



Universidade de Brasília

O risco do desenvolvimento na relação de consumo

Brasília, outubro de 2011.

RENATO NEIVA CARVALHO

O risco do desenvolvimento na relação de consumo

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito na
Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Doutor Guilherme
Fernandes Neto

Brasília

2011

SUMÁRIO

Introdução-----	p.7
1. A responsabilidade civil e o direito do consumidor-----	p.9
1.1 O conceito de responsabilidade-----	p.9
1.2 Formas de manifestação da responsabilidade-----	p.10
1.3 Os sistemas de responsabilidade no direito brasileiro-----	p.11
1.4 O diálogo das fontes-----	p.13
1.5 O Código de Defesa do Consumidor e seu regime especial de responsabilidade-----	
-----	p.15
2. A responsabilidade do fornecedor na relação de consumo	
2.1 Da responsabilidade por culpa para a responsabilidade pelo risco-----	p.16
2.1.1 A superação do conceito clássico de culpa-----	p.16
2.1.2 Responsabilidade civil e socialização dos danos-----	p.22
2.2 A teoria do risco no Código de Defesa do Consumidor-----	p.24
2.3 O dever de segurança e sua violação: os defeitos-----	p.29
2.3.1 Tipologia dos defeitos-----	p.32
2.4 Excludentes da responsabilidade do fornecedor-----	p.32
3. A teoria do risco do desenvolvimento-----	p.37
3.1 Conceito de risco do desenvolvimento-----	p.37
3.1.1 Talidomida: o caso mais emblemático-----	p.39
3.2 O risco do desenvolvimento no direito comunitário europeu e norte-americano-----	p.42
3.3 A teoria do risco do desenvolvimento no direito brasileiro-----	p.47
Conclusão-----	p.55

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é marcada pela inovação e incentivo ao desenvolvimento tecnológico. É aí que se espera encontrar as soluções para diversos problemas atuais, como o fim da fome, erradicada pela melhoria na produção, a pobreza pelo crescimento econômico, a qualidade de vida pelo desenvolvimento de novos remédios, etc.

Assim surgiu a sociedade industrial, baseada na produção em massa, no incremento tecnológico, encurtando distancia, aproximando pessoas e, acima de tudo, concentrando o poder econômico nas grandes empresas, que atuam sem fronteiras e quase sem limites.

As conseqüências dessas inovações nem sempre são as desejáveis. Há uma limitação natural no ser humano de prever todos os efeitos dos seus inventos, e não raras vezes esses efeitos são desastrosos. Basta citar o caso da talidomida, remédio que causou deformações permanentes em milhares de indivíduos no mundo todo. A produção em massa amplifica os danos: um pequeno erro na produção gera milhares de produtos defeituosos e lesivos para toda a sociedade.

O risco do desenvolvimento é a possibilidade incalculável dos produtos decorrentes de inovação tecnológica causarem dano imprevisto no momento da colocação no mercado. Portanto, é imperativo de coesão social distribuir esse ônus da inventividade humana adequadamente. A principal peculiaridade é como dividir um ônus indeterminável e imprevisível?

Essa é a mais intrincada questão em matéria de responsabilidade dos fornecedores. Se por um lado parece ser insensível relegar esse pesado ônus ao consumidor; do outro argumenta-se insuportável esse ônus pelos produtores e causará a estagnação tecnológica, o que geraria uma crise social de piores proporções. Vivemos em intensa crise social, com graves problemas de desigualdade, desemprego, pobreza e fome, além da degeneração do meio-ambiente; a solução está no maior desenvolvimento tecnológico.

O CDC é silente sobre o assunto, apesar de alguns esforços em tentar encontrar nas entrelinhas alguma resposta. Diante da concentração da responsabilidade no fornecedor, cabe saber se há alguma eximente nesse caso.

Respeitáveis nomes da civilística nacional entendem recepcionada a teoria do risco do desenvolvimento como causa de excludente da responsabilidade do produtor pelo Código de Defesa do Consumidor: James Marins¹, Gustavo Tepedino², Fábio Ulhoa Coelho³, Rui

¹ MARINS. James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto. p. 173.

Stocco⁴ e Fernando Teschenhausen Eberlin⁵. Contudo, expressiva parte da doutrina entende não recepcionada a teoria: Antonio Herman Benjamin⁶, Cláudia Lima Marques⁷, Sérgio Cavalieri Filho⁸ e Marcelo Junqueira Calixto⁹.

Este trabalho estudará o risco do desenvolvimento e seus limites, e sobre a recepção ou não da Teoria do Risco do Desenvolvimento.

1.1 A responsabilidade civil e o direito do consumidor

² TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes do consumo na ótica civil. p. 244

³ COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor

⁴ STOCCO, Rui. Defesa do consumidor e a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento

⁵ EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. Pag. 67 e seguintes.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor

⁸ CAVALHIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. Pag. 504

⁹ CALIXTO, Marcelo Juqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento.

Os acidentes de consumo são a fonte de enormes danos gerados pela sociedade moderna. A complexidade e especificidade dessas relações amplificaram-se com a produção em massa. Do pequeno comerciante que vendia um número reduzido de mercadorias passou-se para o grande comércio, com produção em séries de infindáveis versões e qualidade. O produtor artesanal foi substituído pela produção em massa para o consumo igualmente massificado. Qualquer falha na concepção ou produção gera milhares de produtos defeituosos potencialmente lesivos a toda coletividade de indivíduos¹⁰, de todas as classe sociais, idades, região; inclusive com potencial de afetar pessoas em todo o globo terrestre.

Diante desse, fato surgiu a necessidade especial de segurança na relação de consumo. A multiplicação de acidentes e o agravamento dos resultados lesivos por tecnologias mais potentes induziram o legislador a adotar medidas enérgicas para reduzir os riscos. Caso contrário, violado o dever de segurança e ocorrido um dano, nasce o dever de indenizar a vítima. A responsabilidade civil é o dever de reparar danos¹¹.

A noção de prejuízo, de perda, de dano, é o centro deste importante ramo do direito¹². O dever geral de não causar dano injusto a outrem impõe a necessidade de repará-lo e puni-lo, de restabelecer o equilíbrio injustamente desfeito. É imperativo de justiça e de coesão social. Responsabilidade é uma palavra polissêmica, e comumente tem dois significados mais usuais: é a qualidade de alguém, a qualidade de responsável; e significa o vínculo de alguém com as conseqüências de suas atitudes¹³. Poderíamos, ainda, conceituar responsabilidade sob o ponto de vista filosófico, sociológico, psicológico, ético, ou religioso. Contudo são irrelevantes para o presente trabalho estudar seus significados metajurídicos.

Uma importante distinção para o direito se dá entre responsabilidade moral e jurídica, distinção essa desconhecida pela teoria tradicional e fonte de profundas discórdias e incompreensão do real problema da responsabilidade civil. Ambas têm por base um dever, uma obrigação e a reação frente a ele. Portanto, responsabilidade é o resultado da ação pela qual expressa o seu comportamento em face desse dever¹⁴. Conforme os ensinamentos do ilustre jurista Aguiar Dias:

¹⁰ ALMEIDA, João Batista. A proteção Jurídica do Consumidor. p. 83

¹¹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. p. 427.

¹² AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil p.1

¹³ AGUIAR DIAS, José.. *op. cit.* p. 3

¹⁴ AGUIAR DIAS, José. *op. cit.* p. 21

O direito é o conjunto de normas necessárias à regulamentação da vida social, e para tal impõe deveres aos cidadãos. A violação desses deveres gera a responsabilidade. Há múltiplas manifestações dessa responsabilidade, com finalidades e conseqüências diversas, e são a responsabilidade civil e penal¹⁵

Como se percebe, o conceito de responsabilidade se confunde com o próprio conceito de direito.

1.2 As formas de manifestação da responsabilidade

A responsabilidade jurídica se manifesta em diferentes formas específicas e complementares, cada qual dimensionando mais ou menos intensamente valores do nosso ordenamento, buscando finalidades distintas, diante das inúmeras formas de violação. Aguiar Dias defende a distinção entre responsabilidade civil e penal como as duas formas de manifestação.

A responsabilidade penal visa defender os valores essenciais da sociedade, imputando ao violador desses bem uma sanção. Aqui impera a idéia de punição, como forma de evitar que o autor repita a conduta – a chamada prevenção especial - e intimidar o restante da população – prevenção geral. Ela tem em vista a dimensão social do dano, pois ofende um bem coletivo.

Os requisitos e finalidades entre a responsabilidade penal e civil são diferentes. Ambas requerem o dano, mas enquanto a imputação penal se confunde com imputação moral; na civil alguém pode ser responsável por ato de terceiro, por fato da coisa – é o caso da responsabilidade na relação de consumo – ou por danos advindos normalmente de atividade perigosa, tendo por fundamento a mera existência do risco¹⁶.

Contudo há pontos de convergência entre as responsabilidade civil e penal. O artigo 935 do Código Civil deixa claro que ambas são independentes, mas não se pode questionar no civil sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. A jurisdição penal influi na civil na indenização de atos que sejam crimes.

O CP, estabelece no artigo 91 como efeito da condenação penal tornar certa a indenização no civil. O CPP dedicou o Título IV do Livro primeiro para regulamentar a indenização no caso de condenação criminal. A solução preserva a celeridade do processo e a

¹⁵ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. p. 5.

¹⁶AGUIAR DIAS, José. *op. cit.* p. 7. e NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações. p. 433.

integridade da vítima, que não precisará entrar com uma ação para provar o decidido. Assim se mantém a coerência na jurisdição - que é una - evitando contradição entre o juiz cível e penal, além de melhor preservar os interesses da vítima e do estado. A separação de jurisdição não é absoluta, mas apenas segue critérios de racionalidade para melhor tutelar os bens protegidos pelo ordenamento.

Ambas as responsabilidades são similares, sendo o nexo de imputação e a finalidade as principais diferenças. A responsabilidade civil visa restabelecer a vítima ao estado que se encontraria sem o dano; a responsabilidade penal visa punir o agente infrator, tanto que “a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se”¹⁷. O titular da ação penal é a coletividade representada pelo Ministério Público, a ação de reparação civil cabe à vítima, como regra geral. A responsabilidade penal tem por objetivo fundamental encontrar e punir o autor do ato ilícito, enquanto o fundamento da responsabilidade civil consiste em reparar as conseqüências desse ato¹⁸. O direito penal pune a mera tentativa, o civil não pois dela nenhum dano existe. Ambas são similares, mudando significativamente pela finalidade e pelo nexo de imputação.

Junto à divisão tradicional Fernando Noronha acrescenta a responsabilidade disciplinar, que “se aproxima da penal, na medida em que se traduz também em sanções. A diferença está em que a disciplinar visa preservar somente uma determinada organização.”¹⁹ Por isso, as sanções são impostas pela organização, assim como os deveres são restritos ao grupo e geralmente impostos por códigos de ética. É o caso de associações esportivas, clubes, torcida organizada, e tantos outros. Não deixa de ser responsabilidade jurídica, pois a tutela decorre do império da Lei, diretamente ou indiretamente.

A dinâmica da sociedade moderna multiplicou os acidentes decorrentes dos infortúnios da vida. Com a multiplicação dos danos advindos, a sensibilidade contra os infortúnios da vida aumentaram. Esta, por sua vez, induziu o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão eficiente para aceitar a necessidade de reparação, de uma tutela diferenciada daquela outrora existente.²⁰

As incontáveis formas de violar o direito de alguém e agredir algum bem jurídico forçaram soluções criativas de tutela. A fim de que ninguém seja ofendido injustamente sem a devida compensação.

¹⁷ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. p. 5

¹⁸ NORONHA, Fernando Responsabilidade Civil. p. 505

¹⁹ NORONHA, Fernando. *op. cit.* p. 508.

²⁰ AGUIAR DIAS, José. *op. cit.* p. 11.

Desde os tempos romanos a responsabilidade civil andava junto com a moral, e ambas se fundiam numa espécie de punição. Durante muito tempo a teoria clássica da culpa foi o único fundamento, sintetizado na fórmula do Ihering “não há responsabilidade sem culpa”. Até hoje o brocardo exerce influência²¹, gerando confusão especialmente nos casos de responsabilidade objetiva. Atualmente, como afirmado, essa idéia foi suplantada pela de reparação do dano.

1.3 Os sistemas de responsabilidade civil no direito brasileiro

As incontáveis formas de alguém violar o direito de outrem e causar dano injusto forçaram a criação de diversas formas de tutela, a fim de que todos os objetivos do ordenamento tenham adequada tutela. Assim a integridade física de alguém tem a tutela civil, preservando a integridade moral e física; a tutela penal preservando o valor ético da vida, suprimindo impulsos destrutivos e reabilitando os infratores; e a tutela disciplinar, como as regras do jogo de futebol, cuja autoridade é mantida por Tribunal próprio. A integridade física, valor constitucional, é tutelado de diferentes formas, para ser mais efetiva. Os diferentes interesses em jogo exigem soluções ecléticas.

A responsabilidade civil tutela o patrimônio, a integridade física e a moral de todos os cidadãos. Como há diversas situações e maneiras de ofender esses direitos, há diferentes requisitos para o seu surgimento.

Assim, alguém muito bêbado dirigindo um carro acima da velocidade permitida é um ato antijurídico, mas dele nenhuma consequência civil advém enquanto não houver dano, mas já há infração disciplinar e penal. Acaso cause um acidente nascerá o dever de indenizar todo o prejuízo causado. Contudo o nexo de imputação na responsabilidade civil muda dependendo das circunstâncias: se é um particular dirigindo seu carro; se é um taxista ou motorista de ônibus; se é um menor de idade que pegou o carro de alguém. A desvinculação da responsabilidade civil da moral permite analisar o prejuízo sob seu ponto de vista unicamente e sua consequência social- principalmente a econômica -, e criar regimes diferenciados para a sua compensação.

Nos múltiplos regimes, há o regime tido por geral, regulamentado no Código Civil pelos artigos 927 ao 965. Contudo, ao longo de todo o código há regimes especiais. Assim há a responsabilidade negocial, decorrente da violação do dever de cumprir o contrato e regulada

²¹ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. p. 44

no Título IV, Livro I do CC. Desse tipo surge a primeira e mais clássica divisão: responsabilidade extracontratual e contratual.

Há ainda os regimes específicos, que não chegam a ser direito especial da responsabilidade civil, mas estão em uma situação bem próxima. No mínimo, conterão sempre normas especiais e, como sabido, estas afastam a aplicação das normas gerais²². Esses princípios específicos afastam a incidência dos gerais no que lhes for contrário. Não há antinomia no ordenamento, pois cada qual tem o seu âmbito de incidência. Doutrinariamente se fala no diálogo das fontes. Noronha exemplifica com a responsabilidade negocial e a dos profissionais liberais.

Há ainda os sistemas únicos de responsabilidade, no qual “ficam amalgamadas a responsabilidade contratual com a civil”²³. Nesses modelos, ambas se confundem, sendo irrelevante estabelecer a origem do dano, ou seja, qual foi o dever violado, pois este provém da própria Lei.

Essa diversidade de regulamentações decorre das peculiaridades de cada relação jurídica, desde a qualidade das partes até a finalidade almejada. São exemplos responsabilidade do transportador e a por fato do produto na relação de consumo. Esta última o objeto desta monografia.

