

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Rodolfo Bertoldi

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PELA
TEORIA DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Lagoa Vermelha
2012

Rodolfo Bertoldi

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PELA
TEORIA DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Especialista Luis Alfredo Tartari.

Lagoa Vermelha
2012

À minha família, por representar fonte de carinho, amor, motivação e incentivo...

AGRADECIMENTOS

A Deus, pai celestial, pela capacitação concedida e pela magnífica oportunidade que me fora dada.

A minha mãe Leticia e minha avó Márcia, pela confiança demonstrada, sempre me incentivando e lutando ao meu lado.

Ao meu orientador, Professor Especialista Luis Alfredo Tartari, pela orientação concedida durante todo o processo de elaboração deste trabalho.

A todos que de alguma forma contribuíram para que este sonho se tornasse realidade, após longo tempo de dedicação, estudo e pesquisa,
a fim de concretizar essa conquista.

“Onde reina o direito, mantém-se um certo estado e grau de poderio. Opomo-nos a seu crescimento e à sua diminuição. O direito dos outros é uma concessão feita por nosso sentimento de poderio ao sentimento de poderio dos outros. Caso nosso poderio se mostre profundamente abalado e quebrantado, nossos direitos cessam: em compensação, se nos tornamos muito mais poderosos, os direitos que havíamos reconhecido para os outros até então cessam de existir para nós”.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Após o início da Revolução Industrial, o desenvolvimento tecnológico e científico tem se tornado cada vez maior, de modo que diariamente são postos em circulação, no mercado de consumo, uma infinidade de bens e serviços. Essa evolução estabeleceu o início de um processo de fabricação em massa, transformando a produção artesanal existente até então, em um completo processo mecanizado. Assim, a existência de um defeito dentro desse processo produtivo pode ocasionar prejuízos a milhares de consumidores. A fim de prevenir a ocorrência desses danos, surgiu a responsabilidade objetiva, que independe de culpa e é baseada na teoria do risco do empreendimento. Mesmo assim, a legislação não transferiu ao fornecedor de produtos e serviços uma responsabilidade integral. Pois em determinadas situações, as quais estão previstas no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor poderá usá-las como meio de defesa e se exonerar de efetuar qualquer reparação. Aliadas a essas excludentes de responsabilidade, a doutrina passou a discorrer sobre outras possíveis causas, dentre as quais, a teoria dos riscos do desenvolvimento. A presente teoria é um dos assuntos mais controvertidos dentro da responsabilidade civil, seja no meio internacional ou dentro do Brasil, já que são postos vários argumentos sobre a possível adoção ou a negação da referida teoria, visto que o Código de Defesa do Consumidor não trouxe qualquer manifestação expressa sobre o assunto. Assim, utilizando-se do método de pesquisa bibliográfica através de livros e jurisprudências, pretende-se esclarecer a possibilidade de sua utilização ou não, dentro do ordenamento jurídico pátrio como causa excludente de responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Defeito do produto. Direito do Consumidor. Excludentes de Responsabilidade. Responsabilidade Civil do Fornecedor. Riscos do Desenvolvimento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Evolução da Responsabilidade Civil	11
1.2 Do início à proteção ao consumidor	15
1.3 Responsabilidade do fornecedor no Brasil	18
1.4 Evolução da responsabilidade civil do fornecedor no Direito Brasileiro	19
2 DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	23
2.1 Definição de consumidor	24
2.2 Definição de fornecedor	29
2.3 Definição de produto	31
2.4 Definição de serviço	33
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	36
3.1 Da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço	39
3.2 Dos elementos que ensejam a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou serviço	40
3.3 Circunstâncias relevantes que definem o caráter defeituoso do produto	41
3.4 Tipos de defeitos	43
3.4.1 Defeitos de projeto ou concepção	43
3.4.2 Defeitos de execução	45
3.4.3 Defeitos de informação	46
3.5 Distinção entre defeito e vício	47
3.6 Causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor	48
3.6.1 Da não colocação em circulação do produto	49
3.6.2 Ausência de defeito do produto	50
3.6.3 Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro	50
4 A TEORIA DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO	53
4.1 Conceito de riscos do desenvolvimento	54
4.2 Análise da teoria dos riscos do desenvolvimento no direito comparado	56
4.2.1 A normatização europeia	57
4.2.2 A normatização no direito americano	61
4.3 Os riscos do desenvolvimento no direito brasileiro	64
4.3.1 Posicionamentos favoráveis à adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade	65
4.3.2 Posicionamentos contrários à adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade	69
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77
ANEXO A – Diretiva da Comunidade Econômica Europeia nº 374/85	80

ANEXO B – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Resp. 6422 – PR 88

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o ser humano necessitou de bens e serviços para que pudesse superar as adversidades e viver melhor em sociedade. Ainda que antes do advento da Revolução Industrial, a produção fosse pequena e praticamente usada somente para servir uma pequena comunidade ao seu redor, foi após o seu surgimento no século XX, que oportunizou o início da produção em massa, despertando a capacidade produtiva do ser humano.

Deixou-se de lado o meio artesanal, a produção realizada pelo meio familiar, com a utilização de um pequeno número de pessoas, passando para o interior das grandes fábricas, da produção em larga escala e do estímulo ao consumo, o que acarretou o fornecimento dos mais variados bens de consumo que facilitaram a explosão demográfica e uma melhor qualidade de vida para todos os indivíduos.

Deste modo, restou evidente que o avanço tecnológico trouxe não só o aumento da produção e da circulação de bens e riquezas entre o mundo, mas também a presença de diversos acidentes de consumo, ou seja, danos provocados por defeitos de produtos ou serviços, causando danos a uma coletividade indeterminada de indivíduos.

Percebeu-se então, que o velho sistema legal, baseado na responsabilidade fundada na culpa, não poderia ser mais utilizado, pois havia se tornado de certa forma obsoleto diante da evolução tecnológica e científica ocorrida, o que deixava em completa vulnerabilidade toda a sociedade consumidora.

A força dos novos fatos impôs uma completa mudança de perspectiva no sistema de responsabilidade civil, acarretando no desenvolvimento de novas regras e princípios para regular os danos provocados por acidentes de consumo.

Apesar de no início serem utilizadas soluções inovadoras, buscadas a partir da análise de jurisprudências, com o passar do tempo as mesmas serviram de base para novos julgamentos, o que acabou abrindo precedentes jurisprudenciais e, por fim, uma completa adaptação à nova realidade com o advento de uma nova legislação acerca do tema e da regulamentação desse novo sistema de responsabilidade civil.

Assim, cada país acabou regulamentando a matéria, criando meios de tutelar os direitos dos consumidores, apontando a existência de um sistema baseado como regra geral, na responsabilidade

objetiva do fornecedor, a qual independia da verificação da culpa como pressuposto que ensejasse o dever do mesmo reparar o dano causado. Embora a regra geral continue sendo a responsabilidade objetiva, esta não é considerada integralmente dentro do ordenamento jurídico. De modo que o próprio legislador traçou algumas hipóteses em que os fornecedores seriam eximidos de efetuar a reparação se comprovassem a ocorrência de determinadas causas excludentes.

Aliadas a tais excludentes de responsabilidade civil, que podem ser alegadas pelos fornecedores, a doutrina tratou de enumerar a possibilidade de que novas excludentes pudessem ser consideradas. Nesse sentido, vários argumentos são apontados sobre a sua utilização nos casos práticos decorrentes da relação de consumo. Uma das possíveis causas que podem ser alegadas pelo fornecedor está fundada na chamada Teoria dos Riscos do Desenvolvimento, que ainda causa grandes controvérsias dentro do Brasil acerca da sua aplicabilidade.

Uma vez que o dever de reparação do fornecedor funda-se na existência do nexo causal entre o dano e o defeito existente, a respectiva teoria busca analisar a hipótese de determinados produtos serem lançados no mercado de consumo sem que apresentassem quaisquer defeitos, uma vez que testados exaustivamente pelos métodos científicos e tecnológicos existentes no momento da colocação no mercado. E que após esse lançamento e determinado tempo de circulação, tais produtos venham a apresentar defeitos que causam prejuízos de ordem moral, física ou patrimonial aos seus usuários.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo primordial realizar uma comparação entre a legislação europeia e americana, as quais estabeleceram as primeiras discussões e procuraram obter as primeiras respostas sobre a aplicabilidade da teoria dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade civil do fornecedor. Ademais, cumpre analisar os argumentos dos diversos doutrinadores que se posicionam acerca da respectiva teoria, sobre a sua aplicação dentro da legislação brasileira, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não deixou clara a sua incidência como causa exonerativa.

Diante do mercado atual, a quem cabe suportar a presença dos riscos do desenvolvimento?

Para que essa resposta possa ser encontrada, há de ser feita uma análise sobre a evolução da responsabilidade civil no âmbito internacional e nacional, tendo culminado com o surgimento da Lei nº 8.078/90, que disciplinou as relações jurídicas de consumo no Brasil. Além disso, torna-se necessário analisar as partes que compõem a relação de consumo, bem como os seus objetos, os elementos que darão ensejo à responsabilidade civil no direito brasileiro, e as causas enumeradas pela legislação e pela doutrina como excludentes de responsabilidade civil.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para uma completa análise do tema proposto, torna-se imprescindível realizar uma retomada histórica de toda a evolução acerca da responsabilidade civil do fornecedor e dos sistemas legais de proteção ao consumidor.

1.1 Evolução da Responsabilidade Civil

Antes de evoluir para o conceito que conhecemos hoje, a responsabilidade civil passou por uma longa evolução desde os primórdios da humanidade. Primeiramente, pode-se dizer que o predomínio da vingança coletiva preponderava no meio social. Havendo uma ofensa que era causada por um indivíduo, todo o grupo possuía uma reação conjunta, uma vingança coletiva que era desferida contra o agressor.

Assim, na fase inicial das comunidades, a responsabilidade civil não passava de um direito à vingança (RIZZARTO, 2011, p. 28). Posteriormente, esta forma foi abolida, tendo evoluído para uma vingança pessoal que se baseava na Lei de Talião. A reparação do dano consistia na realização também do mal, para reparar aquele que fora anteriormente causado.

Com o advento da civilização romana, foram lançadas as bases dos sistemas de responsabilidade civil que vigoram atualmente na civilização ocidental. Para o direito romano, o delito tinha o escopo de desencadear o dever de responsabilidade. Conforme Odete Novais Carneiro Queiroz, “naquela época imperava o conceito de vingança privada”. (1998, p. 28).

Essa noção de vingança privada pode ser traduzida como uma reação primitiva, por muitas vezes selvagem, mas ainda assim humana em que havia uma reação espontânea e natural contra o mal sofrido. De sorte que essa solução é característica “comum a todos os povos nas suas origens” (LIMA, 1998, p. 08).

Mas a sociedade não permaneceu inerte, pois a mesma sempre evoluiu nas suas relações sociais em busca do desenvolvimento e do progresso entre os seus cidadãos. Assim, a Lei de Talião, que era prevista na Lei das XII Tábuas foi substituída pela composição voluntária das partes,

passando para as composições legais e posteriormente para a reparação pelo Estado que, por fim, detinha o poder de disciplinar a vingança privada.

Percebeu-se que a utilização de uma vingança privada acabava por causar um dano duplo entre à vítima e ao seu ofensor. A existência do mal como meio de reprimir outro mal causado deu lugar à prestação de uma certa quantia em dinheiro, que passou a ser definida pelo ente público, se o delito decorresse de lesão ao patrimônio público, ou cabia ao lesado ficar tal valor, se o delito fosse praticado no meio privado. No mesmo sentido, Pablo Stole Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorrem que “em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens” (2012, p. 54).

Mesmo diante de toda a evolução do direito romano, com o passar dos anos, não foi possível entre os pretores e os jurisconsultos a reparação das ideias de “pena” e “reparação”, o que acabou por ocasionar um tratamento similar entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. A grande revolução dos conceitos norteadores da responsabilidade civil só ocorreu com a vigência da *Lex Aquilia*. Através dela, foram dadas as primeiras noções da responsabilidade extracontratual, baseada na ideia de culpa como causa indispensável para o dever de reparação.

Segundo o ensinamento de Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio de lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal. (2003, p. 10).

A introdução da ideia de culpa como pressuposto de responsabilidade, foi um dos grandes marcos do direito romano, embora possuísse aplicação limitada em relação a poucos casos. Seu conteúdo restringia-se, basicamente, aos “danos causados a escravos e animais de outrem, que

fossem mortos ou feridos. Ou ainda, aos danos causados de uma agressão física do próprio ofensor” (NORONHA, 2010, p. 555).

Foi após o advento da *Lex Aquilia* que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana surgiu, de modo que o causador do dano era punido pelos danos que fossem injustificadamente, provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Quando não tivesse culpa alguma na ação que ocasionou o dano, estaria isento de responder. Desde os primórdios até a responsabilidade civil prevista no direito romano, “a vingança privada deu lugar a autoridade do Estado, uma vez que a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos” (DIAS, 1995, p. 19/20).

Após o passar dos séculos, a responsabilidade civil continuou evoluindo, de modo que na idade média, a responsabilidade civil e a pena foram definitivamente separadas, pois eram consideradas dentro da mesma situação.

Porém, é no direito francês, especificamente no Código Civil Napoleônico, que a culpa foi introduzida como elemento básico da responsabilidade civil, o que acabou influenciando diversas legislações internacionais, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.

Todavia, foi necessária uma nova visão acerca da responsabilidade civil, a qual passou a ser vista em hipóteses onde a ocorrência da culpa não seria mais suficiente para estabelecer o dever de indenização. O dever de reparação, também passou a ser baseado no risco, tornando-se objetivo o dever de reparação, ampliando-se a indenização de danos sem a existência do elemento subjetivo culpa. Já que “a teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico” (GAGLIANO e PAMPLONA, 2012, p. 56).

Houve o entendimento de que com a evolução tecnológica proveniente do advento da Revolução Industrial, da introdução das máquinas, da produção de bens em larga escala e a crescente tecnização dos tempos modernos acabou por aumentar demasiadamente os riscos e criando perigo à vida das pessoas.

Assim, surge a responsabilidade civil objetiva, a qual é baseada no risco. Conforme Maria Helena Diniz:

Ela representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples caução externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi ônus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências. (2003, p. 11).

Para essa teoria, a responsabilidade civil deve ser vista como objetiva, ou seja, havendo um dano, este deve ser reparado, independentemente de ter o agente agido com culpa. A mesma não exclui a aplicabilidade da teoria da culpa, mas tão somente procura tutelar as hipóteses em que a outra não é aplicável, de modo que garanta uma maior proteção às vítimas.

Quando se trata da legislação brasileira, podemos discorrer sobre a existência de três fases distintas sobre a responsabilidade civil.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a primeira fase refere-se ao período em que o Brasil foi regido pelas Ordenações do Reino, as quais possuíam, dentro do seu bojo, muitos dos princípios do direito romano. Assim, em 1769 surge a chamada Lei da Boa Razão, que previa a utilização subsidiária do direito romano nos casos omissos das ordenações, pois o mesmo direito romano possuía muitas das suas regras fundadas na chamada boa-razão. Conforme destaca o autor, o artigo 2º da Lei da Boa Razão prescrevia “que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão” (2001, p. 06).

Posteriormente, adveio ao ordenamento jurídico o Código Criminal de 1830, o qual previa, dentro do seu instituto da “satisfação”, a ideia de existir um ressarcimento. Mas a noção de que a responsabilidade civil estivesse atrelada à criminal não durou muito tempo, de modo que ambas fossem tratadas de forma independente. Assim, as Consolidações de Teixeira de Freitas e de Carlos de Carvalho merecem destaque, pois acabaram dispondo sobre a ocorrência da reparação *ex delicto*, a fundamentação da responsabilidade civil no conceito de culpa, o desenvolvimento da responsabilidade indireta, instituindo a presunção de culpa no caso do dano causado por coisas inanimadas e desenvolvendo o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos.

Com o surgimento do Código Civil de 1916, que acabou sofrendo uma grande influência por parte do Código Napoleônico e do Código Criminal Brasileiro, este “contempla a proteção com base na culpa, conforme refere o revogado artigo 159 que dispunha: aquele que, por ação ou

omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (RIZZARDO, 2011, p. 30).

A regra geral dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a da responsabilidade civil subjetiva ante a objetiva. “A ideia da responsabilidade subjetiva, com base na culpa deve predominar” (RIZZARDO, 2011, p. 31).

De modo que se tornam exceções à regra os casos descritos pelo próprio Código Civil de 2002, ao dispor a incidência, para determinados casos da responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Bem como nos casos previstos em outras leis, como se observa no Código de Defesa do Consumidor ao também estabelecer o pagamento de indenização pelo causador do dano, independentemente de culpa.

1.2 Do início à proteção do consumidor

Depois de breves considerações sobre a evolução da matéria, há de serem tecidos alguns apontamentos sobre a evolução específica do direito consumeirista na legislação pátria.

Conforme dito anteriormente, foi a Revolução Industrial a principal causa do desenvolvimento tecnológico e industrial, que oportunizou o rápido crescimento das indústrias, acarretando o fomento da produção de bens e serviços em larga escala, que acabaram por inundar o mercado de consumo com todo o tipo de mercadorias. Os sistemas legais existentes, seja no Brasil ou em outros países, não foram capazes de prever que o desenvolvimento tecnológico que estava ocorrendo fosse capaz de criar diversas situações causadoras de danos, que via de regra, ficavam sem reparação.

Ou seja, diante da falta de uma regulamentação própria, o resultado era sempre a presença de uma grande desigualdade entre os fornecedores e os consumidores. Como bem preconiza Sérgio Cavalieri Filho:

Destarte, à falta de uma disciplina jurídica eficiente, reestruturada, moderna, proliferam, em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas de responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor. (2010, p. 03).

Diante dessa situação, seja dentro do Brasil ou nos diversos países, ambos buscaram uma completa reestruturação da ordem jurídica vigente, no que consistia às relações de consumo. Era necessária a criação de um novo direito, com regras próprias e princípios norteadores capazes de delinear uma completa proteção ao consumidor. Tal discussão, não ocorreu de maneira isolada.

Conforme João Batista de Almeida:

Importante salientar, a seu turno, que o consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo representou fator importante para o surgimento da tutela no nível de cada país. O reconhecimento de que o consumidor estava desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos determinou maior atenção para o problema e o aparecimento de legislação protetiva vários países. (2003, p. 04).

