

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO¹

Júlia Sulzbach Fichtner Pereira²

RESUMO: O desenvolvimento da ciência e da tecnologia trouxe maiores benefícios para a sociedade de consumo. Em contrapartida, gerou maiores riscos de ocasionar acidentes de consumo aos consumidores, capazes de causar danos consideráveis. Em razão da necessária proteção ao consumidor, a legislação do consumidor adotou o regime da responsabilidade civil objetiva do fornecedor, sem a valoração da culpa. No entanto, o sistema de responsabilidade civil não é o do risco integral, de forma que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, na própria lei. Discute-se, em sede doutrinária, a existência de outras hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, entre elas os chamados riscos do desenvolvimento. Porém, a possibilidade de aplicar ou afastar a excludente tem sido tema controvertido na doutrina brasileira. Traz-se o questionamento, portanto, se o fornecedor deve ser responsabilizado por danos provocados por defeitos, cuja existência, com base na ciência e na tecnologia disponíveis, não poderiam ter sido conhecidos, na época de colocação do produto no mercado. Para tanto, serão enfocados os argumentos contrários e favoráveis à adoção da excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento.

Palavras-chave: Direito do consumidor; Responsabilidade Civil; Código de Defesa do Consumidor; Excludentes de Responsabilidade Civil; Riscos do Desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

A revolução industrial e tecnológica da sociedade foi responsável por introduzir uma forma distintiva de produção de bens de consumo no mundo moderno. Desse modo, a produção antes artesanal foi substituída pela massificação de produtos e serviços, fabricados em grande escala.

Isto é, o desenvolvimento científico e tecnológico permitiu a produção de abundantes produtos, tornando-os disponíveis ao consumo da sociedade de forma ampliada.

No entanto, da mesma forma que o desenvolvimento científico e tecnológico proporcionou um maior acesso das pessoas a produtos e serviços, os resultados obtidos nem sempre se mostram favoráveis para os consumidores, que passam a sofrer com os danos decorrentes de defeitos e vícios na formação desses bens e serviços.

Consequentemente, o desenvolvimento da sociedade, com o aumento na produção de bens de consumo, exigiu que fosse adotada uma postura jurídica

¹ Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelos professores Daniel Ustároz (orientador), Flávia do Canto e Angelo Giannakos, em 03 de julho de 2018

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Email: juliasfp@hotmail.com

própria para atender às demandas da sociedade de massa, a fim de proporcionar uma possível reparação em decorrência dos prejuízos causados.

Com o passar dos séculos e a massificação das contratações, observou-se que o consumidor se tornou cada vez mais vulnerável em razão da expertise na produção de bens de consumo de fornecedores cada vez mais especializados.

O tema envolvendo a responsabilidade do fabricante é, portanto, uma temática de grande importância na atualidade, provocando a elaboração de novas e diferentes soluções jurídicas para responsabilizá-lo pelo produto ou serviço que colocou no mercado.

A responsabilidade civil do fornecedor fundada na culpa não se mostrou suficiente para abarcar a reparação dos danos ocasionados aos consumidores, em razão da dificuldade de demonstrar a conduta culposa do agente causador do dano.

Desse modo, a fim de proteger a parte vulnerável da relação de consumo – os consumidores – o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) consagrou o regime da responsabilidade civil objetiva (superando o conceito de culpa) fundada no risco da atividade desenvolvida pelo fornecedor, estabelecida através dos artigos 12 e 14.

Entre essas hipóteses está a responsabilidade civil pelo fato do produto, objeto do presente trabalho de conclusão de curso, no qual não será analisada a conduta culposa do fornecedor, nem a relação jurídica existente entre as partes, mas sim o elemento principal causador do dano: o defeito do produto.

A adoção da espécie de regime da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto pressupõe apenas que o consumidor demonstre a existência do nexo causal entre o defeito do produto e o dano.

Ou seja, ainda que se trate de responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto, no qual o consumidor somente deverá demonstrar o dano, o defeito do produto e o nexo causal existente entre eles, tal responsabilidade não será absoluta, isto é, não será fundada em um risco integral.

Em razão disso, o CDC estabeleceu hipóteses de exclusão da responsabilidade civil, disposta no artigo 12, §3º, do CDC, em que será observada a ausência de um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil – defeito, dano e nexo de causalidade.

Contudo, parte da doutrina se posiciona no sentido de admitir outras hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, também quando estiverem ausentes um dos pressupostos exigidos legalmente, concluindo que o artigo 12, §3º, do CDC não é um rol taxativo.

Entre as diversas matérias inéditas envolvendo a responsabilidade civil do fabricante, insere-se o risco do desenvolvimento, instituto pelo qual discute-se a possibilidade de imputar a responsabilização para o produtor que, pela ciência e tecnologia disponíveis no momento da colocação do produto no mercado, não detinha o conhecimento de que o produto apresentava defeito.

Com relação ao direito comparado, a Comunidade da União Europeia incluiu entre as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil os riscos do desenvolvimento, porém fez ressalva de que cada Estado membro poderia legislar a respeito do tema. Os Estados Unidos, da mesma forma, admitem a excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento.

O exemplo clássico de risco do desenvolvimento é o caso da talidomida, remédio que causou deformações permanentes em milhares de pessoas por todo o mundo. O fármaco passou por todos os testes disponíveis à época de sua colocação

no mercado, porém foi incapaz de prever que poderia causar alterações em fetos quando utilizado por gestantes.

A doutrina consumerista brasileira majoritária tem se expressado no sentido de não admitir a excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento, estabelecendo que o fornecedor será responsabilizado por todos os danos ocasionados aos consumidores.

Esta é uma confusa questão de matéria de responsabilidade, uma vez que se por um lado se parece impensável atribuir o ônus dos defeitos causados ao consumidor; de outro lado conclui-se que incumbir a responsabilidade ao fornecedor poderá causar uma inércia no desenvolvimento tecnológico.

Deve-se, portanto, ser analisado legalmente ou doutrinariamente a possibilidade de aplicar os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil do fornecedor.

Este é o objetivo do presente trabalho.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A evolução industrial e tecnológica resultou na elaboração de novas técnicas e de meios de produção, transformando e simplificado a vida das pessoas. Esses avanços geraram a massificação dos produtos colocados no mercado, ampliando a sociedade de consumo, que passou a ter à sua disposição um número significativamente maior de insumos comercializados.

No entanto, a massificação desses produtos e o aumento da sociedade de consumo potencializou a ocorrência e o resultado lesivo de acidentes de consumo, os quais passam a ser responsáveis por gerar danos significativos na sociedade, atingindo uma coletividade expressiva de indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 ("CF/88) consagrou a defesa do consumidor como princípio fundamental a ser observado³.

Diante disso, traz-se a necessidade de proteção do consumidor contra os riscos dos produtos e dos serviços colocados à circulação no mercado. Nesse sentido, ensina Bruno Miragem que:

A proteção do consumidor contra riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo tem seu fundamento no reconhecimento da existência de interesses legítimos de que estes produtos e serviços sejam seguros, ou seja, de que não apresentem nem uma periculosidade ou uma nocividade tal a causar danos para quem venha a ser exposto aos mesmos. ⁴

Quando o produto ou serviço colocado no mercado não apresentar a segurança que dele se espera, o legislador, com a edição do CDC em 1990,

³ Nesse sentido, a CF/88 estabelece: art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 498.

consagrou a responsabilidade civil como instituto da reparação de danos de consumo, reconhecendo a importância da confiança dos consumidores pelos produtos e serviços colocados em circulação no mercado⁵, dispondo sobre os direitos básicos do consumidor.

Nesse ponto, ressalta-se que o CDC foi criado com o intuito de equilibrar a relação de consumo existente entre consumidor e fornecedor. Assim, representou um avanço na responsabilidade civil, *“porque passou a considerar o fornecedor como garantidor de produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela sua qualidade e segurança”*⁶.

Historicamente, a responsabilidade civil se manifesta, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de duas formas: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva encontra fundamento histórico no art. 159, do Código Civil de 1916, o qual foi parcialmente reproduzido, através das disposições trazidas pelo Código Civil (“CC”) através dos artigos 186 e 927, caput⁷. Nessas hipóteses, será gerado o dever de indenizar quando comprovado o dano, a culpa ou o dolo do agente causador do dano. Pressupõe, portanto, o dano, o nexo de causalidade e a conduta culposa do agente.

Com relação do CDC, dispõe Sergio Cavalieri Filho que:

Para enfrentar a nova realidade decorrente da evolução industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código de Defesa do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.⁸

O legislador adotou para o CDC o regime da responsabilidade civil objetiva⁹, fundada no risco da atividade do fornecedor de colocar um produto ou serviço no mercado, e não na culpa do agente causador do dano.

⁵ Art. 6º do CDC: “são direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...]

⁶ WESENDONCK, Tula. O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 197

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 239.

⁹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INGESTÃO DE LEITE IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SAÚDE. ACIDENTE DE CONSUMO (FATO DO PRODUTO). DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. I. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. Para ser caracterizada a responsabilidade civil subjetiva, nos termos do art. 927, do Código Civil, é necessária a comprovação da ação (conduta comissiva ou omissiva), da culpa do agente, da existência do dano e do nexo de causalidade entre a ação e o dano. **No entanto, a hipótese dos autos trata de relação de consumo, sendo objetiva a responsabilidade do fornecedor de serviço, nos termos do art. 14, caput, do CDC, ou seja, a parte requerida responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade.** II. No caso, os autores ingeriram leite produzido pela ré que estava impróprio para consumo, segundo constatado pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. Portanto, a situação se

O regime da responsabilidade civil objetiva é apresentado através dos artigos 12¹⁰ e 14¹¹ do CDC.

A adoção deste regime ocorre nas situações em que se mostra difícil definir o causador do dano, de forma que se deve optar pela responsabilidade civil objetiva para garantir a prestação jurisdicional¹².

Conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto, a responsabilidade civil objetiva é a “[...] *única capaz de atender aos reclamos de uma sociedade marcada pela produção em larga escala e na qual os danos são muitas vezes anônimos, isto é, não imputáveis a uma agente em particular*”¹³.

