma independente da existência de culpa. Segue o autor explicando que tal ideia renovadora tem como pressuposto as atividades de risco exercidas pelos fornecedores e o dever de indenizar os danos decorrentes de tais práticas.

Ora, se o consumidor desconhece o processo produtivo e os riscos que ele engloba, razoável a utilização da responsabilidade objetiva. É o fornecedor que detém o meio de produção e pode socializar o custo do risco. A responsabilização objetiva protege a parte vulnerável e equilibra a relação entre consumidor e fornecedor.

O código, no artigo 12, trata especificamente sobre defeitos e aponta expressamente a responsabilidade objetiva. É o que interessa para este estudo, uma vez que o risco do desenvolvimento é matéria afeta aos produtos defeituosos, ou seja, aqueles que oferecem risco a integridade física do consumidor.

Ocorre, contudo, que o fornecedor não pode ter suas mãos atadas diante de uma responsabilização injusta. Por isso, o código prevê um rol de mecanismos de defesa.

Como abordado anteriormente, a responsabilização do fornecedor se da de maneira objetiva ocorre quando há vício de qualidade por insegurança, nos dizeres de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, ou, como nomeia grande parte da doutrina, quando ocorre o defeito, dando ensejo ao fato do produto.

Segue que, embora prescindível de verificação da culpa, o sistema de responsabilização não é integral, pois a lei e a doutrina admitem determinadas excludentes.

Tais excludentes se prestam para que não ocorra uma tendência de imputar ao fornecedor todo e qualquer dano sofrido pelo consumidor, onerando sua atividade de maneira injusta.

As hipóteses legais estão elencadas no artigo 12, parágrafo terceiro. São elas: não inserção do produto no mercado, inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Acerca da primeira das hipóteses, observa-se que, consoante Silvio Luís Ferreira Rocha (2001), a colocação do produto em circulação corresponde à entrega do bem pelo fornecedor a qualquer outra pessoa. Sérgio Cavalieri Filho (2007), por seu turno, aduz que o fornecedor insere o produto no mercado no instante em que é distribuído ao fornecedor, ainda que a título experimental ou de propaganda.

Desta forma, nota-se que tal excludente é viável em situações que o produto aparece no mercado de forma involuntária ou inconsciente. Vale dizer, em casos provenientes de ilícitos como roubo, furto, falsificação etc.

Contudo, a distribuição gratuita, publicitária e para testes não afasta a responsabilização; assim como a falta de cuidado ao descartar os produtos defeituosos. O fornecedor deve evitar que tais produtos cheguem ao mercado de consumo.

Além do mais, consoante artigo 34 do CDC, se preposto ou representante lança o produto no mercado, a responsabilidade dele com o produtor é solidária.

A segunda excludente de responsabilidade é a inexistência do defeito no produto. Se o produto não causou dano, não há nexos de causalidade entre o produto e o dano. Tal argumentação é válida nas hipóteses em que o consumidor, por culpa, desconhece que o dano foi causado por qualquer outra coisa, ou por dolo e má-fé, quando o consumidor tenta enganar o judiciário para receber indenização indevida (KOPPE, 2003).

A terceira e última excludente legal é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Conforme explicita o artigo 12, § 3º, III, do CDC, a culpa que exime a responsabilidade do fornecedor é a exclusiva. A culpa concorrente não tem o condão de excluir a responsabilidade. Segundo grande parte da doutrina, tampouco é causa atenuante. O fundamento para tanto é que o fornecedor não prezou pela qualidade do produto: se inexistisse o defeito, não haveria dano. Portanto, a responsabilização deve ser tida como integral, sem atenuação em virtude da culpa concorrente (KOPPE, 2003).

Mais: consoante didaticamente frisa Rizatto Nunes (2011) a respeito da culpa exclusiva de terceiro, esse terceiro precisa ser “terceiro mesmo”, ou seja, pessoa estranha à relação de consumo.

Sobre as excludentes supracitadas, não há divergência doutrinária acerca de suas aplicações, sobretudo porque decorrem de texto expresso do CDC. Ocorre, contudo, que, além daquelas hipóteses, alguns doutrinadores admitem a adoção de outras excludentes de responsabilidade.

No entanto, tal aceitação é polêmica. Em razão do advérbio “só”, utilizado no texto do parágrafo terceiro do artigo 12 do CDC, parte da doutrina entende que aquele rol é taxativo, *números clausos*, isto é, são os únicos mecanismos capazes de afastar a responsabilidade do fornecedor.

Todavia, como explicita Silvio Luís Ferreira da Rocha (2000), ao recorrer às regras de interpretação, percebe-se que referido rol não é exaustivo, ou seja, outras eximentes são aceitas.

Paulo Sanseverino (2002) ensina que quando há o rompimento do nexos causal, a responsabilização deve ser afastada. Daí a existência de outras excludentes que não aquelas previstas no parágrafo terceiro.

Roberto Norris (1996) complementa o entendimento supracitado ao afirmar que em outros Estados a adoção de outras excludentes tem se mostrado eficiente.

Assim, embora haja a divergência, parte da doutrina admite a existência de excludentes como: caso fortuito, força maior e fato do príncipe.

Consoante afirma Sanseverino (2002), a configuração do caso fortuito e da força maior¹, que tem o condão de eximir a responsabilização, está ligado ao conceito de inevitabilidade. Se de qualquer modo o fornecedor concorreu para o fato, ele responderá integralmente, assim como se deveria ter tido alguma cautela que não teve.

O fato do príncipe é excludente que está diretamente ligada à culpa de algum agente ou órgão público. Ocorre quando é a Administração que, de modo exclusivo, exaustivo e imperativo, disciplina como será a produção de algum bem.

Portanto, se o produto é defeituoso, inviável atribuir a responsabilização ao fornecedor, porquanto ele apenas cumpriu determinação estatal.

No entanto, tal mecanismo não é de uso comum. Em regra geral, quando o Estado participa de alguma instrução para produção de determinado produto, se limita a tecer normas mínimas de segurança. Ressalte-se que o fato do príncipe, para parte da doutrina, pode ser configurado como culpa exclusiva de terceiro.

O que se pretendeu com este debate acerca das excludentes de responsabilidade foi apenas apresentar as discussões sobre os casos em que há a possibilidade de afastamento da responsabilização do fornecedor para então lançar a excludente objeto de estudo deste trabalho: o risco do desenvolvimento.