Foi então que no final do século XIX e início do século XX que surgiram os primeiros movimentos pró-consumidor, principalmente naqueles países que sentiam um grande desenvolvimento industrial e tecnológico, como Inglaterra, França, Alemanha e principalmente os Estados Unidos. Na década de 1960, o presidente norte-americano John Kennedy realizou um importante pronunciamento, o qual foi decisivo para tornar efetiva a proteção do consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho, citando parte do pronunciamento, destaca:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos. (2010, p. 05).

O consumidor passou então a ser reconhecido como pessoa de direitos específicos, a serem tutelados pelo Estado. A partir desse pronunciamento, foram lançadas as bases do sistema consumeirista em todo o mundo.

Essa evolução da história, que ganhou força especialmente após os anos 60, é assim descrita por Hélio Zaghetto Gama:

Na década de 60 o movimento consumeirista ganhou força nos Estados Unidos, quando o advogado Ralph Nader elaborou um relatório na condição de assessor do Departamento de Trabalho norte-americano para assuntos de segurança nas rodovias. Descobriu ele que a maioria dos acidentes era ocasionada pela falta de segurança dos veículos vendidos ao público. Ações judiciais visando os direitos indenizatórios proliferaram nos EEUU. Na Alemanha os danos causados pela Talidomida, um calmante para gestantes que acarretou paralisia infantil em milhares de crianças, também movimentaram os tribunais. Tanto nos EEUU como na Alemanha, as leis locais permitiram as *Class Actions*, espécies de ações coletivas visando às reparações das lesões causadas a grupos de pessoas com direitos homogêneos decorrentes de sequelas de origem comum ou com direitos coletivos referentes a uma relação jurídica base com um ou alguns fornecedores (2002, p. 04).

Dando outro passo fundamental na elaboração de um sistema de proteção ao consumidor, a Organização das Nações Unidas, por meio da Comissão de Direitos Humanos, acabou por reconhecer os direitos fundamentais e universais dos consumidores. Em abril de 1985, houve uma evolução mais significativa em relação à matéria e a sua normatização. Através da elaboração da Resolução nº 39/248, a qual estabeleceu uma série de normas internacionais sobre a proteção do consumidor.

Tais normas tinham o escopo de proporcionar diretrizes aos países em desenvolvimento, a fim de que aperfeiçoassem as legislações pertinentes, além de encorajar a cooperação internacional sobre o tema.

Surge enfim, toda uma regulamentação que disciplinou as relações de consumo, seja no Brasil ou nos demais países que procuraram se preocupar com a proteção e regulamentação dos direitos e deveres dos fornecedores e principalmente dos consumidores.

1.3 Responsabilidade do fornecedor no Brasil

A preocupação com os produtos ou serviços que apresentavam defeitos somente ganhou certa importância nas décadas de sessenta e setenta. Percebeu-se um aumento acentuado dos danos causados, principalmente por automóveis, medicamentos, produtos alimentícios, serviços de transportes, entre outros. Diante dessa ocorrência, cada vez mais frequente, desses acidentes de consumo, os diversos juristas dos países europeus começaram a promover uma discussão sobre qual sistema de responsabilidade civil seria o mais adequado a fim de que pudesse abarcar as situações que ocorriam a cada dia, em número cada vez maior.

Dentre as várias questões suscitadas, estava indefinido se a responsabilidade do fabricante seria objetiva ou subjetiva, quem seria acionado para ressarcir os danos causados dentro da sociedade de consumo, bem como qual seria a melhor forma de provar que o dano ocorrido fora causado pelo produto defeituoso.

A definição desse regramento é absolutamente necessária, uma vez que o Direito do Consumidor não compreende apenas as regras e normas aplicáveis aos atos de consumo, mas ainda, a todos os atos que buscam proteger o consumidor, uma vez que existe uma desigualdade entre o mesmo e o fabricante. Nesse sentido, Sílvio Luis Ferreira da Rocha se manifesta:

A escalada da sociedade industrial instalou um acentuado desequilíbrio entre os fornecedores, de um lado e consumidores do outro. Surgiu, assim, a necessidade da criação de mecanismos de proteção e defesa dos consumidores contra os fornecedores (2000, p. 23).

Dessa forma, podemos destacar a existência de quatro eixos principais existentes no Direito do Consumidor “proteção contra práticas comerciais desleais e abusivas; informação, formação e educação do consumidor; representação, organização e consulta; proteção do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos” (SILVA, 1999, p. 75).

Sendo que dentre os quatro, o último caracteriza-se como o mais significativo, pois refere o dever de reparação dos prejuízos ocorridos pela introdução de produtos defeituosos.

Assim, podemos destacar que o período de industrialização dos países desenvolvidos foi o ponto inicial das discussões acerca do tema. Antes do início da primeira década do século XX, a maioria das nações possuía uma economia baseada na agricultura e com pouquíssimas indústrias, o que implicava na falta de uma legislação ou mesmo de julgados e posições doutrinárias, sendo que o direito existente era incapaz de disciplinar os efeitos danosos que estavam ocorrendo no dia-a-dia, ainda que de forma isolada. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, assim relata:

O enfoque da questão da responsabilidade civil do fornecedor era reduzida à mera comprovação do fato do evento danoso resultar ou não da violação das obrigações contratuais pactuadas, aplicando, desta forma, as regras da compra e venda, ou, então, reduzida a comprovação da culpa do fornecedor pela vítima.

Aplicando-se as regras da compra e venda, a proteção era outorgada apenas ao adquirente, não ao consumidor ou usuário. Além disso, os dispositivos relativos à compra e venda, que dizem respeito aos vícios ou defeitos das coisas, somente admitem a responsabilidade do vendedor, pessoa na maioria das vezes distinta do fabricante. O comprador era tutelado apenas na hipótese do bem apresentar vício oculto. O vício visível ou facilmente percebível no momento da conclusão do contrato não era objeto de proteção. A norma geral nesses dispositivos era a irresponsabilidade do vendedor, porque o vendedor respondia por perdas e danos apenas se, conhecedor dos defeitos ocultos da coisa alienada, não os descrevesse para o comprador. (2000, p. 27).

A total ausência de um ordenamento jurídico próprio ou a aplicação de normas gerais do Direito Civil, que não mais se encaixavam dentro da relação de consumo, forçou a criação de dispositivos e critérios a serem aplicados nas situações concretas, a fim de que os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores fossem tutelados em todo o mundo.

1.4 Evolução da responsabilidade civil do fornecedor no Direito Brasileiro

Anteriormente a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não havia no Brasil legislação especial que disciplinasse a matéria referente aos acidentes de consumo, bem como que resguardasse os direitos do consumidor, apesar de existirem apenas algumas leis e decretos que protegiam o consumidor de forma indireta. A solução encontrada era socorrer-se ao Código Civil de 1916, que dispunha de regras atinentes a responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual.

Esse regramento estava contido especialmente no artigo 159, o qual definia que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”¹.

Na responsabilidade extracontratual cabia provar a culpa do produtor consoante previa o artigo 159. Tal encargo era ônus do adquirente, o que por vezes impossibilitava ou dificultava a obtenção de qualquer ressarcimento. Nesse sentido, Marcelo Junqueira Calixto refere que:

De fato, demonstrar que o produtor agira de forma culposa ainda no momento da produção do bem se tornava excessivamente custoso para o adquirente, verdadeira *probatio diabólica*, em especial se for considerado o fato de que a produção é em grande escala e realizada por máquinas e não diretamente pelo homem. (2004, p. 72).

Após, os magistrados passaram a discutir a admissão da presunção de culpa, com a consequente inversão do ônus da prova. O fabricante passou a ter o dever de provar que não agiu culposamente na fabricação do produto posto em circulação. E em certas hipóteses, podia até mesmo aduzir a culpa do preposto, uma vez que a sua culpa era presumida pelos atos cometidos por aquele.

A posição adotada pelo Brasil, acabou por causar demasiada dificuldade ao consumidor em provar a culpa do fabricante, o que culminou pela edição da Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabeleceu “a ideia de presunção de culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (ROCHA, 2000, p. 57).

Mesmo assim, percebeu-se que o tradicional sistema baseado na culpa do agente causador do dano não era capaz de obter o devido ressarcimento ao indivíduo que sofria o dano, o que acabou por estabelecer uma nova forma de responsabilização, qual seja, aquela baseada nos vícios redibitórios, enquadrada na disciplina contratual.

A garantia contratual vinha baseada conforme os artigos 1.101 a 1.105 do Código Civil de 1916 e aos artigos 210 e 211 do Código Comercial, mas possuía aplicabilidade restrita. Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin assevera que “a garantia contra os vícios redibitórios, só de modo muito insuficiente, pode ser usada como instrumento de defesa real pelo consumidor” (BENJAMIN *apud* CALIXTO, 1991, p. 30).

¹ BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 jun. 2012.

Contudo, várias críticas foram feitas acerca da inaplicabilidade dos vícios redibitórios como fundamento protetivo ao consumidor, o que acabou por criar a necessidade da criação de normas que efetivassem a responsabilização do fornecedor. Aliado ao movimento de defesa dos consumidores que ganhava cada vez mais força no meio internacional, foi tentado através do projeto de lei nº 634-B/75, o qual dispunha sobre a elaboração de um novo Código Civil, instituir a incidência da responsabilidade objetiva em determinados casos.

A título de exemplo, podem ser citadas “a responsabilidade objetiva para as atividades que, por sua natureza, trouxessem riscos a outrem ou a responsabilidade dos empregadores e empregados, mesmo que não houve a existência de culpa” (ROCHA, 2000, p. 60).

O referido projeto não teve tempo de ser votado pelo Congresso Nacional a fim de que entrasse em vigência. Pois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta estabeleceu no seu artigo 48 das Disposições Transitórias, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 dias a partir de sua promulgação. Além disso, a Carta Magna passou a estabelecer no seu artigo 5º, inciso XXXII e no artigo 140, inciso V a necessidade do Estado em promover a defesa do consumidor.

Assim, deixou-se de lado o uso da teoria da responsabilidade civil extracontratual, a qual tornava necessária a prova da culpa do produtor e era fundada nos vícios redibitórios, consoante previa o artigo 159 do revogado Código Civil de 1916. Desta forma, abarcado tanto na evolução legislativa internacional e na inovação constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, foi através da Lei nº 8.078/90 de setembro de 1990 foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio o Código de Defesa do Consumidor, que pode ser considerado como um:

Microsistema regido por princípios próprios e específicos, entre eles o da vulnerabilidade do consumidor e a harmonização dos interesses com base na boa-fé, com a finalidade de disciplinar as relações de consumo a partir de uma política nacional, cujos objetivos, entre outros, são os de atender as necessidades do consumidor, respeitar-lhe a dignidade, a saúde, a segurança e proteger-lhe os interesses econômicos. (ROCHA, 2000, p. 60).

Além de disciplinar as normas de responsabilidade civil do produtor, estabelecendo a adoção da teoria do risco do empreendimento como fundamento de uma responsabilidade civil objetiva, a qual independe da comprovação da culpa do fornecedor. Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor dedicou espaço especial para a segurança de produtos e serviços. Mas acima de tudo,

buscou tutelar os direitos básicos dos consumidores uma vez que sujeito hipossuficiente na relação de consumo.

Portanto, há de se analisar no próximo capítulo, os elementos que compõe a relação jurídica de consumo, de modo a caracterizar quem é considerado como consumidor e fornecedor. Da mesma forma, cumpre definir as características dos produtos e dos serviços, elementos subjetivos que também fazem parte da relação de consumo.

2. DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A evolução tecnológica e científica trouxe ao cotidiano das pessoas uma gama de relações sociais que não eram previstas pelo Direito vigente, ou que, ainda que previstas de alguma forma, não eram capazes de solucionar todos os conflitos ou buscar as soluções mais adequadas.

Várias décadas foram necessárias até que a doutrina e a legislação pudessem evoluir e abarcar a completa normatização das relações jurídicas entre fornecedores e consumidores, sendo que no Brasil essa evolução legislativa se deu mais precisamente com o advento da Lei nº 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, a existência de relações sociais entre o homem com os seus semelhantes acarreta a normatização das mesmas pelo Direito. Pois, vivendo em sociedade, o homem necessita da existência de tais relações a fim de poder crescer e se desenvolver. Essa necessidade é considerada como uma característica social do homem. Pois, “vivendo em sociedade, necessariamente nos relacionamos com os nossos semelhantes, ensejando relações sociais” (FILHO, 2010, p. 52).

Tais relações, quando normatizadas pelo Direito, irão se transformar em relações jurídicas. E isso não poderia ser diferente dentro do Direito do Consumidor, posto que a legislação conceituou o que seria considerado como relação jurídica de consumo, bem como definiu aquelas que seriam as partes integrantes. Essa análise se mostra de fundamental importância, a fim de estabelecer uma correta diferenciação entre os conceitos.

Nesse sentido, podemos destacar que uma relação jurídica de consumo sempre se dará mediante a presença de fornecedores e consumidores, que possuem como objeto principal o fornecimento ou a prestação de bens ou serviços.

A definição de relação de consumo pode ser assim definida:

Ocorre uma relação de consumo sempre que houver a prestação de uma atividade, seja a prestação de serviços ou o fornecimento de produtos, por parte de pessoa física ou jurídica, ou ainda, na condição de ente despersonalizado e, havendo no outro lado a presença de um indivíduo que esteja sujeito às práticas comerciais e aos contratos de fornecimentos ou que seja vítima de um acidente de consumo, capaz de atingir a sua pessoa ou os seus bens (GAMA, 2002, p. 23).

Do mesmo modo, temos o ensinamento de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai sobre o assunto:

Relação jurídica de consumo é o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa (2001, p. 63).

Quando a relação de consumo restar configurada, podemos notar a presença de dois elementos que são nominados pela doutrina e que fazem parte de toda relação. Enquanto o primeiro é definido por ser um elemento subjetivo, o segundo será objetivo. O elemento subjetivo refere-se aos sujeitos que irão compor essa relação jurídica, estando aí elencados os consumidores e os fornecedores. De outro modo, os elementos objetivos referem-se aos objetos das prestações surgidas dessa relação, que podem ser desde um produto ou um serviço.

Essa forma de classificação pela legislação se mostra benéfica, uma vez que o legislador tentou assim, contribuir para que haja uma melhor compreensão da lei e do seu campo de incidência. Nesse sentido, tem-se como exemplo “a doutrina e a jurisprudência que por vezes tentam alargar ou restringir o conceito jurídico de consumidor” (FILHO, 2010, p. 54).

Desta forma, se mostra necessário analisar primeiramente qual a melhor definição que pode abarcar corretamente o conceito de consumidor, pois é com o mesmo, que a Lei nº 8.078/90 procurou garantir os seus direitos e a sua proteção de forma efetiva.

2.1 Definição de consumidor

Vários autores referem não ser fácil dar uma definição daquilo que melhor se enquadre dentro do conceito do que seja o “sujeito consumidor”. O próprio direito europeu acabou por influenciar o direito brasileiro sobre a melhor definição que poderia ser apresentada.

Do continente europeu, sobreveio a existência de diversas leis e regulamentos que contribuíram para a regulação das atividades relativas ao consumo. Embora, por muitas vezes as

normas jurídicas não possuíam uma coincidência de definições entre si. Em alguns casos, nenhuma definição daquilo que poderia ser considerado como consumidor era apresentado.

A legislação europeia apresentava dois tipos distintos de abordagem sobre o tema. Enquanto a primeira seria subjetiva, a segunda é considerada como negativa. “A primeira limita-se a afirmar o uso privado de um bem para que se considere determinada pessoa como consumidora. Já para a segunda, o consumidor é o não profissional” (BOURGOIGNIE *apud* ALMEIDA, 2003, p. 37).

Consideradas como insatisfatórias, tais definições dependiam ainda, da discussão daquilo que fosse aplicado mais corretamente em relação à noção de “profissional” e ao fato de que a expressão “uso privado” pudesse abranger somente o uso pessoal ou individual, ou ainda, se poderia ser enquadrado o uso familiar ou mesmo certas formas de uso coletivo.

Assim, a doutrina europeia sobre responsabilidade civil, passou a considerar duas novas concepções jurídicas acerca do conceito de consumidor, quais sejam as formas objetiva e subjetiva. Enquanto a primeira se baseia na aplicação da noção de “ato de consumo”², frente à noção de consumidor, a segunda baseia-se na consideração da pessoa como sujeito mais importante. Ou seja, “para essa concepção, mais importante é a pessoa que o ato, a intenção que o fato” (BOURGOIGNIE *apud* CALIXTO, 2004, p. 32).

Dentro dessa concepção, duas condições deveriam estar presentes para que a pessoa fosse considerada como consumidora. Primeiramente, a mesma deveria adquirir um produto ou serviço e posteriormente deveria existir uma cessão de toda a atividade de produção ou prestação relativo aquilo que foi adquirido.

Da análise dessas duas condições, o consumidor poderia ser definido como:

É uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou profissão e que uma pessoa exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial não pode ser considerado como um consumidor, salvo se ficar estabelecido por ela que ela está agindo fora de sua especialidade e que ela realiza uma cifra global de negócios inferior a milhões de francos por ano (BOURGOIGNIE *apud* CALIXTO, 2004, p. 33).

² Ato de consumo é definido como o “ato jurídico ou material que, realizando a destinação final do bem – que constitui seu objeto – nele se esgota total ou parcialmente o valor econômico, provocando geralmente a retração, definitiva ou orariaária, no mercado (CALIXTO, 2004, p. 32).

Tomando por base os ensinamentos e as discussões doutrinárias europeias, o legislador brasileiro optou pela adoção da concepção subjetiva estabelecida por Thierry Bourgoignie, estabelecendo no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor um conceito objetivo de consumidor padrão, ao estabelecer que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A própria legislação tratou ainda de estabelecer outras três hipóteses em que terceiros poderão ser equiparados como consumidores, a fim de que a tutela da Lei nº 8.078/90 também lhes fosse aplicada. Poderão ser enquadrados todos aqueles que, embora não detenham as características de consumidor padrão, venham a estar expostos às atividades realizadas pelos fornecedores, de modo que venham a ser prejudicados.