Sobre o ponto, também ensina Marcelo Junqueira Calixto que:

Em verdade esta responsabilidade civil objetiva está plenamente justificada pela necessidade de proteção do consumidor contra os riscos que podem ser, com vantagem, superados por aquele que detém os meios de produção e que é, portanto, capaz de evitar que estes mesmos produtos ofereçam riscos não imaginados pelos consumidores.¹⁴

Portanto, a responsabilidade civil objetiva está fundamentada no risco decorrente do desenvolvimento da atividade pelo fornecedor¹⁵.

caracteriza como acidente de consumo ou fato do produto (art. 12, CDC), uma vez que expôs o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde, o que basta para ensejar reparação dos danos morais. III. Majoração do quantum indenizatório, tendo em vista a condição social dos autores, o potencial econômico da ré, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. A correção monetária pelo IGP-M incide a partir do presente arbitramento, na forma da Súmula 362, do STJ. Os juros moratórios de 1% ao mês contam-se a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54, do STJ. IV. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076217025, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 30/05/2018) (grifamos)

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 500.

¹³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 76.

¹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 108-110.

¹⁵ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. AMPUTAÇÃO DAS FALANGES DISTAIS DO POLEGAR E DO INDICADOR. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Do conhecimento em parte do recurso - inovação recursal 1. No que concerne à alegação contra o réu Delmar Celestino pelo descuido de colocar o cateter de medição da PAM em artéria que não as do braço sobre o qual ficaria deitada a paciente durante todo o transcurso da cirurgia, bem como pela não realização do teste de Allen para verificar se a falta de uma das principais artérias que irrigam as mãos (Radial e Ulnar), seria compensada pela outra. Assim, o recurso sequer é passível de ser conhecido neste ponto, na medida em que essa questão sequer foi ventilada na inicial da demanda, matéria que não foi controvertida, sendo evidente a inovação recursal em sede de apelação. Do agravo retido 2. Inversão do ônus da prova. Cerceamento de defesa não caracterizado, uma vez que foi produzida prova suficiente para o julgamento

A teoria do risco surge no ordenamento jurídico para solucionar questões atinentes à atividade exercida pelo autor do dano que geram riscos ao direito de outro indivíduo, e não pelo ato ilícito em si, causa de responsabilidade civil subjetiva.

Pode ser conceituada, portanto, como “[...] *aquela que, com sua atividade, gera risco para os direitos de outrem, deve responder pelo dano conexo a esta mesma atividade*”¹⁶.

Conforme dispõe Orlando Celso da Silva Neto:

A ideia-chave dessa teoria é que o empresário, ao optar por explorar (exercer) a atividade empresarial, passa a ter o ônus de arcar com as consequências advindas dessa exploração (isto é, com os riscos dela advindos), não só quando age com culpa, mas quando age.¹⁷

No direito do consumidor, utiliza-se a teoria do risco-proveito, em razão da posição ocupada pelo fornecedor, no qual analisa-se dois aspectos: o fornecedor será o responsável por reparar os danos e terá um proveito econômico auferido no mercado de consumo¹⁸. Nesse caso, o fabricante responderá pelos danos ocasionados ao consumidor somente pelo fato de ter sido o responsável pela colocação do produto no mercado e pela vantagem econômica que recebeu para tanto.

Atente-se para o fato de que o fornecedor é o principal responsável pelo produto ou do serviço colocado no mercado, respondendo por todos os danos

da lide, inclusive com a realização de perícia médica designada pelo Julgador singular, bem como observado o princípio do contraditório 3. Ademais, o Juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele aferir sobre a necessidade ou não de sua produção, a teor do que estabelece o art. 370 do novo Código de Processo Civil. Mérito do recurso em exame **4. Aplica-se a responsabilidade objetiva aos estabelecimentos hospitalares e as empresas prestadoras de serviços de atendimento à saúde pelos serviços que prestam, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa dos apelados e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada.** 5. O hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência denexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito, ou força maior, ocorrendo a hipótese de isenção de culpa no caso tela. Isso se deve ao fato de que não houve equívoco nos procedimentos adotados pelos médicos que atenderam à parte autora, pois conforme o laudo pericial, a escolha daqueles foi correta, não havendo desidía na prestação de serviços. 6. Não obstante no feito em análise, para imputar a responsabilidade ao nosocômio demandado, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu o demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, a qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexocausal. Precedente do STJ. 7. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 8. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 9. Assim, não assiste razão à parte autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que realizou as cirurgias no paciente, bem como não foi provado o nexocausalidade entre a amputação dos dedos da autora e o atendimento prestado pelo médico demandado. Conhecido em parte do recurso e, na parte conhecida, negado provimento ao apelo, bem como ao agravo retido. (Apelação Cível Nº 70075657486, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/05/2018) (grifamos)

¹⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função. p. 157.

¹⁷ Silva Neto, Orlando Celso da. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor \ Orlando Celso da Silva Neto. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 200.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 501.

decorrentes deste. É preciso verificar, portanto, as hipóteses de responsabilidade do fabricante no direito do consumidor.

1.1 A Responsabilidade Civil do Fornecedor e o Direito do Consumidor

A responsabilidade civil do fornecedor é relevante matéria da atualidade, pois sua importância na sociedade é acrescida com a evolução da indústria e da tecnologia. Seu protagonismo na sociedade de consumo pode ocasionar a mudança das circunstâncias até então apresentadas, questões que irão gerar soluções jurídicas inéditas, sobre as quais será necessária a tutela do ordenamento jurídico brasileiro.

O conceito de fornecedor é disposto no artigo 3º do CDC, o qual refere que:

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

Trata-se de conceito amplo, no qual não se distingue a natureza, o regime jurídico ou a nacionalidade do fornecedor. É aplicado a diversas ações promovidas pelo fornecedor, tanto para a prestação de serviços como para o fornecimento de produtos.

Os fornecedores, na leitura de Bruno Miragem do conceito do CDC são “[...] todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil”¹⁹.

O fabricante é responsável, portanto, pela inserção de produto ou serviço no mercado. Considerando que os produtos ou serviços poderão apresentar defeitos ou vícios, ocasionando prejuízos aos consumidores, deverá ser o fornecedor aquele responsável por responder por esses problemas.

Demonstra-se, aqui, o instituto da responsabilidade civil objetiva, aplicando-se para tanto a teoria do rico-proveito, pois o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Com base nessa premissa, o CDC adotou formas de responsabilizar o fornecedor pela reparação dos danos aos consumidores: a responsabilidade do fornecedor pelo vício e pelo fato do produto.

Conforme dispõe Bruno Miragem:

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou o serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos

¹⁹ Miragem, Bruno. Curso de direito do consumidor.– 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.²⁰

Passa-se a analisar as espécies de responsabilidade civil decorrente do vício e do defeito de produtos apresentadas pelo CDC, com especial ênfase à responsabilidade civil pelo fato do produto, utilizada para exemplificar os riscos do desenvolvimento, objetivo desse trabalho.

A responsabilidade civil pelo vício do produto é definida pelo artigo 18 do CDC, o qual dispõe que:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Nas palavras de Orlando Celso da Silva Neto “*vício é particularidade que torne o produto inadequado, impróprio para o consumo, diminua o valor do produto ou que apresente disparidade entre o que efetivamente existe e o indicado*”²¹.

É aplicado quando o produto ou serviço não apresenta a qualidade ou a quantidade esperada do mesmo no momento em que foi adquirido. Nesse caso, o produto ou o serviço não pode ter sido causador de dano (físico, psíquico, patrimonial ou moral) ao consumidor.

Diferentemente, há situações em que o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor pode apresentar defeitos, de forma que não oferece ao consumidor a segurança pela qual se espera ou que pode gerar danos a ele.

Nesses casos, o fornecedor deverá ser responsabilizado pelos danos causados ou pelo descumprimento do dever de segurança em razão dos defeitos de seus produtos ou serviços. A responsabilidade civil será, portanto, aplicada também de forma objetiva – independentemente de culpa – derivada do risco da atividade exercida.

O fato gerador da responsabilidade civil não será a conduta culposa, nem a relação jurídica existente entre as partes, mas sim o defeito do produto, sendo suficiente para sua caracterização a existência do nexo causal entre o defeito do produto e o acidente de consumo²².

²⁰ Miragem, Bruno. Curso de direito do consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 505.

²¹ SILVA NETO, Orlando Celso da. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 331.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 242.

Trata-se do instituto da responsabilidade civil pelo fato do produto, ou também chamado pela doutrina como acidente de consumo²³, “[...] *que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e de seu patrimônio*”²⁴.

O conceito legal da responsabilidade civil pelo fato do produto está disposto no artigo 12 do CDC, o qual refere que:

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.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu a 9ª Câmara Cível, em decisão unânime, que “o Código do Consumidor, em seu artigo 12, adotando a teoria da responsabilidade pelo risco criado, imputa o dever de indenizar ao produtor, construtor ou importador que coloca no mercado um produto que eventualmente possa colocar em risco a integridade física do consumidor”²⁵.

Há aqui um dever de segurança do fornecedor pelos produtos e serviços que coloca no mercado. Quando o dever não é cumprido, pois o produto ou serviço apresentado é defeituoso, e gera danos ou ignora o dever de segurança, haverá o dever de indenizar o consumidor.

²³ Sobre o ponto, dispõe Orlando Celso da Silva Neto que “[Q]uando a ação do fornecedor (de colocar produto ou serviço no mercado) deriva de produto ou serviço defeituoso que causa dano ao consumidor, diz-se existir um “acidente de consumo”, ou, mais propriamente, um dano devido ao “fato do produto ou serviço”, dano que deve ser reparado independentemente da culpa do fornecedor, porque causado pela atividade”. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 201.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 241.

²⁵ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. LARVA EM ALIMENTO. DEFEITO DE SEGURANÇA. INGESTÃO DO PRODUTO PELO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO ESPECÍFICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. 1. O CDC estabelece em seu art. 18 que os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não respondem solidariamente pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam. **Ademais, no caso, trata-se de defeito de segurança alimentar, atraindo a responsabilidade objetiva do fornecedor, na forma do art. 12 do CDC.** 2. Danos morais. 2.1. Caso no qual o conjunto probatório respalda a tese inicial quanto à presença de larva em refeição e a respectiva ingestão do alimento contaminado, fazendo jus à reparação por dano moral ante a natural repulsa e nojo por ingestão de alimento impróprio. Indenização que atende à função compensatória e punitivo/pedagógica da reparação. 2.2. Quantum indenizatório fixado em R\$ 8.000,00 que merece ser reduzido para R\$ 5.000,00, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como os parâmetros da Câmara no enfrentamento de situações similares. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70075693481, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 28/02/2018) (grifamos)

Nas palavras de Marcelo Junqueira Calixto, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto:

[..] está plenamente justificada pela necessidade de proteção do consumidor contra riscos que podem ser, com vantagem, suportados por aquele que detém os meios de produção e que é, portanto, capaz de evitar que estes mesmos produtos ofereçam riscos não imaginados pelos consumidores.²⁶

Ao analisarem-se os requisitos para a caracterização do fato do produto, percebe-se que dependerá da compreensão dos conceitos de defeito, dano e do nexa causal existente entre defeito e dano.