1.4 O diálogo das fontes

O CDC é um microsistema e instituiu regime especial de responsabilidade civil. Logo as normas especiais do CDC eventualmente estão em conflito com aquelas do sistema geral. A teoria clássica propugna afastar a incidência de uma norma em detrimento de outra, usando os critérios da antiguidade, hierarquia e especialidade. Seria a única forma de manter a coerência do ordenamento.

Contudo, o entendimento atual critica essa solução por demais simplista e confusa. O CDC é uma Lei especial, contudo o Código Civil é uma Lei posterior e há casos de legislação concorrente. A pluralidade de fontes normativas deve harmonizar-se²⁴. Os sistemas devem ser interpretados simultaneamente, e não excludentemente.

²² NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações p. 494. Prossegue o autor: duas normas estão entre si numa relação lógica de especialidade se o âmbito de aplicação da norma especial se insere totalmente no da mais geral, quando, portanto, todos os casos da norma especial são também os da norma geral

²³ NORONHA, Fernando. *op. cit.* p. 505.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. p. 646.

Há unidade finalista de todo o ordenamento privado de concretizar os preceitos constitucionais. A divisão do direito privado em civil, comercial e do consumidor reflete preponderância destes princípios, otimizando-os. O Direito do Consumidor se insere num todo orgânico, e não se trata de um microsistema isolado e auto-suficiente.

Prova da organicidade foram as modificações implementadas pelo Código Civil atual, tal como unificação das obrigações civis e comerciais. Há diversas formas de inserir o microsistema no ordenamento²⁵, e a correta maneira é essencial para sua eficácia. A falta de compreensão da matéria tem sido causa de má aplicação do direito do consumidor, violando sua finalidade e os princípios constitucionais, além de permitir o desamparo dessa parte mais fraca.

O ordenamento é instrumento de efetivação da constituição, e esta preceitua, nos artigos 5, XXXII e 48 do ADCT proteção especial ao consumidor, com a elaboração de corpo normativo próprio. O CDC nasce como instrumento estratégico dos direitos assegurados na constituição, como expresso no primeiro artigo do Código. Conforme a lição de Cláudia Lima Marques:

O CDC concentra-se no sujeito de direitos e não em atos de consumo, visa proteger este sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É Código (todo construído e sistemático) de Defesa (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor²⁶

O Código Civil, ao longo dos seus 2045 artigos, desconhece a palavra consumidor. O direito do consumidor não foi incorporado, e sequer tinha contornos próprios à época do anteprojeto. Contudo o Código tratou de regulamentar a figura do empresário. O dinâmico mercado de consumo foi seccionado. Trata-se de uma opção subjetiva. A definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso contexto, é que definirão o campo de aplicação das leis e a maneira como elas dialogam ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica²⁷.

²⁵ Aponta Cláudia Lima Marques, na obra já citada, pode-se dizer que há três sistemas no direito comparado. Na França manteve-se intacto o sistema tradicional, e o direito do consumo foi regulamentado transversalmente a todo o ordenamento, tocando todos outros ramos jurídicos mas sem com eles se confundir.

Na Itália foram incorporados elementos do direito do consumidor no sistema geral. Algumas incoerências assim são evitadas, porém institutos e finalidades distintas podem se confundir. Assim o conceito de consumidor, por exemplo. Encontra-se na Lei geral.

Na Alemanha foi feita ampla reformulação do sistema geral para acomodar o Direito do Consumidor. Assim, o Código Alemão (BGB) incorporou os elementos, se tornando em um sistema mais coerente. O trabalho é mais difícil, porém, antinomias podem ser evitadas e haver mais confusão. Parece não haver alternativa melhor que a outra, mas sim a mais eficaz em vista de determinado ordenamento.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. p. 701

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima .*op. cit.*. p. 705

Os critérios clássicos nem sempre são suficientes para os fins específicos do ordenamento, prejudicando a compreensão da matéria e na higidez do ordenamento, pois a efetivação destes princípios podem ficar em segundo plano. O CDC e o CC “não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito, da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucional”²⁸.

A doutrina nomeia diálogo das fontes essa relação. Não é exclusão de uma, mas diálogo a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto. A correta interpretação do ordenamento é tópica, varia caso a caso, dos interesses e dos sujeitos, em “uma coordenação flexível e útil das normas em conflito (...) para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou narrada em ambas”²⁹.

Assim, uma Lei pode servir de base a outra, já que central. Conceitos como nulidade e pessoa jurídica devem ser procurados no CC; uma complementaridade como a que se observa no caso do contrato de transporte, pois ambos os sistemas possuem normas aplicáveis. A interpretação deve ser a que de o máximo de eficácia aos princípios do próprio ordenamento. No caso do direito do consumidor, deve-se priorizar acima de tudo a segurança.

1.5 O Código de Defesa do Consumidor e seu regime especial de responsabilidade

Foi instituído pela Lei 8078/90 e dispõe sobre a proteção do consumidor. Nas palavras de Nelson Nery, as relações de consumo estavam desequilibradas no mercado, estando o consumidor em ampla desvantagem econômica e tecnológica; e sem recursos legais hábeis a torná-lo tão forte quanto o fornecedor. O código veio para regulamentar essa relação, criando mecanismos para suprimir o provável abuso de poder por parte do fornecedor, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo. O Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo. O código veio equilibrar uma relação naturalmente desequilibrada.³⁰

Não fosse a concentração de poder econômico, o surgimento de grandes conglomerados empresariais, com enorme influência política e social, a eficaz indústria da publicidade; e a incapacidade do consumidor de se defender, interpretar e atuar

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. O CDC e a complexidade do ordenamento. p. 574

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. p. 701

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais no código brasileiro de defesa do consumidor. p. 46.

conscientemente frente a essa máquina não haveria necessidade de um do Código específico. É fenômeno próprio da sociedade atual, com todas as suas discrepâncias e desigualdades.

O CDC foi fruto de muitos debates, inclusive com a participação de ilustres juristas estrangeiros em dois congressos internacionais, nos quais foram acolhidas sugestões de nomes como Eike Von Hippel, da Alemanha, Thierry Bourgoinie, da Bélgica, Jean Calais-Auloy, da França, Mario Frota, de Portugal entre outros; além de diversas audiências públicas com a manifestação de diversas entidades nacionais.³¹

O código é instrumento de livre iniciativa e só existe em países com economia de mercado. Sua meta é “desestimular o fornecedor do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos.”³² O código é instrumento para restaurar o equilíbrio nas relações de consumo, desfeito pela concentração de poder econômico e científico nas mãos dos produtores; e também instrumento para correto funcionamento do mercado, facilmente distorcível pela força dos grandes produtores.

A principal característica do Código é a legislação por cláusulas gerais. Os princípios estão estabelecidos nos artigos 1 ao 7, e tudo o “mais que consta da Lei, é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los.”³³

O interesse social é o primeiro princípio. Todas as normas são cogentes e de ordem pública, em decorrência da supremacia do interesse público. O julgador pode reconhecer e reformar o julgado contra o único recorrente em hipótese de *reformatio in pejus* permitida.³⁴

Outro princípio basilar é o da hipossuficiência do consumidor, e disso decorrem medidas compensativas, como a inversão do ônus da prova, regras de competência, nulidade *ex lege* das cláusulas abusivas, entre tantas outras.

A mais relevante derrogação dos princípios gerais se encontra no nexo de imputação, que deixou de ser a culpa para ser o risco do empreendimento, risco inerente à exploração do mercado de consumo. Nelson Nery ainda aponta a solidariedade legal entre todos os fornecedores perante o consumidor, rompendo o princípio da relatividade dos contratos³⁵ como outra importante característica

O dever jurídico instituído, cuja violação nasce o dever de indenizar, é o dever de segurança expresso no artigo 12 do CDC, como será mais bem analisado futuramente. É em

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais no código brasileiro de defesa do consumidor. p. 45.

³² NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.* p. 49

³³ NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.* p. 51

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.* p. 58

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.* p. 60.

relação aos riscos de defeito que os fornecedores respondem objetivamente diante do consumidor.

Portanto, a tutela das relações de consumo tem feições próprias, constituindo um microsistema. Assim também é a responsabilidade civil nas relações de consumo.

2. A responsabilidade civil do produtor na relação de consumo

2.1 Da responsabilidade por culpa para a responsabilidade pelo risco

Em matéria de responsabilidade, a mais notável alteração realizada pelo CDC foi no nexo de imputação, que deixou de ser a culpa, se desvinculou totalmente do aspecto moral, para se sobre o risco do empreendimento. O dano é consequência natural da relação de consumo na sociedade industrial. É um ônus a ser suportado por alguém, o ônus que a industrialização trouxe, junto aos benefícios. O seu correto tratamento jurídico é essencial para a compreensão desta monografia.

Investigar sobre a responsabilidade objetiva, suas causas e finalidades, permite um melhor entendimento da lógica do legislador, e facilita encontrar as soluções mais justas para casos difíceis.

2.1.1 A superação do conceito clássico de culpa

A responsabilidade objetiva é fruto de discordâncias até hoje não resolvidas. Foi longo e tortuoso o caminho para separar a responsabilidade civil do conceito clássico de culpa como nexo de imputação, como fundamento da obrigação de indenizar. A teoria do risco revolucionou a dinâmica da responsabilidade civil.

A culpa foi o fundamento da responsabilidade desde os romanos. Seu desenvolvimento se deve muito à edição da *Lex Aquilia*. Foi a partir dela que a responsabilidade civil ganhou vida própria, fora do âmbito da vingança e da retaliação. Foi a partir dela que surgiu o dever de indenizar conseqüente do dano, ao invés da vingança.

A culpa clássica foi o fundamento da responsabilidade civil durante muito tempo, sendo que sua superação foi demorada e começou com a industrialização. Antes prevalecia o brocardo de Ihering: sem culpa, sem responsabilidade. Foi este o conceito adotado pelo Código Napoleão, no artigo 1382; e até hoje a regra geral é a responsabilidade com culpa.

O movimento de superação começou na França, iniciado por Saleilles. Com a obra *Les accident de travail et la responsabilité civil*, de 1897. Foi a primeira proposta de fundamentar o dever de indenizar não simplesmente na culpa, mas no risco gerado por certas atividades. A dinâmica de uma sociedade em intenso processo de industrialização e o surgimento de novas tecnologias capazes tanto de servir como destruir geraram grande insatisfação com a teoria clássica da culpa, que passou a ser vista como empecilho à realização da justiça, como permissivo para ações desonestas e abusos. Havia necessidade de mudanças, por imperativo de equidade e coesão social.

O conceito de culpa foi fruto de um longo processo de formação³⁶ e até hoje se travam debates sobre ele. A falta de uma definição satisfatória até hoje foi um importante motivo para o desuso em alguns casos.

É a culpa que torna o dano inescusável e ressarcível. O legislador proíbe condutas anti-sociais, geralmente motivadas pelo egoísmo puro. Como é impossível prever caso a caso as condutas proibidas, o conceito genérico de culpa foi a solução encontrada.

Como ensina o mestre Alvinio Lima:

Na prática, pois, de muitos atos que a Lei não especifica ou enumera poderá o agente ferir o direito de outrem, causando-lhe dano. O mal sofrido impele a vítima à reação através da proteção jurídica. Como fixar a responsabilidade do agente? Só pelo fato lesivo e prejudicial ao direito de outrem? Não, sem dúvida por que no tumulto das atividades é comum e muitas vezes fatal a lesão do direito de outrem. O elemento específico repousa justamente em saber se a conduta do agente é ou não justificada, por que a atividade em si mesmo, como força criadora do progresso, como expansão economico-social imprescindível, encontra apoio na Lei. Mas a conduta permitida pela ordem jurídica, de maneira que não subverta a coordenação de todas as atividades, e, conseqüentemente, de toda a ordem econômica e social, é a que comumente se põe em prática, de maneira a não romper o equilíbrio de interesses privados e sociais. Há, pois, uma conduta normal, comum que os homens de bom

³⁶ O conceito é, até hoje, problemático. Durante muito tempo se confundiu com a violação do Direito alheio. Alvinio Lima relata os argumentos de Leclercq, cuja teoria da culpa foi muito influente e acabada em 1937. A simples lesão a direito de outrem seria a culpa. O dano só é dano se advém da culpa, fora isso não há dano, mas conseqüência natural da vida. Os alemães compreendiam a culpa como um fenômeno moral. Outros, como Ripert, chegavam ao ponto de negar a possibilidade de conceituar a culpa.

Continua Alvinio Lima apresentando a visão dos irmãos Mazeud, que defendiam que só um conceito flexível seria satisfatório. Foram estes os maiores defensores da teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil e críticos da Teoria do risco. A culpa seria um erro de conduta, uma atuação desconforme os padrões médios de cuidado. Contudo surge a dúvida: qual padrão seria esse? Segundo critérios objetivos ou subjetivos? Segundo o homem médio ou segundo as próprias habilidades? Varias foram as respostas dadas, como em comparação a um bom pai de família, do homem diligente ou conforme o padrão moral dominante.

Resume Alvinio Lima que para os irmãos Mazeud seria conforme a conduta de um homem prudente naquela mesma situação. Seria a conduta esperada do homem prudente naquela mesma situação social. Portanto, não usa critérios puramente objetivos, pois varia de pessoa para pessoa; nem subjetivo pois não leva em consideração características pessoais, mas a condição social do agente. Portanto, o comportamento diligente de um médico numa situação de socorro a um acidentado seria diferente da de um matemático ou advogado. Cada qual tem aquela conduta considerada padrão, esperável.

Alvinio Lima, na sua já citada monografia para professor catedrático da UFRGS intitulado Culpa e Risco apresenta críticas a esse conceito. A primeira é a exclusão da vontade consciente, se há um homem médio a ser seguido, este deve ser conhecido pelo agente para então moldar a sua conduta. Ao contrário, seria responsabilizar alguém por agir desconforme um padrão que a pessoa sequer poderia seguir por desconhecê-lo. A segunda é a relativização de conceitos dos elementos pessoais a serem considerados.

No Brasil o legislador, habilmente não definiu culpa, não adotou a distinção entre delito e quase-delito. Assim, uma grande parte do problema foi evitada. Assim, uma grande parte do problema foi evitada. Contudo a culpa continua importante, pois é a regra geral para o nexo de imputação, e há necessidade de uma definição para aplicação caso a caso.

A polemica sobre o conceito de culpa diminui pela ascensão da teoria do risco. Contudo, até hoje não há um conceito uníssono.

senso, prudentes, probo e equilibrado seguem cotidianamente, e que será consagrada nos usos e costumes e regulamentos, na Lei em que vive na consciência jurídica.³⁷

A culpa, portanto, limita a responsabilidade do agente. Da vida em sociedade é natural que ocorram danos, e alguém tem de suportá-los. O problema da responsabilidade civil é o problema de encontrar quem deve suportar o prejuízo. O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade jurídica. O que se procura é quem deve suportar o dano³⁸. É a justa distribuição dos danos causados pela vida em sociedade, o dano que emerge das relações sociais, o objeto da responsabilidade civil. Portanto, importante instrumento de pacificação social; e seu funcionamento errôneo causa descrédito nas instituições sociais

A culpa fixa a responsabilidade do autor do dano, é ele quem suporta os prejuízos da sua conduta culposa; caso contrário o dano é suportado pela vítima, pois se não há culpado é um dano normal. Daí os três elementos clássicos da responsabilidade civil: o dano a ser ressarcido; a conduta culposa e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Alvino Lima conceitua culpa como “um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa cuidadosa, em iguais circunstâncias de fato.”³⁹ Como aponta Serpa Lopes, a culpa foi cunhada num momento de individualização e limitação da responsabilidade⁴⁰. Ainda impõe um componente moral, inexistente até então. Antes a responsabilidade era grupal, pois não se distinguia o indivíduo do grupo pertencente; e se baseava na vingança, no uso da força, na pilhagem. Aquele que se sentia prejudicado atacava o grupo todo, tomando do ofensor o que achava justo.