¹ A diferenciação de caso fortuito e força maior não é de interesse desse trabalho, ademais, nem doutrina nem jurisprudência apresentam conceitos congruentes

PARTE II

RISCO DO DESENVOLVIMENTO

Conceito de Risco do Desenvolvimento

No Brasil, embora não haja unanimidade acerca do nome do instituto, a maioria da doutrina utiliza a expressão “risco do desenvolvimento”, todavia a Diretiva 85/374/CEE utilizou a expressão *state of scientific and technical knowledge* e nos Estados Unidos da América o instituto é conhecido como *state of the art defense*.

Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin (1991) conceitua risco de desenvolvimento como o risco que não pôde ser cientificamente conhecido no instante do lançamento do produto no mercado, vindo a ser conhecido após certo lapso temporal de uso do bem.

Por deficiência tecnológica e científica, entende-se absoluta impossibilidade de previsão do defeito no momento de seu fornecimento, a arte em foco desconhecia a possibilidade daquele bem gerar defeitos.

James Marins (1993) aduz que o produto deve ser lançado no mercado sem possuir defeito cognoscível, ainda que testado sob o maior grau de zelo e conhecimento disponível. O defeito somente deve ser possível de detecção após a evolução dos conhecimentos técnicos e científicos. Ou seja, no momento do lançamento, o produto portava concepção perfeita ante o estágio da técnica e da ciência existente à época.

Nesse contexto, duas correntes são lançadas, delimitando os marcos teóricos.

Para Fábio Ulhoa Coelho (1994) inexistente o fornecimento perigoso, pois as informações transmitidas ao consumidor teriam sido adequadas e suficientes, na forma do que o desenvolvimento técnico-científico poderia prever.

Por consequência, o risco do desenvolvimento é causa que exclui a responsabilidade do fornecedor pelo futuro defeito. Nesse sentido: João Calvão Silva, Ugo Carnevali, James Marins e Gustavo Tepedino.

Todavia, consoante leciona Sérgio Cavalieri Filho (2007), o risco do desenvolvimento diz respeito a um defeito de concepção, que enseja um acidente de consumo por falta de segurança. Não importa saber se esse defeito era ou não previsível e, conseqüentemente, evitável.

Para o autor, o fornecedor deverá responder independentemente da aferição da culpa. Daí ser hipótese de responsabilização civil. Ao seu lado estão: Maria Parra Lucan, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Junqueira Calixto.

Apenas um ponto é uníssono (por ser verdadeira premissa da teoria). Não se discute oportunismos e padrões médios. Para configuração de um caso em que se utiliza o risco do desenvolvimento, deve se levar em conta padrões de excelência na segurança oferecida no momento do lançamento do produto.

Até onde vai a responsabilidade do fornecedor quando lançado um produto de padrão ótimo de segurança? A responsabilização se estende no tempo ou se encerra quando, naquele instante do lançamento, notou-se que o produto não oferecia qualquer defeito? Observa-se que a polêmica gira em torno da natureza jurídica do instituto. Trata-se de excludente de responsabilidade ou causa de responsabilização?

O risco do desenvolvimento no direito comparado.

O caso europeu.

A controvérsia do risco do desenvolvimento teve grande debate quando se elaborou a Diretiva 85/374/CEE. Maria Paz García Rubio (1999) destaca que dois blocos se formaram quando a questão entrou em discussão.

Bélgica, Dinamarca, Grécia, França, Luxemburgo estão entre os países que defenderam que o risco deveria recair sobre os fornecedores. Por outro lado, Reino Unido, Itália e Holanda foram os representantes que sustentaram que o risco deveria recair sobre os consumidores.

O segundo grupo conseguiu prevalência na escolha da adoção do risco do desenvolvimento como excludente. O argumento vetor foi o de se evitar a estagnação da indústria europeia de ponta.

Com efeito, aprovou-se o art. 7º, alínea “e”, da Diretiva Europeia nº 85/374/CEE:

O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: [...] e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitia detectar a presença de defeito.

Ocorre, contudo, que, em razão da controvérsia que rodeia o tema, o legislador comunitário europeu preferiu, nos dizeres de João Calvão da Silva (1999), adotar uma “solução compromisso”. Ou seja, embora tenha direcionado o desejo de adotar o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, admitiu que cada Estado pudesse derrogar referida excludente.

Desta forma, o artigo 15, alínea “b”, da mesma diretiva, aduz que qualquer Estado-membro pode: [...] 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.

Daí o porquê de existirem diversas normas diferentes sobre o tema na Europa. Alguns Estados adotaram o risco do desenvolvimento como excludente, há aqueles que criaram um sistema misto e, por fim, aqueles que não admitiram o risco do desenvolvimento como excludente.

Consoante informa Marcelo Junqueira Calixto (2004), Reino Unido, Portugal, Itália, Holanda, Áustria e Suécia não derrogaram a norma da diretiva. Até mesmo Grécia e Dinamarca, que eram contrárias, adotaram o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade.

No outro extremo, Finlândia, Noruega e Luxemburgo, com base na possibilidade dada pelo artigo 15, "b", afastaram completamente a excludente da diretiva.

Entre aqueles que adotaram o sistema parcial, mitigado, estão: Espanha, Alemanha e França.

A Alemanha adotou a excludente, contudo, no que diz respeito à indústria de medicamentos: o risco não serve para excluir a responsabilidade. A Espanha adotou sistema similar ao da Alemanha, mas acrescentou ainda a indústria de alimentos (CALIXTO, 2004). A França, contrariando sua própria jurisprudência passou a adotar o estado da arte como excludente, excepcionando os casos de danos causados por um elemento do corpo, por produtos dele saídos e quando o defeito tenha se revelado em até dez anos após o lançamento do produto e o fornecedor não tenha sido diligente em prevenir as consequências do defeito.

Importante ressaltar o rigor dos pressupostos para o acolhimento da excludente. O jurista português João Calvão da Silva (1999) reforça a ideia de que o que afasta a responsabilização é a prova de que o estado geral da arte, ou seja, o estado planetário dos conhecimentos no setor inviabilizou absolutamente averiguação do risco.

No mesmo sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2002) lembra que a comunidade europeia não adotou a teoria de forma displicente. O exame acerca do acolhimento da excludente deve ser precedido de exame extremamente minucioso.

O caso americano.

De início, importante ressaltar que, em decorrência do modelo federal norte americano, não há, nos EUA, uma lei federal sobre responsabilidade civil do fornecedor. Leis estaduais que disciplinam a matéria.

Marcelo Junqueira Calixto (2004), ao analisar o tema, ensina que, no passado, a tendência americana era a de responsabilizar os fornecedores por

qualquer dano decorrente de acidente de consumo, inclusive nos casos de risco do desenvolvimento.