Com relação ao defeito, o CDC conceitua em seu artigo 12, §1º que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação”.

Conforme ensina Sergio Cavalieri Filho:

A expectativa de segurança é legítima quando, confrontada com o estágio técnico e as condições específicas do tipo do produto ou do serviço, mostra-se plausível, razoável, aceitável. Se o produto não corresponder a essa segurança legitimamente esperada, será defeituoso.²⁷

O defeito é o acontecimento principal que gera a responsabilidade civil por acidente de consumo, e sem ele não será caracterizado o instituto²⁸. Trata-se, portanto, do principal fundamento da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto.

Conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto “[...] o conceito de defeito está relacionado não propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores”²⁹.

Conforme denota o CDC, para a caracterização do defeito do produto, impõe-se o reconhecimento de três circunstâncias relevantes, as quais se passa a demonstrar a seguir.

A apresentação do produto está correlacionada com a sua configuração externa – etiquetagem, rotulagem e a publicidade que o envolve. Caso os requisitos

²⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 109-110.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 243.

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 149.

²⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 122.

da apresentação do produto não sejam cumpridos, omitindo-se informações sobre seus usos e riscos, poderá o fornecedor responder pelos defeitos de informação³⁰.

Por sua vez, os usos e riscos razoavelmente esperados do produto também se relacionam com a publicidade do produto. Assim, o fornecedor deverá prever as hipóteses de utilização do produto, desde que possa ser razoável.

Finalmente, o último critério para caracterizar o defeito do produto é o momento de sua introdução no mercado. Conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto:

Assim, a segurança legitimamente esperada do produto é aquela verificada, de forma objetiva, no momento de sua introdução no mercado e não a segurança que se podia esperar no momento de sua concepção, mais favorável ao fornecedor, ou aquela que se pode esperar no momento da ocorrência do dano, mais favorável ao consumidor. Desta forma, um produto não se torna defeituoso pelo simples transcurso do tempo se, no momento de sua introdução no mercado, atendia às legítimas expectativas de segurança dos consumidores.³¹

Ou seja, a expectativa de segurança que importa é aquela vigente na época de colocação do produto no mercado, tanto é que o CDC estabelece que a colocação de produto novo e melhor no mercado não torna aqueles anteriormente disponibilizados como defeituosos³².

Da mesma forma, o dano também é um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, que pode se qualificar como patrimonial ou moral. Conforme dispõe o CDC³³, as vítimas deverão ser indenizadas por todos os danos que podem ser sofridos – patrimoniais e morais³⁴.

Sobre o ponto, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE COM FOGOS DE ARTIFÍCIO. LESÕES CORPORAIS GRAVES. AMPUTAÇÃO DA MÃO ESQUERDA E PARTE DO ANTEBRAÇO. PRELIMINAR: Não há falar em cerceamento de defesa e/ou em nulidade da prova pericial por ausência de intimação do assistente técnico, pois as partes foram intimadas do local e data da perícia, competindo a elas avisarem os seus assistentes. Ademais, o autor não recorreu da decisão proferida ainda na vigência do CPC/1973, restando

³⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 144.

³¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 145 – 146.

³² Art. 12, § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

³³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

³⁴ BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146.

preclusa a questão. MÉRITO: De acordo com o disposto no art. 12 do CDC, o fornecedor responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos do produto e, ainda, por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. O Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de facilitar em juízo a defesa dos direitos dos consumidores-vítimas dos acidentes de consumo, conferindo-lhes maior proteção, estabeleceu hipótese legal de inversão do ônus da prova, determinando que cabe ao fornecedor, no desiderato de se eximir de responsabilidade, comprovar alguma das excludentes previstas no art. 12, § 3º, a saber: a) a não colocação voluntária do produto no mercado; b) a inexistência do defeito; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Dessa maneira, demonstrando o consumidor, na ação por si ajuizada, que o dano sofrido decorreu do produto colocado no mercado pelo fornecedor, a esse último compete comprovar, por prova cabal, que o evento danoso não derivou de defeito do produto, mas de outros fatores. Não basta, nesse ínterim, a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito, exigindo-se prova taxativa nesse sentido. Há, destarte, presunção iuris tantum em favor do consumidor.(...) (REsp 1715505/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018). **No caso, a ré não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus que lhe competia, razão pela qual deve responder pelos danos morais e estéticos sofridos pelo autor. Isto porque a perícia apenas afirmou que não havia defeito de concepção ou design do produto.** Na sua concepção, o produto, portanto, era seguro. Isso não significa, porém, que não possa ter havido um defeito de fabricação, ou seja, falha na confecção daquele específico produto. (...) Sentença reformada. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70076320621, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 25/04/2018) (grifamos)

No mais, com relação ao nexa causal entre o defeito e o dano³⁵, dispõe Sergio Cavalieri Filho que:

[...] cumpre ressaltar que não se exige da vítima a prova do defeito do produto, apenas a prova do acidente de consumo. Conquanto objetiva a responsabilidade do fornecedor, essa responsabilidade não é fundada no risco integral. Para

³⁵ Sobre o ponto, ensina Marcelo Junqueira Calixto que “[...] convém lembrar a dificuldade que sua prova pode trazer para o consumidor, podendo pensar-se na demonstração de que determinado dano decorreu da utilização de um medicamento específico, quando é certo que o consumidor fez uso simultâneo de vários remédios”. CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 153.

configurá-la é indispensável a ocorrência do fato do produto ou do serviço, e vale dizer, do acidente do consumo, ônus do consumidor. Mas quanto a esta, bastará a chamada prova de primeira aparência, prova da verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto.³⁶

Ou seja, o nexo causal é aquele pressuposto capaz de associar um dano indenizável a uma determinada conduta³⁷.

Finalmente, cumpre expor o sistema de responsabilidade civil do empresário consagrado pelo CC de 2002 em razão dos produtos postos em circulação no mercado, trazida pelo artigo 931 do diploma legal *“ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”*.

Sobre o ponto, ensina Bruno Miragem:

A exegese do artigo, desde logo, afastaria, sua incidência, à primeira vista, das relações de consumo, matéria expressamente ressalvada por constar de lei especial. Todavia, ressalvadas as relações de consumo estariam sob o alcance da norma, as relações puramente civis, entre iguais, reguladas pelo Código Civil.³⁸

Trata-se de espécie de responsabilidade civil na qual não abrange como pressuposto a existência de defeito, de forma que o nexo causal é apenas a circulação do produto no mercado de consumo.

O dispositivo é contrário com relação às espécies de responsabilidade civil consagradas pelo CDC (anterior ao CC de 2002), os quais exige um defeito, um dano e um nexo causal entre os dois pressupostos, tratando-se de tema extremamente debatido pela doutrina e responsável pela edição de diversos Enunciados de Jornas de Direito Civil³⁹.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 245.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 518.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 548. Também dispõe que: *“nesse sentido, por exemplo, os danos causados por uma máquina vendida de uma empresa a outra, por intermédio de um contrato de compra e venda comercial, estariam sob a égide deste artigo 931, o qual não estabelece diferença entre os vários agentes da cadeia de fornecimento. Imputa-se a responsabilidade objetiva a quem tenha colocado o produto no mercado, o que inclui o comerciante. Estar-se-ia, portanto, frente à situação no mínimo contraditória, pela qual no regime de uma norma protetiva da vítima como o CDC, um dos sujeitos principais da cadeia de fornecimento – o comerciante – só responderia por danos causados por produtos colocados em circulação em situações bastante restritas”*.

³⁹ I Jornada de 2002: Enunciado n. 42 “O artigo 931 amplia o conceito de fato do produto existente no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”. Enunciado n. 3 “A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no artigo 931 do Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. III Jornada de Direito Civil de 2004: Enunciado n. 190 “A regra do artigo 931 do novo CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato

Ensina Tula Wesendonck que:

O fato de não vincular a responsabilidade civil à existência de defeito traz consequências importantes. A primeira dela é de perceber que o art. 931 pode ser considerado como uma grande moldura com condições de recepcionar a inclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Essa consequência já foi objeto de elaboração de outro enunciado [...]. Trata-se do enunciado 43, que dispõe: “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. [...] A segunda consequência consiste na desvinculação da responsabilidade a um defeito pode tornar mais difícil a exclusão da responsabilidade do empresário pelo dano provocado pelo produto, já que, além de a vítima, não precisar fazer a prova do defeito (orientação já seguida no Código de Defesa do Consumidor), no art. 931 não estão previstas as causas excludentes da responsabilidade do empresário, como restou definido no Código de Defesa do Consumidor.⁴⁰

O enunciado que trata dos riscos do desenvolvimento foi elaborado sem que levasse em consideração as causas de exclusão de responsabilidade do fabricante consagradas pelo CDC, as quais determinam que não haverá indenização se for provado que o produto não apresentava defeito à época de sua colocação no mercado.

Assim sendo, conforme dispõe Marcelo Junqueira Calixto, “[...] a ocorrência de um dano em razão do uso do produto não acarretará necessariamente a responsabilidade do fornecedor, uma vez que a lei, buscando uma justa distribuição dos riscos, prevê, em favor deste, excludentes de responsabilidade”⁴¹, as quais se passará a demonstrar a seguir.

1.2 Análise das excludentes de responsabilidade decorrentes do Fato do Produto previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Doutrina Consumerista

Ainda que o CDC estabeleça um sistema de responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto, na qual independe a verificação de culpa do fornecedor, não se trata de responsabilidade fundada no risco integral, de forma que a lei estabelece excludentes de responsabilidade, ou seja, situações em que o fabricante não será responsabilizado civilmente pelo produto colocado no mercado.

do produto ou do serviço previstas no artigo 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor”. IV Jornada de Direito Civil de 2006: Enunciado n. 378 “Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo”.

⁴⁰ WESENDONCK, Tula. O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 150-151

⁴¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 157.

No caso da responsabilidade civil pelo fato do produto, o artigo 12, §3º, do CDC estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”⁴².