Nesse sentido, consideram-se como consumidores, por equiparação, os sujeitos elencados no artigo 2º, parágrafo único, artigo 17 e artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, que são: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; todas as vítimas do fato e do produto; e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual.

Conforme ensina Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa, o conceito de consumidor previsto nesses dispositivos “não é definido apenas sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo” (2010, p. 83). Isso evidencia o caráter marcante da Lei nº 8.078/90, que tem como papel cuidar da vulnerabilidade dos indivíduos em todos os aspectos.

Realizando uma análise do que dispõe o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina teceu várias considerações acerca da expressão “destinatário final”, uma vez que a mesma ensejou o posicionamento de várias controvérsias sobre o que poderia ser considerado como destinatário final.

A fim de apresentar uma solução sobre essa divergência doutrinária, sobreveio o posicionamento de duas correntes jurídicas sobre o assunto. A primeira denominou-se de corrente maximalista ou objetiva e a segunda, de corrente finalista ou subjetiva. Dentre os argumentos enumerados por ambas as correntes, no tocante a corrente maximalista temos o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, que assim se manifesta:

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

(...) Dando ao bem ou ao serviço uma destinação final fática, a pessoa, física ou jurídica, profissional ou não, caracteriza-se como consumidora, pelo que dispensável cogitar acerca de sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou socioeconômica. (2010. p. 55).

Do mesmo modo, João Batista de Almeida:

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o “destinatário final” dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar a sua profissão é, sem dúvida, destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda. (2003, p. 40).

Podemos considerar então, que a corrente maximalista considera que qualquer pessoa pode ser consumidora, desde que seja destinatária fática do bem ou serviço adquirido, o que nessa hipótese inclui a classe dos profissionais, como comerciantes, profissionais liberais e industriários.

Já para os adeptos da teoria finalista ou subjetiva, para que uma pessoa venha a ser enquadrada como consumidora, é imprescindível a ocorrência da destinação final fática e econômica do produto ou serviço adquirido. De modo que tudo aquilo que vier a ser adquirido não pode ser utilizado para a produção de outro bem ou serviço, devendo ser cessada toda a circulação do bem.

O que nessa corrente, acabaria excluindo os profissionais de serem enquadrados como consumidores, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor foi formulado para que atendesse aos sujeitos que fossem vulneráveis dentro da relação de consumo. Ante a existência de indivíduos vulneráveis ou não, caberia a legislação “delimitar claramente quem merece essa tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2011, p. 84). No mesmo sentido é o posicionamento de José Geraldo Brito Filomeno ao referir que somente poderia ser considerado como consumidor aquele sujeito que adquire ou utiliza um produto ou serviço para seu uso próprio ou de sua família, não havendo que se falar no sujeito profissional (2007, p. 25).

Contudo, os próprios autores referem que em determinadas situações excepcionais poderão existir casos em que os profissionais podem ser considerados como consumidores. Quem deverá analisar cada caso concreto é o Judiciário, de modo a verificar se uma pequena empresa, por exemplo, apresenta alguma das três formas de vulnerabilidade descritas pela doutrina, como vulnerabilidade técnica, jurídica ou socioeconômica de modo que as tornem como consumidores.

Podemos dizer que a vulnerabilidade técnica refere-se à falta de conhecimentos específicos, por parte do consumidor, sobre o bem ou o serviço que está sendo adquirido. A vulnerabilidade jurídica, também chamada de científica decorre da falta de informações econômicas, contábeis ou de conhecimentos jurídicos. Já a vulnerabilidade socioeconômica pode ser caracterizada como a imposição por parte do fornecedor, do seu poderio econômico, da sua superioridade frente aos consumidores, uma vez que detém a essencialidade daquilo que prestam ou fornecem.

Após a análise dos argumentos das duas correntes, Marcelo Junqueira Calixto define o seu posicionamento ao seguir os argumentos defendidos pela teoria finalista:

Assim, deve ser considerada consumidora a pessoa física que realiza a destinação final do produto pois sua vulnerabilidade, normalmente econômica, é evidente e presumida frente ao fornecedor. No caso do profissional ou da pessoa jurídica consumidora, ainda que realizem a destinação final de um produto ou serviço por atuarem em campo estranho à sua atividade principal, é de ser presumida, ao contrário, a sua não-vulnerabilidade. O Poder Judiciário poderá, entretanto, considerá-los como consumidores se revelarem uma específica vulnerabilidade (2004, p. 38).

Seria a teoria finalista que guardaria mais proximidade com toda a evolução histórica que o direito consumeirista sofreu ao longo dos anos, até que fosse reconhecido o princípio constitucional que garantiu a defesa dos consumidores ante a sua vulnerabilidade.

Também depois de analisar os argumentos das duas correntes doutrinárias, a Jurisprudência brasileira, através do Superior Tribunal de Justiça, estava se posicionando para a corrente maximalista ou objetiva, considerando como consumidor o destinatário final do bem ou serviço, ainda que este utilizasse o que fora adquirido para o exercício de sua profissão ou para que utilizasse na sua empresa.

Decorrido certo período, o Superior Tribunal de Justiça acabou mudando de posicionamento e passou a adotar a teoria finalista. Por fim, em recente posicionamento passou a adotar uma posição mista entre as correntes maximalista e finalista.

Conforme relatado anteriormente, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa asseveravam que em determinados casos, o profissional poderia ser enquadrado como consumidor, pois em algumas exceções era considerado como sujeito vulnerável. Essa foi a nova teoria adotada pela jurisprudência, a qual é conhecida como corrente finalista mitigada ou atenuada. Sérgio Cavalieri discorre sobre esse novo precedente jurisprudencial, ao referir que “ao permitir a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica no caso concreto (2010, p. 60). Essa posição mais atual pode ser vista de acordo com o Resp 476428/SC³:

Diante da correta análise de quem pode ser considerado como consumidor, passemos a ver quem poderá ser considerado como fornecedor de produtos ou serviços dentro da relação de consumo, analisando os dispositivos pertinentes do Código de Defesa do Consumidor.

2.2 . Definição de fornecedor

Como visto anteriormente, o fornecedor é considerado o outro elemento subjetivo que integra a relação de consumo. Sua definição é apresentada no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, o qual procurou ser bem abrangente no tocante ao rol de sujeitos ali elencados. Sua definição é vista de forma ampla, pois a legislação buscou enquadrar todos aqueles que atuaram nas várias etapas do processo produtivo. O artigo 3º do CDC assim prescreve:

³ Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que figure evidenciada a relação de consumo.

São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal).

Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.428-RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 9 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 20 ago. 2012.

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (1990).

Um dos motivos para que o rol seja tão amplo, reside no fato de que todas as condutas danosas estivessem regulamentadas, de modo que nenhuma delas pudesse escapar da incidência da Lei nº 8.078/90.

Ademais, enquanto o consumidor é considerado como o destinatário final do produto ou serviço, a definição de fornecedor engloba não só o fabricante originário, mas também o intermediário ou o comerciante, desde que as atividades ou profissões desempenhadas pelos mesmos sejam consideradas como suas atividades principais. Ou seja, os sujeitos descritos no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor somente são considerados como fornecedores “quando participem do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com o caráter de profissionalidade (exercício habitual do comércio) é que estão sujeitos às normas deste Código”, sejam pessoas dotadas ou não de personalidade jurídica (MARINS, 1993, p. 76).

A utilização do termo “fornecedor” é utilizada como uma denominação genérica, de modo que possa abranger todas as atividades descritas no respectivo artigo 3º. Conforme observado, o conceito de fornecedor pode apresentar três figuras distintas. A primeira delas seria a que trata do fornecedor ou produtor real; a segunda corresponde ao fornecedor ou produtor aparente e a terceira, ao fornecedor ou produtor presumido.

Diante do rol apresentado no artigo 3º, podemos considerar como fornecedores ou produtores reais o fabricante, o produtor, e o construtor, seja nacional ou estrangeiro. Os mesmos teriam a função de realizar o produto, seja no momento da fabricação ou produção do produto acabado, ou ainda, de uma parte considerada como um componente ou de matéria prima. Já no caso do fornecedor ou produtor aparente, este se refere aqueles que não participaram do processo de fabricação, mas possuem o seu nome, marca ou sinal estampado no produto. Segundo Sílvio Luis Ferreira da Rocha, essa hipótese de fornecedor não restou disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo a legislação omissa quanto ao assunto (ROCHA, 2000, p. 75).

Embora a Lei nº 8.078/90 seja omissa quando a essa espécie, João Calvão da Silva relata quais seriam os sujeitos que poderiam ser considerados. Segundo o autor:

O conceito engloba, sobretudo, os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais e as empresas de venda por correspondência que, sob o seu próprio nome, firma ou marca, oferecem e lançam no mercado produtos, principalmente artigos de grandes séries, fabricados as mais das vezes segundo as suas instruções por terceiros, que permanecem anônimos perante o público. É esta aparência, esta impressão de produção própria assim provocada que justifica e fundamenta a extensão do conceito de produtor a tais pessoas humanas ou jurídicas que, apresentando o produto como próprio, surgem aos olhos do consumidor nessa veste (1999, p. 551).

A última hipótese refere à existência do fornecedor ou produtor presumido, a qual está prevista no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor. Há de se falar em produtor presumido sempre que determinada pessoa física ou jurídica importe produtos ou proceda à venda de bens ou serviços sem que exista a identificação clara de quem seja o seu fabricante, produtor, importador ou construtor.

2.3. Definição de produto

O produto vem a ser o primeiro elemento objetivo que pode existir dentro da relação de consumo. Devemos definir aquilo que se enquadre como produto, pois é a partir do lançamento de um produto defeituoso no mercado, que estaremos diante de um possível caso de responsabilidade civil, conforme prevê o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. O conceito de produto está previsto no §1º do artigo 3º da Lei nº 8.078/90, que assim o define como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Há ainda, a ideia que o vocábulo produto deve ser considerado como um bem. Nesse sentido, James Marins refere que “bem é tudo aquilo que é fruto da produção de uma atividade econômica” (1993, p. 79).

Há também aqueles que se posicionam no sentido de que o uso da palavra “produto” se deu de forma equivocada, pois deveria ter se utilizado de pronto do vocábulo “bens”, uma vez que seria mais genérico e amplamente difundido no mercado de consumo, o que acabaria tornando a legislação consumerista mais compreensível para todos os indivíduos, como explica Sérgio Cavalieri Filho.

Ademais, há de se analisar quais os tipos de bens poderiam ser definidos como produtos. Sérgio Cavalieri Filho assim se manifesta, ao referir que “qualquer bem pode vir a ser considerado

como um produto, desde que seja resultado de atividade empresarial em série de transformação econômica (2010, p. 69). Qualquer bem pode vir a ser considerado um produto, desde que este satisfaça a necessidade do indivíduo que o adquiriu e que seja objeto de uma relação de consumo. A esse respeito, ensina Roberto Senise Lisboa:

Para se considerar um bem como produto, basta que a coisa tenha sido colocada em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor. Portanto, se o bem for colocado em circulação por um sujeito de direito que não se enquadra na definição legal de fornecedor, como é o caso daquele que não exerce profissionalmente tal atividade (inserção de bens no mercado de consumo), não há que se falar em produto para os fins de caracterização da relação de consumo (1997, p. 12).

Por fim, cumpre ressaltar que o legislador ainda estabeleceu que os produtos podem ser móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. A utilização dos vocábulos “móveis e imóveis” utilizada pelo legislador consumerista nos remete às definições apresentadas pelo Direito Civil, mais precisamente nos artigos 79 a 84 do Código Civil Brasileiro⁴. Da mesma forma, os produtos imateriais podem ser definidos como todos aqueles que embora não possam ser palpáveis, apreendidos ou pesados, podem ser avaliados economicamente. A título de exemplo, temos as casas de espetáculos ou galerias de arte. Por fim, os bens materiais são definidos como contrapostos aos materiais.

⁴ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

Brasil. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 03 set. 2012.

2.4 Definição de serviço

As relações de consumo não se dão exclusivamente entre o fornecimento de produtos ou bens. No nosso cotidiano estamos rodeados de pessoas ou profissionais que prestam atividades, as quais podem ser consideradas como a prestação de serviços. Assim estabelece o art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, trabalhista, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Da leitura do dispositivo, depreende-se que a definição apresentada pela legislação buscou ser a mais exaustiva possível, tentando incluir na sua definição todas as possibilidades possíveis daquilo que pode vir a ser enquadrado como serviço. Todavia, essa leitura remete à ideia de um rol exemplificativo, uma vez que o uso do pronome “qualquer” demonstra que outras atividades podem ser inseridas dentro do conceito legal. Essa é a visão defendida por Rizzato Nunes, ao dizer que ‘é importante lembrar que a enumeração é exemplificativa, realçada no uso do pronome “qualquer”. Dessa maneira, como bem a lei o diz, serviço é qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo (2005, p. 95).

Da leitura realizada do §2º do art. 3º, podemos destacar a exclusão dos serviços que são realizados em decorrência do contrato de trabalho. Não são passíveis de aplicabilidade as normas de proteção ao consumidor, pois as relações de trabalho são regidas por legislação própria, qual seja a Consolidação das Leis do Trabalho.

Cumprir referir que a prestação dos serviços, que pode ser de natureza material, financeira ou intelectual (FILHO, 2010, p. 70), possui como principal característica o pagamento de uma remuneração, além da necessidade de estarem presentes a profissionalidade e a habitualidade. Devemos, pois, encarar o serviço como uma atividade prestada mediante o pagamento de uma remuneração, uma obrigação de fazer, de realizar uma conduta que venha a beneficiar o consumidor.

Embora o Código de Defesa do Consumidor afaste da incidência da legislação os serviços realizados sem o pagamento de remuneração, comumente ocorrem interpretações equivocadas acerca da remuneração, sendo que esta pode ocorrer entre o serviço puramente gratuito e o serviço aparentemente gratuito, que vem a ser uma forma de remuneração indireta.

Enquanto o primeiro não sofre qualquer incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que prestado no exclusivo interesse do beneficiário e sem que haja a obtenção de qualquer vantagem financeira para o executor. Já os serviços aparentemente gratuitos, devem ser encarados como o fornecimento de certos serviços que “indiretamente, o executor tem interesse ou vantagem patrimonial no serviço, estando os custos destes cobertos pelos benefícios daí advindos para o prestador” (CAVALIERI, 2010, p. 71). Ou seja, no serviço aparentemente gratuito o fornecedor presta o serviço com a presença de um intuito único de auferir lucros através da prestação de uma atividade ao consumidor.

Há de se destacar ainda, o dever do Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público em promover a prestação de serviços públicos, os quais também são regidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, consoante prevê o artigo 22 da Lei nº 8.078/90.

Contudo, devemos nos ater para o fato de que nem todos os serviços prestados pelo ente público podem vir a serem considerados como uma relação de consumo, pois muitas das necessidades satisfeitas pelo Estado são caracterizadas como atribuições do Poder Público, não sendo considerados como serviços remunerados especificamente. Deste modo, a fim de se realizar uma correta diferenciação, a doutrina estabelece a existência de serviços públicos próprios ou impróprios.

Nesse sentido, temos a distinção apresentada por Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes acerca do tema:

Os serviços públicos próprios, também denominados serviços *uti universi*, são prestados pelo poder público sem que exista a possibilidade prévia de serem identificados individualmente os destinatários. Exatamente por isso, são executados diretamente pela Administração, tendo em vista que, muitas vezes, são exigidos atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Desta forma, não podem ser delegados. Podemos citar como exemplo o serviço de segurança pública, o de saúde pública e outros, os quais são mantidos por tributos, sendo indivisíveis e não-mensuráveis na sua utilização. Serviços públicos impróprios são aqueles que não têm a mesma essencialidade que os próprios. São serviços que atendem à conveniência dos cidadãos e podem ser prestados pelo Estado e, alguns deles, por delegação a terceiros. O pagamento destes serviços é efetivado através de tarifa (preço público) ou taxa. São também conhecidos como serviços *uti singuli* (2001, p. 101).

Sobre essa diferenciação estipulada pela doutrina, o posicionamento que tem prevalecido dentro do ordenamento jurídico brasileiro é que somente os serviços públicos remunerados por

meio de tarifas (preço público) estarão sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor. Esta é a teoria adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já dito anteriormente, o Direito passa por grandes transformações à medida que a sociedade vai evoluindo. A evolução do Direito torna clara a existência de variações entre as relações jurídicas existentes e a consequente atualização normativa que deve ocorrer a fim de que injustiças não venham a serem cometidas. O papel fundamental do legislador é promover a edição de normas que venham a proporcionar novamente o equilíbrio das partes, de acordo com as transformações sociais, políticas ou econômicas. O ordenamento jurídico deve se adaptar e se adequar a essas transformações, sob pena de tornar-se ultrapassado e obsoleto.

Nesse sentido, podemos destacar a primeira regulação da matéria sobre responsabilidade civil no direito brasileiro, a qual se encontrava disciplinada especialmente nos artigos 159 e 160 do Código Civil de 1916, o que corresponde atualmente aos artigos 186, 187 e, mais especificamente ao artigo 927 do atual ordenamento jurídico.

Contudo, os artigos legais pertinentes à matéria, no âmbito do Código Civil, estão baseados na existência da prova da culpa do agente causador do dano. Somente após a prova da culpa do agente, é que este poderá vir a ressarcir os prejuízos por ele causados.

Figura no Direito Civil, a regra de que a responsabilidade civil será subjetiva, ou seja, sem a existência da culpa, não haverá qualquer dever de reparação. Ademais, o sistema baseado na culpa é fundado em algumas regras que merecem destaque. Nesse sentido, James Marins aponta a existência de quatro requisitos fundamentais:

- a) não existe responsabilidade aonde não há culpa provada ou presumida do agente; b) o conceito de culpa relaciona-se com o comportamento subjetivo caracterizado pela negligência, imprudência ou imperícia, ou havendo dolo; c) somente o ato ilícito culposo pode ensejar a reparação do dano ocasionado; d) somente o sujeito culpado pode ser sancionado (1993, p. 90).