Ocorre, contudo, que referida tendência foi revertida, principalmente em razão da “contra-revolução” das seguradoras, que já não mais suportavam os altíssimos valores de indenização impostos pelo judiciário. Muitos estados americanos reformularam suas legislações e passaram a abarcar o risco do desenvolvimento como eximente de responsabilidade (SILVA, 1999).

Calixto (2004), informa que o caso que mudou o paradigma foi o *Brown versus Abbott Laboratories*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia. Cuida-se de demanda movida por mulheres cujas mães ingeriram, no período de gestação, um estrógeno que evita abortos involuntários, mas que acabou por causar tumores vaginais nas autoras.

Na decisão que afastou a responsabilidade do fornecedor, ficou consignado que o interesse público caminha junto com o desenvolvimento e comercialização de novos medicamentos. O fim que os remédios possuem – salvar vidas e reduzir dores e sofrimentos – justificam o afastamento da responsabilidade. A responsabilização seria barreira ao progresso científico. A sentença que responsabilizaria o fornecedor criaria temores aos que desenvolvem pesquisas com medicamentos modernos (CALIXTO, 2004).

Assim como no caso supra, um segundo caso julgado pela Suprema Corte ainda reforçou o precedente citado, ao se posicionar de igual modo, decidindo, por fim, que o fornecedor não é segurador absoluto dos produtos que insere no mercado (CALIXTO, 2004).

Ressalte-se que, conforme escreveu Junqueira Calixto (2004), o posicionamento adotado nos casos mencionados foi reforçado pelo terceiro *Restatement of Torts* de 1998, instituto americano que visa à uniformização jurisprudencial sobre responsabilidade civil. Nele foi consignado que nos casos em que se discute risco do desenvolvimento, além da violação da legítima expectativa, exige-se do consumidor que ele prove ser possível uma concepção alternativa do produto à época em que lançado no mercado.

Assim, percebe-se que o direito norte americano, assim como a maioria europeia, caminha no sentido de não responsabilizar o fornecedor pelo risco do desenvolvimento.

A divergência doutrinária – aspectos jurídicos.

Doutrina favorável ao Risco do Desenvolvimento como causa de responsabilização.

Está corrente, por quase unanimidade, adota como seus principais fundamentos a responsabilidade objetiva e a taxatividade das excludentes. Não há importância se o fornecedor tinha ou não a possibilidade de conhecer o defeito.

Em um argumento puramente técnico, Rizzato Nunes (2005) lembra que o código apresenta rol exaustivo, ou seja, taxa as hipóteses de exclusão de responsabilidade. Aponta, para tanto, que o artigo 12 do CDC utiliza o advérbio “só” (o fabricante, o construtor, o produtor ou importador **só** não será responsabilizado) e não elenca o risco do desenvolvimento como excludente.

Os defensores desta tese argumentam que, em matéria de direito do consumidor, o operador do direito não pode criar excludente que o legislador ignorou.

Neste mesmo sentido, Herman Benjamin (2009) e Silvio Luís (2000) argumentam, consonantemente Rizzato Nunes (2011), que o rol de excludentes é *numerus clausos*.

Da mesma forma o problema é visto por Héctor Valverdes Santana (2009), quando afirma que o CDC não deixa dúvidas ao taxar as únicas excludentes de responsabilidade.

Num outro contexto, Marcelo Junqueira Calixto (2004) é defensor da tese de que mesmo com a ausência de previsibilidade, há a violação da expectativa de segurança, que existe independente do conhecimento científico, mas pela simples alocação do bem no mercado.

Conforme o autor supracitado, o defeito existia desde a colocação do bem no mercado, contudo, a ciência é que não era capaz de identificar o “defeito de desenvolvimento”.

Junqueira Calixto (2004) sustenta que o consumidor não pode ser o segurador dos avanços tecnológicos. Se a ciência desconhecia o defeito, os consumidores, em proporção muito maior, também desconheciam. A não responsabilização dos fornecedores viola o princípio da dignidade da pessoa humana, por transgredir o direito à vida e à segurança do consumidor. Diz, ainda, que, entre proteger a economia ou vida, a última prevalece.

Sérgio Cavalieri Filho (2007) afirma que o risco de desenvolvimento é caso de fortuito interno, relacionado aos riscos da atividade do fornecedor; assim, não é espécie de excludente de responsabilidade.

Cavalieri (2007) sustenta que é injusto o consumidor financiar e segurar o progresso tecnológico. O argumento da corrente que defende a irresponsabilidade não pode prosperar, porquanto representa verdadeiro retrocesso na responsabilidade civil objetiva, uma vez que ela visa dividir os danos entre aqueles que se aproveitam do desenvolvimento. O autor aduz que o fornecedor tem a possibilidade de realizar seguros e pode socializar este custo. Se a inovação é benéfica ao consumidor, nada impede que ele pague mais caro pelo produto.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2009) simplifica a questão. Sustenta que o fornecedor assume, dada sua arriscada atividade, os riscos inerentes ao fornecimento de tecnologia nova.

Para ele, a carência de informações científicas à época do lançamento dos produtos não descaracteriza o caráter defeituoso do produto. O autor explica que o defeito em questão é espécie de defeito de concepção.

Continua, dizendo ser imoral inserir novamente no ordenamento jurídico qualquer causa de exclusão de responsabilidade alicerçada na culpa. A aceitação da eximente de responsabilidade transforma o consumidor em cobaia no processo de avaliação do produto e ainda contraria a exigência moderna de que o consumidor não pode arcar sozinho com os danos ou ficar sem indenização.

Todos os consumidores devem arcar com os prejuízos oriundos do males do progresso. Contudo, só o fornecedor é que pode socializar este custo a todos consumidores através da internalização dos custos sociais. Por consequência, os sacrifícios dos males das inovações tecnológicas não podem recair nos ombros de consumidores individuais. Os riscos devem ser suportados pela coletividade dos consumidores, todavia, responsabilizando, para tanto, os fornecedores (BENJAMIN, 2009).

Marcelo Kokke (2001) e Eduardo Alvim (1995) compartilham de argumentos semelhantes. Afirmam que o risco de desenvolvimento como excludente significa a volta da responsabilidade subjetiva. Seria um sério retrocesso discutir culpa após toda evolução e modernização do sistema de riscos do negócio. Ademais, afirmam que há, sim, o defeito, todavia, desconhecido, o que não é suficiente para negar sua existência.

Zelmo Denari (2004) sustenta que, dada a importância da excludente de responsabilidade, caso o CDC a adotasse, o faria de modo direto e firme, assim como fez a União Europeia. O autor lembra que a redação do inciso III do artigo 12 do CDC está muito distante do que consta na diretiva da UE.