A vingança privada e a responsabilidade grupal passaram para o ressarcimento individual. A grande controvérsia na sua conceituação também foi um importante fator para o desprestígio diante de diversos casos concretos para a teoria clássica da culpa.

Com o passar dos milênios a dinâmica da vida social mudou, mais especificamente com a industrialização. A exigência de imputabilidade moral e necessidade da prova da culpa inviabilizaram a chance da vítima ser indenizada em alguns casos. O sentimento de injustiça forçou mudanças. O progresso gerou infinitas possibilidades de danos: casos de descarrilamento de trem, acidentes industriais, como explosões de forno ou de minas, tão

³⁷ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. p. 56

³⁸ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. p.43

³⁹ LIMA, Alvino. *op. cit* p. 69

⁴⁰ Aponta o autor que no direito romano a responsabilidade era objetiva: “uma poena e não uma indenização constituía o elemento representativo da soma paga. Era o império exclusivo da causalidade material. Ainda em Roma, após a *Lex aquilia*, o conceito de culpa foi formulado, a explicação sociológica, segundo o mesmo autor, é de que a responsabilidade do indivíduo e do grupo se misturavam e confundiam. A culpa veio individualizar o responsável pelo dano. LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. p. 13-29.

comuns à época e ainda hoje, requeriam um conceito mais abrangente que o de culpa, culminando na teoria do risco.

A primeira etapa apontada por Alvino Lima foi considerar a culpa, por menor que fosse, justificativa para a responsabilidade. Exemplifica com o abuso de direito: qualquer um que abusava do seu direito, mesmo que minimamente, já agia com culpa. Ou seja, a comparação com o “homem médio”, o “bom pai de família”, já não serve mais. O conceito de culpa sofreu um sensível enlastecimento.

A segunda etapa foi a culpa presumida: as presunções consagradas na Lei. Invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima nos casos difíceis de provar a culpa. Eram casos em que a prova depende de conhecimentos técnicos inacessíveis à maioria da população ou de fatos fora do seu conhecimento. Contudo, “tratando-se de presunções *iuris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorre da multiplicidade de causas.”⁴¹ Exemplos são os acidentes de trabalho ocorridos nas grandes indústrias, como explosão de forno de aquecimento. Caberia ao trabalhador provar quem foi o culpado, se a empresa por falta de manutenção, o produtor pela baixa qualidade do produto, ou algum terceiro. A dificuldade, como se percebe, para um trabalhador, geralmente pouco instruídos, sequer eram alfabetizados, provar a culpa de alguém. Reinou a irresponsabilidade dos empregadores, cada vez menos cautelosos diante desse escudo; e também cresceu o número de vítimas, que sem nenhuma indenização e muitas vezes impossibilitados de trabalhar, lotavam as ruas, os abrigos, etc. A mudança partiu da jurisprudência, que passou a entender que essa prova não cabe ao produtor. As presunções são fixadas em Lei, considerando o fato em si mesmo culposos.

O terceiro momento apontado por Alvino Lima foi a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual para alguns casos. Assim, o dano injusto não decorre da conduta culposa, mas do inadimplemento contratual. Assim, algumas prestadoras de serviço, principalmente, e em menor quantidade os produtores não tinham mais que ter conduta culposa, o simples descumprimento da cláusula contratual, independente da culpa, já é suficiente para deflagrar a responsabilidade. Foi a solução dada ao contrato de transporte, no qual se considera implícita cláusula de incolumidade.

⁴¹ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. p. 72.

Então vieram as presunções absolutas de culpa, que seriam a consagração da teoria da responsabilidade objetiva.⁴² A solução foi adotada em alguns casos em que era impossível à vítima provar a culpa. Imaginem os acidentes de consumo, a vítima teria que provar como ocorreu o acidente, qual a causa, qual o momento na fabricação, concepção ou distribuição que houve a falha. Isso sem conhecimento técnico e sem poder arcar com esse custo. Multiplicavam-se os casos de pessoas incapacitadas, vítimas de danos gravíssimos e que ficavam completamente desamparadas pelo ordenamento pela prova diabólica da culpa.

Por fim, o ultimo movimento apontado por Alvino Lima, foi a descaracterização da culpa formulada pela teoria clássica, e a elaboração da Teoria do Risco. A primeira etapa deste movimento foi a elaboração da Teoria da Culpa na Guarda de Coisa. Foi pura criação jurisprudencial francesa e “consiste em afirmar que o homem é legalmente obrigado à guarda das coisas sob seu poder, de molde a ter o controle absoluto da mesma impedindo que venham a causar dano a outrem”.⁴³ Foi elaborada pela dificuldade de provar a culpa do proprietário de animais que causavam dano a terceiro.

A culpa, nesta teoria, foi espoliada de qualquer elemento moral e psicológico. Diante do dano causado, basta perquirir quem é o guarda da coisa. A culpa é presumida, pura e simplesmente, no fato de perder a guarda da coisa ao qual estava confiado e permitir que essa viesse a causar dano. Foi ela que criou a responsabilidade pelo fato da coisa, fundamento da responsabilidade do produtor na relação de consumo. Foi aplicada em acidentes automobilísticos e nos causados por animais domésticos. Sem dúvida nenhuma se mistura com a responsabilidade objetiva e “foi uma reação à insuficiência da teoria clássica da culpa, e tornou-se uma das idéias dominantes e diretrizes da teoria da responsabilidade civil extracontratual.”⁴⁴ Aqui começa a sedimentação de um importante princípio para a Teoria do Risco, de que quem decide espontaneamente se utilizar de algo para proveito próprio tem responsabilidades e deve arcar também com os prejuízos naturalmente advindos dela.

Outra solução insatisfatória da teoria clássica da culpa são os danos causados pelos incapazes. Diante da impossibilidade de imputá-lo como responsável surgiu a Teoria da Culpa Anterior. Moralmente inimputável o incapaz no momento da ação, procuram-se as causas que arrastaram o agente ao estado de demência, “se este estado provém de fatos voluntariamente imputáveis ao demente, de sorte que o mesmo se achava em condições de prever as conseqüências funestas da sua conduta, responderá ele pelo dano praticado em estado de

⁴² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. p. 75.

⁴³ LIMA, Alvino. *op. cit.* p. 79

⁴⁴ LIMA, Alvino *op. cit.* p. 83

inconsciência”⁴⁵. Não há relação direta de causalidade entre o fato de perder a capacidade e o dano e é mais um caso em que se aproxima da responsabilidade objetiva.

Mais uma ampliação foi para a responsabilização no caso de dano causado pela coletividade, sem se saber exatamente o autor, e ser praticamente impossível localizá-lo. Várias foram as soluções apontadas diante da insuficiência do conceito clássico, que nesses casos promove a irresponsabilidade e possibilita vândalos se beneficiarem do anonimato. Nos ensinamentos de Alvino Lima, não se trata de uma culpa individualizável, de uma conduta que possa ser apreciada em face da diligência do *bônus pater familias*, conforme o conceito clássico. A culpa coletiva resulta exclusivamente da situação criada por todos os componentes do grupo, impossibilitando os meios de prova⁴⁶.

Ou seja, mais uma vez vemos a idéia de que quem cria uma situação perigosa, tem deveres especiais de cuidado e responderá pelos danos. É idéia muito similar ao risco proveito.

Como se percebe, a teoria da culpa foi sendo modificada pelas exigências da sociedade, seguindo a tendência moderna de se preocupar mais com a vítima, com a dimensão social e individual do dano, e menos com a conduta do agente. A idéia de punição e de culpa como centro, como a pedra angular da responsabilidade civil foi substituída pela de reparação do dano. Nas palavras de Aguiar Dias:

Imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa principiológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado adequadamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivamente da reparação e não como uma penalidade. Os problemas de responsabilidade civil passaram a ser tão somente problema de reparar as perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão⁴⁷

O movimento foi todo no sentido de se objetivar a noção de culpa,⁴⁸ pois os critérios adotados desconheciam da prudência e do aspecto psicológico da vítima. A teoria clássica gerou um sem numero de casos sem solução gerando um sentimento generalizado de injustiça diante dos benefícios de alguns em face das inúmeras vítimas. Não foi mais a culpa, mas o dano a idéia central da responsabilidade civil. Esse movimento decorreu da solidariedade

⁴⁵ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. p. 88

⁴⁶ LIMA, Alvino. *op. cit.* p. 102

⁴⁷ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil p. 83

⁴⁸ LIMA, Alvino . *op. cit.* p. 108

social diante do número crescente de vítimas em acidentes próprios da sociedade industrial, pois o critério da culpa promovia a irresponsabilidade e já não mais era tido como satisfatório.

Por fim foi cunhada a Teoria do Risco, que substituiu a Teoria da Culpa nesses casos. Como se percebe, houve uma significativa mudança do conceito de responsabilidade civil e de dano, que deixou de ser consequência da conduta culposa para consequência natural da vida em sociedade. O problema deixou de ser punir para o de distribuir esses inevitáveis danos igualmente.

2.1.2 Responsabilidade civil e socialização dos danos

A Teoria do Risco se baseou fortemente na socialização dos danos para minimizar os problemas gerados pela industrialização. O fundamento é que “existem riscos sociais contra os quais as vítimas não tem mecanismos de se precaver. Seria injusto, portanto, deixar tais vítimas com o ônus exclusivo por tais riscos, sem dividi-los.”⁴⁹ Se há atividades essenciais a serem mantidas pelo bem da coletividade, nada mais justo que dividir os mesmos prejuízos entre toda a coletividade

Essa socialização só foi possível com a separação da idéia de responsabilidade civil da culpa, como já visto (2.1.1). Com o foco no dano, na perda social e na solidariedade social crescente mudaram o fundamento da responsabilidade civil, tanto que “ao mesmo tempo assiste-se paradoxalmente a uma busca crescente das responsabilidades pessoais penais, em particular. À reparação civil acrescenta-se, frequentemente, a ação penal, com o seu escopo de punição”⁵⁰

Concomitante à socialização há a prevenção. Se toda a coletividade sofre o ônus dos acidentes, toda ela se empenhará na sua prevenção e responderá pelas consequências. O século XIX ficou marcado pela constituição de relações estreitas, porém ambíguas, entre a noção de risco, de solidariedade e de responsabilidade, como também pela emergência do dano social⁵¹

O desenvolvimento do cálculo atuarial foi de extrema importância. Um acontecimento antes tido por acidental na vida em sociedade e fruto da culpa de alguém, passou a ser esperado, previsível. As técnicas dos órgãos de seguro se modernizaram e se desenvolveram ao ponto de calcular prêmios. Os acidentes passaram a ser justificados como

⁴⁹ FRANÇA, Conselho de Estado. Responsabilidade e socialização dos do risco. p..101

⁵⁰ FRANÇA, Conselho de Estado. *op. cit.* p..11

⁵¹ FRANÇA, Conselho de Estado. *op. cit.* p.. 15

acontecimento normal da vida em sociedade, cada vez mais considerados como riscos mutualistas.

Os danos causados pela atividade pública são bons exemplos de solidariedade dos riscos. Já que o Estado age em vista do interesse público e para o bem de todos, nada mais justo que distribuí-los entre as pessoas cujos interesses são satisfeitos, já que inevitáveis e não necessariamente decorrentes da culpa de alguém.

O pensamento atomístico liberal, que queria a todo custo que cada indivíduo enfrentasse livremente os altos e baixos de sua própria existência⁵² foi suplantada pela solidariedade social. A industrialização e o progresso científico são fontes de “riscos cada vez mais difusos em suas causas e efeitos. O responsável pelo dano é, por sua vez, mais difícil de individualizar, em razão da multiplicidade das cadeias de produção tanto quanto de decisão”⁵³. Os riscos resultam de seqüências complexas de atos e decisões, envolvendo coletividade de pessoas e danificando coletividade de pessoas. Já a culpa analisa o homem atomisticamente, não como mais uma peça dentro da dinâmica social.

A calculabilidade do risco é fator fundamental. È possível prever a ocorrência de catástrofes como incêndios, quedas de avião, explosões, terremotos, alagamentos. A solidariedade social não permite que a vítima, neste difícil momento, não seja amparada. A sensibilidade ao sofrimento das vítimas foi amplificada na era industrial pelas vítimas dos acidentes industriais. Muitos ficavam impossibilitados para trabalhar, e incapaz de aferir renda, não só ele, mas toda a sua família ficavam desamparados.

Se é possível prever a ocorrência do acidente, é impossível prever quando e como. Portanto, qualquer um é vítima em potencial. Qualquer trabalhador era vítima em potencial dos acidentes terríveis, e, se qualquer um pode ser o próximo desafortunado, todos são a favor da socialização. É melhor distribuir o prejuízo entre todos, que pela divisão, e é facilmente suportável pela coletividade, que correr o risco de ser o próximo desafortunado e ficar ao desamparo, muitas vezes tolhido até da sua capacidade laboral: há também interesses egoísticos nessa solução.

A dinâmica social causa danos. “A percepção do risco foi acentuada pelas grandes catástrofes e pelo temor diante da aceleração do progresso científico e técnico, das ameaças para a saúde e para o meio ambiente em particular, que gera a atividade humana”⁵⁴. O culpado nem sempre pode ser individualizado, no que se pode chamar culpa anônima.

⁵² FRANÇA, Conselho de Estado Responsabilidade e socialização dos do risco. p.. 20

⁵³ FRANÇA, Conselho de Estado. *op. cit.* p. 34

⁵⁴ FRANÇA, Conselho de Estado *op. cit.* p.39

Concomitantemente a sociedade moderna requer maior segurança e estabilidade nas relações, para tanto a estabilidade jurídica é uma saída diante da enorme instabilidade das relações sociais.

As seguradoras são ótimo exemplo de indenização rápida e eficaz. A simples constatação do dano é suficiente para a indenização. Não se busca culpa, um culpado em um primeiro momento, mas que o desafortunado seja recompensado.

Por fim, cabe mencionar o nascente conceito de pátria. A identificação de todos como pertencentes a um grupo maior, gerou a idéia de responsabilidade nacional, e, portanto, distribuição dos prejuízos entre todos⁵⁵. A responsabilidade objetiva do Estado é o melhor exemplo de socialização dos danos causados no interesse de todos. A perseguição do culpado e sua punição são posteriores ao ressarcimento da vítima, isso se houver um culpado.

2.2 A teoria do risco no Código de Defesa do Consumidor

O artigo 170, inciso V da CF positiva o reconhecimento de tutela especial do consumidor. O imperativo constitucional parte do preceito de que o consumidor é parte hipossuficientes, sujeito a todos os tipos de práticas comerciais, notadamente a propaganda, sem ter condições plenas de defender os seus interesses sem especial proteção do ordenamento. A concentração do poder econômico nas mãos de poucos, como monopólios e oligopólios, a fim de aumentar arbitrariamente os lucros, agravaram a fragilidade do consumidor.