Embora por muitos anos a responsabilidade subjetiva vigorasse dentro do nosso ordenamento jurídico, em alguns casos a responsabilidade objetiva era aplicada. Nesse sentido, a legislação previa a ocorrência de tais hipóteses, conforme se verifica no disposto do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Essa evolução tratou verdadeiramente de uma grande modificação legislativa, conforme relata Sílvio de Salvo Venosa ao relatar que “esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do Código deste século em matéria de responsabilidade e requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da nova jurisprudência” (2008. p. 09). Da mesma forma, temos o ensinamento de Sérgio Cavaleiri Filho, ao discorrer sobre o sistema de responsabilidade civil até então existente no ordenamento jurídico, o qual se mostrava cada vez mais insuficiente. Para o autor:

Até o advento do Código do Consumidor não havia legislação eficiente para enfrentar à problemática dos acidentes de consumo e proteger os consumidores. Os riscos do consumo corriam por conta do consumidor, porquanto o fornecedor só respondia no caso de dolo ou culpa, cuja prova era praticamente impossível. O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica até então existente na medida em que transferiu os riscos do consumidor para o fornecedor. Estabeleceu como veremos responsabilidade objetiva (sem culpa) para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrente do fato do produto (CDC, art. 12), quer do fato do serviço (CDC, art. 14) (2010, p. 263).

Visando à quebra da teoria até então adotada pelo Código Civil de 1916, sobreveio a promulgação da Lei nº 8.078/90, a qual estabeleceu inovações a serem aplicáveis no campo dos contratos, onde buscou estabelecer garantias no tocante à defesa dos consumidores, bem como procurou normatizar a ocorrência dos acidentes de consumo.

Sendo considerado como sujeito vulnerável e hipossuficiente dentro da relação de consumo, aliado à existência de uma produção em larga escala, que tem por objetivo fundamental promover a diminuição dos custos dos fornecedores e um conseqüente aumento da produção, o sistema de responsabilidade civil introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor aliado aos outros dispositivos legais como um todo procuraram, de certa forma, balancear as relações de consumo.

O ponto culminante dessa evolução se deu a partir da adoção de um sistema de responsabilidade objetiva, o qual independe do requisito culpa para que haja a obrigação do causador do prejuízo em proceder a sua reparação.

Assim, a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor decorre do dever de segurança do fornecedor, bem como, também está fundada na teoria do risco do empreendimento ou empresarial. Embora tal teoria não possa ser vista de acordo com uma visão absoluta, pois a própria legislação estabelece algumas causas em que o fornecedor estará livre de

efetuar qualquer indenização. A teoria do risco do empreendimento é assim definida por Sérgio Cavalieri Filho:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (2010, p. 264)

Sua ocorrência dentro do Código de Defesa do Consumidor pode ser vista, especificamente nos artigos 12 e 14 que assim estão redigidos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, Lei Federal n. 8.078, 1990).

Da análise dos dispositivos e dos comentários referidos, os artigos 12 e 14 esclarecem a ocorrência do dever de reparação baseado na existência de defeitos inerentes aos produtos ou serviços. Torna-se necessário que se faça a prova do nexo causal entre o dano e o defeito ocorrido para que exista o dever de reparação pelo fornecedor.

Ademais, através dessa leitura podemos considerar que o rol de sujeitos elencados no artigo 12 é considerado como taxativo. São os indivíduos ali descritos como responsáveis, seja pelos defeitos que possam ocorrer ou ainda, pela prestação de informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização.

Antes de adentrar propriamente na responsabilidade decorrente do fato do produto ou do serviço, há de se ressaltar que embora o sistema de responsabilidade independente de culpa, a própria Lei nº 8.078/90 determina uma única hipótese que, fugindo a regra geral determinada pela legislação, estabelece a prova da culpa para que ocorra a reparação civil. Trata-se do caso previsto

no § 4º do artigo 14, que trata da responsabilidade civil dos profissionais liberais relativos à ocorrência de defeitos oriundos da prestação de serviços.

3.1 Da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço

Diante da adoção da teoria do risco do empreendimento e da existência de uma responsabilidade objetiva, embora esta seja mitigada em algumas situações, o Código de Defesa do Consumidor acabou estabelecendo quatro situações básicas de responsabilidade civil, as quais poderão decorrer do fato do produto ou do serviço e do vício do produto ou serviço. Os artigos 12 e 14 estabelecem a hipótese de responsabilidade decorrente do fato do produto ou do serviço. O fato do produto pode ser assim definido:

Fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é defeito (FILHO, 2010, p. 266).

O mesmo decorre de serem lançados no mercado de consumo bens e serviços que acabam por não serem seguros, eficientes ou sem a presença de quaisquer defeitos, mesmo com a utilização de testes de controle de qualidade que possuem o simples objetivo de eliminar, ou pelo menos de limitar a ocorrência de danos futuros.

Cabe ao fornecedor buscar sempre observar os princípios e os direitos básicos dos consumidores quando do processo de fabricação de bens ou da prestação de serviços, de modo que a ocorrência de defeitos ocorra em um número mínimo, ou se possível, até a sua inoccorrência completa. Em caso de haver a reparação do dano causado, tem-se na pessoa do fornecedor, entre os diversos sujeitos enumerados no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o responsável por arcar com esse ônus. Essa é a visão apresentada por João Batista de Almeida:

Assim, como regra, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12), pelo simples fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são os autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, portanto, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com os encargos decorrentes da reparação de danos das atividades que lhe são próprias, como projeto, fabricação, construção, montagem, manipulação ou acondicionamento, além daquelas decorrentes de insuficiência ou inadequação de informações sobre utilização e riscos dos produtos e serviços. Em todos os casos a responsabilidade se mostra clara e evidente, tendo em vista o elo entre o fornecedor e o produto ou serviço (2003, p. 82).

Essa foi a definição estabelecida pela legislação, a qual elegeu os agentes que possuem mais responsabilidade ante a observação do dever de segurança, de modo que deixou a cargo do consumidor a possibilidade de que este possa acionar outra pessoa, seja física ou jurídica, que não seja o responsável real.

3.2 – Dos elementos que ensejam a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou serviço

No tocante à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, a reparação efetiva pelo causador do dano somente se dará, mediante a existência de certos pressupostos ou elementos que são apresentados pelos doutrinadores da responsabilidade civil e que possuem fundamental importância.

Em suma, são apresentados três elementos que diante da sua ocorrência, irão ensejar a existência do dever de reparar. Os mesmos podem assim serem considerados como a presença do defeito, a existência de um dano e a ocorrência do nexo causal entre o defeito e o dano. Alguns doutrinadores estabelecem ainda a inclusão de mais um elemento, qual seja o nexo de imputação, como refere Paulo de Tarso Sanseverino. Para o autor, esses elementos podem ser assim definidos:

O defeito consiste na deficiência apresentada pelo produto ou pelo serviço, que, não oferecendo a segurança que deles legitimamente se espera, os torna perigosos, potencializando-os para a causação de danos ao consumidor. O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre o defeito do produto ou do serviço e a atividade desenvolvida pelo fornecedor para a atribuição do dever de indenizar os danos sofridos pelo consumidor prejudicado. O dano é toda a ampla gama de prejuízos causados pelo defeito do produto ou do serviço, abrangendo os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Finalmente, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito que se estabelece entre o defeito do produto ou do serviço e o dano para que se possa reconhecer a ocorrência de um acidente de consumo e o nascimento da obrigação de indenizar (SANSEVERINO, 2010. p. 118).

A presença do defeito é o elemento fundamental para que haja a responsabilização civil do fornecedor decorrente do fato do produto ou do serviço, onde buscou-se especificar as diferenças entre os defeitos que poderão ocorrer dentro da relação de consumo, sendo em qualquer das modalidades, todos ensejarão a incidência da responsabilidade civil objetiva.

E, de forma específica, buscou a Lei nº 8.078/90 definir no § 1º do artigo 12 o conceito de defeito ao discorrer que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração certas circunstâncias relevantes: entre as quais: sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

Ou seja, o defeito pode ser compreendido como a falha existente no produto que é fornecido pelo fornecedor ao consumidor e que acaba por causar uma lesão ao seu destinatário final. Ocorre quando o fornecedor não observa o devido dever de segurança quando do processo produtivo. Não se pode esperar que o produto possua uma segurança absoluta, pois seria algo impossível de ocorrer. Todavia, os mesmos devem apresentar uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores, posto que sua existência seja normal e previsível.

3.3 Circunstâncias relevantes que definem o caráter defeituoso do produto

Sobre as circunstâncias que a legislação considera como relevantes acerca da caracterização do defeito no produto, há de serem feitas algumas considerações.

O primeiro inciso, que refere sobre a apresentação do produto, é o primeiro elemento de valoração que o magistrado possui a fim de que possa definir se houve a existência de defeito e a consequente obrigação de reparação civil. A apresentação do produto é descrita por James Marins

como “um ato unilateral do fornecedor através do qual apresenta ao conhecimento do consumidor os elementos característicos conexos ao produto, seja com relação às virtudes, seja com relação ao potencial de risco que apresente” (1993, p. 120).

A apresentação defeituosa decorre especificamente da modalidade de defeito de informação ou comercialização, a qual será tratada mais adiante. Está relacionado com a forma em que o produto é apresentado ao público consumidor, pois o mesmo tem o direito de receber toda e qualquer informação essencial que demonstre que o uso é efetivamente seguro e livre de riscos. O segundo elemento de valoração a ser observado está disciplinado no inciso segundo e corresponde ao “uso e riscos que razoavelmente se esperam”. Refere-se basicamente a uma utilização normal do produto ou serviço. Sua interpretação denota o fato do fornecedor ser plenamente responsável pelo uso ainda que incorreto, mas razoavelmente previsível do seu produto.

Cabe ao fornecedor o dever de prever todas as formas possíveis de utilização que poderão ser realizadas pelos consumidores, igualmente aquelas que os hábitos dos usuários poderiam vir a causar danos e ensejar uma reparação civil. Assim, “o fornecedor não poderia lançar no mercado de consumo canetas e lápis que contenham substância tóxica, pois se reconhece que grande parcela da população tem o hábito de levar tais produtos à boca” (CALIXTO, 2004, p. 145).

Da mesma forma, alguns produtos podem vir a serem utilizados de forma incorreta pelos consumidores. Mesmo diante de tal hipótese, os fornecedores devem observar essa possibilidade já que se presume que o defeito ocorreu. Por fim, tratou o legislador de enumerar a última possibilidade, o último elemento de valoração a ser observado pelo julgador. O inciso III do § 1º do artigo 12 estabelece que o produto seja defeituoso quando não for observada como circunstância relevante “a época em que foi colocado em circulação”.

O defeito ocorre não no momento da ocorrência do dano em si ou da prolação da sentença pelo juiz, mas quando há a efetiva colocação do produto no mercado de consumo. Igualmente, previu o legislador que o fornecedor não pode ser responsabilizado quando outro bem de melhor qualidade é introduzido no mercado. Nesse sentido, tem-se o exemplo descrito por Sílvio Luis Ferreira da Rocha:

Portanto, o automóvel fabricado e colocado em circulação há alguns anos com freios hidráulicos não se torna defeituoso porque posteriormente outros modelos são introduzidos com o sistema de freios ABS, que impede o travamento das rodas em freadas bruscas, seja em piso seco, molhado ou escorregadio, permitindo frenagens seguras e mantendo a dirigibilidade e a estabilidade do veículo (2000, p. 101).

Ou seja, se o produto correspondia à expectativa de segurança à época em que foi colocado em circulação, as mudanças que ocorrerem posteriormente e o tornarem inseguro não causam a obrigação do fornecedor em realizar qualquer reparação. A indústria automobilística pode ser citada como exemplo. A obrigatoriedade da colocação do *air-bag* nos veículos não enseja a responsabilização do fornecedor pelos veículos fabricados anteriormente à data da norma que previu tal obrigação. Contudo, a partir da edição da norma, a sua ausência configura defeito, o que resultará do dever de indenizar.

3.4 Tipos de Defeitos

Embora o § 1º do artigo 12 apresente uma ideia geral sobre aquilo que seja o defeito na responsabilidade civil decorrente do fato do produto ou do serviço, o mesmo pode vir a se apresentar sob várias modalidades distintas, as quais vêm enumeradas no *caput* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

A legislação dispõe a existência de defeitos de projeto, defeitos de construção e defeitos de informação, que poderão ocorrer em uma ou mais das etapas do processo produtivo. Desta feita, cabe analisar cada uma dos tipos previstos pela legislação.

3.4.1 Defeito de projeto ou concepção

A primeira hipótese apresentada decorre do defeito do projeto ou da execução, seja de um produto ou serviço. Se o fundamento da responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço reside na inobservância do dever de segurança ao qual o fornecedor está adstrito, esta forma de defeito ocorre quando há a introdução de bens ou serviços que são dotados de irregularidades.

Tais irregularidades ocorrem desde a existência de mero projeto ou da concepção, ou seja, se dá no início da cadeia produtiva quando não são observados, de forma adequada, o planejamento e a

idealização do produto ou do serviço. Trata-se de defeito que ocorre com grande facilidade e que é descrito por James Marins como:

Os defeitos de criação afetam as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula, entendidos em sentido lato, como, p. ex., a escolha de um material inadequado, ou de um componente químico nocivo porque não suficientemente testado. Ou seja, o fabricante responde pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores dentro de determinados Standards, como se verá mais adiante, figurando está espécie de defeito “em todos os produtos da série ou séries fabricadas, provocando, por isso, danos em série” (1993, p. 113).

Essa falta de planejamento ou idealização pode ser traduzida na ideia de que não foram devidamente observados no momento da elaboração do projeto ou fórmula científica, por exemplo, que ocasionará a presença de incorreções em um lote ou uma série específica ao final do processo produtivo.

Trata-se de defeito que ocorre com grande facilidade, em todos os campos da economia. Diariamente vemos exemplos no nosso dia-a-dia que podem passar despercebidos. Como exemplo, podemos citar a fabricação de algum fármaco onde tenha havido o uso de um componente inadequado, ou mesmo no caso da fabricação de automóveis, onde exista o planejamento incorreto de algum dispositivo como freios ou o cinto de segurança.

Quando estiverem presentes defeitos de concepção, a alternativa que resta ao fornecedor é proceder ao famoso *recall*, o qual seguidamente é utilizado principalmente nos meios de comunicação e jornais de grande circulação. O fornecedor, a partir da ocorrência de tal modalidade de defeito, possui a obrigação de informar a existência do problema, a fim de que futuros prejuízos possam ser minimizados ao máximo. Na Lei nº 8.078/90 o *recall* vem disciplinado no § 1º do artigo 10, embora a doutrina considere que a sua redação se deu de forma insuficiente (ALMEIDA, 2010, p. 97).

Por fim, há de se ressaltar que os defeitos de concepção possuem estreita relação com a teoria dos riscos do desenvolvimento. No entanto, tal assunto será tratado em momento posterior.

3.4.2 Defeitos de execução

A segunda modalidade de defeito que pode surgir dentro da cadeia produtiva refere-se àqueles oriundos da execução ou fabricação. O produto final não é aquele que foi inicialmente planejado. Podem ser vistos no art. 12, quando o dispositivo menciona a fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento. Enquanto o primeiro estágio da produção se deu através do planejamento adequado, nesta modalidade o defeito decorre de sua má-execução. Nesse sentido, podemos definir os defeitos de execução como:

Aqueles existentes durante o processo de fabricação do produto e que, via de regra, se apresentam em um ou poucos exemplares de uma série. São defeitos típicos do moderno processo de fabricação em série decorrentes da padronização e automatização da produção. São causados por erros dos empregados ou falhas de máquinas no processo produtivo (ROCHA, 2000, p. 102).

A presença do defeito de execução não acarreta a existência de danos em série, em massa. Podem ser causados por falhas de máquinas ou mesmo pela ação dos empregados dentro do processo produtivo, mas que são vistos em poucas unidades. Tais defeitos possuem três características apontadas pela doutrina. Sendo a primeira a não contaminação de toda a produção diante da sua ocorrência, existem ainda duas outras, as quais se referem à possibilidade e à inevitabilidade.

José Reinaldo de Lima Lopes assim refere:

Os defeitos de fabricação derivados da produção em série são parte integrante do risco do negócio. O empresário conta com este risco dentro do seu cálculo econômico. Conforme se faça um mais eficiente controle de qualidade, ou se desenvolvam novas técnicas produtivas, o risco de fabricação defeituosa pode ser reduzido: não pode ser evitado ou eliminado. Trata-se de risco maior na fabricação de determinados bens, risco menor na fabricação de outros. Os resultados do defeito serão mais ou menos ampliados, conforme as circunstâncias. Certo é que a produção em série multiplica o risco, ao mesmo tempo em que acelera o aparecimento de quantidades maiores de bens manufaturados (1993, p. 63).

Essa previsibilidade resta caracterizada pela utilização de instrumentos como cálculos, que venham a definir de forma estatística a sua probabilidade de ocorrência. São inevitáveis, pois

podemos considerar que mesmo o fornecedor tomando todos os cuidados necessários no processo de fabricação, os riscos jamais poderão ser eliminados.

Ademais, o defeito decorrente da fabricação poderá ainda ser aplicável à prestação de um serviço. Um serviço, embora com rigor não possa ser fabricado, também está sujeito a apresentar defeito de fabricação. Basta que, ao ser executado, afaste-se do *standard* de qualidade e segurança fixado pelo próprio fornecedor (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010, p. 152).

Como exemplos, temos a prestação de serviços em hospitais ou clínicas que causam danos aos pacientes por defeitos na sua prestação, ou mesmo na rede bancária, quando um cliente tem devolvido, de forma indevida, pela instituição financeira um cheque por suposta insuficiência de fundos ou é inscrito nos cadastros de proteção ao crédito.

3.4.3 Defeitos de informação

A última modalidade de defeito enumerada pela doutrina constitui os chamados defeitos de informação ou comercialização. Enquanto os defeitos de concepção e fabricação tratam-se de defeitos materiais, interiorizados aos produtos, são considerados como intrínsecos. De outro modo, os defeitos de comercialização decorrem através da prestação de informações insuficientes ou inadequadas. São extrínsecos aos produtos, pois se referem a um aspecto formal quanto ao modo em que foram colocados dentro do mercado de consumo.

O artigo 12 enumera que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos provocados por defeitos decorrentes da apresentação de produtos quando não fornecerem informações corretas, suficientes ou omissões sobre a utilização dos mesmos e sua composição. Responsabilidade esta, que ocorre sempre quando “o fabricante não comunicou ao público que o produto, ainda que fabricado de acordo com as normas técnicas do setor produtivo, apresenta denominada periculosidade em relação a certas modalidades de uso ou condições do usuário” (ROJO *apud* ROCHA, 2000, p. 103).