Assim, referida excludente deve ser utilizada somente nos casos em que a legislação não deixa dúvidas sobre sua aplicação, uma vez que ela tutela a própria vida humana. O aplicador do direito deve vê-la com reserva e parcimônia (DENARI, 2004).

Flávia Portella Pushel (2006) compartilha de igual opinião. Afirmar que, se o CDC adotasse a excludente, teria que explicá-la, sobretudo o seu caráter geral e objetivo no momento da verificação da possibilidade de se encontrar o defeito.

Assim, percebe-se que vários são os argumentos contra a adoção do risco como excludente de responsabilidade.

Doutrina favorável ao Risco do Desenvolvimento como causa de excludente de responsabilidade.

Defendendo a exclusão da responsabilidade, João Calvão Silva (1999) argumenta que o estado da arte, maior nível de conhecimento de determinada ciência, é o ponto divisor entre o defeito e o risco de desenvolvimento. E o fornecedor não pode ser responsabilizado por riscos incognoscíveis e imprevisíveis.

Gustavo Tepedino (2004) lembra que dentro da concepção de defeito estão incluídos dois pilares, segurança e expectativa, assim, inviável a responsabilização, vez que inexistente defeito. Não há reversão da expectativa ante os conhecimentos da arte na época em que lançado o produto no mercado. Ausente um dos pressupostos para a existência do defeito, não há que se falar em responsabilização.

James Marins (1993) fundamenta sua tese no próprio CDC. Utiliza, para tanto, os dispositivos legais ligados à segurança dos produtos e responsabilização do fornecedor.

Assim, explica que os artigos 10º e 12, § 1º, II e III, analisados em conjunto, demonstram que o Código não pretende responsabilizar o fornecedor por danos oriundos do risco do desenvolvimento.

O jurista explica que o artigo 10 determina que o fornecedor não pode lançar produto que sabe ou deveria saber que apresenta alto grau de periculosidade. Mais, o artigo 12, em seu parágrafo primeiro, explica o que é o produto defeituoso. Para tanto, referido dispositivo, em seu inciso dois e três, aduz que são circunstâncias relevantes para averiguar a existência de defeito os riscos razoavelmente esperados e a época em que o produto foi lançado no mercado.

Daí Marins (1993) retira o seguinte conteúdo: o fornecedor não pode inserir no mercado produto que saiba ou deveria saber ser capaz de provocar acidente de consumo, sendo considerados defeituosos os produtos que não atendam à segurança legitimamente esperada, levando-se em conta a época em que foram lançados no mercado.

Com efeito, o autor afirma que é lícito ao fornecedor inserir no mercado produto que não saiba nem deva saber possuir capacidade de provocar acidente. Isto porque o Código limita a responsabilidade à possibilidade de

conhecimento científico da época. Ademais, o autor aduz que não é legítima a expectativa de que o produto supere o grau de segurança possibilitado pela ciência.

Por fim, o autor conclui que o defeito proveniente do risco de desenvolvimento não está elencado no artigo 12. Portanto, é um defeito irrelevante para o direito.

James Marins (1993) rebate cada espécie de defeito e demonstra que a responsabilização no caso de risco de desenvolvimento é impossível. Diz que não há defeito de informação, pois como o risco era imprevisível, não há falha, falsidade, omissão ou insuficiência de informações. Sustenta que inexistente defeito de produção, pois este se trata de defeito em determinado lote de produto. E também não há defeito de criação, uma vez que não há falhas no projeto de desenvolvimento, pois tal estudo só poderia ser concebido com as informações relativas ao estado da arte naquela época.

Em síntese, James Marins (1993) explica que a hipótese do risco do desenvolvimento subsume-se ao inciso II do parágrafo terceiro do artigo 12 (inexistência de defeito). Isto porque a configuração do defeito deve ser averiguada ao se interpretar os artigos 10 e 12, caput, § 1º, II e III.

Rui Stoco (2007) compartilha de igual pensamento ao concluir que o legislador reconheceu a possibilidade de o fornecedor inserir no mercado produtos capazes de gerar acidentes de consumo quando inviável saber da existência de tal capacidade. Contudo, o legislador preferiu não responsabilizar os fornecedores, impondo apenas o ônus de comunicar os consumidores quando da descoberta do defeito.

Manuel da Cunha Carvalho (1993) também afirma que a interpretação que se deve conferir ao CDC é a de que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera à época em que foi colocado em circulação”.

Paulo Roque Khouri (2005) e Fábio Ulhoa Coelho (1994) também concordam com as teses supracitadas. Para referidos autores, as expressões contidas no artigo 10 (*sabe ou deveria saber*), conjugadas com a circunstância relevante do inciso III, § 1º, artigo 12 (*época em que foi colocado em circulação*) resolvem a questão, embora não tão diretamente como feito pela União Europeia.

PARTE III

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Brevíssimo histórico da AED.

Não é de hoje que Direito e Economia se relacionam tão diretamente. Adam Smith já abordava o tema em 1762-3 (*Lectures on Jurisprudence*), a escola histórica alemã estudava o assunto em meados do século XIX e o movimento institucionalista norte-americano também já examinava o tema no início do século XX (COOTER, 2010).

Após período de relativo afastamento, o movimento de direito e economia ressurgiu nos anos de 1960, na Universidade de Chicago. O marco teórico do movimento está consignado nos trabalhos de Ronald Coase (Chicago), Guido Calabresi (Yale) e Gary Becker (Chicago). Mas foi Richard Posner que marcou a aceitação e divulgação do movimento, com sua obra *Economic Analysis of Law*, publicada em 1973.

O que é AED?

Robert Cooter e Thomas Ulen (2010) ensinam que a economia proporciona uma teoria científica que prevê efeitos das sanções legais sobre comportamentos. Afirmam que, para os economistas, as sanções se assemelham aos preços: por lógica, as pessoas se comportam de modo parecido diante de ambos.

Assim, pelo fato de a economia fornecer teorias matemáticas precisas e métodos empíricos sólidos sobre o efeito do preço no comportamento dos agentes, referidos métodos e teorias podem ser empregados no âmbito jurídico, já que o preço e a sanção regem comportamento de maneira muito similar (COOTER, 2010).

A Teoria Econômica é um método. Ela não é uma doutrina, por consequência, não indica conclusões, mas fornece ferramentas que auxiliam a chegar a conclusões.

Desta forma, a AED pretende utilizar as ferramentas econômicas, teóricas e empíricas, para que o fenômeno jurídico possa ser compreendido sob um aspecto consequencialista. Estudam-se quais as possíveis consequências e influências que cada norma pode gerar e se elas são desejáveis.