A sujeição às propagandas viciam a vontade do comprador, influenciado suas decisões, associando certas condutas com astros de cinema, esportistas e músicos, criando necessidades, induzindo comportamentos. É exato afirmar que os meios de comunicação em massa passaram a ter notável influencia nas manifestações, criando necessidades de contratação para aquisição de bem de utilidade duvidosa. Pergunta-se: há efetivo consentimento em contratar? O CDC responde que não, através da criação do direito de arrependimento, uma figura jurídica indispensável para uma sociedade de massas influenciada, muitas vezes de maneira ilegal, pelos meios de comunicação.⁵⁶

A publicidade é fundamental no mercado de consumo, é ela quem cria a demanda pelos produtos. Produtos básicos e essenciais não são seu alvo. A necessidade humana já é razão suficiente para o consumo, e quando esta não existe, criam-na. A propaganda se centra

⁵⁵ FRANÇA, Conselho de Estado Responsabilidade e socialização dos do risco. p.. 39

⁵⁶ CASADO, Marcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 590

em produtos fúteis ou em qualidades fúteis. Ela se intensifica em bebidas alcólicas, cigarro, alguns tipos de alimentos, roupas de grife. Associa-se a imagem de alguém bem sucedido com vestir roupa caras de grife - não necessariamente mais úteis, mas certamente bem mais caras -, um bom carro, de preferência do ano, maquiagem, tratamentos estéticos, etc. Tudo da mais absoluta futilidade, que se não fosse a publicidade, ninguém sentiria falta! Bens que não aumentam a felicidade e bem-estar de ninguém, muito pelo contrário, criam frustrações e sacrifícios pessoais para sua aquisição. A publicidade se concentra em artigos de luxo como perfume, roupas de grife, cerveja, carros de luxo, etc.

A publicidade cria a necessidade e estimula impulsos irracionais, se utiliza das fraquezas humanas, explora a necessidade de aceitação, de sucesso e felicidade, associa-as aos seus produtos. As propagandas giram em torno da auto-estima do consumidor e seus valores mais essenciais. Quem não se sente coagido ao ver o anúncio: demonstre o amor que você tem por sua mãe, compre um presente do dia das mães!

Publicidade é a arte de transformar o inútil em útil, de inventar imperativos. Nesta fase surge o interesse jurídico em resguardar o consumidor: o CDC dedicou capítulo especial à matéria. A responsabilidade objetiva, nesse caso, protege melhor a expectativa do consumidor. O consumidor pressupõe que pela publicidade o produtor apresente os produtos ao público como seguros, induzindo os consumidores a terem em conta na decisão de comprar a qualidade e a segurança dos produtos, a associar o seu produto a saúde, bem-estar e qualidade de vida. Assim a propaganda de cerveja é repleta de belas mulheres, pessoas saudáveis e a uma vida prazerosa; assim a propaganda do cigarro associava seu produto a juventude, à liberdade, razão a que devem ser protegidos dos inerentes perigos desconhecidos⁵⁷

A hipossuficiência do consumidor é evidente. Como afirma Silvio Ferreira, pois além dos produtos defeituosos, há outros problemas ligados aos atos de consumo, como práticas desleais e abusivas, além da eficácia cada vez maior da publicidade e do marketing.⁵⁸

O lesado é “estranho ao processo produtivo, incapaz de aperceber da inocuidade do produto, de descobrir os seus defeitos e dele se proteger adequadamente⁵⁹”, influenciado e direcionado pela publicidade agressiva.

A CF/88 esclarece como um dos objetivos do Estado promover o bem de todos e a justiça social; e adota como conceito de justiça a distributiva. A Constituição é

⁵⁷ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 500

⁵⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro, p. 19

⁵⁹ CALVÃO, João da Silva .*op. cit.*.p.. 501

discriminatória: beneficia empresas nacionais frente às estrangeiras, protege os idosos, as crianças e adolescente, assim como o consumidor. Proteger os menos favorecidos é um dos objetivos fundamentais do ordenamento pátrio.

A legislação civil anterior ao CDC, pelo reducionismo liberal e pela ficção da igualdade formal agravava a fragilidade do consumidor. Daí a necessidade de um sistema próprio e autônomo, com princípios e características próprias mais efetivas na proteção do consumidor. A adoção da responsabilidade objetiva foi o centro desse movimento.

Não se esqueceu da livre iniciativa. O direito é exercido conforme sua função social; e explorar e prejudicar outrem é abuso de direito. A livre iniciativa é a mola propulsora da economia capitalista: é ela a base da riqueza e do bem estar material de todos, inclusive do consumidor, pois se ele consome é por que tem bens para tal. Mas ao “lançar-se em atividade econômica, o individuo deve ter noção de que ela não só a ele deve atender, mas ao interesse de todos, pois o estado soberano brasileiro tem por fim assegurar a existência digna de todos.”⁶⁰

Não obstante a situação fática desfavorável, o consumidor se encontrava em desvantagem jurídica, exatamente por ser considerado igual. Vítima de acidente de consumo, o consumidor se encontrava em grande dificuldade para ser ressarcido. Primeiro por que se trata de fato do produto, e não fato de alguém. O causador do dano é uma coisa, logo, surgem as mais diversas dificuldades, apontadas no item 2.2.1. Além disso, cabe ainda mencionar a falta de conhecimento técnico e do processo produtivo. A regra era a irresponsabilidade do produtor. Teorias foram elaboradas. A mais notável é a Teoria da Guarda, já analisada no item 2.2.1 ao qual remetemos o leitor.

O princípio da culpa fez parte do ideário da revolução francesa: à liberdade pois só a ação nociva é proibida, à igualdade pois age com culpa quem não se conforma com a lei comum; à fraternidade, pois é moral elementar não prejudicar o outro. Daí o seu valor quase universal.⁶¹

Valor quase universal impresso no conceito de culpa. A responsabilidade pelo risco era temida e odiada, pois limitaria a liberdade das pessoas, que ficariam tolhidas pela imprevisibilidade da sua atuação: o mínimo de limitações é o mais justo, e essa limitação se estende ao agir culposamente. Não se pode esquecer que essa perspectiva foi formulada por mentes que viveram sob um regime absolutista, autoritário e arbitrário.

⁶⁰ CASADO, Marcio Mello Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor.p. 598

⁶¹ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p.365

Mas questões relativas à industrialização flexibilizaram essa idéia de responsabilidade sem culpa é tolher a liberdade. À medida que a industrialização cresce e se implanta e o maquinismo se expande, os acidentes pelos riscos a ela inerente - acidentes anônimos e inevitáveis - multiplicam-se e a correspondente indenização fundada na culpa torna-se não só problemática como não tem lugar, podendo a vítima e sua família ficar na miséria⁶²

No direito do consumidor a culpa é:

Despersonalizada, surgida na e da complicação do processo produtivo, assim, como da complexidade técnica e sofisticação dos próprios produtos. Quanto maior a mecanização ou a automação da produção e maior a divisão do trabalho na vertical e na horizontal, é dizer, maior a disseminação de múltiplas tarefas por vasto número de empregados e colaboradores, mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa de um defeito do produto e estabelecer a sua origem⁶³

O acidente do consumo é praticamente inevitável e a culpa é anônima. O dano é fácil estabelecer, a prova da culpa quase impossível, isso, se do evento danoso não resultasse perecimento do produto e a conseqüente impossibilidade de provar algo.

A regra era a irresponsabilidade do produtor. Conseqüentemente os riscos são agravados, pois a quase certeza da impunidade induzia o consumidor a não se preocupar com a qualidade do produto. Dizia-se na doutrina em “aventura do consumo”⁶⁴. A jurisprudência traçou longo caminho para a superação da culpa, da inversão do ônus da prova até a Teoria do Risco.

A atividade do produtor é fonte de riscos para a sociedade. Mesmo o máximo de diligencia não garante que o consumo seja completamente seguro. Portanto, há necessidade de tomar todas as precauções possíveis para reduzir essa potencialidade ao mínimo. A legislação passou a admitir, então, o produtor como guardião da estrutura do produto, “baseado na sedutora e muito engenhosa distinção entre guarda da estrutura e guarda do comportamento da coisa, consoante o acidente se deva a sua estrutura, ao seu estado interno, ou, ao invés, ao comportamento, à utilização da coisa”⁶⁵.

Quem exerce o controle dos meios de produção é o responsável. Assim a jurisprudência francesa responsabilizava a pessoa mais bem colocada para evitar o dano, e a noção de culpa passou a ser presumida pela simples existência do defeito: se não houve culpa

⁶² CALVÃO, João da Silva. . Responsabilidade Civil do Produtor..p 370

⁶³ CALVÃO, João da Silva. .*op. cit.*.p 385

⁶⁴ CAVALHIERI, Sérgio Filho. Programa de direito do consumidor, p. 480

⁶⁵ CALVÃO, João da Silva. *op. cit.* p. 418

não deveria haver defeito. A culpa está na má qualidade da fiscalização, e se há defeito essa má qualidade é presumida. Nesse caso, ainda se assume a liberação da responsabilidade pela prova da ausência da culpa

A teoria da culpa na relação de consumo era descabida, e o movimento foi todo no sentido de abandoná-la. O fundamento exclusivamente moral já está afastado na teoria da guarda, e a idéia de risco proveito começa a ganhar contornos. Mas o movimento de superar a culpa continuou. A Diretiva Européia 374/85, no preâmbulo, afirma que a responsabilidade sem culpa é o único meio de resolver de modo adequado o problema característico da nossa época, os danos. A culpa é um obstáculo à evolução social. As necessidades sociais de segurança e a solidariedade social requerem mais que a punição do homem que age desconforme alguém tido por “bom pai de família”.

Ainda cabe mencionar a socialização dos riscos, irretocavelmente explicada por João Calvão:

Do uso e consumo dos produtos complexos resultam acidentes inevitáveis que podem ter efeitos desastrosos para aqueles que os sofrem. É humano e justo distribuí-los igualmente por todos os seus destinatários. Isto pode ser conseguido pela imposição da responsabilidade objetiva do fabricante que, por ser a parte economicamente mais forte, estará em melhores condições para fazer o seguro e incorporar os seus respectivos prêmios nos preços dos produtos, distribuindo o risco de acidentes entre todos os consumidores⁶⁶

A responsabilidade objetiva, no primeiro momento, impõe ao consumidor o máximo de diligência na produção, reduzindo o risco ao mínimo possível, a uma quantidade determinada, estabilizada, para que possa ser suportado por ele, caso contrário a atividade passa a ser inviável. Depois de estabilizá-lo, o risco de acidente é previsto, calculado e esperado; e incorporado no preço como fator de produção. O produtor incompetente, incapaz de manter uma fiscalização, lançando produtos defeituosos perderá competitividade no mercado, pois seus custos de produção, e conseqüentemente o preço final do produto, será mais elevado. A objetivação da responsabilidade é excelente filtro para o mercado.

O respeito à saúde e segurança do consumidor é ponto central na sobrevivência do empresário a partir de então. Além de garantir proteção mais efetiva ao consumidor, há proteção mais efetiva do próprio mercado, que se vê perturbado na ocorrência de danos em massa. Estes causam a desconfiança do consumidor e de investidores.

⁶⁶ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor..p 498

O debate não é sobre quem errou, mas sobre quem melhor pode suportar o custo do dano, e certamente este não é o consumidor. A necessidade de provar a culpa condenou à miséria milhares de famílias e beneficiou produtores inescrupulosos; e os defeitos, como vimos, são consequência natural da produção em massa, e não algo anormal decorrente de um erro, da falta de cuidado, apesar de que esta pode agravar a quantidade de defeitos.

2.3 O dever de segurança e sua violação: os defeitos

A responsabilidade civil nasce do dano causado pela violação de um dever. Esse dever, na relação de consumo, é o dever de segurança e sua violação é o defeito no produto comercializado. Advindo um dano deste defeito nasce o dever de indenizar.

Há duas esferas de proteção, uma relativa à integridade física do consumidor e outra referente à econômica. O vício é a depreciação que atinge a utilidade intrínseca. Segundo Nelson Nery, “não é nem caso de responsabilidade, mas sim de adimplemento contratual ou resolução do contrato (ação redibitória) ou, ainda, de abatimento do preço (*quanti minoris*)”⁶⁷. Tanto que o legislador não repetiu a expressão “independentemente de culpa”, presente no artigo 12.

O defeito não é simples depreciação do bem, é um problema capaz de causar dano. O defeito periclita a integridade física do consumidor. A segurança na relação de consumo é direito básico do consumidor, expresso no artigo 6, inciso I do CDC. A garantia contra vício de qualidade por inadequação foi acolhida como princípio informativo da Política Nacional das Relações de Consumo, no artigo 4, II, d.

Aqui está superada a diferença entre obrigação contratual ou não. Terceiros podem ser vítima, mesmo sem participar da relação jurídica. Eis uma diferença entre o sistema de vícios do CDC e a ação redibitória. Aqui se encontra preocupação especial do legislador com a saúde de toda a coletividade.

O direito clássico desconhecia essa divisão e “tratava a questão da segurança como uma vertente acessória da problemática da adequação dos produtos”⁶⁸. Com a nova divisão entre defeitos e vícios, basta a constatação do dano decorrente de um defeito para deflagrar a responsabilidade do fornecedor. Como afirma João Calvão, “o fato gerador da responsabilidade objetiva do produtor não é a sua conduta deficiente, mas o defeito no

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. .p.. 57

⁶⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *et al.* Comenários ao Código de Defesa do Consumidor p. 109

produto posto em circulação”⁶⁹. É responsabilidade por fato da coisa. O artigo 8 do CDC impõe o dever de segurança; o artigo 12 a consequência jurídica do seu descumprimento: reparar todos os danos causados.

O fato do produto é causado por um defeito. Portanto, definir defeito é problema central para o Direito do Consumidor. O cerne do conceito é a segurança do produto, e não a aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado, que como vimos se trata do vício. O artigo 12, parágrafo 1º do CDC o faz: o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais: I - a sua apresentação; II - os usos e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

O conceito de defeito leva em conta um forte elemento subjetivo: a expectativa de segurança que legitimamente se espera do produto. Não há conceito absoluto aplicáveis a todos os casos. Isso por que praticamente todo produto oferece perigo à saúde do consumidor. È a periculosidade inerente. Antonio Herman Benjamin esclarece o assunto, afirmando que de uma maneira geral pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. Constatase que os bens de consumo tem sempre um resíduo de insegurança que pode ou não merecer a atenção do legislador. O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito. Assim, todo serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma ponta de insegurança para o consumidor.⁷⁰

A periculosidade inerente é aquela que o produto carrega normalmente, é previsível. Fogos de artifício, faca, gás de cozinha são exemplos de produtos perigosos pela própria natureza. A lei, portanto, não requer uma segurança absoluta, mas um limite razoável, que torne o produto seguro de usar. Aqui está o fundamento para qualquer solução sobre responsabilidade civil do fornecedor.

A legitimidade do perigo é conceito subjetivo e só o juiz o pode determinar, tendo atenção à periculosidade do produto em causa e todas as circunstâncias do caso concreto. O juiz, na valoração do caráter defeituoso do produto deve atender não só às expectativas subjetivas do lesado, à segurança com que ele pessoalmente contava, mas às expectativas objetivas do público geral, isto é, à segurança esperada e tida por normal nas concepções do tráfico do respectivo sector do consumo⁷¹

⁶⁹ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p.634

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; Comenários ao Código de Defesa do Consumidor. p115

⁷¹ CALVÃO, João da Silva. *op. cit.* p. 636

Portanto é desconsiderado o perigo advindo do uso normal, pois é previsível e facilmente evitável. A avaliação é casuística e varia conforme a situação. Algumas vezes o poder público estabelece padrões a serem observados, cujo descumprimento presume violação ao dever de segurança; e a observação não presume cumprimento dele.