Nessas hipóteses, verifica-se que a exclusão da responsabilidade civil pressupõe que ocorra a quebra com o nexo de causalidade. Ou seja, para que o fornecedor seja exonerado da responsabilidade pelo fato do produto, deve provar que que inexiste um vínculo entre a conduta do fabricante e o dano presenciado pelo consumidor⁴³.

Sobre o ponto, dispõe Sergio Cavaliere Filho que:

Mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada em raríssimos casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no Código do Consumidor. Inexistindo causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade [...].⁴⁴

Passa-se a analisar, a seguir, cada umas das hipóteses de exclusão da responsabilidade do fabricante pelo fato do produto previstas no CDC.

Com relação a primeira hipótese, o fabricante de produtos pode ter a responsabilidade civil eximida quando comprovar que não foi o responsável pela colocação do produto no mercado. Nesse caso, ficará demonstrado que o produto defeituoso realmente causou danos ao consumidor, no entanto inexiste o nexo causal com as atividades desenvolvidas pelo fornecedor⁴⁵.

Ensina Bruno Miragem que “[T]odavia, há de reconhecer-se na hipótese a existência de uma presunção contra o fornecedor”⁴⁶. Isto é, pressupõe-se que o fornecedor tenha colocado o produto defeituoso no mercado e deverá ser o

⁴² Da mesma forma, precedente das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. ACIDENTE DE CONSUMO. SEGURANÇA ALIMENTAR. PRODUTOS COM MOFO E CORPO ESTRANHO (MOSCA). INGESTÃO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO ESTABELECIDO. PROVA NÃO CONCLUDENTE. DANO MORAL INOCORRENTE. PRECEDENTE DO STJ. DANO MATERIAL PARCIALMENTE COMPROVADO. O fabricante responde pelo produto defeituoso, assim considerado aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias do **§1º do art. 12 do CDC, só não sendo responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme determina o §3º do artigo em comento.** A responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando que fique comprovada a ocorrência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. In casu, ausente prova do nexo de causalidade e do dano. Situação que, embora inequivocamente desagradável, é passível de causar, tão-somente, aborrecimento e dissabor, não revelando gravidade que fuja à normalidade, não tendo o condão de interferir, modo intenso, no comportamento psicológico do indivíduo. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71007005747, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 18/04/2018) (grifado)

⁴³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 518.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 252.

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 529.

responsável por indenizar o consumidor pelos danos ocasionados, a menos que o próprio fabricante seja capaz de provar que não foi o responsável por colocá-lo no mercado.

Na doutrina, tal excludente de responsabilidade é exemplificada em casos de produtos do fornecedor que foram falsificados ou produtos decorrentes de roubo ou furto foram introduzidos no mercado, como se observa por ilustração da posição de Sérgio Cavalieri Filho⁴⁷.

Por sua vez, a segunda hipótese de exclusão da responsabilidade civil pelo fato do produto está na inexistência de defeito, afastando um dos pressupostos para imputar o dever de responsabilidade do fabricante⁴⁸. Abarcará os casos em que o dano ao consumidor tenha ocorrido, porém em decorrência de outra causa que não a colocação do produto no mercado de consumo e a existência de defeito⁴⁹.

Com relação à exclusão da responsabilidade civil pela inexistência de defeito do produto, ensinam Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa que:

Consequentemente, nos termos da lei brasileira, o consumidor em ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, tem de provar apenas o seu dano e o nexo causal entre este e o produto ou serviço que adquiriu. Cabe ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto ou serviço, não o foi em função de um defeito; ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu qualquer ação ou omissão sua.⁵⁰

Nessa situação, o fornecedor deverá comprovar⁵¹ que, ainda que o dano tenha ocorrido, não foi decorrente de defeito do produto, pois inexistente.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 252.

⁴⁸ No mesmo sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. ACIDENTE DE CONSUMO. SEGURANÇA ALIMENTAR. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. INGESTÃO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO ESTABELECIDO. PROVA NÃO CONCLUDENTE. DANO MORAL INOCORRENTE. PRECEDENTE DO STJ. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. O fabricante responde pelo produto defeituoso, assim considerado aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias do §1º do art.12 do CDC, só não sendo responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme determina o §3º do artigo em comento. A responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando que fique comprovada a ocorrência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. In casu, ausente prova do nexo de causalidade, porquanto embora o autor tenha se submetido a atendimento médico no dia posterior ao consumo da lasanha, não há prova contundente de que o alimento tenha provocado o mal estar, já que os indícios iniciais são de que nada havia de anormal com o produto. Situação que, embora inequivocamente desagradável, não pode justificar atribuir às rés a responsabilidade pelo evento, quando não foi demonstrado que o alimento estava impróprio para consumo. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71007175482, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 16/05/2018)

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 253.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

⁵¹ Nesse sentido, cita-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO. ROMPIMENTO DA BANDA DE RODAGEM DO PNEU. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATÓ DO PRODUTO.

Da mesma, em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu o Magistrado que em razão da prova ter atestado para a ausência do defeito, aplicava-se a excludente de responsabilidade do fornecedor, nos termos do artigo 12, §3º, II, do CDC, em acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FALTA DE AÇIONAMENTO PARCIAL DOS AIR BAGS. DEFEITO NO PRODUTO NÃO DEMONSTRADO. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO DE DANOS. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. 1. Caso em que o consumidor sofreu acidente de trânsito, não restando acionado parcialmente o sistema de air bag - dianteiro e esquerdo não deflagrados. 2. A responsabilidade civil do fornecedor do produto é objetiva - art. 12 do CDC -, fato que, todavia, não exclui o encargo do consumidor de provar o dano e o nexo de causalidade. "O ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexo causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC" - lição doutrinária. 3. Prova pericial a afastar a existência de defeito no produto. Condições envolvendo o acidente com o automóvel do autor que não justificavam o acionamento dos "air bags" dianteiro e esquerdo. 4. Ausência de prova de lesão a direito de personalidade da requerente. O mero sentimento de frustração pela eventual deficiência do equipamento não se insere nos requisitos ao reconhecimento de prejuízo moral. Lesões do motorista que se originaram do impacto com o cinto de segurança. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº

INEXISTÊNCIA DE DEFEITO. ÔNUS DA PROVA. FORNECEDOR. ART. 12, § 3º, DO CDC. 1. Ação ajuizada em 16/10/2001. Recurso especial interposto em 22/09/2015 e redistribuído a esta Relatora em 19/06/2017. 2. Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por condutora envolvida em acidente de trânsito, pretendendo a responsabilização civil da fabricante do pneu do veículo, ao fundamento de que o evento danoso decorreu do rompimento da banda de rodagem. 3. O propósito recursal, para além da negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir a quem incumbe o ônus de comprovar o defeito do produto, ou a sua inexistência, no sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor por fato do produto ou serviço. 4. Ausente vício de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, a rejeição dos embargos de declaração não caracteriza violação do art. 535 do CPC/73. 5. De acordo com o disposto no art. 12 do CDC, o fornecedor responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos do produto e, ainda, por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. 6. Assim, à exceção da hipótese de violação do dever de informação, o defeito do produto representa pressuposto especial e inafastável da responsabilidade do fornecedor pelo acidente de consumo. 7. Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de facilitar em juízo a defesa dos direitos dos consumidores-vítimas dos acidentes de consumo, conferindo-lhes maior proteção, estabeleceu hipótese legal de inversão do ônus da prova, determinando que cabe ao fornecedor, no desiderato de se eximir de responsabilidade, comprovar alguma das excludentes previstas no art. 12, § 3º, a saber: a) a não colocação voluntária do produto no mercado; b) a inexistência do defeito; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. **8. Dessa maneira, demonstrando o consumidor, na ação por si ajuizada, que o dano sofrido decorreu do produto colocado no mercado pelo fornecedor, a esse último compete comprovar, por prova cabal, que o evento danoso não derivou de defeito do produto, mas de outros fatores.** 9. Não basta, nesse ínterim, a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito, exigindo-se prova taxativa nesse sentido. Há, destarte, presunção iuris tantum em favor do consumidor. 10. Hipótese em que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer que o acidente automobilístico teve como causa determinante a ruptura da banda de rodagem do pneu do veículo dirigido pela recorrente, julgou improcedente o pedido indenizatório, ao fundamento de que não logrou a autora comprovar que o rompimento se deu por defeito do produto. No entanto, conforme se aduziu, é da fornecedora o ônus de demonstrar eventual ausência de defeito do pneu. 11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1715505/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018) (grifei)

Com relação à excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, esta ocorre nas situações em que o consumidor é o único causador do dano, inexistindo nexos causal entre a atividade do fabricante e o fato danoso. Conforme trata Bruno Miragem, “[...] a conduta que vem a causar o dano, afastando por isso a relação de causalidade com respeito ao comportamento do fornecedor, é a conduta do próprio consumidor que tenha sido vítima do dano (culpa exclusiva da vítima) ou de qualquer terceiro com a mesma característica”⁵².

Também nesta hipótese, o fornecedor deverá ser o responsável por comprovar que o consumidor foi o único responsável por causar o dano⁵³.

Verifica-se que a responsabilidade do fabricante também é eximida quando ocorrer em decorrência de ação exclusiva de terceiro.

Sobre o ponto, estabelece Sergio Cavalieri Filho que:

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 produto ou fornecedor por ausência de nexos de causalidade entre a sua atividade e o dano. É o caso do motorista que provoca acidente automobilístico por sua exclusiva imprudência ou negligência, do consumidor que faz uso do medicamento em doses inadequadas e contrariando prescrição médica e assim por diante.⁵⁴

Além das hipóteses de excludentes de responsabilidade previstas no CDC, parte da doutrina tem se posicionado no sentido de permitir a adoção de outras causas de exclusão da responsabilidade.

No entanto, a adição dessas causas é um dos temas mais controversos na doutrina de consumo, pois a redação do artigo 12, §3º, do CDC parece estabelecer um rol taxativo de excludentes de responsabilidade, quando dispõe que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador **só** não será responsabilizado quando provar” (grifo nosso).

Sobre o ponto, Paulo de Tarso Sanseverino ensina que existem diversas situações que impõem o rompimento do nexos causal, pois interferem na relação de

⁵² MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 532.