A AED é ferramenta utilizada para se realizar um exame diagnóstico, prognóstico e pragmático do efeito que a norma ou decisão jurídica trará para a sociedade. Vale dizer, a AED, com base em teses científicas, prevê que tipo de incentivo uma norma ou decisão irá gerar e se esse efeito é socialmente eficiente.

O professor Ivo T. Gico Júnior (2010), para explicar o que é e como funciona a AED, propõe o seguinte:

Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposta e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. Assim, um jurista tradicional preocupado com a conservação do patrimônio histórico-cultural poderia discutir se “cultura” integra o conjunto de significados associados à expressão “meio ambiente” e, se a resposta for positiva, se prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes, por exemplo. (...)

No exemplo anterior, um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.

Conforme explicitado, a grosso modo, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas: (i) quais as consequências de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada.

Em síntese, a AED é a aplicação dos métodos econômicos para se entender os efeitos das normas sobre os comportamentos dos agentes e verificar se tais efeitos são socialmente desejáveis (GICO, 2010).

Ou seja, a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Tal teoria é baseada na reação das pessoas aos incentivos que o mercado lhes proporciona (COOTER, 2010).

Além do mais, a teoria científica do comportamento não é tudo que a AED pode proporcionar, isto porque a economia também fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis são feitas para atingir algum fim e os juristas não podem ignorar a avaliação dos efeitos das leis e decisões. Para tanto, necessário haver um método que avalie a eficiência das decisões e políticas públicas, já que nenhum administrador deve defender o desperdício de dinheiro (COOTER, 2010).

AED Positiva e AED Normativa.

A AED reconhece como válida e útil a diferenciação entre *o que é*, critério de verdade, e *o que deve ser*, critério de valor.

Desta forma, a AED positiva ocorre quando as ferramentas econômicas são utilizadas para identificar as possíveis alternativas normativas e averiguar as prováveis conseqüências de cada uma, bem como comparar a eficiência de cada solução possível. Aqui, aplica-se economia aplicada ao direito (GICO, 2010).

Por outro lado, quando se trata de análise normativa, o jurista serve para sugerir políticas públicas e tomadas de decisão. Vale dizer, a análise normativa usa a eficiência para propor como o direito deve ser. Contudo, para que isso ocorra, deve haver previamente definido o critério normativo com base na qual as alternativas serão ponderadas (GICO, 2010).

Saliente-se, por fim, que, embora as duas vertentes sejam distintas, as teorias sobre a AED abarcam ambas vertentes.

O conceito de eficiência.

Para o bom entendimento do que é a AED, necessário compreender certos conceitos da economia, dentre os quais aparece a noção de eficiência. Pelo

menos três teorias apresentam conceitos distintos sobre o que é eficiência: o ótimo de Pareto, o critério de Kaldor-Hicks e a maximização da riqueza.

Vilfredo Pareto aduz que uma situação é mais eficiente quando gera mais benefícios a alguém sem prejudicar ninguém. A alocação de recursos é eficiente quando leva alguém a uma situação melhor sem prejudicar qualquer outra pessoa. Vale dizer, trata-se de uma situação onde alguns dos envolvidos tenham seu bem-estar aumentado sem que haja diminuição de bem-estar aos outros (TOMAZETTE, 2007).

Posner (1998) critica tal conceito ao fundamento de que esta aceção não tem aplicação no mundo real, uma vez que a maioria das transações também influenciam terceiros e não só os diretamente envolvidos. Além disso, tal teoria apenas se aplica a partir de um ponto inicial e não leva em conta as preferências pessoais de cada um.

Com o intuito de suprir as lacunas deixadas pela definição de Pareto, outro critério foi desenvolvido: o Kaldor-Hicks ou Pareto potencial. Consoante tal tese, uma situação é eficiente quando os indivíduos beneficiados devem ser capazes de compensar os prejudicados. A compensação é potencial, pois não precisa realmente acontecer (POSNER, 2010).

As críticas a esse critério são desenvolvidas em torno da aceção de que a justificativa da compensação é apenas potencial, Liborio Hierro (1998, apud TOMAZETTE, 2007) afirma que não há um consentimento prévio em que algumas pessoas admitem realizar prejuízos. Diante disso, Hierro aduz que a concepção de eficiência utilizada pelos juseconomistas é a de que uma situação é eficiente quando maximiza riquezas; assim, a riqueza é posta como um valor em si.

A teoria de Posner.

Posner (1998), o grande autor do tema, contribuiu para a AED demonstrando que ela não se restringe ao Direito Econômico e Financeiro, tampouco tem ligação direta com dinheiro. O autor logrou êxito em comprovar que a AED pode e deve ser utilizada em qualquer ramo jurídico.

Referido autor aponta a importância das previsões que os operadores do direito devem fazer. Ele demonstra o quão importante são as influências que as normas e decisões têm perante a sociedade. Mostra o funcionamento da AED diante dos custos de precauções e sua eficiência diante das condutas da sociedade. Em resumo, o jurista afirma que o direito deve intervir na sociedade para assegurar a eficiência das condutas, sempre buscando os menores custos.

O autor afirma que as condutas sociais são pautadas pela eficiência. O agente que pratica o ato ilícito o faz porque acha que os custos são menores que os benefícios.

Ainda sobre a eficiência, observa-se que ela é alcançada quando quem oferta um bem consegue vendê-lo ao maior preço possível, comparado ao patamar máximo estipulado pelo comprador (POSNER, 1998). Eficiência significa, portanto, maximização de riquezas.

Conclui o jurista da escola de Chicago que o desenho da norma jurídica tem impacto substancial na conduta dos agentes. E é importante compreender (diagnose) e prever (juízo de prognose) os efeitos das normas e decisões. Também é importante compreender quão eficazes as normas são na realidade (pragmatismo). Posto isso, a AED fornece o ferramental teórico para esse exercício.

Na teoria de Posner, a eficiência, ou seja, a maximização de riquezas, é um valor em si e a AED não busca resolver a existência dos atos ilícitos da sociedade; todavia, busca evitá-los da forma mais barata.

Posner (1998) entende que a justiça é sinônimo de eficiência, por consequência, justa é a situação em que se aloca os recursos disponíveis da forma mais proveitosa, sem desperdício.

Diante disso, na visão de Posner, os juízes, em casos omissos, devem decidir conforme o resultado que permita a maximização da riqueza.

Posner (1998) não admite como justa qualquer decisão ou norma que acarrete desperdícios, independente do fundamento adotado. O autor afirma que se há escassez de recursos e necessidades ilimitadas, não há como vislumbrar o desperdício como gerador de justiça.