Por isso que determinados cuidados deverão ser observados pelos fornecedores de modo que esse defeito não ocorra. O mesmo deve proporcionar todas as informações necessárias, seja na forma de folhetos, bulas, explicativos, ou até mesmo na embalagem do produto e na publicidade que venha a ser realizada. Nada mais correto em exigir do fornecedor que proceda a observação de

tais cuidados, posto que seja quem verdadeiramente conhece os produtos e os serviços que coloca no mercado, enquanto a maior parte dos consumidores não detém a capacidade de realizar um julgamento adequado sobre as qualidades e os possíveis riscos que os mesmos possam acarretar.

Ademais, esse dever traduz-se na ideia que está inserida no inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a qual garante como um direito básico de todos os consumidores, o direito à informação adequada quando da aquisição de bens ou serviços.

3.5 Distinção entre defeito e vício

O defeito não pode ser considerado como sinônimo de vício, pois ambos possuem conceitos e aplicações distintas dentro do Código de Defesa do Consumidor. Embora ambos possam estar presentes, o defeito existe somente na hipótese da responsabilidade decorrente do fato do produto ou do serviço, “quando este venha por meio de um acidente de consumo, causar um dano de ordem patrimonial ou moral ao consumidor” (FILHO, 2010, p. 263).

Ou seja, sua ocorrência é demasiada grave dentro da relação de consumo. Ademais, essa distinção entre a responsabilidade decorrente de defeitos ou vícios, torna-se necessária, posto que ambas possam caminhos diversos dentro da Lei nº 8.078/90. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho ressalta a diferença existente entre ambos:

Do vício do produto ou do serviço trataremos mais adiante, mas desde logo é importante distingui-lo do fato do produto ou do serviço. A palavra-chave neste ponto é defeito. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento (2010, p. 265).

Já João Batista de Almeida assim descreve:

Defeito é, portanto, toda anomalia que, comprometendo a segurança que legitimamente se espera da fruição dos produtos e serviços, termina por causar danos físicos ou patrimoniais aos consumidores. Se essa anomalia apenas compromete o funcionamento do produto ou serviço, mas não apresenta risco à saúde e segurança do consumidor, não se fala em defeito, mas em vício. Fato do produto está ligado a defeito, que, por sua vez, está ligado a dano (2000, p. 90).

Por sua vez, estaremos diante de um vício quando este venha a causar simplesmente o mau funcionamento ou ainda o não funcionamento de um produto ou mesmo de um serviço. A ocorrência de vício na relação de consumo é vista como menos grave, uma vez que a sua falta de qualidade não acarreta danos à saúde, segurança ou integridade dos consumidores. É tratada, diferentemente dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim nos artigos 18 a 20 da legislação consumerista no tocante a responsabilidade do vício do produto ou do serviço.

3.6 Causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor

Como visto anteriormente, foi adotada, dentro do Código de Defesa do Consumidor, como regra geral, a responsabilidade objetiva do fornecedor tendo como exceção, a responsabilidade decorrente dos profissionais liberais, a qual deve ser verificada a sua culpa.

Contudo, a própria Lei nº 8.078/90 prevê determinadas causas que o fornecedor poderá se utilizar para que possa provar que não possui qualquer responsabilidade em reparar os prejuízos que vierem a ocorrer. Tais possibilidades visam proporcionar um maior equilíbrio decorrente dessa divisão da responsabilidade por danos causados por produtos ou serviços, ou ainda, uma verdadeira prova liberatória do fornecedor. Nesse sentido, temos o posicionamento de João Calvão da Silva:

Num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou redução de sua responsabilidade (1999, p. 177).

Essa distribuição do risco entre fornecedores e consumidores está inserida especialmente nos artigos 12, § 3º e 14 § 3º do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: a) que não

colocou o produto no mercado; b) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste e c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Assim, os incisos previstos no § 3º do artigo 12 devem ser entendidos como causas expressas previstas na legislação que exoneram completamente o dever de efetuar qualquer reparação.

3.6.1 Da não colocação em circulação do produto

Esta é a primeira causa considerada como excludente de responsabilidade, estando inserida no inciso I do § 3º do artigo 12, tendo aplicabilidade somente no tocante aos produtos. Remete à idéia de que o produto foi colocado dentro do mercado de consumo, não por vontade própria do fornecedor. Sua introdução se deu sem que tenha existido o seu consentimento ou conhecimento. Podem ser citados os casos de roubo e furto de produtos que estivessem estocados dentro do pavilhão de uma empresa. Também seria o caso da falsificação de uma marca ou o nome de um produto. Nesse sentido manifesta-se Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

É até supérfluo dizer que inexiste responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se aí, o nexó causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor. O dano foi, sem dúvida, causado pelo produto, mas inexiste nexó de causalidade entre ele e quaisquer das atividades do agente. Isso vale especialmente para os produtos falsificados que trazem a marca do responsável legal ou, ainda, para os produtos que, por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo), foram lançados no mercado (BENJAMIN *apud* CALIXTO, 2004, p. 160).

Ou seja, para que esta causa excludente reste configurada quando terceiro, e não o fornecedor colocar o produto dentro do mercado de consumo. É forma de exclusão, pois o fornecedor não procedeu de forma voluntária à introdução do produto para que o consumidor pudesse adquiri-lo.

Contudo, essa forma de exclusão possui presunção relativa, conforme a lição de Marcelo Junqueira Calixto e James Marins. Presume-se que, quando posto em circulação, o produto se deu de forma voluntária pelo fornecedor. O mesmo somente será eximido do dever de indenizar quando igualmente provar que não agiu de forma negligente quando da guarda da coisa. Agindo de forma negligente, não há que se falar em causa de exclusão da responsabilidade.

3.6.2 Ausência de defeito do produto

A segunda causa de exclusão da responsabilidade civil que o fornecedor pode arguir como matéria de defesa encontra-se prevista no inciso II do § 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Esta excludente baseia-se na ausência de defeito do produto quando introduzido no mercado de consumo. Pois, se o produto não apresentar nenhum defeito que possa causar a diminuição de suas qualidades ou quantidades e que não cause nenhum prejuízo ao consumidor, não há de se falar em indenização. Assim já se manifesta Paulo de Tarso Sanseverino:

Não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor, para depois concluir que o defeito do produto ou do serviço aparece como um dos principais pressupostos da responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo (2010, p. 265).

Essa prova da inexistência do defeito ocorre às custas do fornecedor, cabendo ao mesmo demonstrar que para o seu produto, não estão presentes os defeitos decorrentes da sua concepção, fabricação ou comercialização, elencados no *caput* do artigo 12. De outra forma, deve argumentar no sentido de que o defeito apresentado não pode ser enquadrado em nenhuma das hipóteses previstas pela legislação, de modo que possa se eximir de responder por quaisquer danos.

Cumprе ressaltar que a prova a ser produzida é de inteira responsabilidade do fornecedor, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor preceitua a hipossuficiência dos consumidores, bem como a inversão do ônus da prova como medida de equilíbrio nas relações de consumo.

3.6.3 Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Trata-se da última causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, estando prevista no inciso III do § 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, e é fundada na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Embora tenha adotado tal denominação, alguns doutrinadores entendem que o termo correto seria “fato exclusivo do consumidor ou de terceiro” (FILHO, 2010, p. 279). Para que essa causa excludente reste configurada, há de se analisar apenas o nexo de causalidade. Pois o dano existente não decorre da presença de um defeito realizado pela atividade do fornecedor. O mesmo existe pela realização de uma conduta exclusiva pelo consumidor. Igualmente, temos o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano (2010, p. 280).

Ademais, discute-se se somente a culpa exclusiva da vítima seria causa de exclusão da responsabilidade, ou se a existência da culpa concorrente poderia eximir ou não o fornecedor em reparar o prejuízo causado.

Diante desses questionamentos, a posição que prevaleceu é a de que o fornecedor possui o dever de arcar com a reparação do dano, mesmo quando o consumidor também tiver tido culpa pelo que é afastada a causa de exclusão prevista no inciso III do § 3º do artigo 12. Nesse sentido, sustenta Luis Antônio Rizzato Nunes:

Se for culpa concorrente do consumidor (por exemplo, as informações do produto são insuficientes e também o consumidor agiu com culpa), ainda assim a responsabilidade do agente produtor permanece integral. Apenas se provar que o acidente de consumo se deu por culpa exclusiva do consumidor é que ele não responde (2000, p. 150).

Mesmo afastada a causa de exclusão prevista no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor não possui o dever de efetuar a integralidade da reparação. Esta, por sua vez, será mitigada entre fornecedor e consumidor, pois vai agir como atenuante no momento da fixação do montante indenizatório já que ambos os sujeitos possuem a sua parcela de culpa para a ocorrência do evento danoso. Por fim, cumpre ressaltar que o terceiro é toda pessoa que seja estranha à relação de consumo firmada entre fornecedor e consumidor lesado.

Estas são as três formas de defesa que o fornecedor de produtos ou de serviços poderá se utilizar a fim de que possa ser eximido de realizar qualquer reparação indenizatória. Embora a

legislação tenha previsto de forma expressa, apenas a existência dessas três causas excludentes, a doutrina trata de outras três situações que também poderiam ser usadas pelos fornecedores como meio de defesa. Dentre as possíveis causas são apontadas, o caso fortuito ou força maior, o exercício regular do direito e os riscos do desenvolvimento, sendo esta última o ponto de análise do próximo capítulo. Visto que há a presença de doutrinadores favoráveis e contrários à aplicabilidade dentro do nosso ordenamento jurídico pátrio.

Assim, há de se analisar no próximo capítulo, qual a conceituação dos riscos do desenvolvimento, as posições doutrinárias sobre a sua aplicabilidade ou não, bem como a solução encontrada no direito internacional, especialmente na União Europeia e nos Estados Unidos acerca do assunto sobre a adoção dessa possível causa excludente da responsabilidade civil do fornecedor.

4. A TEORIA DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Conforme relatado anteriormente, foi com o advento da Revolução Industrial que o mundo começou a experimentar, em quantidades cada vez maiores, a produção de bens e serviços que viessem a atender as necessidades da população. Com o passar dos dias, vemos a introdução de novos produtos e serviços no mercado de consumo e que, por vezes, não correspondem à expectativa dos seus compradores.

O avanço tecnológico e as criações científicas não podem ser impedidos, de modo que, diariamente o fornecedor busca satisfazer as necessidades dos indivíduos colocando bens e serviços para venda no mercado. O objeto da sua produção deve obedecer a regramentos de modo que somente possam ser colocados dentro do mercado de consumo, produtos “dotados de uma garantia de idoneidade, um dever especial de segurança do produto legitimamente esperado” (FILHO, 2010, p. 268).

Assim, cumpre ao fornecedor o dever de cautela e diligência antes que efetue o lançamento de um bem para que este possa vir a ser adquirido pelos consumidores. Contudo, mesmo que o fornecedor realize todos os testes de segurança necessários, bem como pesquise os possíveis danos que poderão ocorrer àqueles que vierem a adquirir o seu produto, nem sempre o uso dos métodos tecnológicos mais avançados poderão eximir que tal bem esteja livre de possíveis riscos à saúde, à integridade física ou ao patrimônio dos consumidores.

Ou seja, um produto pode ser lançado do mercado de consumo e somente após determinado lapso temporal, aliado ao progresso tecnológico e científico, poderá ser notada a presença de defeitos que possam acarretar prejuízos aos seus usuários. Mais precisamente, constata-se posteriormente a existência de um defeito que quando da entrada em circulação, este não era perceptível. Ou seja, “por ocasião da entrada do produto ou serviço no mercado, o defeito era desconhecido e tão somente os avanços científicos e tecnológicos posteriores permitiriam a sua constatação” (SANSEVERINO, 2010, p. 339).

Essa possibilidade é tratada pela teoria dos riscos do desenvolvimento, a qual ainda é matéria de controvérsia dentro do ordenamento jurídico pátrio, seja por meio da legislação ou da própria doutrina, a qual enumera várias posições sobre a utilização ou não, da respectiva teoria, como causa excludente de responsabilidade do fornecedor.

O cerne acerca dessa teoria é buscar a resposta se é legítimo que a empresa possa se socorrer a aplicação dos riscos do desenvolvimento para que não efetue o ressarcimento dos danos causados. Ou ainda, busca-se definir quem deve suportar a presença dos riscos do desenvolvimento dentro da relação de consumo.

4.1 Conceito de riscos do desenvolvimento

Antes de procurar responder a tais questionamentos, convém estabelecer o que vêm a serem esses riscos. A própria doutrina não apresenta um conceito unânime sobre o assunto. O termo riscos do desenvolvimento é tratado sob diversas línguas, tais como: *development risk*, *risques de développement*, *Entwickungsgefahren* e *riesgos de desarrollo*.

Ainda, determinados autores referem o uso inadequado da expressão “riscos do desenvolvimento”, visto que a mesma é a abreviação do termo correto “riscos que o desenvolvimento técnico e científico permitem descobrir” (MARINS *apud* LUCAN (1993, p. 128). Da mesma forma tem-se o ensinamento de Jean Luc Fagnart, o qual refere também o uso inadequado da expressão. Para o autor, o seu uso é desafortunado, porque o desenvolvimento da ciência, longe de se constituir em um risco, colima justamente descobri-los e eliminá-los. (FAGNART *apud* MARINS, 1993, 128).

Superada a problemática do termo em si, a doutrina brasileira apresenta uma definição sobre aquilo que seja os riscos do desenvolvimento:

O risco do desenvolvimento consiste na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores (MARINS, 1993, p. 128).

No mesmo sentido, Antônio Herman Benjamin se manifesta:

É aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível (BENJAMIN *apud* CALIXTO, 2004, p. 128).

Sobre a análise dos conceitos formulados pelos doutrinadores acima, depreende-se que os riscos do desenvolvimento estarão presentes quando houver uma impossibilidade absoluta da ciência e da tecnologia para que se possa descobrir a presença de defeito no produto. O ponto central da discussão reside no fato do fornecedor conhecer ou não a possível danosidade do seu produto quando do lançamento do mesmo no mercado de consumo, sendo descoberta tal periculosidade em momento posterior.

Desta feita, os riscos do desenvolvimento devem ser analisados sob dois aspectos. O primeiro refere-se à impossibilidade absoluta e objetiva de descobrir a existência do defeito por falta ou insuficiência de meios técnicos e científicos existentes no meio global. O segundo aspecto deve ser visto sob o prisma do momento científico vivido na época em que o produto foi colocado no mercado.

Ademais, devemos considerar ainda que os riscos do desenvolvimento em nada se parecem com o § 2º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece quando um produto não será considerado como defeituoso. Pois, no caso dos riscos do desenvolvimento, “aqueles já apresentam defeito no momento da sua introdução no mercado de consumo, mas desconhecido do fornecedor. E nem os mais avançados conhecimentos científicos da época permitiam que fosse detectado o defeito (SANSEVERINO, 2010, p. 340).

E na modalidade prevista no § 2º, do artigo 12, esta ressalta a possibilidade de que o produto não apresentava nenhum defeito, tendo sido colocado no mercado bens ou serviços mais seguros e de melhor qualidade. De modo que o bem anterior não pode ser considerado defeituoso.

Feita essa diferenciação, podemos dizer que os riscos do desenvolvimento ocorrem com mais frequência do que as pessoas podem imaginar. Dentro da sociedade moderna, são conhecidos inúmeros casos de produtos que foram tidos como seguros e que acabaram ocasionando prejuízos aos consumidores, de modo que essa potencialidade só foi descoberta depois de anos de circulação e de utilização.

Seja por meio dos noticiários ou mesmo por parte da doutrina, podemos destacar a presença de vários casos, seja dentro do país ou em âmbito mundial, “tendo como exemplo mais comum de

riscos do desenvolvimento (*developmental risk*) aqueles situados na área dos medicamentos novos, que, após o uso, revelam-se portadores de efeitos colaterais prejudiciais” (ROCHA, 2000, p. 111).

Dentre os inúmeros casos existentes, podemos destacar sem dúvida aquele que foi o caso mais emblemático até então e que causou grande impacto dentro da sociedade. Trata-se do medicamento Contergan-Talidomida, que era utilizado por mulheres grávidas, e tinha como objetivo evitar enjoos e servir como calmante. O uso desse fármaco acarretou o nascimento de milhares de crianças fisicamente deformadas, seja pela ausência dos membros superiores ou inferiores, ou ainda, pela existência de membros atrofiados.

Ao lado do referido exemplo, outros podem ser citados de acordo com Marcelo Junqueira Calixto: os cigarros, que hoje comprovadamente podem acarretar o câncer de pulmão, o silicone implantado pelas mulheres em seus seios, o anti-colesterol MER-29, que acarretou a cegueira em algumas pessoas que dele fizeram uso, o talco Morhange, que provocou a morte de algumas crianças na França e os remédios Lipobay e Propulsidjm (2004, p. 178).

Outros exemplos podem vir a surgir com o passar dos dias, de modo que os consumidores poderão usufruir por anos de determinados bens e serviços, e serem surpreendidos com a notícia de que os mesmos possuem algum grau de periculosidade.

4.2 Análise da teoria dos riscos do desenvolvimento no direito comparado

Primeiramente, cumpre estabelecer o papel da legislação internacional dentro do ordenamento jurídico pátrio. Seja no tocante ao direito europeu ou americano, é clara a inspiração que o legislador brasileiro teve ao idealizar o Código de Defesa do Consumidor, visto que muitas das ideias e normas legais previstas em tais ordenamentos jurídicos acabaram por restarem literalmente redigidas na Lei nº 8.078/90.

O uso da legislação americana teve forte influência devido ao fato dos Estados Unidos serem o berço do consumeirismo e a União Europeia apresentar abundante e harmonizada legislação sobre o assunto, conforme relatado por Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo R. Bessa:

Dois sistemas parecem ter influenciado o legislador consumerista brasileiro: o sistema norte-americano, que partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por risco); e o sistema da Diretiva (85/374 CEE, de 25.07.1985), da Comunidade Econômica Europeia, que partiu da ideia de defeito dos produtos industrializados (e só destes) introduziu no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico), para imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-lo e dividir o Ônus na sociedade. (2010, p. 56)

Assim, torna-se necessário realizar algumas considerações que o direito americano e europeu formularam ao longo dos anos sobre os riscos do desenvolvimento, para que depois a teoria possa ser vista no âmbito da legislação brasileira.