⁵³ No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEFEITO NO PRODUTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 12, CAPUT, DO CDC. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Embora tenham sido comprovados a colocação do bem no mercado pela ré e o defeito no produto, ficou demonstrada a culpa exclusiva da consumidora – que não realizou o teste de sensibilidade na pele antes de utilizar o creme depilatório, segundo orientações da fabricante, de modo a evitar queimaduras -, não devendo a demandada responder civilmente pelos danos sofridos pela autora. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1005558-31.2016.8.26.0565; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2017; Data de Registro: 20/07/2017)

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 253.

causalidade estabelecida entre o dano e o defeito do produto. Desse modo, devem ser aceitas outras hipóteses de exclusão da responsabilidade⁵⁵.

Entre as hipóteses admitidas pela doutrina consumerista, está o caso fortuito e de força maior⁵⁶, instituto disposto no artigo 393 do CC, no qual “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Conforme ensina Marcelo Junqueira Calixto:

Para o deslinde da questão costuma-se dividir o fortuito em fortuito interno, ocorrido até a introdução do produto no mercado de consumo, e fortuito externo, ocorrido posteriormente a esta introdução. Na primeira hipótese não há exclusão de responsabilidade, pois não há rompimento de nexos de causalidade entre o defeito do produto e o dano por ele produzido, estando ainda o fornecedor obrigado a garantir a segurança de seus produtos; na segunda hipótese, entretanto, o fortuito tem o condão de romper o nexo causal, uma vez que o fato é totalmente estranho à atividade do fornecedor, não havendo possibilitado de responsabilizá-lo.⁵⁷

Sergio Cavaliere Filho conclui a discussão quanto à possibilidade de exclusão de responsabilidade do fornecedor em decorrência do caso fortuito e de força maior, referindo que o fortuito externo não apresenta qualquer relação com o produto, de forma que não pode ser admitido como excludente de responsabilidade, pois se trata de hipótese de responsabilidade objetiva pelo risco integral, não abarcada pelo CDC⁵⁸.

Finalmente, a doutrina consumerista discute uma hipótese de excludente de responsabilidade pelo fato do produto fundada nos chamados riscos do desenvolvimento.

Conforme ensina Bruno Miragem:

Os chamados riscos do desenvolvimento são aqueles que se constatarem apenas após o ingresso do produto e do serviço no mercado de consumo, em face de melhorias ou avanços científicos e técnicos que permitem a identificação do defeito já existente do produto ou serviço, mas não identificável pelo fornecedor.⁵⁹

⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 290-291.

⁵⁶ Sobre o ponto, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: BEM MÓVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. SENTENÇA ANULADA. Em que pese à responsabilidade objetiva do fabricante em relação aos produtos que coloca no mercado, admite-se a comprovação das excludentes relativas a caso fortuito, força maior ou culpa do consumidor. Caracteriza cerceamento de defesa impossibilitar à ré produzir prova acerca de sua alegação de culpa exclusiva do consumidor, tendo em vista o requerimento nesse sentido em contestação e na petição de especificação de provas. Sentença anulada. Recurso da ré provido e prejudicado o recurso da autora. (TJSP; Apelação 1009159-29.2016.8.26.0344; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/05/2018; Data de Registro: 17/05/2018)

⁵⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 162.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 257.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 540.

Desse modo, passa-se a discutir a seguir a possibilidade de imputar a exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento.

2. A TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO

Conforme já referido, o CDC adotou o sistema de responsabilidade civil objetiva do fornecedor, excluindo a exigência da demonstração da culpa do causador do dano, sendo suficiente que o consumidor demonstre o dano, o defeito e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano.

Observa-se, portanto, que o CDC impõe a existência de uma relação de causa e efeito entre o defeito do produto e o dano presenciado pelo consumidor, pois ao contrário estaríamos diante de uma responsabilidade civil fundada no risco integral, hipótese que foi rejeitada pelo CDC, uma vez que a lei consumerista reconhece excludentes de responsabilidade, que quando comprovadas pelo fornecedor, o eximem de reparação ao consumidor.

O CDC não trouxe entre as causas de exclusão da responsabilidade civil aquela quando o fornecedor, com base na técnica e na ciência que detinha à sua disposição no momento da colocação no mercado, desconhecia a existência de defeito no produto, manifestado somente em momento posterior.

Diante disso, foi elaborada, especialmente no direito comparado, a teoria do risco do desenvolvimento, matéria controversa na doutrina consumerista nacional, a qual oscila quanto à admissão ou exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, que será analisada a seguir.

2.1 Conceito de Risco do Desenvolvimento e o Direito Comparado

Os riscos do desenvolvimento são conceituados como defeitos desconhecidos e desconhecíveis pelo fornecedor no momento da introdução do produto no mercado, em razão da ciência e da tecnologia disponíveis, que geram danos aos consumidores⁶⁰.

Nesse sentido, define Marcelo Junqueira Calixto que:

Não é unânime na doutrina o conceito de riscos do desenvolvimento, sendo que a própria expressão está sujeita a críticas. Para nós os riscos do desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos.⁶¹

⁶⁰ Apresentam-se conceitos adotados pela doutrina consumerista. Antonio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa definem os riscos do desenvolvimento “*defeitos que – em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço – eram desconhecidos e imprevisíveis*”. BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 155. No mesmo sentido, ensina Bruno Miragem que “[O]s chamados riscos do desenvolvimento são aqueles que se constatam apenas após o ingresso do produto ou do serviço no mercado de consumo, em face de melhorias ou avanços científicos e técnicos que permitem a identificação do defeito já existente do produto ou serviço, mas não identificável ao fornecedor”. MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 540.

⁶¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 175-176.

No mais, Antônio Herman Benjamin define:

Como sendo o risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível.⁶²

Pressupõe, portanto, um *estado da ciência e da técnica* do fornecedor no momento em que coloca o produto ou o serviço em circulação no mercado, em que ausente a capacidade e o conhecimento de identificar o defeito já existente⁶³.

Do mesmo modo, Fernando Eberlin refere que o risco do desenvolvimento pressupõe a análise do “estado da arte”, ou seja, qual a ciência e a tecnologia disponível no momento da colocação do produto no mercado⁶⁴.

Para analisar o defeito do produto como risco do desenvolvimento, devem ser analisados o caráter temporal, no qual verifica-se o conhecimento técnico e científico disponível momento da colocação do produto no mercado, e o caráter técnico, ou seja, se o fornecedor realmente utilizou todo conhecimento disponível para a criação do produto⁶⁵.

Nesse sentido, doutrina Tula Wesendock:

Eles ocorrem em virtude de um produto, que possuindo um defeito indetectável na data em que foi fabricado ou colocado em circulação, provoca danos a terceiros. Por isso, é comum a afirmação de que os riscos do desenvolvimento demonstram a ocorrência de danos tardios, já que somente em um momento posterior, com o desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos, é que se torna possível determinar que o produto é defeituoso.⁶⁶

Conforme ensinam Juliane Teixeira Milani e Frederico Eduardo Zenedin Glitz, “[C]abe destacar que o risco de desenvolvimento não se refere a uma mera evolução tecnológica de determinado produto, mas sim de produtos que, por sua natureza, inerentemente oferecem riscos ao bem-estar do consumidor”⁶⁷.

Os riscos do desenvolvimento, ainda que não abordados de forma clara no ordenamento jurídico, são responsáveis por gerar danos consideráveis na sociedade de consumo.

A sociedade já presenciou diversos casos em que produtos e serviços considerados seguros no momento de disponibilização no mercado, passam a gerar

⁶² BENAJMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao código de proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

⁶³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 540.

⁶⁴ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 24, out/dez., 2007.

⁶⁵ MILANI, Juliana Teixeira. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – vol. V. n. 17. Março 2015. p. 182.

⁶⁶ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 214.

⁶⁷ MILANI, Juliana Teixeira. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – vol. V. n. 17. Março 2015. p. 182.

danos à população em momento posterior, conhecidos com o avanço da ciência e da tecnologia.

Sobre o ponto, refere Marcelo Junqueira Calixto que:

Citam-se como exemplos os cigarros que hoje comprovadamente podem acarretar o câncer de pulmão, o silicone implantado pelas mulheres em seus seios, o anticolesterol 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 [...].⁶⁸

O exemplo emblemático envolvendo os riscos do desenvolvimento é o caso do medicamento Contergan-Talidomida, fornecido no mercado mundial a partir do final dos anos 50 para tratamento de enjoo em gestantes. Os experimentos realizados pelo laboratório, incluindo testes em roedores, indicou que o medicamento apresentava efeitos potentes e sem contraindicações. Em razão disso, o produto passou a ser comercializado de forma expansiva, tornando-se a droga mais adquirida em países como a Alemanha, por exemplo. Porém, a partir do ano de 1959, constatou-se o aumento do número de crianças nascidas com malformações congênitas⁶⁹. Em 1961, insinuou-se que as deformidades presenciadas em recém-nascidos poderiam estar relacionadas ao uso da talidomida, de forma que os laboratórios retiraram prontamente o medicamento do mercado. No Brasil, o medicamento foi comercializado desde o ano de 1959 e, ignorando o comunicado internacional, foi disponibilizado até o ano de 1965, fato que gerou a chamada segunda geração de vítimas da Talidomida⁷⁰.

Estima-se que mais de 10.000 crianças nasceram com deformidades decorrentes do uso da Talidomida. Na Alemanha, o laboratório fabricante do medicamento foi responsável pelo pagamento de dez milhões de marcos para indenizar as vítimas. Com relação ao Brasil, há uma pensão para as vítimas decorrentes do medicamento, com mais de 800 pessoas cadastradas. Na Grã-Bretanha foi constituída Comissão, no qual foram estabelecidas sugestões referentes ao valor da indenização a ser paga para os atingidos⁷¹.

Conforme refere Tula Wesendonck:

Os efeitos trágicos da Talidomida servem para iniciar a reflexão em torno da importância do estudo da matéria, tendo em vista a repercussão da catástrofe experimentada pelas consequências do uso de um produto sobre o qual não se tinha conhecimento da potencialidade de danos, o que somente foi constatado em momento posterior. O estudo em torno dos riscos do desenvolvimento revela uma série de ponderações a respeito da viabilidade ou não da exclusão da responsabilidade civil.⁷²

⁶⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 177-178.

⁶⁹ As malformações envolviam focomelia, amelia, ausência de órgãos internos, malformação em mãos e pés, surdez, cegueira, ausência de orelhas, defeitos no coração, entre outras.

⁷⁰ MILANI, Juliana Teixeira. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – vol. V. n. 17. Março 2015. p. 179.