Depreende-se, portanto, que, se há desperdício, alguma necessidade não foi contemplada. Eficiente, portanto, é eliminação de condutas que levam ao desperdício. Cabe ao direito influenciar a existência de condutas eficientes.

A teoria de Calabresi.

Calabresi discorda da teoria de Posner, por não aceitar o argumento de que a eficiência é um valor em si. Calabresi (1970) afirma que a eficiência é instrumento para se alcançar a justiça; essa, sim, sendo um valor em si.

Assim, a AED deve servir como norte na tomada de decisões. Contudo, valores maiores, como a justiça, tem poder de veto quando a situação mais eficiente, por exemplo, infringe a dignidade da pessoa humana (TOMAZETTE, 2007).

Guido Calabresi (1970) afirma que é papel do direito reduzir custos e aumentar a eficiência das condutas; no entanto, pelo fato de a eficiência não ser um valor em si, o fim último a ser buscado é a justiça.

Assim, dois são os objetivos que as leis devem trilhar: redução de custos e busca pela justiça. O autor exemplifica para melhor compreensão do assunto: nenhum programa que reduza os números gerais de acidentes deve ser aceito se for injusto.

Afirma, ainda, que o direito deve buscar diminuir a quantidade e gravidade dos acidentes. Em seguida, deve reduzir os custos com o tratamento. Por fim, deve reduzir os custos com as providências legais que serão tomadas após o acidente.

Ocorre, contudo, que a justiça deve sempre ser o norte das decisões; e, se alguma decisão, por mais eficiente que seja, for injusta, deve ser afastada.

É clara a distinção entre as teorias de Posner e Calabresi; o primeiro vê a maximização da riqueza como um valor em si, ao passo que o segundo vê a justiça como freio das decisões tomadas com base na eficiência. Para Calabresi, a justiça tem valor dominante (TOMAZETTE, 2007).

Várias são as críticas que Calabresi faz às ideias de Posner: entre elas, está o fato de que o volume de riqueza sem contar com sua distribuição não é um valor em si. Além do mais, a AED não pode ser aplicada dissociada de outros valores como a justiça, não sendo, portanto, um modelo normativo exaustivo, mesmo quando combinada a maximização de riquezas com sua distribuição (TOMAZETTE, 2007).

Análise econômica na legislação brasileira.

Antes de realizar uma abordagem econômica do risco do desenvolvimento, necessário saber se a AED é passível de ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora a AED tenha se desenvolvido nos países da *Common Law*, o movimento acabou sendo disseminado em Estados da *Civil Law*. No Brasil, o movimento está ganhando força e vem sendo muito estudado. O próprio Robert Cooter afirma tal fato em sua obra (na Apresentação à Edição Brasileira).

Somente a título de exemplo, em Brasília, nos últimos anos, três importantes instituições (UNICEUB, UCB e IDP) enquadraram a disciplina Análise Econômica do Direito nos programas de mestrado e doutorado.

De volta ao assunto, já na Constituição Federal, o conceito de eficiência aparece algumas vezes. É princípio que rege a Administração Pública (art. 37) e é um dos elementos a ser analisado no sistema de controle interno (art. 74, II).

Além disso, também aparece de forma implícita, como no caso do artigo 3º, ocasião em que se preza pela garantia do desenvolvimento nacional. Tal norma é vetor a ser utilizado na elaboração e utilização de regras no ordenamento (TOMAZETTE, 2007).

O próprio STF já julgou casos utilizando a eficiência (como sinônimo de maximização de riquezas) para decidir sobre pedido de intervenção federal no estado de São Paulo (IF 2.127-SP. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes).

No caso, o estado deixou de pagar precatórios, contudo, no voto do relator, ficou consignado que a intervenção federal não seria socialmente

recomendável, não podendo ser desconsideradas as limitações econômicas que o estado enfrenta.

Outro voto do STF que se utilizou do conceito de eficiência é o voto da Ministra Helen Gracie no julgamento da ADI- 3510 - que discutiu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança no que tange as pesquisas que utilizam células tronco embrionárias. Uma das principais teses do voto da vogal foi o estímulo à pesquisa e os benefícios sociais da utilização dos embriões.

Assim, percebe-se que, tanto o ordenamento, quanto o judiciário reconhecem a importância da eficiência. Contudo, a legislação constitucional brasileira não admite a maximização de riquezas como um valor em si.

Isto porque constituem objetivos do Brasil construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 3º da CF).

E mais: o art. 170 dispõe que a finalidade da ordem econômica não é maximizar riquezas, mas sim assegurar a todos a existência digna de acordo com os ditames da justiça social.

Eros Grau (2006) ensina que a Constituição é capitalista, todavia, a liberdade é admitida enquanto utilizada no interesse da justiça social.

Portanto, a legislação brasileira se aproximou da teoria de Calabresi: a eficiência pode e deve ser buscada, contudo, não como um valor em si, mas como um componente da justiça. A dignidade da pessoa humana e a justiça social são parâmetros que a eficiência não pode sobrepor.

A legislação brasileira, assim como Calabresi, não se importa com o volume de riqueza desvinculado de sua distribuição, bem como também não vê na eficiência um valor exaustivo, ao passo que assume existirem outros valores de igual e maior importância. Todavia, admite-se a eficiência como um dos componentes da justiça.

Para a análise do caso concreto do risco do desenvolvimento, se ele deve ser tido como causa ou excludente de ilicitude, já foi visto que ambas as correntes possuem argumentos técnico-jurídicos satisfatórios. Ou seja, já se sabe

quais as normas pertinentes e as interpretações textuais que elas apresentam. Resta entender qual a consequência de cada escolha.

Este trabalho não pretende utilizar a AED para examinar o risco do desenvolvimento. Os objetivos dele são muito mais modestos. Referido exame será feito de modo extremamente superficial, haja vista a complexidade em se montar um modelo econômico para explicar o problema.

O exame superficial feito servirá de base apenas para ilustrar a importância em se estudar o tema do ponto de vista consequencialista (e não puramente hermenêutico). Este sim é o fim deste trabalho, mostrar a importância da AED no instante em que se discutirá decisões como esta, a importância de se decidir usando ferramentas científicas, para que haja um julgamento informado.

Análise consequencialista do risco do desenvolvimento.

Neste momento serão apresentadas algumas das consequências e influências que cada escolha deve gerar.

O risco do desenvolvimento como causa de responsabilização deve gerar o encarecimento dos preços dos produtos, sobretudo aqueles de tecnologia de ponta.