Herman Benjamin assim define periculosidade inerente como aquela inerente ao tipo específico de produto (critério objetivo); e o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a preve-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo).⁷²

O direito quer estabilizar o perigo, reduziu-o a níveis aceitáveis e previsíveis na relação de consumo. Ele garantiu ao consumidor o direito de nenhuma surpresa desagradável ocorra e impôs ao produtor controle sob o seu produto, além de informar o consumidor de todos os riscos; e não apenas uma conduta diligente. Aliás, sequer se cogita da conduta. Portanto, defeito é “qualquer circunstancia que extrapole a periculosidade, tornando-a imprevisível”⁷³. O produtor deve garantir um produto com níveis seguros de consumo e informar o consumidor sobre todo e qualquer perigo, e isso inclui o uso correto. Qualquer falha nestas circunstancias é um defeito, pois aumenta o risco de acidente além do necessário para fruição do bem.

Por fim, cabe mencionar a periculosidade exagerada. É o risco insuprimível, a impossibilidade de estabelecer níveis seguros de consumo. O CDC veda sua comercialização como se depreende do artigo 10. Isto por que, “em face da imensa diferença entre custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização, não podem ser colocados no mercado”⁷⁴. Portanto é claro a preocupação do legislador em preservar a saúde do consumidor, ao ponto de vedar um produto cujo risco seja muito grande.

A utilização razoável do produto, apesar de não ser expressamente adotado como circunstancia pelo CDC, deve ser considerada. Isto por que cada produto tem destinações específicas. Alguém que tome gasolina não pode exigir reparação pelos danos, pois gasolina não se bebe. Não há expectativa legítima nesse caso, portanto, o legislador sequer se deu ao trabalho de elencar como circunstancia relevante. Isto também quer dizer que “o produtor, ao conceber, fabricar a comercializar um produto, deve ter em conta não só a utilização conforme o fim ou destino dele pretendido em condições normais, mas também outros casos razoavelmente previsíveis que do mesmo possam ser feitos”⁷⁵

⁷² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; Comenários ao Código de Defesa do Consumidor p. 111.

⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *op. cit.* p.118

⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *op. cit.* p. 119

⁷⁵ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 639

Por fim, cabe mencionar outra circunstancia relevante para o presente estudo: o momento de entrada em circulação do produto. Portanto “para se determinar se um produto é ou não defeituoso o juiz não pode ater-se ao momento da ocorrência do dano ou do próprio julgamento, mas deve reportar à data da sua colocação em circulação”⁷⁶

Se o produto correspondia à expectativa da época que foi colocado em circulação, se posteriormente mudanças o tornarem inseguro o fabricante não responde. Exemplos não faltam na indústria automobilística. Foi aprovada Lei obrigando os fornecedores a instalarem air-bag em todos os carros. Sua ausência é defeito, mas produtos fabricantes anteriormente não ensejarão responsabilidade do fornecedor.

2.3.1 Tipologia dos defeitos

São três os tipos de defeitos possíveis: de concepção, produção e comercialização. O defeito de concepção decorre do seu mal planejamento, na fase de idealização do projeto. O produto é intrinsecamente defeituoso, todos encontrarão o mesmo problema. Seria o caso de uma faca mal planejada cuja lamina se solta facilmente. O defeito é consequência da má formulação do produto, usando elementos impropriamente.

O defeito de produção decorre de um erro no momento de fabricação. O produto não é conforme o planejado. São exemplares fora de série, que por algum descuido do fabricante foram colocados em circulação. Pode ser controle deficiente, matéria prima de má qualidade, um problema na máquina ou simples descuido. Nesse caso apenas alguns produtos são defeituosos, geralmente um lote.

Por fim, cabe mencionar o defeito de comercialização. Aqui não há uma periculosidade do produto, mas a falta de informação não permite o consumidor prever seus riscos inerente. A periculosidade inerente e aceitável passa a ser imprevisível. Aqui o defeito está no estado subjetivo do consumidor.

De qualquer forma, independentemente do tipo de defeito, o resultado é igual, portanto, é indiferente aprofundar o estudo nesse momento.

2.4. Excludentes da responsabilidade civil do fornecedor

⁷⁶ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p 644

A responsabilidade objetiva do fornecedor não é ilimitada. O CDC, no artigo 12, parágrafo 3, previu hipóteses eximentes dela. Trata-se, na verdade, de divisão do risco do consumo pelo Código, que não corre completamente por conta do produtor, além de se limitar aos danos decorrentes de defeitos.

Só no caso de responsabilidade objetiva agravada responde-se por todo e qualquer dano, indistintamente de qual tenha sido a causa e as circunstâncias. O próprio nexo de causalidade fica diluído, sendo que a simples existência do dano deflagra a responsabilidade. São hipóteses excepcionais que dizem respeito a riscos considerados inerentes ou típicos de certas atividades, e geralmente o dano pessoal⁷⁷. São atividades essencialmente perigosas e todo e qualquer dano corre por conta do explorador dela. Exemplos são o contrato de transporte e a responsabilidade da Administração Pública sobre algumas atividades

A primeira hipótese, prevista no inciso I do parágrafo, de exclusão da responsabilidade prevista no CDC é caso o produtor prove não ter colocado o produto no mercado. Aqui fica clara a limitação da responsabilidade objetiva apenas sobre os produtos economicamente comercializados, ou seja, fonte de lucro. O risco de produção não corre exclusivamente por conta do fabricante. Cabe ao produtor demonstrar que não colocou o produto voluntariamente, provando a perda da guarda por motivo alheio a sua vontade, como roubo, furto ou extravio⁷⁸.

Portanto, é necessário definir precisamente o que se considera por “colocar o produto no mercado”. É o momento que o fabricante, voluntariamente e conscientemente, entrega a guarda do produto a terceiro, e perde conseqüentemente o controle sobre os riscos de defeito do produto⁷⁹. Portanto, ao perder a guarda do produto, o fabricante deve estar ciente da sua segurança e da inexistência de defeitos, pois responderá pelos danos decorrentes dos defeitos. O código requer do produtor o máximo de diligência para comercializar um produto, mas apenas ao comercializar. Antes de o produto entrar no mercado de consumo, a responsabilidade é comum, pois sequer há relação de consumo.

Portanto, restos de produção, material inutilizado, restos de matéria-prima, produtos defeituosos descartados ou mesmo produtos destinados ao comércio mas ainda sob a guarda do fabricante, os danos por eles causados serão regulados pelas normas da responsabilidade geral. Há casos dúbios, como amostras grátis ou *test-drive*. Nesses casos, mesmo não auferindo lucro, são atividades naturais ao mercado de consumo, referentes à publicidade,

⁷⁷ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações..p. 486

⁷⁸ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 718.

⁷⁹ CALVÃO, João da Silva. *op. cit.* p. 669-670..

divulgação e teste dos produtos. O produtor reputa seguro o produto, o suficiente para testá-lo ou divulgá-lo com humanos, e responde objetivamente⁸⁰. Admitir outra hipótese seria permitir fazer dos consumidores cobaia.

No caso do anticoncepcional Microvilar, conhecido como o “caso das pílulas de farinha”, o STJ, no Resp 866636/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, no qual se entendeu caber ao produtor estabelecer mecanismos eficazes de controle dos funcionários, que não eram fiscalizados e poderiam sair com qualquer coisa, controle sobre a eliminação de produtos inservíveis e rejeitos, dando-os a destinação certa. Portanto, a hipótese de exclusão não isenta o produtor de tomar cuidado de todos os produtos sob sua guarda, dando-lhes a destinação correta. Há deveres com relação ao produto e sua guarda, mas não o de segurança, de ausência de defeito, regulado pelo CDC. Mas a destinação deve ser conforme a Lei e há deveres de cuidado, de eliminar adequadamente os produtos. No caso do anticoncepcional, o fornecedor invocou a eximente em questão, pois não teria voluntariamente colocado o produto no mercado. O que ocorre é que a falta de controle da empresa permitiu que pílulas de farinha, fabricadas para testar equipamento novo, não foram separadas corretamente. Era fácil encontrar caixas no lixo e a falta de controle permitiu a mistura das amostras. Não se sabe como essas pílulas foram comercializadas, e certamente não foi voluntariamente, mas negligência do fornecedor, que agiu com culpa, foi o fundamento do dever de reparar as mulheres lesadas.

A segunda hipótese prevista pelo legislador é a inexistência de defeito no produto. Como vimos em 2.3 o fornecedor responde pelos riscos de defeito no produto. Inexistindo defeito, não há responsabilidade, pois o dever é o de respeitar o de a legítima expectativa de segurança, e não de garantia de segurança absoluta. O assunto é analisado mais profundamente no item mencionado, para o qual remetemos o leitor para evitar redundância.

A terceira hipótese prevista pelo legislador é culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Aqui, o dano é decorrente não de defeito do produto, e portanto, não decorre de alguma conduta do fornecedor, mas a origem é conduta de outrem, seja o consumidor ou terceiro. O nexo causal é entre o dano e defeito é inexistente.

Aguiar Dias critica a expressão “culpa exclusiva”, e entende mais adequado o termo “fato exclusivo da vítima ou de terceiro”⁸¹. Isso por que é irrelevante se a vítima tem culpa ou não e exemplifica com um louco que se joga na frente de um trem. O problema não é de culpa, mas de causalidade. O termo é errado e induz a idéia de que a culpa se compensa, e que

⁸⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. A responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. p. 283.

⁸¹ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. p. 689

há graus de culpa. Ainda causa confusão em compreender adequadamente a finalidade do CDC ao acolher a teoria do risco como fundamento da responsabilidade. A expressão é infeliz.

Se não há fato imputável ao fornecedor causa do dano, não há um dos requisitos para a responsabilização. Se a causa adequada do dano é estranha ao fornecedor, responsabilizá-lo feriria e impossibilitaria a comercialização dos produtos.

O fato do consumidor ou de terceiro pode ser uma concausa. Segundo o dispositivo legal apenas a “culpa exclusiva” é eximente. Logo, o fornecedor responde pelos danos. Aqui mais uma vez a impropriedade do termo culpa é patente e levaria a valorar a culpa e determinar o quanto indenizar conforme o grau de culpa. A doutrina se divide pela correta interpretação do dispositivo em questão. Na verdade aqui o problema é denexo causal.

A doutrina se divide sobre a inteligência do dispositivo. Silvio Ferreira entende que a responsabilidade do fornecedor não é atenuada pois o código adotou a Teoria do risco integral. Se há defeito, todos os danos decorrentes do produto devem ser ressarcidos⁸².

O sistema geral de responsabilidade civil aceita a repartição da responsabilidade como regra na ocorrência de concausa. Se não há nexode imputação, falta um dos requisitos essenciais para a responsabilidade. A não ser que fosse adotada a responsabilidade objetiva agravada, que como vimos, dilui até mesmo o nexode causalidade por considerar a atividade inerentemente fonte de dano. Aguiar Dias aponta ser a repartir a responsabilidade conforme a conduta de cada um⁸³.

João Calvão entende que essa solução estimula a boa-fé na relação de consumo⁸⁴. A interpretação contrária privilegia o consumidor que de má fé agrava o dano com conduta própria para ampliar a quantidade indenizável. A boa-fé objetiva é princípio basilar do direito e deve ser preservada.

A solução correta é determinar a extensão do dano decorrente de cada conduta⁸⁵. Aqui mais uma vez se vê a necessidade da correta conceituação de defeito. É pelo seus riscos que surge responsabilidade do fornecedor. Se não há dano decorrente do defeito, não há responsabilidade, portanto, cada um responde pela extensão do dano decorrente da sua conduta.

⁸² ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.p.106

⁸³ AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil p. 695

⁸⁴ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 731

⁸⁵ SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. A responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. p. 296

Estas são as três hipóteses expressamente previstas pelo Código, e segundo este só essas matérias podem ser alegadas como eximente. No artigo 12 encontram-se a os termos “só não será responsabilizado quando provar”. Disso resulta a taxatividade das eximentes de responsabilidade. Contudo há duas hipóteses que rompem o nexos causal e não foram previstas: a força maior e o caso fortuito. Como vimos anteriormente, o Código não adotou a responsabilidade objetiva agravada, e o produtor ser responsabilizado por dano não decorrente de conduta sua, que não poderia ser evitado por nada que fizesse é um ônus muito intenso para ser suportado e sem nenhuma previsibilidade, o que comprometeria a possibilidade de gerenciar o risco e repartir os riscos pelo preço.

A terceira eximente vista foi “culpa” exclusiva de terceiro ou da vítima. Também rompe o nexos causal. Diferencia-se do caso fortuito e força maior pois há alguém a ser responsabilizado, ao contrário do caso fortuito no qual o consumidor não é o responsável e não pode pedir indenização a ninguém.

Hermann Benjamin⁸⁶ e Silvio Luis Rocha Ferreira⁸⁷ entendem ser o rol taxativo, mas incluindo a força maior e o caso fortuito. Primeiramente que, como vimos no item 2.2, o Código não adotou a teoria do risco integral; segundo que a responsabilidade é pelo risco a existência de defeito, inexistente no caso.

Não há muita utilidade em diferenciar exatamente força maior de caso fortuito. Muitas são as definições doutrinárias e pouco consenso. O importante é que o efeito é o mesmo nos dois casos. O Código Civil, no artigo 393 dispensou tratamento igual para ambos os casos sem distingui-los. O importante é saber que se trata de fenômeno imprevisível, ou mesmo que o seja, inevitável, um acontecimento inexorável e danoso. Portanto, não há nexos de causalidade entre o defeito e o dano. Este advém de acontecimento externo à relação de consumo e muito se assemelha à terceira eximente vista. Razão pela qual doutrina e jurisprudência aceitam amplamente como eximente apesar de não estar exposto no código.

No Resp.330.523/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes direito, o STJ decidiu que a administradora de estacionamento não é responsável pelos danos causados nos carros pela chuva de granito. Ficou decidido que “o fato de o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, § 3 não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas”.

⁸⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. p. 67.

⁸⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. p. 112-3

Há na doutrina diferenciação entre fortuito externo e interno. O interno é aquele imprevisível, mas decorrente da relação de consumo. O CDC imputa ao fornecedor a responsabilidade pelos danos oriundos de defeito independente da previsibilidade. Como caso fortuito aqui foi tratado como sempre externo à relação de consumo, a distinção é desnecessária.

O que se deve ter em mente é que não há nexos causal entre dano e defeito, e este pode nem existir. Portanto, não há responsabilidade, e não poderia haver eximente. Aceitar a força maior e o caso fortuito não rompe com a taxatividade das causas de exoneração da responsabilidade.

3. A teoria do risco do desenvolvimento

Além da força maior e do caso fortuito, a doutrina aponta o risco de desenvolvimento como mais uma hipótese eximente de responsabilidade do fornecedor não prevista no CDC, ou prevista implicitamente. A dúvida procede de diversas indagações, tanto por motivos estritamente jurídicos, como também por motivos políticos e econômicos.

Nesta terceira parte do trabalho será analisado o risco do desenvolvimento: seu conceito, casos práticos e a recepção ou não da teoria pelo CDC, assim como as consequências desta.

3.1 Conceito de risco do desenvolvimento

Sinteticamente falando o risco do desenvolvimento é a possibilidade de um produto causar dano imprevisível pelo conhecimento científico no momento de sua colocação no mercado⁸⁸. Na definição de Antonio Hermann de Vasconcelos e Benjamin, é “defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido ou imprevisível”⁸⁹. Portanto, é o risco da existência de alguma

⁸⁸ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. p. 128

⁸⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. p. 62

circunstancia do produto, incognoscível em decorrência do estado da ciência, causar algum dano.