4.2.1 A normatização europeia

A questão da responsabilidade ou não do fornecedor na hipótese dos riscos do desenvolvimento já foi amplamente discutida quando da formulação da Diretiva 374/85 da Comunidade Econômica Europeia. Primeiramente, devemos entender o significado da palavra Diretiva como sendo uma espécie de referência legislativa, que é utilizada pelos países integrantes da União Europeia e que tem como objetivo dar uma referência para que os países possam editar suas normas jurídicas. Ademais, na Diretiva os países integrantes da União Europeia possuem um prazo máximo para que possam ser internalizadas, sob pena de “estando o país omissor sujeito a punições aplicáveis pela Corte Europeia de Justiça” (GRANJA, 2011, 490).

Anteriormente a sua elaboração, o direito europeu esteve muito ligado ao direito romano clássico, e conseqüentemente à noção de culpa. De modo que até meados da década de 1980, a quase totalidade da legislação europeia sobre direitos do consumidor, consagrava a culpa como fundamento da responsabilidade do fornecedor (GRANJA, 2011. p. 16). Surgiu então, a ideia de unificar os sistemas de responsabilidade civil pelos produtos existentes nos diversos países, de modo que esta corrente ganhou força em 1977 e culminou com a sua consolidação em 1985, com a edição da Diretiva em Responsabilidade pelo Produto da Comunidade Europeia (Diretiva 374/85/CEE).

Há de se ressaltar a dificuldade que a diretiva encontrou para ser aprovada dentro da União Europeia, uma vez que houve a presença muito forte de um *lobby* por parte dos empresários em contrapartida ao interesse dos consumidores. Essa pressão política resultou na edição de tal

Diretiva, que acabou por reconhecer em seu bojo, a adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade civil. Nesse sentido, ficou estabelecido no artigo 7º, da respectiva diretiva, as causas de exoneração de responsabilidade do produtor. São elas:

O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar:

- a) Que não colocou o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;
- c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objetivo econômico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional;
- d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, (grifo nosso)**
- f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelo fabricante do produto. (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva n. 374, 1985).

Diante da leitura isolada do artigo 7º, poderíamos chegar à conclusão de que a Comunidade Europeia acabou cedendo à pressão dos empresários e disciplinando, para todos os Estados-membros, a adoção dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, quando o fornecedor comprovar que o estado de conhecimento e tecnológico, no momento em que o produto foi colocado a disposição do consumo, não permitia, de nenhum modo, a constatação da existência do defeito. Todavia, o intenso debate promovido por parte de consumidores e produtores levou a comissão que elaborou tal diretiva a adotar uma posição intermediária sobre o assunto (SANSEVEIRNO, 2010, p. 341).

Essa posição intermediária pode ser vista, conforme dispõe o artigo 15 da presente diretiva, a qual estabeleceu que cada Estado-membro pode, dentro do seu ordenamento jurídico, derrogar essa causa eximiente de responsabilidade civil.

Igualmente, Paulo de Tarso Sanseverino ressalta que essa foi a solução encontrada, “visto que os países da União Europeia apresentaram certo receio quanto à extensão que poderia assumir a responsabilidade civil dos produtores no direito comunitário europeu” (2010, p. 341). Tal solução encontra-se disciplinada no artigo 15, o qual estabelece:

Artigo 15

1. Qualquer Estado-membro pode:

(...)

b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no artigo 2º, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito; (grifo nosso)

(...)

3. Dez anos após a data de notificação da presente diretiva, a Comissão submeterá ao Conselho, um relatório sobre a incidência, no que respeita à proteção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7º e do número 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100 do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7º. (UNIÃO EUROPÉIA, Diretiva n. 374, 1985).

A discussão na Comunidade Europeia sobre os riscos do desenvolvimento não acabou com a redação da alínea b do número um, do artigo 15 da respectiva diretiva. A mesma ainda elencou, no número três do artigo 15, a possibilidade de revogação da alínea que prevê a incidência dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade. Embora o prazo ali referido já tenha há muito se esgotado, nenhuma revogação se deu até o momento. Como referido por Marcelo Junqueira Calixto, embora a Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Política do Consumidor tenha sugerido ao órgão competente a revogação da respectiva alínea, nenhuma medida foi adotada até então (2004, p. 185).

Sendo assim, cada nação procurou regulamentar, dentro do seu ordenamento jurídico, a adoção dos riscos do desenvolvimento como causa exonerativa de responsabilidade civil, seja ela integral, parcial, ou ainda, a exclusão total dos referidos riscos.

Nesse sentido, podemos citar os vários exemplos sobre diversos países que tomaram medidas baseadas na edição da respectiva diretiva ou regularam a matéria através de uma forma completamente diferente. Entre os países que adotaram os riscos do desenvolvimento como causa excludente, temos, por exemplo; a Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Grécia, Holanda, Áustria e Suécia (CALIXTO, 2004, p. 187). Elencando as mesmas nações, Sílvio Luis Ferreira da Rocha aponta que tais países optaram por imputar esse ônus aos consumidores. Em relação a Portugal e Itália, essa normatização pode ser encontrada no Decreto Lei nº 383/89 e no Decreto nº 224/89.

A título de exemplificação, podemos citar que, a legislação portuguesa, utilizou quase que integralmente a redação legislativa contida na presente diretiva 374/85, ao regulamentar a teoria dos riscos do desenvolvimento, conforme dispõe o artigo 5º, alínea e) do Decreto Lei nº 383/89. Assim,

o produtor pode ser excluído do dever de indenizar quando provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito”.

Os demais países da União Europeia passaram a adotar a responsabilidade integral ou parcial do fornecedor, responsabilizando-o em alguns casos específicos ou pela totalidade dos prejuízos causados. Dentre os países que afastaram completamente a utilização da respectiva teoria dos riscos estão a Finlândia, Noruega e Luxemburgo (SANSEVERINO, 2010, p. 342). No caso da Espanha, tem-se um caso à parte. O direito espanhol acabou por acatar quase que totalmente a adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade.

Em dois setores específicos do mercado de consumo, a legislação espanhola optou por responsabilizar o fornecedor pelos prejuízos que viessem a ocorrer. Tais setores, conforme descrito por Marcelo Junqueira Calixto, compreendem o campo dos medicamentos e dos alimentos, os quais certamente, são os mais importantes setores no mercado de consumo.

Outro país que adotou uma responsabilização parcial do fornecedor é a Alemanha. Somente no setor farmacêutico é que o fornecedor deverá ser responsabilizado. Muito disso, se deve ao fato do medicamento Talidomida, o qual era de fabricação alemã e naquele país acarretou o nascimento de milhares de crianças com alguma deformidade física, conforme relatado anteriormente.

Por fim, cumpre ressaltar que, embora disciplinada como causa exonerativa de responsabilidade do fornecedor nos países que adotaram a diretiva 374/85, há de se fazer uma completa análise sobre os requisitos atinentes a matéria, que são necessários a fim de que o fornecedor possa aplicar tal teoria como meio de defesa em matéria de responsabilidade civil. Ou seja, para que a teoria dos riscos possa ser aplicada, os seus requisitos necessários devem ser interpretados de maneira rigorosa. Segundo João Calvão da Silva:

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

O que conta, pois, é a impossibilidade absoluta, a impossibilidade geral da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, e não a impossibilidade subjetiva do produtor; relevante é que as possibilidades objetivas de conhecimento do defeito não existam em geral no mundo, que os riscos e vícios do produto não sejam pura simplesmente cognoscíveis (1999, p. 511).

Ou seja, para que o fornecedor esteja eximido de reparar qualquer dano, o mesmo deve verificar, de forma absoluta, a total impossibilidade de constatar a presença do defeito. Defeito, este, que não poderá ser verificado seja pela falta ou insuficiência dos meios técnicos e científicos disponíveis na época em que o produto foi colocado em circulação. Cabe ao fornecedor, se inteirar das discussões científicas existentes sobre o assunto, no mundo todo. De modo que este não pode alegar o desconhecimento de estudos científicos, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos danos causados.

Além desta análise realizada sobre os riscos do desenvolvimento dentro da legislação europeia, cumpre realizar breves considerações sobre assunto dentro do direito norte-americano.

4.2.2 A normatização no direito americano

Dentro do direito americano, não há a existência de uma norma jurídica única que regule as relações de consumo para todo o país e que disponha sobre a responsabilidade civil do fornecedor de produtos.

Diante da inexistência de um regramento federal, coube a cada estado elaborar a sua legislação e discorrer sobre a matéria (CALIXTO, 2004, p. 191). Embora tenha existido primeiramente uma tendência de que o fornecedor fosse considerado como responsável pelos seus produtos, essa corrente acabou por ser invertida resultando em uma reforma de legislação por muitos dos estados americanos. Da mesma forma, a teoria dos riscos do desenvolvimento passou a ser considerada, de modo que foi afastada a responsabilidade civil do fornecedor quando a mesma estivesse configurada.

O sistema existente até então, correspondia pela adoção de uma responsabilidade civil objetiva que impunha o pagamento de indenização integral, em quais quer circunstâncias. Diante desses fatos, as companhias seguradoras começaram a efetuar pressões a fim de que a legislação fosse modificada, pois “não aceitavam os valores pagos a título de indenização e impostos pelos júris populares” (CALIXTO, 2004, p. 191). Essa mudança de posicionamento por parte de cada um dos estados americanos ocasionou uma verdadeira contra-revolução. Nesse ponto, João Calvão da Silva relata que:

(...) a recente experiência norte-americana em que grande crise no mercado de seguro, provocada pela extraordinária expansão da responsabilidade – a caminho de uma responsabilidade absoluta do lesante, melhor de uma garantia – deu origem a uma obra de contenção dessa explosão, já referida como o início de uma contra-revolução (1999, p. 523).

Ademais, dois julgados podem ser elencados como precursores dessa mudança de posicionamento dentro dos Estados Unidos. Embora tenham existido outras decisões similares, destaca-se a decisão que foi proferida pela *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit* no ano de 1967. Trata-se de um caso relatado por Rubens Granja, em que um cidadão do Estado de Minnesota ajuizou ação contra a Merk, Sharp & Dohme, pleiteando indenização por danos supostamente causados pelo medicamento Hydro Diuril kA-50 em seu intestino delgado, que teria lhe causado sérias dores abdominais.

No presente caso, a Corte Americana acabou afastando completamente o dever de responsabilidade civil do fabricante do medicamento, o qual foi eximido completamente uma vez que foi adotada a teoria do risco do desenvolvimento, resultando na improcedência do pedido do autor. Segundo a decisão proferida:

É notório, e incontroverso, que o fabricante de medicamentos de venda sob prescrição médica não é um segurador dos produtos que ele vende. (...) Ele tem o dever de tomar cuidados razoáveis para não expor o consumidor a riscos não razoáveis de danos em decorrência do uso de seus produtos. A falha no cumprimento deste padrão de dever de cuidado, à luz das condições anteriormente mencionadas, constituirá negligência e sujeitará o fabricante à responsabilidade pelos danos resultantes. O simples ato de que os danos sofridos pelo consumidor decorreram do produto do fabricante não constitui, por si só, fundamento suficiente para imputar responsabilidade ao fabricante. Quando o fundamento da ação é a negligência, o dever de o fabricante realizar testes adicionais e investigar a propensão do seu produto a causar danos está diretamente relacionado aos riscos previsíveis de danos a potenciais usuários, à luz dos conhecimentos científicos ou médicos atuais. (...) A responsabilidade civil não recairá sobre aquelas consequências danosas decorrentes do uso de um produto cujos efeitos danosos “nenhuma habilidade humana ou previsibilidade podem proporcionar o conhecimento (GRANJA, 2011, 498 – tradução livre).

Outro caso que ganhou grande repercussão e rompeu definitivamente com a responsabilidade objetiva, de modo que aceitou completamente a exclusão de responsabilidade por parte do fornecedor se deu com o julgamento do caso *Brown versus Abbott Laboratories*, o qual foi julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1988.

Esse julgamento tinha como objetivo auferir a responsabilidade do produtor do medicamento conhecido como DES, que era nada mais do que um estrógeno usado por mulheres grávidas e tinha como objetivo evitar abortos involuntários. Contudo, o uso deste medicamento acabou provocando em milhares de mulheres, a formação de tumores vaginais (CALIXTO, 2004, p. 193).

A decisão proferida pela Corte também afastou a incidência da responsabilidade objetiva, e consagrou a teoria dos riscos do desenvolvimento como matéria a ser alegada pelo fornecedor a fim de que pudesse consagrando os riscos do desenvolvimento como hipótese a ser arguida pelo fornecedor e este não fosse condenado pela existência de riscos imprevisíveis. A Suprema Corte da Califórnia assim decidiu:

Apesar de os tribunais terem tendido a condicionar o fabricante ao cumprimento de padrões altíssimos de cuidado ao desenvolver e testar medicamentos de potencialidade lesiva desconhecidas, alertando sobre os riscos identificados; na ausência de provas de que esse padrão não foi atendido, os tribunais têm recusado-se a condenar o fabricante pelos danos decorrentes de riscos imprevisíveis.

(...)

Por esses mesmos princípios, nós rejeitamos as alegações do Autor de que o fabricante do medicamento deveria ser julgado responsável por descumprimento do dever de informar os riscos inerentes a um medicamento, ainda que este fabricante não soubesse, ou sequer pudesse saber, pelos conhecimentos científicos disponíveis ao tempo da exposição ao consumo, que aquele medicamento poderia produzir os indesejados efeitos colaterais sofridos pelo autor (GRANJA, 2011, p. 501 – tradução livre).

A partir desses dois julgados, os demais Estados vieram a acompanhar essa tendência, de modo que os riscos do desenvolvimento foram definitivamente consolidados como excludente de responsabilidade civil.

Depois de analisada a solução encontrada pelo direito americano, cumpre analisar se a teoria dos riscos do desenvolvimento pode ser considerada como causa de exclusão de responsabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os aspectos apresentados pela doutrina e pelo Código de Defesa do Consumidor.

4.3 Os riscos do desenvolvimento no direito brasileiro

O tema dos riscos do desenvolvimento deve ser encarado como um dos mais relevantes dentro da responsabilidade civil, uma vez que a sua aplicabilidade acaba por ocasionar grandes reflexos para os consumidores, posto que são considerados como sujeitos hipossuficientes dentro da relação de consumo.

A própria legislação europeia, conforme visto anteriormente, acabou por regulamentar a matéria sem uma unanimidade. Visto que diversos países acabaram estabelecendo conforme melhor se adequavam na sua própria legislação, a solução para o problema dos riscos do desenvolvimento.

No que tange ao direito pátrio, o legislador do Código de Defesa do Consumidor não apresentou posição de forma clara quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade da referida teoria, pelo que diversos doutrinadores apresentam opiniões sobre o assunto. Pois, embora a Lei nº 8.078/90 tenha sido idealizada com base na Diretiva Europeia 374/85, o legislador brasileiro acabou silenciando e não repetindo o disposto que se referia aos riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade.

Assim, dentro do ordenamento jurídico pátrio, deve-se ter em mente uma análise acerca dos dispositivos referentes à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, especialmente no artigo 12, § 1º, inciso III e § 3º do Código de Defesa do Consumidor. Pelo fato do legislador não ter elencado de forma expressa a adoção ou não da teoria dos riscos, a doutrina estabelece uma argumentação acerca da interpretação do referido dispositivo legal.

A doutrina brasileira acabou por estabelecer duas posições sobre o assunto. A primeira defende que os riscos do desenvolvimento foram adotados pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo causa excludente de responsabilidade civil. A segunda reporta à ideia de que os riscos detectados depois do avanço tecnológico não seriam capazes de eximir o fornecedor de reparar o prejuízo causado.

Entre aqueles que defendem a exclusão do fornecedor como responsável podem ser citados James Marins, Gustavo Tepedino, Fábio Ulhoa Coelho, João Calvão da Silva, entre outros. Em sentido contrário, aqueles que defendem a corrente da responsabilização do fornecedor estão: Sérgio Cavalieri Filho, Marcelo Junqueira Calixto, Sílvio Luis Ferreira da Rocha e Paulo de Tarso Sanseverino. Dessa forma, é necessário verificar os argumentos apontados por ambas as correntes que os autores se filiam.

4.3.1 Posicionamentos favoráveis à adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade

Como dito anteriormente, vários autores se posicionam favoravelmente no sentido da aplicação da teoria dos riscos do desenvolvimento como hipótese de exclusão de responsabilidade. Diante dos argumentos postos pelos mesmos, podemos elencar, primeiramente, os argumentos defendidos por James Marins sobre o assunto.

Para o autor, a discussão sobre a possibilidade ou não de se adotar essa causa excludente reside na interpretação do artigo 12, § 1º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. O referido artigo menciona um rol de sujeitos que possuem o dever de reparar possíveis prejuízos, quando o produto colocado dentro do mercado de consumo for considerado defeituoso. Especificamente, o inciso III suscita a presente discussão, pois o dispositivo refere à expressão “a época em que foi colocado em circulação” (MARINS, 1993, p. 127).

Ademais, o próprio autor discorre sobre a realização de raciocínios mediante a interpretação legislativa e à análise de fatores que podem em maior ou menor medida influenciar o intérprete da norma (MARINS, 1993, 129). O primeiro deles reside no fato de atribuir aos consumidores e aos fornecedores uma distribuição igualitária dos riscos da produção. Cabe ao empresário arcar com os riscos que poderão acarretar prejuízos aos consumidores, desde que estes estejam enquadrados dentro dos três tipos de defeitos elencados, quais sejam: defeitos de criação/concepção, defeitos de produção e defeitos de informação.

No tocante aos riscos do desenvolvimento, estes não poderiam ser enquadrados em nenhuma das modalidades de defeitos anteriormente referida, o que faria com que não existisse a relação de nexos causal entre defeito e a ocorrência do dano, uma vez que o primeiro se quer existiria.

Não seria hipótese de defeito de informação, visto que não houve qualquer insuficiência, falsidade ou omissão das informações do produto por parte do fornecedor, uma vez que este não tinha nenhuma condição de imaginar a existência de um eventual risco. Igualmente, não se trata de defeito de produção, pois no caso dos riscos do desenvolvimento, estes irão incidir sobre toda a produção realizada pelo fornecedor. De modo que foge à característica do defeito existente em apenas uma única série ou lote fabricado. Também não seria enquadrado como defeito de concepção, uma vez que fora observado dentro do início do processo produtivo, a inexistência de falha de projeto ou fórmula conhecida até então pelo homem.