Por consequência, menos pessoas terão acesso a esse tipo de bem. Os fornecedores tentarão repassar o ônus assumido aos consumidores, portanto, a responsabilização atingirá toda comunidade de consumidores. Em suma, uns consumidores ficarão sem acesso aos produtos, e os que se dispuserem a pagar, pagarão mais caro. Isso se o fornecedor continuar produzindo referidos bens.

Também ocorrerá o desincentivo às pesquisas que envolvam alta tecnologia. O risco de responsabilização desestimulará o avanço tecnológico, dado o temor em se perder dinheiro sem ter culpa no defeito que era impossível de ser previsto.

Ademais, não há como saber o índice de erro nem a extensão do possível dano e, por lógica, é inviável realizar seguros de algo absolutamente desconhecido. É necessário um mínimo de informação para a realização de

seguros. Segue que, ou a responsabilização inviabilizará os contratos de seguro, ou encarecerá demais a atividade.

Paula Forgioni acrescenta que os mercados funcionam de forma mais eficiente se inseridos num ambiente institucional estável, no qual os agentes econômicos podem razoavelmente prever os resultados de seu comportamento e o daqueles com quem se relacionam (2005).

As sociedades empresárias, entre elas as seguradoras, necessitam de estudar a viabilidade econômica de suas estratégias. Cabe ao direito, na regulação das atividades do mercado, prover um sistema legal com efeitos calculáveis. No mesmo sentido, Eros Grau explica que é desejável a existência de um mercado apto ao provimento da segurança e certeza jurídicas, permitindo a previsibilidade de comportamento e o cálculo econômico (2006).

Conforme explica Rachel Sztajn (1998), a previsibilidade econômica oriunda da interpretação do direito é chamada de risco jurídico². O risco do desenvolvimento, risco daquela espécie, não é passível de cálculo, porquanto se trata, por natureza, de um defeito impossível de ser previsto.

Houve diversos casos de seguradoras que decidiram não cobrir danos oriundos de responsabilidade por fato do produto, dado à incerteza que este ramo tem apresentado. Por consequência, as empresas que ficaram sem a cobertura do seguro acabaram por abandonar a produção de alguns produtos (COOTER, 2010).

Uma pesquisa recente da *Conference Board*, feita com CEOs, descobriu que, em virtude de preocupações com a responsabilização, 47% já abandonou uma ou mais linhas de produto, 25% já interrompeu pesquisas e desenvolvimento e 39% cancelou planos para novos produtos (COOTER, 2010).

Caso amplamente conhecido é o da indústria farmacêutica. Referidas indústrias tem tanto medo da responsabilização civil que, muitas vezes, preferem abandonar pesquisas e deixar de distribuir drogas. Quando houve o surto de gripe suína de 1976, as seguradoras se recusaram a fornecer apólices para os

² "A atividade de empresa é caracterizada pelo risco econômico a ela associado, risco esse que significa que os resultados poderão ser positivos ou não, lucros ou prejuízos. Mas, outro risco, tão importante quanto o econômico, que os economistas denominam risco jurídico ou incerteza jurídica, e que tem que ver com a legislação, a forma pela qual o Judiciário aplica ou interpreta os textos legais, a aderência das regras às instituições e práticas socialmente aceitas, sua estabilidade, deve ser considerado."

laboratórios farmacêuticos, por conseqüência, os fabricantes deixaram de vender 100 milhões de vacinas por medo de futuras indenizações. Somente quando o governo federal americano se comprometeu a ser o réu exclusivo em processos envolvendo a vacina é que o laboratório concordou com a venda (COOTER, 2010).

Outro caso, mais recente, é a falta da vacina DPT, contra coqueluche. A maior fabricante, a Eli Lilly & Company parou de produzir o produto por medo de sentenças desfavoráveis (COOTER, 2010).

Mais: vacinas contra sarampo, caxumba, poliomelite e raiva, antes produzidas por diversos laboratórios, hoje, nos EUA, são produzidas por uma única empresa (COOTER, 2010).

Importante ressaltar que a responsabilização não cria incentivos positivos ao fornecedor. O estado da arte já serve para isso, já faz com que o fornecedor tenha a obrigação de ter a maior diligência possível. A responsabilização não o faz ser mais ou menos diligente. Isto significa que a regra não criará influências positivas, como no caso da responsabilização objetiva.

Num outro aspecto, observa-se que, como se viu, a maioria dos países adotou o risco como excludente: caso o Brasil adote a responsabilização, seus produtos ficarão menos competitivos. Devido aos fluxos de importação e exportação, esse custo diminui; todavia, não pode ser ignorado. Inclusive, como expos Lúcia Elena Arantes Ferreira Bastos (2004), tal conseqüência foi observada no Japão, uma vez que foi o último país a adotar a responsabilidade objetiva³. Além disso, algumas empresas e laboratórios de pesquisa não terão interesse em investir no país.

³ "A delonga na alteração da legislação pró-consumidor era um fator preocupante para o governo japonês, pois ao manter uma posição quase isolada, com a aplicação da teoria da culpa nos conflitos originados por uma relação de consumo, o país era visto no cenário internacional como uma nação que se beneficiava de uma legislação arcaica como uma forma de imposição de uma barreira não-tarifária.

Este raciocínio era explicado pelo fato de que empresas americanas e europeias foram obrigadas a fazer pesados investimentos para suportar o eventual ônus da responsabilidade pelo vício do produto, e celebram, inclusive, contratos de seguro com o pagamento de altos prêmios para suportar as indenizações que pudessem surgir com base na lei sobre responsabilidade do produto nos territórios onde operavam. Em contrapartida, até 1994 as empresas japonesas não se preocupavam com os altos custos das indenizações e a necessidade da contratação de seguros para isso, elas estavam aptas a fornecer produtos mais baratos pelo fato da adoção da teoria da culpa nos casos de responsabilidade por danos causados pelos produtos em território japonês, mesmo que eles fossem sujeitos às regras pela responsabilidade objetiva nos mercados estrangeiros onde seus produtos fossem colocados o ônus ainda não era tão vultuoso. O próprio governo japonês considerava que a aplicação da teoria da culpa promovia uma falta de competitividade das empresas japonesas dentro do próprio mercado japonês" (BASTOS, 2004).

Ocorre, contudo, que, caso ocorra algum defeito, o consumidor ficará desprotegido e arcará com um custo que não contribuiu para ser gerado. Incidirá apenas sobre seu ombro o preço do acidente de consumo.

Diante disso, percebe-se que os argumentos favoráveis à natureza jurídica de excludente parecem ser mais eficientes. Os resultados alcançados com eles tendem ao socialmente desejado.