O termo risco do desenvolvimento é impróprio, pois o desenvolvimento não é um risco em si, muito pelo contrário, o desenvolvimento é voltado para eliminar os riscos. Segundo James Marins, a expressão corresponde ao uso abreviado que os desenvolvimentos técnicos e científicos permitem descobrir⁹⁰. Mas também a expressão pode ter origem no fato de esses riscos decorrem da atividade inovadora do ser humano e consequências não previsíveis dela. Se fosse utilizado apenas aquilo já sabido e estudado, não haveriam danos imprevisíveis. Essa imprevisibilidade decorre da inovação tecnológica, e esse é o sentido usado pela quase totalidade da doutrina.

Alguns autores utilizam a expressão “estado da arte” no lugar de estado da ciência, a exemplo de João Calvão⁹¹, que é a tradução literal do “state of art” do direito norte-americano. O termo é impróprio, pois significa os riscos que não podem ser diminuídos por impossibilidade tecnológica. Ou seja, o risco é conhecido e insuprimível⁹². Na versão inglesa da Diretiva 85/374 - que será comentada adiante - adotou-se a expressão “*state of scientific and technical knowledge*”, o que comprova e imprecisão da expressão adotada pelo autor português. Inclusive, o termo arte parece causar mais dubiedade e imprecisão que ciência.

O importante é ter em mente a impossibilidade de conhecer a danosidade do produto no momento de colocação dele no mercado, vindo a ser descoberto depois. Esse risco é inerente à atividade produtora, especialmente nas inovações tecnológicas. Portanto, há dois conceitos no risco de desenvolvimento: a definição de estado do conhecimento científico e momento da sua constatação.

O primeiro é absoluto. O que se requer é a “impossibilidade absoluta e objetiva de descobrir a existência do defeito por falta ou insuficiência de meios técnicos e científicos idôneos”⁹³. Não importam a condição particular do produtor, o conhecimento científico acumulado, às pesquisas por ele desenvolvidas; o que importa é o desenvolvimento científico global. Não basta que sejam seguidos os usos e costumes ou que seja gasto uma quantia razoável ao desenvolvimento do produto. O defeito deve ser incognoscível ao produtor no momento da comercialização do produto.

⁹⁰ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. p. 128

⁹¹ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 503

⁹² CALIXTO, Marcelo Juqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento. p. 176.

⁹³ CALVÃO, João da Silva. *op. cit.* p. 510

A segunda questão que se põe é o momento desse estado dos conhecimentos científicos. Esse conhecimento é o do momento da colocação do produto no mercado. Isso quer dizer que o conceito não é estático, mas movente e sua aferição se dará em cada caso. Cabe ao fornecedor provar que dispendeu todos os esforços e que nenhum outro produtor global seria capaz de detectar o defeito. O produtor que se fia nas práticas industriais, geralmente economicistas, não se beneficiaria da eximente.

Isso não significa que o produtor seria irresponsável pelos danos causados, desde que fossem absolutamente imprevisíveis. O artigo 10, parágrafo 1º do CDC impõe ao produtor o dever de informar o consumidor aos primeiros sinais de que o produto é defeituoso; e um dever geral de cuidado com os seus produtos. Por isso é tão comum o *recall* por parte dos produtores: para corrigir defeitos não percebidos por qualquer motivo.

Diversos são os exemplos históricos de danos deste tipo. A título exemplificativo podemos citar o cigarro, descoberto nocivo apenas décadas depois do início da comercialização; o antiolesterol MER-29, que acarretou cegueira de milhares de consumidores; o talco Morhange, que matou centenas de crianças; e a talidomida, o caso mais emblemático, que acarretou o nascimento de milhares de bebês com deformidades nos membros do corpo e outros problemas de saúde. Podemos ainda citar algumas inovações, cujas conseqüência ainda não estão completamente esclarecidas, sendo que futuramente podem vir a ser vistos como altamente prejudiciais, como agrotóxicos, alimentos transgênicos, adoçantes e as centenas de novos medicamentos que surgem todo ano.

Quem deve arcar com esse risco, os consumidores ou produtores? Desses poucos exemplos é visível a importância da matéria para o direito moderno. Qualquer solução que venha a ser tomada terá reflexos imediatos na economia, na saúde e integridade física de milhares de consumidores, e no próprio desenvolvimento econômico e social, pois a maioria das invenções são para melhorar a qualidade de vida e a saúde, além de ser importante fonte de lucros e essencial para a dinâmica do mercado.

Diversas são as soluções adotadas e nem todos os países adotam um posicionamento fixo sobre a matéria, sendo que no geral há um incômodo silêncio. No geral, quem adotou entendimento expresso foi no sentido da irresponsabilidade do produtor, a exemplo da maioria dos países da Comunidade Européia e dos Estados Unidos da América. Os argumentos adotados são os mais diversos.

3.1.1 Talidomida: o caso mais emblemático.

A Talidomida é o exemplo mais lembrado de danos oriundo do risco do desenvolvimento. É um medicamento sedativo, desenvolvido na Alemanha em 1954 pelo laboratório Chemie Grunental, e passou a ser comercializado em 1 de outubro de 1957. O medicamento se difundiu rapidamente e era indicado para mulheres grávidas como a finalidade de combater enjoos. Como informa a Associação Brasileira de Portadores da Síndrome da Talidomida⁹⁴, a substância causou o nascimento no mundo todo de bebês com focomelia, que é a encurtamento dos membros e a conseqüente aparência de foca.

Uma das indicações era exatamente para mulheres em início de gestação, como ansiolítico e no controle dos enjoos. Rapidamente foi notado um grande número de bebês nascidos com focomelia ao redor do mundo. Pesquisadores se engajaram na busca da causa e logo começaram as suspeitas de que o medicamento era responsável pelas deformidades. Apenas em 1961 foi pesquisado e comprovado que todas as mães haviam ingerido pelo menos um comprimido do medicamento durante a gravidez.

Segundo a Associação Brasileira das Vítimas da Talidomida⁹⁵, a incidência maior de deformidades recaem nos membros superiores, cerca de 53% dos casos; o atrofiamento de membros tanto superiores como inferiores são 25 % do total de deformidades; 11% ficam surdos; e os restantes 11% são casos mais complicados, como má formação do tubo digestivo, da estrutura vertebral e outros problemas. Muitas vítimas morrem. Estima-se que até inícios dos anos 60 pelo menos 20 mil pessoas ao redor do mundo foram vítimas das gravíssimas deformidades.

O medicamento era tido como seguro, sem toxicidade e por isso vendido sem receita médica, livremente. O laboratório estudou os efeitos em adultos somente, e não sobre fetos e mulheres grávidas, mesmo prescrevendo o uso para tratar problemas iniciais de gravidez. Os estudos sobre fetos foram apenas realizados em roedores, que metabolizam de maneira diferente e não causam deformações. Posteriormente foram realizados estudos com primatas e foi detectado o poder teratogênico do remédio.

Nenhuma das pesquisas posteriores à comercialização da substância foram feitas pelo laboratório. Os estudos surgiram aos primeiros indícios de que a droga causava as doenças. Não há notícias que o laboratório dono da patente tenha feito maiores pesquisas sobre o medicamento, mesmo depois dos primeiros indícios; mas sem dúvida nenhuma é certo o lucro, que pela extensão da comercialização, provavelmente foi exorbitante.

⁹⁴ Acessado em: <http://www.talidomida.org.br/>

⁹⁵ Acessado em: <http://www.abvt.org.br/>

No Brasil o medicamento era comercializado por diferentes empresas. Não havia muito controle do governo, ainda mais sobre um medicamento defendido pelo laboratório alemão como inofensivo. Nenhum laboratório tomou a iniciativa de impedir os resultados desastrosos, ela coube aos governos. O governo brasileiro vedou a comercialização da substância apenas em 1965. Depois, passou a permitir o uso controlado no combate de hanseníase.

Diante das milhares de pessoas defeituosas, com dificuldades extremas para realizar as tarefas mais simples do cotidiano, dependentes de cuidados e atenção especial ao longo de toda a vida, o Governo Federal editou a Lei 7070 de 20 de dezembro de 1982, mais de 20 anos depois do nascimento das primeiras “vítimas da talidomida”, reconhecendo o direito a danos materiais, estipulando pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível para as vítimas. Ou seja, foi socializado, por meio do Estado que buscará a fonte para indenizar por tributação dos cidadãos.

Não há notícias de indenização por parte dos laboratórios, nem mesmo de alguma punição. O que se sabe é que houve a produção de milhões de comprimidos, que resultaram em milhões e milhões para os laboratórios. O laboratório, sabendo da dificuldade de imputar-lhe alguma culpa e certo dos lucros exorbitantes, nada tinham a perder vendendo o produto, e a lógica do lucro prevaleceu sobre o respeito por todas as vítimas do medicamento.

Por fim, mais de 40 anos depois o Governo reconheceu direito a danos morais, pela Lei 12190 de 13 de Janeiro de 2010. No valor mínimo de 50 mil reais, crescente conforme o grau de deformidade, a ser pago pela União.

Não se sabe ao certo quantas foram as vítimas no Brasil. Muitas vítimas morrem nos primeiros meses de vida em decorrência das complicações. É patente a negligência dos produtores, mesmo diante de evidências, e mesmo diante da certeza. A culpa era o fundamento da responsabilidade civil, o caso foi visto como imprevisível e inevitável, sendo que um simples teste com primatas demonstraria os problemas. Depois do evento, passou a ser obrigatório em muitos países estudos sobre efeitos em fetos para aprovação de qualquer medicamento. O caso está e estava muito longe de ser imprevisível, e mal esgotou os testes de praxe para a comercialização do produto e reputou-o seguro e livre para consumo.

Por 20 anos as vítimas, enganadas pela propaganda de segurança do laboratório, suportaram os amargos prejuízos materiais e econômicos. Foram necessários 20 anos para a solidariedade fluir e amparar as vítimas, e isso pelo governo. Como dito, não há notícia de alguma atitude de quem de fato lucrou com a venda do produto para minimizar os danos, nem mesmo os lucros foram revertidos para as vítimas.

Isso demonstra que a culpa nem de longe é adequado à tutela da saúde dos consumidores, e não se pode esperar pelos produtores nenhum interesse que não seja o lucro, de preferência fácil e rápido. A culpa abre brechas para soluções casuísticas, injustas, como responsabilizar quem não causou o problema nem teve benefícios - o Estado -, possibilita uma organização prévia a favor da desoneração; agrava o sofrimento das vítimas; piora a qualidade dos produtos no mercado de consumo e o conseqüente descrédito. A Talidomida causou grande frustração com a indústria farmacêutica, e um verdadeiro retrocesso no desenvolvimento social

Mesmo diante dos terríveis males causados pelos seus produtos, as empresas tendem a sempre querem negar a responsabilidade, atribuindo-a ao estado ou à vítima. Um comportamento ético e visando acima de tudo a integridade física e a dignidade do consumidor só existe quando há Lei. Se assim não fosse, se não houvesse abuso do poder econômico e um comportamento imoral dos produtores sequer haveria o Código de Proteção do Consumidor, este perderia o objeto, seria letra morta.

O caso analisado é o mais emblemático e lembrado como típico risco do desenvolvimento. Serve para mostrar as conseqüências terríveis de uma solução impensada e que não prese acima de tudo pela saúde do consumidor; ou se baseia numa suposta consciência ética do produtor, que faria todos os estudos necessários e atuaria como um guardião dos seus produtos.

3.2 O risco do desenvolvimento no direito comunitário europeu e norte-americano

A legislação nacional muito se baseou na europeia na elaboração do CDC. Por isso é importante estudar a solução europeia sobre o risco do desenvolvimento para melhor estudo do assunto no direito nacional.

Na Europa sempre houve grande sensibilidade com o risco do desenvolvimento. Lá começou a revolução industrial, surgiram os primeiros problemas e a percepção do risco sobre atividades inovadoras pela natural limitação científica de prever todas as conseqüências possíveis.

A solução atual foi adotada na Diretiva 85/374, de 25 de junho de 1985, aprovada pelo Conselho da União Europeia e tem por fim uniformizar a legislação sobre responsabilidade do produtor por produto defeituoso. Como o próprio nome indica, pois uma reunião de esforço a fim de direcionar para uma uniformidade entre os países membros da

comunidade européia. Alguns preceitos são de observância obrigatória e foram incorporados pela legislação interna de cada país.

As diferentes regras sobre responsabilidade civil dos produtores causava distorções concorrenciais no mercado comum europeu. Com a atuação transnacional das empresas e livre circulação de pessoas as diferentes regras sobre o consumo prejudicavam alguns países, especialmente aqueles que mais tutelam o consumidor, em detrimento de outros, pois o custo de produção e comercialização mudam.

Sobre o risco do desenvolvimento, a orientação da Diretiva foi aceitar como uma excludente da responsabilidade do produtor. Contudo permite aos países membros adotarem posição diversas, caso entendam. A solução foi fruto de intensos debates sobre o assunto. João Calvão narra os precedentes⁹⁶. A proposta de diretiva apresentada em 1976 não previa a eximente. Inclusive não constava de nenhum dos Anteprojetos de Diretiva elaborados pela Comissão das comunidades Européia.

A mudança de entendimento começou no âmbito do Conselho Econômico e Monetário do Parlamento Europeu, que em parecer de Maio de 1979, propôs a adoção do risco do desenvolvimento como eximente. Ou seja, uma comissão de interesses econômicos foi a primeira a ser contra a responsabilidade do produtor. O principal argumento foi de que é um ônus insuportável ao produtor.

A Comunidade Européia, depois desse parecer se encontrou dividida. A França, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Grécia e a Irlanda eram a favor da responsabilização; Itália, Holanda e Inglaterra contra.⁹⁷

Por isso foi adotada “solução de compromisso”. A disputa foi muito intensa e “política, ora prevalecendo a lobby dos empresários, ora dos consumidores. A disputa foi tão grande que culminou na quebra da homogeneidade normativa, frustrando os objetivos da diretiva.”⁹⁸ Com ela, a orientação vencedora foi pela irresponsabilidade, mas abriu a possibilidade de cada país adotar entendimento próprio, desde que o faça expressamente. O artigo 7 da Diretiva previu o risco do desenvolvimento como causa excludente; o artigo 15 faculta aos estados derrogar na legislação própria e ainda previu revisão da matéria 10 anos após a promulgação da Diretiva.

Segundo a Diretiva, o risco do desenvolvimento é causa excludente da responsabilidade, ficando ônus do produtor provar que não era possível detectar o defeito,

⁹⁶ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 504.

⁹⁷ CALVÃO, João da Silva. *op. cit.*, p. 504.

⁹⁸ MARINS. James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto. p. 130

sendo que o momento dessa aferição é o da colocação do produto no mercado, e não da ocorrência do dano.

Apenas dois países - Luxemburgo e Finlândia - adotaram a opção de não adotar a excludente do risco do desenvolvimento. A Espanha implementou a Diretiva em 08.07.1994, adotou a eximente, excepcionando-a apenas quanto a remédios, drogas, gêneros alimentícios e produtos alimentícios destinados ao consumo humano. A França, que já tinha um histórico de responsabilizar o produtor nesses casos, modificou o entendimento para recepcionar a eximente, excepcionando-a apenas no caso de órgãos humanos ou componentes do corpo humano.⁹⁹

Prevaleceu o entendimento da Diretiva. Como esclarece James Marins¹⁰⁰, houve grande pressão tanto das associações dos consumidores - para que não houvesse a eximente - e grande pressão das indústrias, notadamente a indústria farmacêutica, a favor da aceitação. A pressão da segunda foi mais forte, e o argumento mais forte utilizado é o risco é muito grande para ser assumido pelos fornecedores, o que inviabilizaria o desenvolvimento e afetaria toda a sociedade.