⁷¹ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 213-214.

⁷² WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 214.

Cita-se ainda o caso mais recente conhecido no Brasil, ocasionado pelo uso do medicamento Viox, fabricado para tratamento de artrite e dores agudas. A empresa farmacêutica percebeu, após três anos de pesquisa, que sua utilização poderia fazer com que pacientes fossem submetidos a problemas cardiovasculares, como ataques cardíacos e derrames. Com isso, a empresa retirou o produto do mercado⁷³.

Nesses casos, para que o fornecedor pudesse se eximir da responsabilidade civil, deveria comprovar, utilizando-se de argumentos técnicos e científicos, que com a ciência e a tecnologia disponíveis no momento da introdução do produto do mercado, não era possível conhecer o defeito do produto⁷⁴.

A problemática envolvendo a responsabilidade civil do fornecedor em razão dos riscos do desenvolvimento também é tratada diversos outros ordenamentos jurídicos no mundo.

Nesse sentido, apresenta-se a Diretiva n. 85/374/CEE, criada e aprovada pelo Conselho da União Europeia com o fim de uniformizar a legislação envolvendo o direito do consumidor e a responsabilidade do produto em razão de produto defeituoso, a qual ainda se encontra em vigor.

Dentro disso, apresentou-se a discussão envolvendo a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento através da edição do artigo 7º, o qual refere que: *“o produto não é responsável, nos termos da presente directiva se provar: e) que o estado dos conhecimentos técnicos no momento da colocação em circulação do produto, não lhe permitiu detectar a existência do defeito”*.

No mais, o artigo 15 da Diretiva dispõe: *“1 Qualquer Estado-membro pode: (...) b) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento previsto no número 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”*.

A opinião trazida pela Diretiva é de que a responsabilidade do fornecedor deve ser eximida nos casos de risco do desenvolvimento. No entanto, apresenta uma ressalva, estabelecendo que cada ordenamento jurídico interno poderá optar por legislar acerca da imputação da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento.

Nesse sentido, Guilherme Heinig dispõe que a Diretiva foi aprovada como uma “solução compromisso”, admitindo-se a excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, no entanto concedendo a decisão aos Estados-membros sobre aceitá-la ou afastá-la⁷⁵.

Em razão disso, os Estados membros da Comunidade Europeia apresentaram conclusões distintas com relação à aplicação ou não da excludente de responsabilidade civil do fornecedor em razão dos riscos do desenvolvimento.

⁷³ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

⁷⁴ MILANI, Juliana Teixeira. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – vol. V. n. 17. Março 2015. p. 182.

⁷⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produto pelos riscos do desenvolvimento. – São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 61.

Em regra, os países europeus mantiveram a orientação estabelecida pela Diretiva n. 85/374/CEE, entre eles Itália, Portugal, Países Baixos, Inglaterra⁷⁶.

Com relação à Portugal, ressalta-se que o país promoveu a inserção no ordenamento jurídico interno do disposto na Diretiva n. 85/374/CEE através do Decreto-Lei n. 383/89, o qual dispõe que: “*art. 5.º Exclusão da responsabilidade: O produtor não é responsável se provar: e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito*”.

Cumprido ressaltar que, ainda que a legislação interna não admita a responsabilidade objetiva decorrente do risco do desenvolvimento, possibilita a responsabilização subjetiva do produtor se não acompanhar a evolução do produto colocado no mercado e identificar possíveis riscos, a fim de adotar as providências necessárias e afastar possíveis danos⁷⁷.

Por sua vez, o direito consumerista italiano (I1 Codice Civile Italiano) consagrou o entendimento apresentado na Diretiva n. 85/374/CEE através do artigo 118.1.e, o qual dispõe “*art. 118. Esclusione della responsabilita' 1. La responsabilita' e' esclusa: (...) e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso*”⁷⁸.

De outro lado, países como Finlândia e Luxemburgo não admitem a excludente de responsabilidade⁷⁹.

Existem ainda aqueles países que não excluíram completamente o disposto na Diretiva, porém apresentaram exceções à eximente de responsabilidade do produtor.

Na Espanha, admite-se a excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, exceto quando se tratar de alimentos e medicamentos⁸⁰.

No mais, a França, alterando o entendimento jurisprudencial anterior, admitiu a excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, exceto quando se tratar dano à elemento do corpo humano⁸¹.

⁷⁶ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 219.

⁷⁷ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 219.

⁷⁸ Tradução livre: “art. 118. Exclusão de responsabilidade 1. A responsabilidade é excluída: e) se o estado do conhecimento científico e técnico, no momento em que o produtor colocou o produto em circulação, ainda não permitir que o produto seja considerado defeituoso”.

⁷⁹ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012. p. 219.

⁸⁰ Sobre o ponto, apresenta-se o artigo 6º, parte 1, alínea e: “artículo 6. Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: [...] e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia de defecto. [...] 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo” (Artigo 6. Causas de exoneração de responsabilidade. 1. O fabricante ou o importador não será responsável se provar: e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes no momento da colocação em circulação não permitia avaliar a existência de defeito. [...] 3. No caso de medicamentos, alimentos ou produtos alimentícios destinados ao consumo humano, os responsáveis, nos termos desta Lei, não poderão invocar a causa de exoneração da letra e) do § 1º deste artigo. – tradução livre)

⁸¹ Nesse sentido, dispõe o artigo 1.386-12 do Code Civil que “Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4º de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain

Sobre o ponto, trata Guilherme Heinig que:

O legislador francês seguiu, portanto, a tendência dos demais Estados-membros de conceder ao produtor a possibilidade de exoneração pelos chamados riscos do desenvolvimento, apesar de a responsabilidade civil do produtor francesa ter sido, até então, considerada uma das mais rigorosas da Europa.⁸²

A Alemanha, diferentemente, somente apresentou exceção à excludente quando se tratar de medicamentos⁸³. Nesse sentido, a Lei alemã sobre a reorganização da legislação farmacêutica (Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts - AMG), promulgada em 1976, dispõe em seu artigo 84 quanto à possibilidade de responsabilização civil para o caso dos riscos do desenvolvimento⁸⁴.

Sobre o ponto, refere Marcelo Junqueira Calixto que:

Já a Alemanha impõe a responsabilidade ao fornecedor somente para o setor de medicamentos, sendo que a lei que regula tal responsabilidade foi aprovada em 1976 ainda em razão, sobretudo, dos tristes episódios derivados do uso da Talidomida.⁸⁵

Com relação à teoria dos riscos do desenvolvimento aplicada nos Estados Unidos, cabe referir que inexistente lei federal tratando sobre possível indenização pelos riscos do desenvolvimento.

Com relação ao entendimento jurisprudencial, ressalta-se que inicialmente existia a compreensão de que o fornecedor deveria ser responsabilizado pelos produtos que coloca no mercado, ainda que decorrente dos riscos do desenvolvimento (aplicando-se, portanto, uma “strict liability”). Porém, tal entendimento foi alterado, principalmente em razão de pressão das seguradoras, revoltadas com os altos valores pagos de indenização. Com isso, houve significativa alteração das legislações nos estados americanos⁸⁶

Nesse sentido, ensina Bruno Miragem que:

No direito norte-americano, de sua vez, sobretudo por pressões dos fornecedores, em especial das seguradoras que vinham suportando o

ou par les produits issus de celui-ci” (O produtor não pode invocar a isenção prevista no parágrafo 4 da seção 1386-11, em que o dano foi causado por um elemento do corpo humano ou por produtos deles derivados – tradução livre). Por sua vez, o parágrafo 4º do artigo 1.386-11 do Code Civil dispõe que “Le producteur est responsable de plein droit à moins qu’il ne prouve : 4° Que l’état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n’a pas permis de déceler l’existence du défaut” (O produtor será considerando responsável, a menos que ele prove: 4 ° Que o estado do conhecimento científico e técnico, no momento em que colocou o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito – tradução livre).

⁸² REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produto pelos riscos do desenvolvimento. – São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 67.

⁸³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 188-189.

⁸⁴ Sobre o ponto, ressalta-se que a Lei alemã sobre responsabilidade por produtos defeituosos (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG), promulgada em 1989 não trouxe nenhum dispositivo referente a uma possível não aplicação sobre a Diretiva n. 85/374/CEE. Nesse sentido, REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produto pelos riscos do desenvolvimento. – São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 64-65.

⁸⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 188.

⁸⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 191.

pagamento de altos valores de indenização, a tendência jurisprudencial de reconhecimento da responsabilidade do fornecedor, mesmo pelos riscos do desenvolvimento – com fundamento na *strict liability* – inverteu-se a questão, passando os Tribunais a reconhecê-la como causa de exclusão.⁸⁷

Em razão disso, apresenta-se, aqui, o caso emblemático *Brown v. Abott Laboratories*⁸⁸, em que a Suprema Corte da Califórnia admitiu os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil do fornecedor.

Nesse caso, foi ajuizada ação contra o laboratório por mulheres que, durante a gravidez, utilizaram um estrógeno sintético chamado DES, desenvolvido para inibir abortos espontâneos. No entanto, o medicamento provocou tumores vaginais nessas mulheres⁸⁹.

A conclusão chegada pela Suprema Corte foi de afastar a responsabilidade objetiva (*strict liability*) do fornecedor, uma vez que o interesse público visava ao desenvolvimento de novos medicamentos, ainda que muitas vezes eivados de risco, já que tais medicamentos são capazes de salvar vidas e diminuir sofrimento das pessoas. No mais, assentaram que responsabilizar objetivamente um fornecedor poderia representar uma barreira ao progresso científico, pois o produtor poderia apresentar receio de lançar novo produto no mercado e responder por qualquer prejuízo decorrente de sentenças desfavoráveis. Por fim, imputar a responsabilidade do fornecedor por qualquer defeito do produto, ainda que decorrente de riscos impossíveis de serem conhecidos com base no “estado da arte”, faria com que o produtor passasse a representar o segurador virtual do produto⁹⁰.

Posteriormente, o Judiciário norte-americano assentou o entendimento no sentido de adotar uma posição mais favorável ao fornecedor no terceiro Restatement of the Law de 1988, conjunto de tratados com o sentido de uniformizar no âmbito federal jurisprudência sobre a responsabilidade civil do fornecedor. Com isso, concluiu-se que o fornecedor somente será responsável por indenizar os consumidores quando for possível prever os razoáveis riscos de danos no momento da venda, uma vez responsabilizar o fornecedor por riscos imprevisíveis pode gerar um desencorajamento à produção de medicamentos⁹¹.