Para que a teoria possa ser adotada, leva-se em conta o momento em que se poderia considerar o produto como efetivamente defeituoso, o que acabaria ocorrendo quando o mesmo fosse colocado em circulação no mercado de consumo. Caberia analisar nesse momento, qual era o estado científico-tecnológico existente no mercado. Nesse sentido, há o posicionamento de Gustavo Tepedino, que assim discorre sobre a interpretação dos artigos 10 e 12, § 1º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor:

De todo modo, parece bastante claro que, nas hipóteses de risco do desenvolvimento, não há defeito no produto ou serviço, nos termos definidos pelo artigo 12, § 1º, cuja indicação é corroborada pela interpretação sistemática dos artigos 6º e 10º do CDC, antes mencionados. Para o Código do Consumidor, convém insistir, defeito não se confunde com nocividade (há inúmeros produtos, na praça, que, embora nocivos, não são defeituosos, desde que as informações prestadas pelo fornecedor esclareçam bem o seu grau de nocividade). E não há defeito imputável ao fornecedor quando, nos termos do artigo 12, § 1º, inciso III, tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistente vício de insegurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente o consumidor, com base no atual conhecimento científico (2004, p. 254).

Essa análise sobre o estado científico e tecnológico que existia no mercado quando do lançamento do bem, deve ser feita pelo fornecedor, pois o mesmo possui o dever de pesquisar mediante o uso de todos os mecanismos que lhe forem postos à sua disposição, para que evite ao máximo a introdução de produtos que possam ser nocivos ou perigos e que venham a ter uma potencialidade danosa ao consumidor.

Caberia ao fornecedor realizar tais pesquisas, de modo que esteja pautado até que esgote todas as possibilidades oferecidas pelo *estado da arte*. O fornecedor deve possuir um departamento exclusivo para a realização de pesquisas ou buscar aquilo que vem sendo estudado no âmbito mundial, bem como saber dos resultados obtidos com o desenvolvimento tecnológico. Pois a ausência desse dever de pesquisa, será considerado como “defeito de concepção no fornecimento, com a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados” (COELHO, 1994, p. 82).

Embora não haja uma definição dentro do nosso ordenamento jurídico, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, buscou-se formular uma definição. Buscando analisar a existência da evolução tecnológica, o fornecedor está adstrito a uma gama de conhecimentos oriundos da comunidade científica. Mais precisamente, o mesmo deve observar “o conjunto de conhecimentos acumulados pelos cientistas e especialistas no mundo todo, ligados ao meio acadêmico ou empresarial, acerca dos efeitos que o emprego de determinados processos,

substâncias, formas ou mecanismos em produtos e serviços pode acarretar à saúde ou à segurança das pessoas a eles expostas (COELHO, 1994, p. 87).

Como já mencionado anteriormente, os autores James Marins e Fábio Ulhoa Coelho fundamentam a aplicação dos riscos do desenvolvimento no direito brasileiro mediante a interpretação do artigo 12, § 1º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essa interpretação também engloba a leitura do artigo 10, que também merece destaque. O artigo 10 refere que: “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Por fim, o posicionamento favorável à adoção dos riscos do desenvolvimento no direito brasileiro aponta o artigo 12, § 3º, inciso III da Lei nº 8.078/90, como dispositivo que fecha a interpretação doutrinária sobre o assunto, ao dispor que: “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste”.

Dessa interpretação, James Marins ressalta a adoção dos riscos do desenvolvimento como causa de exclusão de responsabilidade a ser arguida pelo fornecedor, pois é lícito ao mesmo introduzir determinado bem que não sabia ou não devesse saber a possibilidade de serem perigosos. O autor também refere que o uso da expressão “devesse saber” possui como significado que ‘somente será imputada responsabilidade ao fornecedor se “diante das circunstâncias tenha o potencial conhecimento do alto grau de periculosidade de seu produto e que omita os elementares deveres de cuidado objetivo para sua verificação’ (ARAÚJO *apud* MARINS, 1993, p. 61).

Fábio Ulhoa Coelho também discorre sobre o uso das expressões “saiba ou devesse saber” alegando que estas não poderiam ser aplicadas ao fornecedor, uma vez que estaria obrigando o mesmo a detectar a presença de possíveis riscos, “o que seria humanamente impossível” (1994, p. 86).

Diante disso, somente a falta de informações aos consumidores, após a constatação da periculosidade de determinado bem, de modo que o responsável pelo produto não tomasse as medidas necessárias, seja informando os usuários e a autoridade pública, aí sim estaríamos falando na existência do dever de reparação. Como exemplo dessa possibilidade, cumpre citar a legislação italiana, a qual estabeleceu o dever de reparação por parte do empresário quando este tomou conhecimento sobre a periculosidade do produto depois da entrada em circulação e mesmo assim acabou se omitindo, não informando ao público sobre a sua existência ou não tomou medidas a fim de que o dano fosse evitado. Segundo o artigo 2050 do Código Civil Italiano, essa exposição ao

perigo gera uma responsabilidade por culpa presumida ao fornecedor (ALPA *apud* TARTUCE, 2012, p. 404).

Essa é a posição adotada por Ugo Carnevali, o qual é citado por Marcelo Junqueira Calixto. Segundo o autor, “só deve haver responsabilidade quando o fabricante teve ou deveria ter tido conhecimento do risco e não cuidou de informar os consumidores, salientando, igualmente, que a advertência deve ser específica no conteúdo como forma de chamar imediatamente a atenção do leitor sobre o risco conexo ao uso do produto” (CALIXTO *apud* CARNEVALI, 1974, p. 230).

Portanto, com fundamento nos dispositivos acima relatados, a doutrina favorável aduz que os riscos do desenvolvimento estariam disciplinados de certa forma, dentro do Código de Defesa do Consumidor, quando a legislação refere o artigo 12, § 3º, inciso II, ao dispor que os sujeitos ali elencados não responderão quando provarem que, embora tenham colocado o produto no mercado, o defeito inexistia.

Ainda, há aqueles que fundamentam que a presente teoria deve ser enquadrada como causa excludente de responsabilidade do fornecedor, pois a sua não aplicabilidade acabaria acarretando um verdadeiro desestímulo no tocante ao avanço das pesquisas científicas, tendo como consequência a queda de investimento do setor tecnológico-científico e uma diminuição do progresso social. Conforme Rui Stoco:

A oneração do fabricante por danos futuros, ainda que o produto, ao ser colocado no mercado, tenha se mostrado adequado, segundo o estado da ciência e o estágio tecnológico do momento, desestimularia as indústrias à pesquisa, ao investimento, ou tornaria a atividade demasiadamente onerosa e sem competitividade (2007, p. 48).

Em contra partida, há o posicionamento de outros autores que entendem que o fornecedor deve ser responsabilizado pelos riscos do desenvolvimento. Sendo assim, passemos a analisar, alguns argumentos empregados por estes autores para afastar a adoção da respectiva teoria como causa excludente de responsabilidade civil no direito brasileiro, especialmente no Código de Defesa do Consumidor.

4.3.2 – Posicionamentos contrários à adoção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, o posicionamento doutrinário acerca da exclusão dos riscos do desenvolvimento como causa de eximente de responsabilidade possui mais adeptos, sendo a corrente prevalente e majoritária, embora existam ponderáveis argumentos em ambos os sentidos.

O primeiro argumento nesse sentido é descrito por Rizzato Nunes ao comentar a redação do § 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, quando sua redação se utilizou do advérbio “só”, o que segundo o autor, denota a ideia de que as causas previstas nos incisos subseqüentes são taxativas. De modo que outras causas não poderão ser analisadas, nem mesmo a possibilidade do fornecedor alegar como matéria de defesa o caso fortuito e a força maior. O próprio autor refere “e, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes” (NUNES, 2005, p. 271).

Considerando a presença de um rol taxativo sobre as causas excludentes de responsabilidade do fornecedor, Sílvio Luis Ferreira da Rocha também se manifesta arguindo que a Lei nº 8.078/90 não aceitou essa causa exonerativa, uma vez que deveria ter sido expressamente prevista no rol do artigo 12, § 3º. Não sendo previsto, cabe ao fornecedor o dever de reparação. Nesse sentido:

Na sua ausência, a hipótese presente será esta: o defeito inexistia no momento em que o produto foi colocado no mercado, apenas o conhecimento científico existente não o permitia detectar. Não ocorreu culpa exclusiva do consumidor e a ausência de culpa do fornecedor é irrelevante para o deslinde do problema (art. 12, caput). Logo, o fornecedor responderá pela reparação dos danos causados pelo produto defeituoso (2000, p. 112).

Outro argumento utilizado reside no fato do Código de Defesa do Consumidor ter adotado a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, embora esta seja mitigada em algumas situações. Dentre essas situações, o risco do desenvolvimento não faria parte. Ainda, a aceitação de tais riscos dentro do ordenamento jurídico iria acarretar um retrocesso de grandes proporções na responsabilidade objetiva, a qual foi fruto de uma evolução legislativa demorada e que visa proteger o consumidor sobre os danos que passaram a ocorrer com frequência cada vez maior, devido ao processo de fabricação em larga escala.

Esse retrocesso deve ser evitado, de modo que Cláudia Lima Marques discorre sobre o assunto. Para a autora, “a adoção dos riscos do desenvolvimento resultaria na reintrodução dos

elementos baseados na culpa”, bem como “seria imoral por parte do fornecedor lançar determinados produtos que sejam inseguros no mercado de consumo, para só então alertar os consumidores sobre a presença de riscos” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010, p.157).

Não há que se falar em quebra da responsabilidade objetiva, pois mesmo no caso dos riscos do desenvolvimento há a presença de um defeito, o que igualmente enseja o dever de reparação pelo fornecedor. O defeito aqui considerado é definido como defeito de concepção, o que afasta os argumentos favoráveis à adoção da teoria como excludente de reparação.

Diante disso, vários autores consideram a presença do defeito de concepção, o qual decorre simplesmente “da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova” (BENJAMIN *apud* ROCHA, 2000, p. 67).

Da mesma forma, não cabe ao fornecedor arguir como fundamento de exoneração de responsabilidade, a ideia de que ninguém pode responder por aquilo que nem a ciência é capaz de dizer e fornecer quando o bem foi posto em circulação, pois impera dentro do ordenamento jurídico a responsabilidade civil objetiva do fornecedor. Uma vez que os riscos do desenvolvimento são considerados como defeito de concepção, aliado à existência da responsabilidade objetiva, em nada importa se o produtor não o conhecesse ou diante do conhecimento científico existente até então, não pudesse conhecer a existência do defeito. Assim afirma Maria Parra Lucan, “não importa que o produtor não conhecesse ou inclusive que, dado o estado dos conhecimentos científicos e técnicos do momento em que o produto foi posto em circulação, não pudesse conhecer o caráter defeituoso do produto” (LUCAN *apud* CALIXTO, 2004, p. 231).

A corrente doutrinária que defende a exclusão dos riscos do desenvolvimento, considera que, os riscos do desenvolvimento são considerados como espécie de defeito de concepção, sendo defeituoso desde o momento em que o produto foi lançado no mercado de consumo. Todavia, o mesmo somente não pode ser constatado diante da inexistência de conhecimentos técnicos e científicos que possibilitassem essa descoberta. Assim, os riscos do desenvolvimento representam a existência de um defeito que, todavia ainda é desconhecido.

Mas isso não impede que a responsabilidade objetiva seja aplicável ao caso, uma vez que a existência de um dano, mesmo que este venha a ser verificado posteriormente, “representará a violação de uma expectativa de segurança que existia desde o momento da introdução do produto no mercado de consumo, implicará, lembrando-se ser esta uma circunstância relevante para a determinação do caráter defeituoso do produto (art. 12, § 1º, III do CDC)” (CALIXTO, 2004, p. 220).

Há aqueles que se posicionam arguindo que os riscos do desenvolvimento devem ser considerados como hipótese de fortuito interno, de modo que o fornecedor responderia independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores. Sustentando esse posicionamento está Sérgio Cavalieri Filho, ao relatar ser irrelevante a demonstração de que a presença do defeito é previsível ou não.

A título de exemplo, temos a realização de um julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Embora o caso analisado tenha sido anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, o REsp 6422-PR datado de 1991, examinou a questão dos riscos do desenvolvimento. No caso, o julgado buscava analisar a conduta do laboratório fabricante do medicamento Energisan, uma vez que um jovem de 24 anos, que residia no Paraná, teve o fármaco prescrito pelo médico a fim de que fosse utilizado como um fortificante. Após o uso do referido medicamento, o estado de saúde do jovem agravou-se e o mesmo veio a falecer. Diante disso, constatou-se que a causa do óbito foi a presença de uma substância contida no medicamento (*Dinitrilla Succinica*). Em matéria de defesa, o laboratório fabricante afirmou que desconhecia a periculosidade da substância, de modo que apresentou laudo do Instituto Adolfo Lutz com a conclusão de que se tratava de efeito novo e até então desconhecido do medicamento.

O presente caso é descrito por Paulo de Tarso Sanseverino e analisado por Alberto Pasqualotto, tendo o mesmo tido a seguinte decisão:

A sentença julgou procedente a pretensão indenizatória, reconhecendo a responsabilidade do laboratório, em face da prova de que o produto já havia sido retirado do mercado em três outras oportunidades por ter causado outros problemas. Essa decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, argumentando que a empresa correu o risco, uma vez que pôr o produto no mercado sem a comprovação definitiva de sua eficiência e da ausência de seu potencial danoso. A condenação foi mantida, por esses mesmos fundamentos, pelo Superior Tribunal de Justiça (PASQUALOTTO *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 346).

Diante dessa posição, o autor conclui que a solução encontrada pela Justiça:

Foi perfeitamente correta, ainda que o fato tenha sido anterior à vigência do CDC. Analisou-se de forma objetiva, e com rigor, o instituto dos riscos do desenvolvimento, em face do progresso da indústria farmacêutica, tendo havido correta distribuição do ônus da prova (SANSEVERINO, 2010, p. 347).

Diante desse posicionamento, sustenta-se que a melhor solução encontrada é a de que o fornecedor deve responder pelos riscos do desenvolvimento, aliada a uma interpretação dos artigos 10 e 8º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez que o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo, produto que saiba ou deveria saber tratar-se perigoso. Da mesma forma, cumpre observar que os produtos não devem causar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, com exceção daqueles que forem considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição.

De outro modo, a discussão acerca da teoria dos riscos do desenvolvimento dentro do direito brasileiro somente teria um fim quando o legislador disciplinasse de forma objetiva ou com maior clareza, dentro do Código de Defesa do Consumidor essa importante questão, que há tantos anos provoca entre os doutrinadores, argumentos favoráveis e contrários a sua aplicabilidade.

Nesse sentido, Paulo de Tarso Sanseverino aponta que o legislador deveria excluir por completo a hipótese de que o fornecedor se eximisse de reparar o dano causado, ao argüir a aplicação da respectiva teoria. Todavia, o mesmo refere que, caso os riscos do desenvolvimento fossem acolhidos dentro da legislação, deveria ser adotada uma solução intermediária, como ocorre no caso da Espanha, onde a eximente foi acolhida como regra geral, excluindo-se dois setores de fundamental importância, quais sejam, o setor de medicamentos e produtos alimentícios. Mas o autor faz uma ressalva, ao dizer que “não podemos esquecer nossa condição de Terceiro Mundo, onde, frequentemente, são testados novos medicamentos, inclusive em face da maior possibilidade de impunidade dos fornecedores (2010, p. 347).

Ademais, quando os riscos do desenvolvimento forem expressamente previstos na legislação, há aqueles que defendem que o fornecedor não pode ser submetido ao dever eterno de reparação pelo produto posto em circulação. Deve existir um prazo máximo em que o fornecedor deverá efetuar a reparação, sob pena de que não exista uma harmonia dentro da relação entre fornecedores e consumidores. A existência de tal prazo é defendida por Marcelo Junqueira Calixto, o qual estabelece como prazo máximo de dez anos o período em que o fornecedor pode ser responsabilizado. “Vencido esse prazo, não há mais que se falar em responsabilidade, salvo ação judicial já intentada pelo consumidor vítima do acidente de consumo” (2004, p. 250).

Esse prazo corresponde ao que é adotado pela legislação europeia, o qual não se suspende nem se interrompe. Igualmente, aplica-se o prazo prescricional ao consumidor, que possui o tempo de cinco anos para que possa ajuizar a sua pretensão indenizatória. Mas primeiramente, deve ser observado o prazo de dez anos que é contado a partir da entrada do produto em circulação.

Diante de tais argumentos, há uma forte tendência doutrinária para a responsabilização do fornecedor, mesmo diante dos danos ocasionados pelos riscos do desenvolvimento.

CONCLUSÃO

Ainda hoje, a teoria dos riscos do desenvolvimento é uma das questões mais polêmicas dentro da responsabilidade civil do fornecedor. Como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) foi elaborado a partir do momento em que se percebeu a necessidade cada vez maior de proteger os consumidores dos danos causados pela presença de produtos ou serviços no mercado de consumo.

A evolução da capacidade produtiva, bem como o aumento do número de produtos postos em circulação, acabou ensejando uma mudança de mentalidade, a necessidade de adotar um novo posicionamento na legislação, o que acabou correspondendo na quebra da velha teoria baseada na culpa e na adoção de uma teoria baseada na responsabilidade civil objetiva do fornecedor. Isso foi necessário, pois era preciso que o fornecedor tivesse o dever de reparar o prejuízo causado aos consumidores.

Nesse sentido, o Brasil não podia ficar de fora desse movimento, de modo que a responsabilidade civil do fornecedor foi disciplinada em um diploma legal específico, denominado de Código de Defesa do Consumidor. Esse regramento, em muitos aspectos, teve como base a Diretiva nº 374/85 da Comunidade Econômica Europeia. Através dessa diretiva, a lei brasileira procurou importar, seja utilizando uma mesma definição ou mesmo guardar alguma similaridade com aquela redação.