Até mesmo países que responsabilizavam o produtor, a exemplo da França, mudaram de posicionamento pois ficariam em grande desvantagem competitiva dentro da União Européia, pois suas empresas suportariam um ônus superior ao de outros países, numa típica concorrência desigual.

Em 26.01.2000, A Comissão do Meio Ambiente, Saúde Pública e Política do Consumidor da União Européia elaborou parecer criticando, mais uma vez, a desoneração do produtor, sugerindo revisão completa da solução adotada pela diretiva. Isso apenas demonstra a grande controvérsia que ainda reina no assunto naquele lugar.

Argumenta Marcelo Casado que “infelizmente, para aprovação desta importante Diretiva, o Conselho da Comunidade Européia teve de se render ao *lobby* dos empresários, notadamente os da indústria farmacêutica”¹⁰¹. Mesmo indicando apenas pela desoneração, os países que porventura não a aceitassem colocariam suas empresas em grande desvantagem competitiva, pois teriam um ônus a mais para suportar, o que seria um entrave à indústria nacional em relação ao de outros países, mais livres para inovarem e lucrarem com isso

Já nos Estados Unidos da América o posicionamento é ainda mais desfavorável que o da Diretiva da Comunidade Européia. Há certa semelhança entre os argumentos utilizados

⁹⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. p. 22

¹⁰⁰ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto.. p. 129

¹⁰¹ CASADO, Marcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 608

pela jurisprudência atual com a desenvolvida no século retrasado para desonerar o empregador pelo acidentes de trabalho. Como aponta José Reinaldo Lima Lopes¹⁰², “a consciencia jurídica se inclinava a proteger o desenvolvimento industrial limitando as reparações de danos”. A visão é de que há um mal necessário no desenvolvimento e quem explora esse risco não deve suportar o ônus e prol desse mesmo desenvolvimento. Os acidentes são o preço que de bom grado deve ser suportado em prol do desenvolvimento.

Silmara Juny e Antonio Carlos citam uma decisão da Corte de Justiça do Estado de Nova York, de 1873, que reflete bem essa linha de pensamento, ao consignar: “precisamos ter fábricas, máquinas, represas, canais e ferrovias, que constituem a base da civilização, não sendo razoável indenizar a vítima do dano, uma vez que o vizinho recebe sua compensação por tal dano pelo bem geral que participa.”¹⁰³ A idéia é de que a vítima suporte o prejuízo por um hipotético benefício de todos, inclusive o dela. Caso contrário, o desenvolvimento se estancaria. Mais uma vez o mesmo argumento utilizado na Comunidade Européia ganha forma e se impõe.

Ainda hoje privilegia-se o desenvolvimento social em prejuízo da saúde do consumidor. É sem dúvida nenhuma o principal e mais forte argumento a favor da desoneração, incutir o medo de caso contrário o progresso será ceifado. Isso por que responsabilizar o empreendedor, que age voltado para todo o benefício da sociedade, seria punir uma atividade desejável para o progresso humano.

3.3 O risco do desenvolvimento no Brasil

Há grande controvérsia no ordenamento pátrio sobre o assunto, assim como no mundo todo. Há duas grandes correntes, uma que defende a desoneração do produtor pelos riscos do desenvolvimento e outra que entende pela responsabilização. A primeira adota vários argumentos: o primeiro de que não há defeito, por inexistir legítima expectativa sobre o desconhecido; o segundo de que o Código adotou expressamente como causa de desoneração; e o terceiro é político, o mesmo adotado pela União Européia e pelos Estados Unidos da América, e de que na verdade houve um esquecimento do legislador, uma falha.

O primeiro argumento é estritamente jurídico, e por isso será analisado primeiramente. James Marins o adota primeiramente. Segundo o autor, há dois tipos de

¹⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. p. 19

¹⁰³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo . p.34

defeitos, os juridicamente relevantes e os irrelevantes. Os primeiros são os de fabricação, concepção e comercialização; os irrelevantes são a culpa exclusiva de terceiro ou da vítima, o caso fortuito e a força maior, a ação deletéria do tempo e o risco do desenvolvimento¹⁰⁴. Segundo o autor, a incognoscibilidade do defeito o torna irrelevante juridicamente.

A primeira e mais evidente crítica é sobre o conceito de defeito e sua tipologia. Segundo o próprio Código de Defesa do Consumidor. Todo defeito é juridicamente relevante cujos danos devem ser ressarcidos pelo fornecedor.¹⁰⁵ A distinção entre defeito juridicamente relevante e irrelevante não é adotada pelo CDC e nem pela maioria da doutrina. O autor sequer define o conceito de defeito. Portanto, há um equívoco na interpretação do CDC nesse ponto por parte do autor.

Ainda argumento que não há legítima expectativa de segurança, o que também ilide o defeito e consequentemente a responsabilidade já que faltaria um dos requisitos para a responsabilidade¹⁰⁶. É também o argumento adotado por Rui Stocco¹⁰⁷ e Gustavo Tepedino, para quem o “conceito de defeito é relativo, contemporâneo a duas noções, em determinado contexto histórico: segurança e expectativa.”¹⁰⁸ Não pode haver expectativa de segurança sobre algo que ninguém saiba e nem poderia saber existente: o defeito é incognoscível.

Ainda interpretando o 10 do CDC, segundo o qual o fornecedor “não poderá colocar no mercado de consumo produto que saiba ou deveria saber apresentar alto grau de periculosidade” Portanto, a *contrario sensu*, como nem sabia ou poderia saber da existência do defeito, não há nenhum erro cometido pelo fornecedor em colocar o produto no mercado de consumo. Assim, o estado científico limita a expectativa de segurança do consumidor.

Sem dúvida nenhuma o argumento é engenhoso e sedutor. Mas aqui também há a adoção de conceitos que não são unânimes. Primeiramente, o fato de não ser possível provar a insegurança de um produto não equivale a reputá-lo seguro. Não se pode confundir a periculosidade com o risco do empreendimento. Mesmo sem a certeza do defeito, há sempre o risco de existir, e estamos tratando do risco e seu ônus. Há uma certa confusão entre conduta, culpa e risco.

O defeito, como vimos no item 2.3, tem como um dos pressupostos a expectativa do consumidor sobre os riscos do produto, riscos estes que devem estar dentro da normalidade para aquele produto, e a completa ciência do consumidor. Se o próprio fornecedor não tinha

¹⁰⁴ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. p. 112.

¹⁰⁵ Artigo 12 do CDC: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos [...]

¹⁰⁶ MARINS, James. Risco do Desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos p. 125

¹⁰⁷ STOCCO, Rui. Defesa do consumidor e a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. p. 49.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. p. 68

condições de conhecer o risco, muito menos tem o consumidor, que não tem conhecimento do processo de fabricação ou dos componentes e funcionamento do produto - estes muitas vezes protegidos pela propriedade industrial. Aqui se trata de um risco criado pelo fornecedor.

Como vimos todo produto carrega consigo uma periculosidade, todo produto é passível de causar dano. O que exige o CDC é a previsibilidade e razoabilidade desse problema. Quando extrapola as condições normais para o consumidor, quando não corresponde à expectativa, há o defeito. Assim que falta de informações sobre o uso tornam o produto defeituoso, mesmo não havendo nenhuma circunstancia anormal no produto. O conceito de expectativa de segurança é auferido em face do consumidor, e não da atitude do fornecedor.

O consumidor, ainda, é sempre induzido a crer na confiabilidade do produto. A publicidade, nesse aspecto, é o principal fator. Ninguém é obrigado a explorar economicamente algo novo, cujas conseqüências incertas podem ser danosas. Ninguém ainda é obrigado a veicular propagando sobre seu produto. O consumidor é levado a crer pela forte atividade publicitária na segurança do produto; e incapaz de avaliar os seus riscos pela ausência de conhecimentos técnicos. Quem melhor sabe avaliar esses riscos são os produtores.

Sobre o consumidor há constante máquina publicitária estimulando o consumo, criando necessidades até então inexistente, criando padrões de comportamento. A publicidade se encontra nas ruas, na televisão, nos filmes, no eventos esportivos, musicais e praticamente todos os eventos sociais. Como, diante desse quadro, se pode dizer que não haja expectativa de segurança por parte do consumidor. Quais razões teriam ele de avaliar os riscos existentes, ou de sequer conhecê-los?

O argumento de que o consumidor não tem expectativa legítima de segurança muito se aproxima ao utilizado pela indústria de cigarro para fugir da responsabilidade dos danos causados pelo seu produto. E ainda há o argumento de que, depois de conhecidos, consome quem quer apenas. É transferir para o consumidor responsabilidade imposta pelo ordenamento ao produtor: a responsabilidade de gerenciar os riscos na relação de consumo.

A maior parte da doutrina entende tratar-se de defeito. A Diretiva Européia elenca expressamente como defeito no artigo 7 da diretiva. João Calvão também assume tratar-se de defeito, criando, dentro das tipologias do defeito, um quarto, o defeito do desenvolvimento. Trata-se uma espécie defeito muito parecida com o de concepção, sendo que a única diferença

é a incognoscibilidade, ou a limitação ao “estado da arte”, na expressão do autor¹⁰⁹. Entende tratar-se de responsabilidade objetiva limitada.

Já muitos outros doutrinadores inserem na categoria dos defeitos de concepção, a exemplo de Silvio Luis Rocha Ferreira¹¹⁰ e Antonio Vasconcelos Hermann Benjamin, para quem “o risco do desenvolvimento é especial do gênero defeito de concepção. Aqui o defeito decorre de carência informativa, À época da concepção sobre o risco da adoção de determinada tecnologia”¹¹¹. Portanto, a crítica de que não se trata de defeito e, portanto, não há responsabilidade do produtor não procede. Há uma expectativa de segurança e todos os riscos anormais devem ser informados ao consumidor. Mesmo que não se trate de defeito de concepção, certamente há defeito de informação.

Outro argumento muito utilizado pela doutrina é que houve recepção do risco do desenvolvimento como eximente no artigo 12, parágrafo 1, inciso III e parágrafo segundo do mesmo artigo. Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, explica que “a dicção normativa do dispositivo está muito distante de significar a adoção da teoria dos riscos do desenvolvimento”. Na verdade, os dispositivos fixam o limite temporal da expectativa do consumidor.

Exemplifica com modelos de veículos, tais “como o sistema de freios ABS, que impede travamento das rodas em freadas bruscas” não tornará carros antigos, sem o mesmo sistema, obsoletos. Normas do Conselho Nacional de Transporte (CONTRAN) aprovou em 2009 as resoluções 311 e 312, que prevêm para todos os carros nacionais os equipamentos de segurança air bag e freio ABS. O produto sem tais equipamentos serão defeituosos, mas os antigos não. Isso por causas dos artigos citados, que estabelecem a expectativa de segurança do consumidor ser a do momento da compra. No momento da comercialização, o produto não era defeituoso aos olhos do consumidor. Portanto, os artigos são uma proteção ao produtor contra a obsolescência do produto pelo tempo.

Rui Stocco advoga a favor da irresponsabilidade. Assume que a finalidade do CDC é desonerar o consumidor dos riscos do consumo. Mas alerta que o risco do desenvolvimento é um ônus muito pesado para a indústria, e que vedaria o desenvolvimento tecnológico. Os custos dos medicamentos subiriam muito e seriam inviáveis para as camadas mais pobres da população, que seriam os principais prejudicados. Afirma que a responsabilidade decorre expressamente da Lei, e nesse caso não há previsão legal para responsabilizar o produtor.

¹⁰⁹ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 527

¹¹⁰ ROCHA, Silvio Luis Ferreira. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. p. 111

¹¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. p. 67

Sustenta que “o artigo 10, parágrafo 1º, é uma prova de que a omissão foi proposital pela não responsabilização do produtor.” Pela desoneração, defende que o rol das eximentes previstos no parágrafo 3 do artigo 12 do CDC é exemplificativo e cita o julgado do STJ proferido no recurso especial nº 120647, relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, reconhecendo que a força maior e o caso fortuito são eximentes.

Como analisado no item 2.4, o caso fortuito e força maior não são verdadeiramente eximentes, pois não há nexos causal entre o dano e o defeito, portanto não há responsabilidade. Não se pode eximir de um dever inexistente. Assumir a força maior e o caso fortuito não quebram, só por si, a taxatividade do rol, amplamente reconhecido pela doutrina. O autor ainda ignora completamente o comando do parágrafo em análise, que afirma que “só não será responsabilizado”. O só garante a taxatividade do rol.

Os argumentos técnicos são menos fracos que o forte apelo sentimental pela não responsabilização do produtor. Afirma Gustavo Tepedino ser o risco “insuportável para o setor produtivo da sociedade, desencorajando a comercialização de certos produtos”¹¹² Exigir do produtor eliminar um defeito que não sabe nem pode sabê-lo não pode ter o condão de obrigá-lo ao impossível¹¹³, ainda, o que é impossível, parece ser uma idéia absurda, portanto, a Lei deve expressamente impor como limite à expectativa de segurança o estado dos conhecimentos científicos.

O que se argumenta é que a responsabilidade objetiva deve ser limitada para o funcionamento da indústria. O maior parte dos danos na relação de consumo devem ficar por conta do produtor, mas transformá-lo em segurador universal é inviabilizar a sua atividade, em prejuízo de toda a sociedade carente de inventos que venham a apaziguar os transtornos da vida, como as doenças. Essa é a “solução equilibrada e prudente”¹¹⁴, a mais justa.

Como vimos no item 2.1.2, um dos objetivos da responsabilidade objetiva é a socialização dos danos. O produtor pode incorporar o dano mais facilmente, e redistribuí-lo entre todos os consumidores pelo preço. No caso de danos imprevisíveis essa redistribuição seria inviável. Não há como calcular e segurar os danos e uma das finalidades da responsabilidade objetiva se vê frustrada, pois não há socialização do dano, apenas a assunção pelo produtor.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. p. 68

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. p. 82

¹¹⁴ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 522

Essa imprevisibilidade ainda causa insegurança e desconfiança pelos produtores, já que o “empresário necessita de critérios seguros para estruturar a sua empresa”¹¹⁵. Fernando Eberlin alerta para a fuga de investidores e a estagnação econômica que isso poderá causar. A insegurança jurídica forçará a migração para mercados mais seguros, no qual o custo de produção pode ser determinado e exemplifica com o caso do Japão, cuja legislação arcaica em Direito do Consumidor - que se baseava na culpa - beneficiava o desenvolvimento econômico do país por ser um mercado mais atrativo¹¹⁶.

A sociedade atual, tão cheia de problemas e tão carentes de solução deve privilegiar o desenvolvimento tecnológico. O ordenamento, portanto, deve “proteger a pesquisa e o desenvolvimento científico”. Portanto, a distribuição do ônus deve ser racional a ponto de não impedir a atividade.