Adicionalmente, Marcelo Junqueira Calixto ensina que:

Acrescente-se ainda a dificuldade de se segurar riscos desconhecidos e desconhecíveis, sendo que os fornecedores têm a responsabilidade de realizar razoáveis testes prévios à comercialização do produto como forma de descobrir os riscos e as medidas de contenção dos riscos descobertos nestes testes.⁹²

⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 541.

⁸⁸ Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1774620.html>, obtido em 29/05/2018

⁸⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 192.

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 541.

⁹¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 199.

⁹² CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 199.

Diante da análise do conceito envolvendo o risco do desenvolvimento, bem como de sua incidência nos demais ordenamentos jurídicos, passa-se a analisar a possibilidade de aplicar a excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento do fornecedor no âmbito do direito brasileiro.

2.2 A Teoria do Risco do Desenvolvimento no Direito Brasileiro

Conforme já demonstrado, o CDC estabelece três hipóteses tradicionais de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço. No mais, a doutrina consumerista, ainda que não pacífica, admite que outras possibilidades de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor.

Em assim sendo, no que se refere à problemática envolvendo a excludente de responsabilidade do fornecedor decorrente dos riscos do desenvolvimento, a doutrina brasileira divide-se em dois caminhos: aqueles que a admitem, exonerando o fornecedor de arcar com possíveis indenizações aos consumidores, e aquelas que a afastam, entendendo que o fornecedor deve ser responsabilizado civilmente pelo produto que colocou no mercado⁹³.

Sobre o ponto, refere Bruno Miragem que “[A]tualmente, portanto, divide-se a doutrina com relação à responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento”⁹⁴.

Assim, parcela da doutrina consumerista brasileira entende que não deve ser adotado os riscos do desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade do fornecedor.

A impossibilidade de reconhecimento de outras excludentes, além daquelas previstas legislativamente, está na redação utilizada pelo §3º do artigo 12 do CDC, no qual estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar”. Nesse caso, a maior parte da doutrina considera que o legislador tenha apresentado um rol taxativo de hipóteses de excludentes de responsabilidade⁹⁵.

No mais, Rui Stocco recorda que a CF/88:

[...] assegurou os direitos genéricos do consumidor; todavia, entregou à lei infraconstitucional o estabelecimento dos princípios e garantias, bem como a completa regulamentação desses direitos de modo integral e efetivo, mas sem estabelecer reservas especiais. Apenas fincou que a lei promoverá a defesa do consumidor e nada mais.⁹⁶

Além disso, o doutrinador estabelece não há previsão legal para afastar a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento, e que o legislador, quando da edição do CDC, voluntariamente optou por não incluir esta causa de excludente de responsabilidade. Tanto é que o §1º do artigo 10 do CDC dispõe que “o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de

⁹³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 542.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 542.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 543.

⁹⁶ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Revista dos Tribunais, vol. 855/2007, p. 46-53, Jan. 2007. p. 3.

*consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”, admitindo que o produto, uma vez introduzido no mercado, poderá apresentar perigo ao consumidor*⁹⁷.

Assim, utilizando-se de argumento histórico e teleológico, os doutrinadores referem que o CDC foi baseado na Diretiva da Comunidade Europeia n. 85/374/CEE, a qual menciona a possibilidade de excluir a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. O legislador, portanto, ao analisar a norma fundamentada, teria optado por não incluir os riscos do desenvolvimento dentro do rol taxativo trazido pelo §3º, do artigo 12 do CDC.

A posição de afastar a excludente de responsabilidade é apresentada também por Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, os quais doutrinam que:

Os defeitos decorrentes do risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero defeito de concepção. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova. Se um fabricante de medicamento conseguir provar que, à época da fabricação do produto, desconhecia seu potencial para causar defeitos genéticos, ainda assim será responsabilizado, posto que, ao fabricá-lo, assumiu todos os seus riscos. Há, aí, verdadeiro defeito de concepção.⁹⁸

Ainda, autores classificam os riscos do desenvolvimento como fortuito interno, incidentes ocorridos durante o processo de elaboração do serviço, que não seriam capazes de afastar a responsabilidade do fornecedor⁹⁹.

À vista disso, refere Bruno Miragem que:

A responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento ou sua admissão como hipótese de excludente, como se vê, apresenta uma série de problemas práticos. Primeiro, importa em um entendimento preciso sobre a distribuição dos riscos no mercado de consumo. Isto implica em posicionar-se com relação a quem deve suportar estes riscos e qual o limite desta responsabilidade.¹⁰⁰

Contrariamente, outra parcela da doutrina consumerista entende pela aplicação da excludente de responsabilidade decorrente dos riscos do desenvolvimento.

Nesse sentido, contrapondo-se ao argumento anterior de que a CF/88 assegurou a defesa do consumidor como princípio e objetivo, defende Fernando Eberlin que:

No entanto, certo é que a CF/88 (art. 170) inseriu a defesa do consumidor ao lado (nem acima e nem abaixo) da concorrência e da livre iniciativa entre

⁹⁷ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Revista dos Tribunais, vol. 855/2007, p. 46-53, Jan. 2007. p. 4.

⁹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 258.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 5421.

os princípios constitucionais da atividade econômica, razão pela qual não pode haver incompatibilidade, por exemplo, entre questões consumeristas e concorrenciais, mas sim convergência entre elas para atingir as finalidades (sociais e econômicas) estabelecidas na CF/88.¹⁰¹

Ainda, complementa o entendimento estabelecendo que “[E]m situações de aparente antinomia (ex: proteção do consumidor vs. desenvolvimento da empresa), o intérprete deve buscar uma maneira de aplicação das normas que atenda a ambos os interesses envolvidos, sopesando-os e ponderando-os, de modo a fazer com que um complemente o outro”¹⁰².

Assim sendo, não obstante o legislador constitucional tenha estabelecido o direito do consumidor como princípio fundamental, da mesma forma assegurou a defesa da livre iniciativa e concorrência (princípios econômicos), sendo necessária a ponderação entre os institutos.

Nesse sentido, o doutrinador James Marins, principal defensor da aplicação da excludente de responsabilidade pelos fatos do desenvolvimento, expõe argumento econômico no sentido de que a imprevisibilidade e a impossibilidade de cálculos dos riscos podem gerar uma dificuldade na contratação de seguros para esses casos, bem como um excesso de responsabilidade aos fornecedores¹⁰³.

Responsabilizar os fornecedores por qualquer dano decorrente de defeito do produto, ainda que incapaz de prever a possibilidade de sua ocorrência, pode comprometer o próprio desenvolvimento de insumos, representando um desestímulo à produção de bens, uma vez que possível desenvolvimento científico e tecnológico poderia imputar novos riscos ao fornecedor¹⁰⁴.

Toda a atividade de produção do fornecedor apresentará riscos e benefícios ao consumidor, como por exemplo a produção de automóvel que, ainda que cause acidentes automobilísticos, gerará conforto e praticidade aos consumidores. Assim, o fabricante tem conhecimento de que poderá vir a ser responsabilizado em razão de produtos defeituosos, que serão então calculados, baseando-se na previsibilidade do feito, e introduzidos no valor total do produto a ser fornecido no mercado¹⁰⁵.

O risco do desenvolvimento também está enquadrado dentro de variáveis que serão conhecidas pelos fornecedores em momento posterior à colocação do produto no mercado. No entanto, em decorrência da imprevisibilidade e impossibilidade de cálculo dos riscos, discute-se a possibilidade de previsão e inclusão do valor desses riscos no preço final do produto.

Da mesma forma, conclui Fernando Eberlin que:

¹⁰¹ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

¹⁰² EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

¹⁰³ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 6, p. 129- 131, abr.– jun., 1993.

¹⁰⁴ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 6, p. 129- 131, abr.– jun., 1993.

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

[...] pode-se dizer que uma das finalidades da responsabilidade objetiva do CDC é a transferência de determinados riscos, que antes eram suportados pela sociedade, para os fornecedores; sendo certo, por outro lado, que isso não significa que os produtores se tornaram seguradores universais, havendo determinados riscos que, pelo benefício que representam, continuam sendo suportados pela sociedade. O que resta, agora, é desvendar, neste contexto, onde exatamente se inserem os riscos do desenvolvimento.¹⁰⁶

Há, portanto, um claro conflito entre a dimensão econômica, com a possibilidade de deslocar o risco do fornecedor e gerar um incentivo para a produção, e uma dimensão social, com a exposição do consumidor a um possível perigo decorrente do uso do produto inserido no mercado¹⁰⁷.

Sergio Cavaliere Filho expõe que responsabilizar o fabricante pelo risco de defeito sequer conhecido e não previsto pode gerar um custo que não pode ser abarcado pelo empresário, inviabilizando o progresso tecnológico e a inserção de novos produtos no mercado¹⁰⁸.

Conforme ensina Fernando Eberlin:

A questão dos riscos do desenvolvimento, especificamente, possui essas duas feições bem claras: de um lado a questão social da transferência destes riscos para os consumidores e, de outro, a questão econômica da viabilidade da sua assunção pelos empresários¹⁰⁹.

Portanto, imputar a responsabilidade integral ao fornecedor pelo produto colocado no mercado apresenta um obstáculo ao desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como representa uma apreensão à inserção de novos bens de consumo no comércio, tudo em razão do receio do fabricante de vir a ser responsável por indenizar os consumidores lesados.

Até porque embora a sociedade de consumo seja a mais afetada com os acidentes de consumo, é aquela que se beneficia com a introdução de produtos novos no mercado.

Assim, imputar a responsabilidade a um fornecedor por qualquer dano decorrente do produto que disponibilizou aos consumidores, ainda que em situações na qual o fabricante não poderia ter previsto a existência do dano, poderá gerar custos impossíveis de serem previstos.

O fabricante, ao ofertar mercadoria, introduz dentro do valor final do produto possíveis riscos sobre os quais poderá vir a ser responsabilizado. No entanto, com relação aos riscos do desenvolvimento, cujo dano é imprevisível e impossível de ser

¹⁰⁶ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

¹⁰⁷ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 258.

¹⁰⁹ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

conhecido, o fornecedor não é capaz de calcular tais riscos. Portanto, responsabilizá-lo integralmente por acidentes de consumo totalmente inesperados é capaz de inviabilizar a atividade econômica do fabricante¹¹⁰.