Contudo, no tocante aos riscos do desenvolvimento, o Código de Defesa do Consumidor, em nenhum dos seus dispositivos, apresentou algum artigo que apontasse, de forma expressa, a sua aplicabilidade, de modo que as causas excludentes de responsabilidade que o fornecedor poderia se utilizar se encontram no § 3º do artigo 12 do referido Código.

Desta feita, coube à doutrina, através de debates acalorados e da formulação de interpretações diversas, as quais tiveram especialmente como fundamento o inciso II, do § 3º do artigo 12, o § 1º, inciso III do mesmo dispositivo e ainda o artigo 10 da Lei nº 8.078/90, a elaboração de uma posição que concluísse pela aplicabilidade dos riscos do desenvolvimento como causa exonerativa de responsabilidade, ainda que prevista implicitamente.

Embora tenhamos a manifestação de vários autores nesse sentido (Gustavo Tepedino, James Marins, João Calvão da Silva, entre outros), bem como das posições trazidas pelo direito

comparado, especialmente no tocante aos Estados Unidos e alguns países da União Europeia que adotaram a respectiva teoria como excludente de responsabilidade dentro das suas legislações, conclui-se que essa não é a solução a ser adotada no ordenamento jurídico pátrio.

Como observado ao longo do presente trabalho, a existência de um dano pressupõe que o produto ou o serviço possui um defeito quando colocado em circulação, o que acaba por afetar a integridade física ou patrimonial dos consumidores. Essa é a leitura que se faz quando analisada a definição do que sejam os riscos do desenvolvimento. Trata-se de hipótese em que o produto já possuía um defeito, todavia este não podia ser conhecido ante a completa ausência de conhecimentos técnicos e científicos no momento em que foi posto em circulação.

Desta análise, denota-se a existência de um defeito que acabou por quebrar em patamares muito superiores, a expectativa de segurança do produto no momento em que é colocado em circulação, conforme preconiza o inciso II, do § 1º do artigo 12 e que estabelece quando um produto é considerado como defeituoso. Ainda, percebe-se que a adoção da teoria do risco do empreendimento no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, denota a preocupação do legislador brasileiro em garantir uma completa e efetiva proteção do consumidor. Nesse sentido destacam-se o rol de direitos básicos a que os consumidores têm direito, elencado no artigo 6º e a aplicação na quase totalidade das relações de consumo, dos princípios que dispõem sobre a vulnerabilidade e a hipossuficiência do fornecedor em relação ao fornecedor, sujeito mais forte dentro da relação de consumo.

Deste modo, não é cabível que o mesmo venha a ter que suportar sozinho os prejuízos causados. A escolha da responsabilidade objetiva prevista na legislação consumeirista demonstra, de forma clara, a quebra da teoria baseada na existência da culpa, que vigorava até então. A adoção dos riscos do desenvolvimento civil acabaria por reintroduzir um sistema que demorou tantos anos para ser modificado dentro do ordenamento jurídico.

Ademais, se o legislador tivesse a intenção de adotar a teoria dos riscos do desenvolvimento, teria previsto de forma expressa a sua aplicação. Mas como não o fez, considera-se o rol previsto no § 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor como taxativo, de modo que nele não poderão ser enquadradas novas causas excludentes de responsabilidade, se não por meio de uma reforma legislativa.

A doutrina defensora da teoria dos riscos também refere como argumento, que haveria um retardo no progresso científico e econômico na sociedade se a teoria não fosse aplicada. Isso se resolveria facilmente. Pois com a adoção de medidas mais eficazes no tocante as pesquisas, por

exemplo, isso levaria a um desenvolvimento científico mais rápido visto que além de proporcionar uma maior segurança dentro do mercado de consumo, também reduziria em muito os casos de responsabilidade civil.

Percebe-se que o avanço tecnológico caminha a passos largos, pois todos os dias podemos observar a descoberta de novos medicamentos, fórmulas, produtos mais seguros, além de inúmeras inovações que proporcionam uma melhora cada vez maior na qualidade de vida dos indivíduos. De modo que incumbe ao fornecedor estar atento ao avanço dos meios tecnológicos para que, ao menor sinal de que seu produto venha a causar um prejuízo, este tome as medidas cabíveis a fim de evitar a existência de danos que possam afetar um consumidor isoladamente ou mesmo toda uma coletividade de indivíduos.

Assim, mostra-se adequada a posição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, ao tutelar os consumidores em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional, de modo a buscar um equilíbrio entre consumidores e fornecedores, responsabilizando o fornecedor de forma objetiva, de acordo com a teoria do risco do empreendimento e afastar de seu campo de aplicação a teoria dos riscos do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 2002
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de et alli. **Comentários ao Código do Consumidor**, coordenado por José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, e organizado por Geraldo Magela Alves, Forense, Rio, 1992.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentário ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman V; BENJAMIN, MARQUES e BESSA, Cláudia Lima; Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BONATTO, Cláudio; BONATTO e MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2012.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2012.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 6422-PR**. Relator: Barros Monteiro. In: *Lex*, n. 31, p. 150, jun. 1991.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.
- CARNEVALI, Ugo. **La Responsabilità del Produttore**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010.
- 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.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FAGNART, Jean-Luc. **La responsabilité Du fait dès produits em droit belge**. La Directive 85/374/CEE relative à La responsabilité Du fait dès produits: dix ans après. Louvain-la-Neuve: Monique Goyens ed., 1996.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GRANJA, Rubens. **Direito dos Negócios em Debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 487-513.
- LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 (atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval).
- LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. In Os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PARRA LUCAN, M. A. **Daños por Productos y Protección del Consumidor**, nota 3, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento**. *Ajuris*, Porto Alegre, v.20, n. 59, p. 147-68, Nov. 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Forense, 2001.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço**. São Paulo: Afiliada, 1998.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROJO, Angel e Fernández-Río. **La responsabilidad civil del fabricante**. Bolonha: Real Colégio de España, 1974.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.
- STOCCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual**. São Paulo: Método, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na ótica Civil-constitucional**. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva n. 374/85**. Conselho das Comunidades Europeias. Disponível em <<http://www.anacom.pt>> Acesso em: 15 ago. 2012.

ANEXO A – DIRETIVA DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA n. 374/85**DIRECTIVA DO CONSELHO****de 25 de Julho de 1985****relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos**

(85/374/CEE)

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 100.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão ¹,
Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu ²,
Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ³,

Considerando que é necessária uma aproximação das legislações em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados pela qualidade defeituosa dos seus produtos, por sua disparidade ser susceptível de falsear a concorrência, de prejudicar a livre circulação das mercadorias no mercado comum e de originar diferenças relativamente ao grau de protecção do consumidor contra os danos causados à sua saúde e aos seus bens por um produto defeituoso;

Considerando que a responsabilidade não culposa do produtor é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna;

Considerando que a responsabilidade só se deve aplicar relativamente a bens móveis produzidos industrialmente; que, por conseguinte, se devem excluir desta responsabilidade os produtos agrícolas e os produtos da caça, excepto quando tiverem sido objecto de uma transformação de natureza industrial susceptível de causar um defeito nestes produtos; que a responsabilidade prevista pela presente directiva se deve igualmente aplicar relativamente aos bens móveis utilizados na construção de imóveis ou incorporados em imóveis;

Considerando que a protecção do consumidor exige que todos os participantes no processo de produção sejam responsabilizados se o produto acabado, a parte componente ou a matéria-prima por eles fornecidos apresentarem qualquer defeito; que, pelo mesmo motivo, deve ser responsabilizado o importador de produtos na Comunidade, bem como qualquer pessoa que se apresente como produtor, mediante a aposição do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo, ou qualquer pessoa que forneça um produto cujo produtor não possa ser identificado;

Considerando que, quando várias pessoas são responsáveis pelo mesmo dano, a protecção do consumidor implica que o lesado possa exigir uma indemnização integral do dano a qualquer uma dessas pessoas;

Considerando que, com vista a proteger a integridade física do consumidor e os seus bens, a qualidade defeituosa de um produto não deve ser determinada com base numa inaptidão do produto para utilização, mas com base numa falta da segurança que o público em geral pode legitimamente esperar; que esta segurança se avalia excluindo qualquer utilização abusiva do produto que não seja razoável nas circunstâncias em causa;

Considerando que uma justa repartição dos riscos entre o lesado e o produtor implica que este último se possa eximir da responsabilidade se provar a existência de determinados factos que o isentem;

Considerando que a protecção do consumidor exige que a responsabilidade do produtor não seja afectada pela intervenção de outras pessoas que tenham contribuído para causar o dano; que, todavia, a concorrência de culpa do lesado pode ser tomada em consideração para reduzir ou excluir essa responsabilidade;

Considerando que a protecção do consumidor exige a indemnização dos danos causados por morte e por lesões corporais bem como a indemnização dos danos patrimoniais; que esta última deve, contudo, ser limitada aos bens de uso ou de consumo privados e ser submetida à dedução de uma franquia de montante fixo para evitar um número excessivo de litígios; que a presente directiva na prejudica a indemnização do *pretium doloris* e de outros danos morais, eventualmente prevista na lei aplicável ao caso em questão;

Considerando que um prazo de prescrição uniforme para a acção de indemnização é vantajoso tanto para o lesado como para o produtor;

Considerando que os produtos se deterioram com o tempo, que as normas de segurança se tornam mais rigorosas e que os conhecimentos científicos e técnicos progridem; que não seria, portanto, razoável exigir do produtor uma responsabilidade ilimitada no tempo pelos defeitos do seu produto; que a sua responsabilidade deve, por conseguinte, extinguir-se após um prazo razoável sem prejuízo, contudo, das acções pendentes;

Considerando que, a fim de assegurar uma protecção eficaz do consumidor, se deve excluir a possibilidade de derogar por uma cláusula contratual à responsabilidade do produtor em relação ao lesado;

Considerando que, consoante os sistemas jurídicos dos Estados-membros, o lesado pode ter direito a uma indemnização a título da responsabilidade extracontratual diferente da prevista na presente directiva; que essas disposições não devem ser prejudicadas pela presente directiva, desde que tenham igualmente por objectivo uma protecção eficaz dos consumidores; que, se já estiver assegurada num Estado-membro uma protecção eficaz dos consumidores no sector dos produtos farmacêuticos por um regime especial de responsabilidade, se deve manter a possibilidade de preparar acções com base nesse regime;

Considerando que é possível excluir do âmbito de aplicação da presente directiva, a responsabilidade por danos nucleares na medida em que esta responsabilidade já esteja regulada em todos os Estados-membros por disposições especiais suficientes para o efeito;

Considerando que a exclusão das matérias-primas agrícolas e dos produtos da caça do âmbito de aplicação da presente directiva pode ser considerada em determinados Estados-membros, tendo em conta as exigências da protecção dos consumidores, como uma restrição injustificada desta

protecção; que, por conseguinte, os Estados-membros devem ter a possibilidade de tornar a responsabilidade extensiva a estes produtos;

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

Considerando que, dadas as tradições jurídicas na maior parte dos Estados-membros, não é conveniente fixar um limite financeiro à responsabilidade não culposa do produtor; que, contudo, na medida em que existem tradições diferentes, parece possível admitir que um Estado-membro possa derrogar ao princípio da responsabilidade ilimitada, estabelecendo um limite à responsabilidade global do produtor por morte ou lesões corporais causados por artigos idênticos que apresentam o mesmo defeito, na condição de que este limite seja fixado a um nível suficientemente elevado para garantir uma protecção adequada dos consumidores e o funcionamento correcto do mercado comum;

Considerando que a harmonização resultante da presente directiva não pode, na fase actual, ser total, mas que abre caminho para uma maior harmonização; que é, por conseguinte, necessário que sejam submetidos ao Conselho, em intervalos regulares, relatórios da Comissão sobre a aplicação da presente directiva, acompanhados, se for caso disso, de propostas adequadas;

Considerando que, nesta perspectiva, é especialmente importante que sejam reexaminadas as disposições da presente directiva no que respeita às derrogações facultadas aos Estados-membros, no termo de um período suficientemente longo para se dispor de uma experiência prática relativamente aos efeitos destas derrogações sobre a protecção dos consumidores e sobre o funcionamento do mercado comum,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

Artigo 1.º

O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto.

Artigo 2.º

Para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se por «produto» qualquer bem móvel, excluindo as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça, mesmo se estiver incorporado noutro bem móvel ou imóvel. Por «matérias-primas agrícolas» entende-se os produtos do solo, da pecuária e da pesca, excluindo os produtos que tenham sido objecto de uma primeira transformação. A palavra «produto» designa igualmente a electricidade.

Artigo 3.º

1. O termo «produtor» designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.

2. Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua actividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na acepção da presente directiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor.

3. Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no no 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

Artigo 4.º

Cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano.

Artigo 5.º

Se, nos termos da presente directiva, várias pessoas forem responsáveis pelo mesmo dano, a sua responsabilidade é solidária, sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas ao direito de recurso.

Artigo 6.º

1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

- a) A apresentação do produto;
- b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar;
- c) O momento de entrada em circulação do produto.

2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples facto de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado.

Artigo 7.º

O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar:

- a) Que não colocou o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;

- c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional;
- d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito,
- f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção da produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricante do produto.

Artigo 8.º

1. Sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas ao direito de recurso, a responsabilidade do produtor não é diminuída quando o dano é causado conjuntamente por um defeito do produto e pela intervenção de um terceiro.
2. A responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou excluída, tendo em conta todas as circunstâncias, quando o dano for causado conjuntamente por um defeito do produto e por culpa do lesado ou de uma pessoa pela qual o lesado é responsável.

Artigo 9.º

Para efeitos do disposto no artigo 1o, entende-se por «dano»:

- a) O dano causado pela morte ou por lesões corporais;
- b) O dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso, com dedução de uma franquia de 500 ECUs, desde que esta coisa:
 - i) seja de um tipo normalmente destinado ao uso ou consumo privados,
 - e
 - ii) tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privados.

O presente artigo não prejudica as disposições nacionais relativas aos danos não patrimoniais.

Artigo 10.º

1. Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que o direito de indemnização previsto na presente directiva prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado tomou ou deveria ter tomado conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor.
2. A presente directiva não prejudica as disposições dos Estados-membros que regulam a suspensão ou a interrupção da prescrição.

Artigo 11.º

Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que os direitos concedidos ao lesado nos termos da presente directiva se extinguem no termo de um período de dez anos a contar da data em que o produtor colocou em circulação o produto que causou o dano, excepto se a vítima tiver intentado uma acção judicial contra o produtor durante este período.

Artigo 12.º

A responsabilidade do produtor, nos termos da presente directiva, não pode ser reduzida ou excluída em relação ao lesado por uma cláusula limitativa ou exoneratória de responsabilidade.

Artigo 13.º

A presente directiva não prejudica os direitos que o lesado pode invocar nos termos do direito da responsabilidade contratual ou extracontratual ou nos termos de um regime especial de responsabilidade que exista no momento da notificação da presente directiva.

Artigo 14.º

A presente directiva não se aplica aos danos resultantes de acidentes nucleares e que são abrangidos por acordos internacionais ratificados pelos Estados-membros.

Artigo 15.º

1. Qualquer Estado-membro pode:

- a) Em derrogação do artigo 2o, prever na sua legislação que, na acepção do artigo 1o, a palavra «produto» designa igualmente as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça;
- b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7o, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no no 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito;

2. O Estado-membro que desejar introduzir a medida prevista no no 1, alínea b), comunicará à Comissão o texto da medida em causa. A Comissão informará desse facto os Estados-membros.

O Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de nove meses a contar da informação à Comissão, e na condição de que esta não tenha entretanto submetido ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva respeitante à matéria em causa. Se, contudo, a Comissão não comunicar ao Estado-membro interessado, no prazo de três meses a contar da recepção da referida informação, a sua intenção de apresentar tal proposta ao Conselho, o Estado-membro pode tomar imediatamente a medida prevista.

Se a Comissão apresentar ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva no prazo de nove meses acima mencionado, o Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta.

3. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7o e do no 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100o do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7o.

Artigo 16.º

1. Qualquer Estado-membro pode prever que a responsabilidade total do produtor pelos danos resultantes da morte ou de lesões corporais e causados por artigos idênticos que apresentem o mesmo defeito será limitada a um montante que não pode ser inferior a 70 milhões de ECUs.

2. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação do limite financeiro da responsabilidade pelos Estados-membros que usaram da faculdade prevista no no 1. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100o do Tratado, decidirá a revogação do no 1.

Artigo 17.º

A presente directiva não se aplica aos produtos colocados em circulação antes da data em que as disposições referidas no artigo 19o entram em vigor.

Artigo 18.º

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, o ECU é o definido pelo Regulamento (CEE) no 3180/78 ⁴, alterado pelo Regulamento (CEE) no 2626/84 ⁵. O contravalor em moeda nacional será inicialmente o aplicável no dia da adopção da presente directiva.

2. O Conselho, sob proposta da Comissão, procederá de cinco em cinco anos ao estudo e, se for caso disso, à alteração dos montantes referidos na presente directiva, tendo em conta a evolução económica e monetária na Comunidade.

Artigo 19.º

1. Os Estados-membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento à presente directiva o mais tardar três anos a contar da notificação da presente directiva. Desse facto informarão imediatamente a Comissão ⁶.

2. O procedimento definido no no 2 do artigo 15o é aplicável a contar da data de notificação da presente directiva.

Artigo 20.º

Os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das principais disposições de direito nacional que venham a adoptar no domínio regulado pela presente directiva.

Artigo 21.º

A Comissão apresentará de cinco em cinco anos ao Conselho um relatório respeitante à aplicação da presente directiva e submeter-lhe-a, se for caso disso, propostas adequadas.

Artigo 22.º

Os Estados-membros são destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas em 25 de Julho de 1985.

Pelo Conselho
O Presidente
J. POOS

¹ JO no C 241 de 14. 10. 1976, p. 9, e JO no C 271 de 26. 10. 1979, p. 3.

² JO no C 127 de 21. 5. 1979, p. 61.

³ JO no C 114 de 7. 5. 1979, p. 15.

⁴ JO no L 379 de 30. 12. 1978, p. 1.

⁵ JO no L 247 de 16. 9. 1984, p. 1.

⁶ A presente directiva foi notificada aos Estados-membros em 30 de Julho de 1985.

Publicação: 07.08.1985
Autor: Conselho das Comunidades Europeias

ANEXO B – ACÓRDÃO STJ - REsp 6422-PR