Isso não quer dizer que o consumidor fica desamparado e corre enorme risco ao utilizar produto com inovação tecnológica. Afirma Fábio Ulhoa Coelho que há o dever dos produtores pesquisar sobre os produtos colocados no mercado de consumo, e “a desobediência ao dever de pesquisar gera defeito de concepção”¹¹⁷. Portanto, o fornecedor deve utilizar de todos os meios possíveis para detectar o defeito. Portanto, é unanimidade na doutrina que argumentos economicistas sobre o comportamento é inaceitável. E, a partir da detecção do defeito deve tomar todas as precauções possíveis para minimizar os danos. Solução similar à francesa foi punir o produtor caso seja omissor a partir da detecção do defeito. Com isso se deseja evitar a omissão o produtor.

Mesmo assim há fortes argumentos a favor dela. Primeiramente que não há nenhuma pesquisa científica séria, baseada em estatísticas confiáveis sobre a insuportabilidade do risco pelo produtor. Há argumentos emotivos, fundamentados no medo da estagnação científica. A França responsabilizou os produtores desde a metade do século XX e não acarretou nenhum resultado catastrófico, não impediu o segredo dos danos e nem levou a quebra os produtores. Muito pelo contrário, trouxe mais confiança dos consumidores pelos produtos franceses, o que melhorava a imagem dos seus produtos¹¹⁸.

Portanto, o empresário não perde, necessariamente, competitividade internacional. Essa pode trazer uma imagem positiva dos seus produtos, inspira confiança e o sentimento de

¹¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p. 88

¹¹⁶ EBERLIN. Fernando Buscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento. p. 12.

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. p. 82

¹¹⁸ COSTA. Geraldo de Faria Martins da. Risco de desenvolvimento: uma exoneração contestável. p. 314.

respeito por parte do consumidor. E garante que será ressarcido por imprevisíveis danos. Poderá haver preferência por esses produtores em relação àqueles que irresponsáveis,

Outro problema é abrir brechas para a má-fé de alguns. Sabe-se da dificuldade da prova, e isso permite uma prévia organização exonerativa, limitando o investimento para novas descobertas ou escondendo resultados. Como vimos, a indústria do cigarro manipulou resultados e induziu o consumidor ao erro baseado em propaganda massiva.

Sabendo da responsabilidade pelos defeitos, o produtor se empenhará mais em descobri-los. Caso contrário, se empenhará o mínimo possível, para lucrar por mais tempo pela descoberta. Depois sabe que há a exonerativa. Simplesmente, não há como controlar a intensidade e a quantidade das pesquisas. O requisito é a impossibilidade de descobrir os defeitos. Caso semelhante é o da talidomida, no qual o fabricante ficou inerte após a entrada do produto em circulação, e, mesmo depois das primeiras evidências do problema, continuou inerte. Portanto, para melhor satisfação do princípio da precaução e proteção da saúde do consumidor, é melhor que o produtor responda pelos riscos do desenvolvimento. A eximente desestimula a pesquisa, ao contrário do que afirmam seus defensores.

O fato de ser de difícil cálculo, portanto de difícil seguro, também não justifica a adoção da eximente. Antonio Hermann Vasconellos Benjaminn argumenta que os defeitos de concepção também são incalculáveis, e mesmo assim as empresas funcionam normalmente. O que impede a extensão maior do dano é a atitude diligente do produtor em retirar o produto do mercado e tomar as outras precauções possíveis. Isso, se a responsabilidade for objetiva¹¹⁹, caso contrário certamente o produtor, sabendo da irresponsabilidade, visará o lucro.

Mesmo a inevitabilidade pelo desconhecimento justificaria. Os defeitos de fabricação são inevitáveis e nem por isso insuportáveis pelos produtores. Há também outros danos inevitáveis, como choque anafilático. Portanto, a imprevisibilidade de alguns danos sempre houve e nem por isso inviabilizou a indústria.

Por fim, alegam os críticos da eximente, suscita um debate que se quis evitar: a culpa. O produtor haverá de provar que agiu com toda a prudência, e que o defeito não foi descoberto por impossibilidade e não por incompetência sua. João Calvão aponta pesadas críticas de doutrinadores europeus pelo retorno da idéia de negligência.¹²⁰

Contudo, o jurista português entende tratar-se de mera confusão, pois o critério é a incognoscibilidade do defeito, e não a conduta do produtor:

¹¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. p. 72

¹²⁰ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 503

Não se valora o estado da ciência e da técnica segundo o modelo da culpa tradicional, pois este, ainda que aceite a culpa em abstracto ou em sentido objetivo, afere a conduta do agente responsável pela diligencia exigível a um bônus *pater familias*¹²¹

Não se trata de comparar a conduta com a de um homem médio, mas da impossibilidade absoluta de detectar o problema. O autor lembra que critério de qualidade baseados em preceitos econômicos, ou fiados nas práticas da indústria são imorais.

Mesmo assim resistem problemas para aferir o estado da ciência. Mesmo divergindo do conceito clássico de culpa, insere elementos indesejáveis e duvidosos. Quais são os conhecimentos relevantes para o estado da ciência? Correntes minoritárias devem ser observadas? E pessoas foram do âmbito acadêmico, como estudiosos esotéricos?

Fábio Ulhoa coelho entende que apenas o conhecimento acadêmico e seus interlocutores devem ser levados em consideração¹²². Definir pesquisadores acadêmicos pode ser um problema, definir então quem são seus interlocutores constitui problema maior ainda. Ainda basta lembrar as divergências acadêmicas, bastante freqüentes por sinal, colocariam em dúvida saber se o produtor esgotou ou não o estado dos conhecimentos científicos. E fazer a prova de que, em todas as revistas científicas do mundo, não havia nenhuma previsão sobre o defeito. O estado da ciência a ser considerado é o planetário, e não o nacional.

Isso também geraria outra grande distorção na concorrência: laboratórios mais bem equipados e poderosos terão acesso mais fácil que os pequenos. As transnacionais, por exemplo, teriam vantagens sobre empresas nacionais pelo acesso ao conhecimento acadêmico de diferentes países.

Definir qual conhecimento é relevante ou não é uma situação muito incomoda e problemática. No caso concreto seria uma grande cortina de fumaça a ser usada pelo produtor de má-fé, que pode lançar dúvidas sobre alguns resultados, apresentar resultados menos confiáveis ou até mesmo forjar pesquisas científicas.

Melhor é responsabilizar o produtor pelos riscos do desenvolvimento. Suscita menos problemas e tutela melhor a saúde do consumidor. Se há um risco, fere a equidade que a vitime arque com os prejuízos sozinha. É insensível, ainda, dizer que é um mau necessário que ela deve suportar pelo bem da humanidade.

O Direito brasileiro adotou a Teoria do Risco criado. Segundo o jurista português João Calvão:

¹²¹ CALVÃO, João da Silva Responsabilidade Civil do Produtor.. p. 513

¹²² COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. p. 87

Teleologicamente a ratio em apreço repousa sobre o risco ou perigo decorrente de certas actividades desenvolvidas: presume-se a culpa de quem exerce uma actividade perigosa, não por uma actividade perigosa, não por uma questão de valoração ética do seu comportamento, mas em primeiramente por esse exercício constituir especial fonte de perigo, a justificar que o risco de danos correspondente como por sua conta¹²³

Significar dizer que aquele que explora actividade arriscada deve arcar com o prejuízo. Quem tem o bônus tem o ônus: a empresa espontaneamente explora uma certa actividade, cabe a ela avaliar os riscos e investir na segurança e arcar com os prejuízos.

Preocupam-se com a gravidade dos danos, que as empresas irão à falência se suportarem esse ônus; pouco se pergunta sobre a possibilidade dos consumidores suportarem os danos sofridos. Ninguém se pergunta como as vítimas da Talidomida conseguiram suportar os prejuízos, se poderiam. Ninguém se pergunta como as pessoas com deformidades, deficiências como cegueira, e as vítimas fatais suportam o ônus. A preocupação principal é que as empresas não suportem um prejuízo de difícil seguro, ela só pode suportar aqueles incorporáveis como passivo e redistribuído pelo preço. A idéia vai contra princípios gerais do direito e da moral. É melhor suportar os prejuízos quem teve a iniciativa de criá-los para lucrar com eles, e não a vítima.

¹²³ CALVÃO, João da Silva. Responsabilidade Civil do Produtor. p. 404

CONCLUSÃO

O CDC veio para equilibrar a desigualdade na relação de consumo e proteger a parte hipossuficiente: o consumidor. Houve concentração da responsabilidade no fornecedor, mais bem preparado para suportar os danos que o consumidor, e o único que pode tomar medidas efetivas para evitar os defeitos. Não é uma punição ao produtor, mas uma divisão mais justa desse ônus.

Todos os requisitos para responsabilização estão presentes: o defeito e o dano. Sem dúvida nenhuma se trata de defeito, pois extrapola o risco esperado pelo consumidor. Há uma violação ao dever de segurança e este não requer a ciência do produtor ou estipulação do dano. Em termos de responsabilidade na relação de consumo, são dados irrelevantes e indesejáveis, que mais agravaram que solucionaram problemas. O caso deve ser visto como um fortuito interno¹²⁴. Portanto a ser suportado pelo fornecedor, mais poderoso economicamente e com melhor capacidade de absorção dos efeitos danosos.

Muito se teme sobre nefastos efeitos contra o setor produtivo e desenvolvedor da sociedade, que, com mais esse ônus, ficaria sem atrativo. Contudo, faltam estudos sérios sobre o assunto. É compreensível, considerando os custos envolvidos, que os fornecedores reajam em conjunto contra sua responsabilização. Sem dúvida, o tão desejado lucro seria menos certo explorando a atividade: o custo empresarial se tornaria menos certo. Mas nunca houve certeza de lucro: defeitos de concepção também são imprevisíveis, e os de fabricação inevitáveis.

A impossibilidade de prever a extensão do dano ressarcível é o principal problema. Isto o torna insegurável e sua distribuição entre todos os consumidores incerto. Contudo, o atual estágio de desenvolvimento tecnológico permite que uma pesquisa ampla sobre os efeitos de novos produtos, e dão uma grande margem de segurança

Do outro lado há os consumidores, as vítimas dos acidentes de consumo, que, não obstante isso, ainda teriam que arcar com o prejuízo sozinhas. Isso pelo suposto bem que o desenvolvimento tecnológico gera na sociedade.

O debate assume caráter passional. Contudo, fere a moral a idéia de a vítima suportar sozinha os prejuízos. O trauma causado por acidentes passados, como o estudado caso da Talidomida, reforçam a necessidade de mudança do entendimento para responsabilizar o fornecedor. O desenvolvimento não pode ser a custo de uma pessoa só. Há formas mais justas de tratar esse risco, sem necessariamente a vítima suportá-lo integralmente. Podem ser feitos

¹²⁴ CAVALHIERI, Sérgio Filho. Programa de direito do consumidor. p. 485

seguros, pelo menos para cobrir parcialmente os prejuízos. O produtor ainda é o agente economicamente mais forte, mais capaz de absorver o prejuízo e incorporá-lo nos preços dos seus produtos, o que, de certa forma, implica em dividir os prejuízos com todos os consumidores, além de punir o produtor inescrupuloso com o alto passivo a ser suportado e pelo aumento do custo de produção, com conseqüente perda de competitividade no mercado de trabalho pelo aumento do seu produto para o consumidor. Além da piora na imagem e na confiança.

Por fim, pode acontecer a mesma solução apresentada no caso da talidomida: o Estado assumir o prejuízo. Não é a solução mais justa, mas é melhor que relegar ao desamparo as vítimas de danos com proporções inabilitantes. A inventividade é característica da sociedade atual, e toda a sociedade deve se preocupar com os riscos gerados pelo desenvolvimento tecnológico, pois toda a sociedade usufrui das suas benesses e tem interesse direto nessa evolução. Contudo, esta não pode ser às custas de alguns desafortunados.

O desenvolvimento tecnológico atual ainda permite um constante monitoramento do produto, e, aos primeiros sinais de dúvida, o produtor cauteloso e ciente da sua responsabilidade tomará medidas enérgicas para que o prejuízo seja o menor possível.

A Constituição de 1988 elegeu a dignidade humana como princípio básico. Preservar a saúde e a integridade física do consumidor é muito mais importante que preservar o lucro. O desenvolvimento científico é essencial, mas não pode ser a qualquer custo e deve haver sacrifícios razoáveis de bens.

Além do mais, podem ocorrer a falta de testes, manipulação de pesquisas acadêmicas e outros artifícios, de má-fé para preservar a irresponsabilidade. É no mínimo peculiar colocar um produto no mercado, para só depois fazer estudos mais precisos sobre seus efeitos diante de indícios de dano. A situação se assemelha a usar os consumidores como cobaias.

Muito acertou o CDC em responsabilizar o fornecedor por esse tipo de dano, é o melhor caminho para tutelar a integridade física do consumidor e preservar o funcionamento justo e ético do mercado de consumo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista. **A proteção Jurídica do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2008

ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito Civil, nº 15. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. Julho- setembro de 1995

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva : 1991

_____; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1 a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo : Ed. RT, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 971845//DF. Julgado em 21 de Agosto de 2008. Relatoria Ministro Humberto Gomes de Barro. 3º turma.

CALVÃO, João da Silva. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra : Almedina. 1999

CASADO, Marcio Mello. **Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**. In Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Organizadores Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery. Volume IV São Paulo : Revista dos Tribunais.

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

CAVALHIERI, Sérgio Filho. **Programa de direito do consumidor**., São Paulo: Editora atlas, 2011.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. **Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo**. in Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 27-61.

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.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Risco de desenvolvimento: uma exoneração contestável**. Recensão do artigo de Jean Calais-Auloy, *Le risque de développement: une*

exonération contestable. Mélanges Michel Cabrillac. Paris: Dalloz-Litec, 1999, *Apud* Revista de Direito do Consumidor, ano 11. N 42 p. 313-316, Brasilcon. Abril-junho de 2002

COMUNIDADE EUROPEIA. Diretiva Européia 374/85

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil** 12º Ed. São Paulo : Lumen Iuris. 2011

EBERLIN. Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes do desenvolvimento**: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista do direito do consumidor 64/9-42 são Paulo: Ed. RT, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO DE ESTADO DA FRANÇA. **Responsabilidade e socialização dos do risco**. Coord. Marcelo Dias Varella. Tradução Michels Abes. Brasília : UniCeub. 2006.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro : renovar, 2002.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo : Editora RT. 1999

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1992

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**. *In* Doutrinas essenciais em Direito do Consumidor. Org. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo : Revista dos Tribunais. v. 1 2011.

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.

_____. **Risco do Desenvolvimento e as tipologias das imperfeições dos produtos**. Revista de Direito do Consumidor. Volume 6. Abril-junho de 1993. São Paulo : Revista dos Tribunais.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Prefácio**. *In* CALIXTO. Marcelo Juqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento. Rio de Janeiro : Renovar. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os Princípios Gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. *In* Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Organizadores Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery. Volume IV São Paulo : Revista dos Tribunais. 2011

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações:: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. v. 1 2003.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do consumidor - acidentes de consumo.** São Paulo. Quartier Latin, 2006

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. **A responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.** 3º Ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil.** 6 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos. v.6, 2001

STOCCO, Rui. **Defesa do consumidor e a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento.** Revista dos Tribunais, 855/46. Janeiro de 2007

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea.** Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro : Renovar ,2006.

_____. **A Responsabilidade Civil por Acidentes do Consumo na Ótica Civil: Constitucional.** Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro : Editora DADMAA, vol. 2. P. 41-75. Abril-junho de 2000

_____. **O CDC e a complexidade do ordenamento.** *In* Doutrinas essenciais em Direito do Consumidor. Org. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo : Revista dos Tribunais. Vol. 1 2011.