Daí a explicação para a maioria dos estados dos EUA terem adotado esse entendimento, assim como a maioria dos Estados da União Europeia.

SÍNTESE, CONCLUSÕES E PROPOSTA.

Em síntese:

1- O atual ambiente social está vivendo uma síndrome consumista, onde a sociedade de consumo consegue tornar permanente a insatisfação. Não é só a evolução tecnológica que é rápida, a expectativa dos consumidores é voraz em igual proporção. Daí que se percebe o entrelaçamento da sociedade de consumo e da sociedade de risco. Enquanto a primeira supre as expectativas vorazes dos consumidores com lançamentos de produtos com tecnologia de ponta, a segunda insere riscos e males nefastos, sobretudo a longo prazo.

2- O defeito possui dois aspectos relevantes em seu conceito: a contrariedade com uma legítima expectativa e a capacidade de provocar acidentes de consumo. Doutrina e jurisprudência costumam classificar os defeitos em três categorias: defeito de criação, de produção e de informação. O código, no artigo 12, aponta expressamente a responsabilidade objetiva em casos tais. Ocorre que o fornecedor não pode ter suas mãos atadas diante de uma responsabilização injusta. Por isso, o código prevê um rol de mecanismos de defesa. Segue que, embora prescindível de verificação da culpa, o sistema de responsabilização não é integral, pois admite-se determinadas excludentes. São elas: não inserção do produto no mercado, inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

4- O risco que não pode ser cientificamente conhecido no instante do lançamento do produto no mercado chama-se risco do desenvolvimento. Ele somente é configurado quando há absoluta impossibilidade de previsão do defeito no momento do fornecimento. A arte em foco desconhecia a possibilidade daquele bem gerar defeitos. Daí surge a discussão: o risco do desenvolvimento é excludente de responsabilidade ou causa de responsabilização?

Posto em confronto as divergentes opiniões doutrinárias, chega-se à conclusão de que é possível, com base no próprio CDC, admitir o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade:

1- Os artigos 10º e 12, § 1º, II e III, analisados em conjunto, demonstram que o Código não pretende responsabilizar o fornecedor por danos oriundos do risco do desenvolvimento: o fornecedor não pode inserir no mercado

produto que saiba ou deveria saber ser capaz de provocar acidente de consumo, sendo considerados defeituosos os produtos que não atendam à segurança legitimamente esperada, levando-se em conta a época em que foram lançados no mercado.

2- Com efeito, é lícito ao fornecedor inserir no mercado produto que não saiba nem deva saber possuir capacidade de provocar acidente. Isto porque o Código limita a responsabilidade à possibilidade de conhecimento científico da época. Ademais, não é legítima a expectativa de que o produto supere o grau de segurança possibilitado pela ciência. O defeito proveniente do risco de desenvolvimento não está elencado no artigo 12. Portanto, é um defeito irrelevante para o direito.

Também chaga-se à conclusão de que esta interpretação é socialmente recomendável, sobretudo pela ótica da Análise Econômica do Direito:

1-O risco de responsabilização desestimulará o avanço tecnológico, dado o temor em se perder dinheiro sem ter culpa no defeito que era impossível de ser previsto. As sociedades empresarias, entre elas as seguradoras, necessitam de estudar a viabilidade econômica de suas estratégias. Cabe ao direito, na regulação das atividades do mercado, prover um sistema legal com efeitos calculáveis. E a responsabilização não cria incentivos positivos ao fornecedor. O estado da arte já serve para isso, já faz com que o fornecedor tenha a obrigação de ter a maior diligência possível.

2- Contudo, a legislação constitucional brasileira não admite a maximização de riquezas como um valor em si. A legislação brasileira, assim como Calabresi, não se importa com o volume de riqueza desvinculado de sua distribuição, bem como também não vê na eficiência um valor exaustivo, ao passo que assume existirem outros valores de igual e maior importância. Todavia, admite-se a eficiência como um dos componentes da justiça.

Pois bem, definiu-se que a adoção da excludente é a solução mais eficiente e que possui base no próprio CDC. Contudo, é inegável que o CDC não deu o correto tratamento ao instituto. O que pode levar à distorções interpretativas e dificultar sua utilização e aceitação.

De todo exposto, deveria o legislador: a) adotar, como regra, a excludente do risco do desenvolvimento de forma clara. b) Estudar o modo de implementar a excludente de forma a conferir força à justiça social buscada pela CF/88, ou seja, regular quais situações são **eficientes** para a adoção da excludente e quais situações a responsabilidade deve recair sobre o fornecedor, adotando uma solução mista, apta a conferir proteção ao consumidor sem desestimular o avanço tecnológico, sobretudo o avanço ligado a benesses necessárias à vida.

A proposta de reforma do CDC neste ponto será matéria provavelmente estudada num futuro mestrado e/ou doutorado. Referida proposta buscará propor uma legislação em que, a depender da atividade exercida pelo fornecedor e da extensão do dano, será ou não recomendável a aceitação do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, buscando-se unir eficiência e justiça social.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. Estudo comparativo sobre a responsabilidade pelo fato do produto no Japão e no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, n. 52. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. Amor Líquido, sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. Vida Líquida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BENJAMIM; Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- BRASIL. Lei Nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 março 2011.
- CALABRESI, Guido. The costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven: Yale, 1970.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. The journal of law and economics. Chicago: University of Chicago Press, out. 1960. v. 3.
- COELHO, Fábio Ulhoa. O Empresário e os Direitos do Consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COOTER; Robert, Thomas Ullem. Direito & Economia. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto". 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.
- DIAS, Silva, Protecção Jurídica Penal dos Consumidores 2 ed. Coimbra, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2006.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, 2005.

HIERRO, Liborio. Justicia, igualdad y eficiencia. Isonomia, n. 9. México: Itam, 1998.

Ivo T. Gico Jr. "Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito" Economic Analysis of Law Review 1.1 (2010): 7-32. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44

KHOURI, Paulo R. Roque. Direito do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

POSNER, Richard. Economic analysis of law. 5. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1998.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

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

SANTANA, Hector Valverde. . Dano moral no direito do consumidor. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, João Calvão da. Responsabilidade civil do produtor. Coimbra: Almedina, 1999,

STOCO, Rui. Deseja do Consumidor e Responsabilidade Pelo Risco do Desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 855.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. Revista de Direito Mercantil, industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na ótica Civil-constitucional. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Os Desafios à Proteção da Saúde e Segurança do Consumidor na Sociedade de Risco: o Judiciário e a Efetividade das Tutelas Preventivas na Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.