O resultado disso poderá ser um desincentivo no desenvolvimento técnico e científico pelos fabricantes, trazendo significativos prejuízos para a sociedade de consumo, que, conforme já referido, é a principal beneficiada com a colocação de novos produtos e serviços no mercado.

No mais, aqueles que defendem a excludente de responsabilidade civil decorrente dos riscos do desenvolvimento estabelecem que se trata de instituto distinto do fortuito interno, no qual o dano é indesejado e imprevisível, porém não é imprevisível¹¹¹.

Por fim, expõe-se que o artigo 12, §1º, III, do CDC estabelece que “§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: III - a época em que foi colocado em circulação”.

Ainda que os riscos do desenvolvimento não tenham sido incluídos nas hipóteses de exclusão da responsabilidade civil, a norma apontada acima leva à conclusão de que o defeito do produto somente será considerado com base na época em que foi inserido no mercado, de forma que a inserção de novas tecnologias não será suficiente para caracterizar o defeito do produto, assim como nos riscos do desenvolvimento.

Nesse sentido, verifica-se decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de que “no que tange à época em que foi colocado em circulação, prevalece a teoria dos riscos de desenvolvimento, com base na qual se conclui que a apelada não pode responder pela reparação dos danos eventualmente sofridos pelos consumidores de seus produtos há aproximadamente setenta anos (quando o de cujus iniciou o consumo de cigarros), se a comunidade científica naquela ocasião desconhecia com precisão a extensão dos riscos inerentes ao hábito de fumar”, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO POR MORTE - TABAGISMO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - PRELIMINAR - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DESNECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL INDIRETA - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA - DEVER DE VELAR PELA RÁPIDA SOLUÇÃO DO LITÍGIO - ARTIGO 125, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ATO ILÍCITO COMO FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA - FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS - ATIVIDADE LÍCITA - PRODUTO POTENCIALMENTE NOCIVO À SAÚDE DO CONSUMIDOR - COMERCIALIZAÇÃO ACOMPANHADA DE INFORMAÇÕES OSTENSIVAS E ADEQUADAS A RESPEITO DE SUA NOCIVIDADE - ARTIGO 9º DA LEI N. 8.078/1990 - PERICULOSIDADE INERENTE AO CIGARRO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DEFEITO DO PRODUTO - **TEORIA DOS RISCOS DE DESENVOLVIMENTO** - PUFFING

¹¹⁰ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

¹¹¹ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007.

(EXAGERO PUBLICITÁRIO) - PROPAGANDA ENGANOSA NÃO CARACTERIZADA - INEXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÃO DE DEVER DE CONDUTA POR PARTE DA FABRICANTE DE CIGARROS - ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO - MULTIPLICIDADE DE FATORES QUE LEVAM AO HÁBITO DE FUMAR - DE CUJUS QUE FOI ORIENTADO POR PROFISSIONAIS A PARAR DE FUMAR - VONTADE PRÓPRIA - RECURSO IMPROVIDO. Antes da edição da Portaria n. 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério da Saúde - que impôs aos fabricantes o dever de inserir nos maços de cigarros a advertência por todos conhecida: "O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde" -, não havia norma legal que impusesse aos fabricantes de produtos fumíferos a obrigação de veicular cláusula de advertência sobre os riscos decorrentes do consumo de cigarros. Desse modo, antes da edição da aludida portaria, a falta de alerta a respeito desses riscos não constituía infringência de nenhum dever legal, já que não havia norma que assim impusesse. A responsabilização da apelada, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, não se faz possível também porque não se evidencia defeito do produto (nem mesmo por falta de informação) ou a veiculação de publicidade enganosa (comissiva ou omissiva). A periculosidade do cigarro é aquela que legitimamente se espera e a respeito da qual o consumidor é ostensivamente alertado. É a chamada periculosidade inerente, que é indissociável do produto e que não se confunde com a periculosidade adquirida. É bastante improvável que os elementos fantasiosos (hoje vedados) existentes na publicidade de cigarros servissem como determinante ao consumo. O chamado puffing (exagero publicitário), que nas campanhas de cigarros traduzia-se em belas imagens, na sugestão de êxito pessoal e bem-estar, eram de absoluta e inofensiva vagueza e não se constituíam em publicidade capaz de induzir em erro o consumidor. Diante da multiplicidade de fatores que levam ao fumo, é de todo improvável que o de cujus tenha iniciado o consumo de cigarros exclusivamente por conta de anúncios publicitários que assistiu ou com os quais tenha tido contato por qualquer outro meio. Não se pode dizer que foram justamente as propagandas de cigarro veiculadas pela apelada as eventualmente responsáveis pela iniciação do falecido no hábito de fumar. Concessa venia, quem começa a fumar o faz por vontade própria e a manutenção do hábito é fruto dessa mesma vontade. (TJSC, Apelação Cível n. 2005.038435-8, de Criciúma, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 27-08-2009). (grifamos)

Diante de todo o exposto, apresentados os argumentados com relação ao ponto de vista enfrentado pelos doutrinadores consumeristas, verifica-se a existência de questões controvertidas com relação à questão social, com a transferência dos riscos aos consumidores, e com relação à questão econômica, verificando-se que possibilidade dos fornecedores arcarem integralmente com os riscos decorrentes dos produtos que colocam no mercado.

CONCLUSÃO

O tema envolvendo a possibilidade de exclusão da responsabilidade civil decorrente dos riscos do desenvolvimento é um dos mais controversos atualmente a respeito de matéria consumerista.

A doutrina estrangeira já se posicionou a respeito da adoção da excludente. A Comunidade da União Europeia, através da Diretiva n. 85/374/CEE admitiu a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor na hipótese dos riscos do desenvolvimento, porém afirmou que cada Estado poderia derogar a respeito do

tema. Os Estados Unidos, por sua vez, já firmaram entendimento em sua jurisprudência com relação à aplicação da excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento.

Com relação ao Brasil, a legislação consumerista brasileira consagrou uma responsabilidade civil objetiva do fornecedor, afastando a necessidade de comprovação de culpa pelos produtos defeituosos introduzidos no mercado. Está, portanto, fundamentada no risco dos bens e serviços colocados à disposição dos consumidores, sendo necessário somente comprovar a existência do dano ocorrido.

No entanto, a responsabilidade não é integral. Em razão disso, o CDC estabeleceu três hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor. Porém, não apresentou expressamente os riscos do desenvolvimento dentro dessas hipóteses.

Por consequência, a doutrina consumerista brasileira se divide entre admitir ou afastar a aplicação de excludente da responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento.

Nesse sentido, ao recordar o conceito anteriormente apresentado, os riscos do desenvolvimento são aqueles que não podem ser conhecidos com base na ciência e na tecnologia existente no momento da colocação do produto no mercado, vindo ser conhecidos em momento posterior. Com isso, apresentam produtos defeituosos que geram danos aos consumidores.

Em razão disso, percebe-se que os riscos do desenvolvimento estão enquadrados na categoria de produtos defeituosos estabelecida pelo CDC no artigo 12, §1º, do CDC.

No mais, os principais argumentos estão embasados (i.) na não recepção dos riscos do desenvolvimento como causa excludente do fornecedor no CDC, (ii.) na confrontação entre os princípios constitucionais de proteção ao consumidor e da livre iniciativa e concorrência e (iii.) nos custos econômicos abarcados pelo fornecedor e o resultado disto no desenvolvimento científico e tecnológico.

No que se refere à taxatividade do rol de excludentes do fornecedor apresentadas pelo CDC, a literalidade da lei e parte da doutrina se inclina no sentido de não admitir outras hipóteses. No entanto, essas não devem ser as únicas hipóteses de eximentes de responsabilidade, especialmente porque as opções legais não são suficientes para abarcar todas as suposições encontrada pelos fornecedores.

Com relação à proteção constitucional, não se ignora que a CF/88 estabeleceu a proteção do consumidor como direito fundamental. Porém, não se olvida que também precisou a necessidade de defesa de princípios econômicos, na mesma linha do que a proteção do consumidor. Em razão disso, não se pode ignorar o aspecto econômico a fim de garantir a efetiva proteção ao consumidor.

No mais, conforme já visto, a sociedade de consumo, ao mesmo tempo que é a principal afetada com os acidentes de consumo, é aquela que mais se beneficia com a introdução de novos produtos no mercado. Vale lembrar que aqui não se trata da ausência do dever de proteção ao consumidor, mas sim a inexistência de conhecimento técnico e científico do fornecedor para identificar que aquele produto introduzido no mercado de consumo apresentava defeitos, e por isso seria capaz de gerar danos consideráveis aos usuários.

Com isso, estende-se ao terceiro principal argumento utilizado pela doutrina brasileira, no sentido de verificar os custos depreendidos pelo fornecedor no caso dos riscos do desenvolvimento e a consequente viabilidade de desenvolvimento

científico e tecnológico. Não é possível desconsiderar que a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, sendo irrelevante verificar a ocorrência de culpa.

No entanto, a colocação de produto no mercado impõe o cálculo de diversos riscos, que podem vir a ser abarcados pelo fornecedor, que são introduzidos no valor final do produto que será comercializado.

Em se tratando dos riscos do desenvolvimento, cujo dano é imprevisível e impossível de ser conhecido, o fornecedor não é capaz de calcular tais riscos. Portanto, responsabilizá-lo integralmente por acidentes de consumo totalmente inesperados é capaz de inviabilizar a atividade econômica do fabricante.

Pode ainda fazer com que o fornecedor tenha receio de introduzir o novo produto no mercado, e vir posteriormente a ser responsabilizado integralmente por acidente de consumo. O resultado disso pode ser uma interrupção do fornecimento de novos produtos no mercado de consumo, fato negativo para a sociedade de consumo, que se beneficia com novos produtos e serviços.

Diante de todo o exposto, deve ser aplicada a excludente de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento, tendo em vista o benefício do desenvolvimento científico e tecnológico na sociedade, com a inserção de novos produtos para consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman v., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe Manual de direito do consumidor – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

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

MILANI, Juliana Teixeira. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – vol. V. n. 17. Março 2015.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produto pelos riscos do desenvolvimento. – São Paulo: Atlas S.A., 2013.

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

SILVA NETO, Orlando Celso da. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor \ Orlando Celso da Silva Neto. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Revista dos Tribunais, vol. 855/2007, p. 46-53, Jan. 2007.

WESENDONCK, Tula. O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado – Revista Direito & Justiça. v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012.