

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

PELO FATO DO PRODUTO

ADOLFO MARK PENKUHN

ORIENTANDO

PAULO MARCONDES BRINCAS

ORIENTADOR

FLORIANÓPOLIS

1998

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR
PELO FATO DO PRODUTO

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

ADOLFO MARK PENKUHN - ORIENTANDO
PAULO MARCONDES BRINCAS - ORIENTADOR

FLORIANÓPOLIS, 1998

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A RELAÇÃO DE CONSUMO	3
1.1 O OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	3
1.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	4
1.2.1 O consumidor	4
1.2.2 O fornecedor	6
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO	10
2.1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.2 O DANO	13
2.3 O DEFEITO	14
2.3.1 Defeito de criação	17
2.3.2 Defeitos de produção	18
2.3.3 Defeitos de informação	18
2.3.4 Valoração da segurança dos produtos	20
2.3.4.1 Apresentação do produto	20
2.3.4.2 Usos e riscos que razoavelmente se esperam do produto	21
2.3.4.3 Época em que o produto foi colocado no mercado	22
2.3.4.4 Qualidade e segurança	24

2.4 NEXO CAUSAL	25
3. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	26
3.1 NÃO COLOCAÇÃO DO PRODUTO NO MERCADO	27
3.2 INEXISTÊNCIA DE DEFEITO	29
3.3 CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO	29
3.4 EXCLUDENTES NÃO PREVISTAS NO CDC.....	31
3.4.1 Caso fortuito e força maior	32
3.4.2 Conformidade do produto com normas imperativas.....	34
3.4.3 Cláusula de não indenizar.....	35
3.4.4 Prescrição e decadência	36
3.4.5 Risco de desenvolvimento.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO

O consumidor, parte frágil da relação de consumo, sempre esteve desamparado em face do poder dos fornecedores.

Aos poucos, a jurisprudência foi mudando este quadro. Este processo culminou com a aprovação, em 1990, da Lei n° 8.078 (Código de Defesa do Consumidor - CDC). Esta lei, considerada uma das mais avançadas do mundo na área, inaugurou uma nova era.

Partindo do pressuposto de que o consumidor é hipossuficiente em relação ao fornecedor, o Código procurou dar um maior equilíbrio às relações consumeiristas, tratando desigualmente os desiguais.

A presente monografia, *conditio sine qua non* para a obtenção do grau de bacharel em Direito, procura abordar uma das facetas desta proteção, a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto.

Não se intenta, neste modesto trabalho, esgotar o assunto, mas proporcionar uma visão geral acerca do tema.

Primeiramente, buscar-se-á delimitar o campo de atuação da norma consumeirista. Para tanto, estudar-se-ão os conceitos de consumidor, fornecedor e de produto. Procura-se, assim, mostrar quem tem o dever de indenizar os danos decorrentes de um acidente de consumo, e quem pode reclamar o ressarcimento destes danos.

Em seguida, será abordada a responsabilidade civil pelo fato do produto. Após

um breve histórico sobre a evolução da responsabilidade civil, ater-se-á à caracterização do fato do produto, aos seus pressupostos.

Por fim, será abordada a questão das excludentes de responsabilidade. Esta é a parte onde a doutrina mais diverge, especialmente no que tange à questão do risco de desenvolvimento.

1 A RELAÇÃO DE CONSUMO

A primeira tarefa, ao se abordar a norma consumerista, é delimitar o seu campo de atuação, determinando-se em que casos tal legislação é aplicável. Destarte, serão agora abordados o objeto e os sujeitos da relação de consumo, com especial enfoque para a responsabilidade civil pelo fato do produto.

1.1 O OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O objeto da relação de consumo pode ser um produto ou um serviço. São estes conceituados, respectivamente, pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tendo em vista o objetivo deste trabalho, tratar-se-á apenas do conceito de produto.

Conforme o artigo 3º, §1º, do CDC, "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (sem grifo no original). Assim, o conceito de produto parte do de bem. Bem, conforme o eminente civilista Caio Mário da Silva PEREIRA:

é tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como o é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; bem é ainda a alegria de viver o espetáculo de um pôr do Sol, um trecho musical; bem é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. Se todos são bens, nem todos são bens jurídicos. Nesta categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica.¹

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 252.

Para Eduardo Gabriel SAAD, bem é “tudo aquilo que tem valor econômico, é útil ao homem e pode ser objeto de uma relação jurídica”².

Roberto Senise LISBOA lembra que o bem deve ser *res in commercio*, para que possa ser objeto de relação de consumo³.

1.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

São sujeitos da relação de consumo o fornecedor e o consumidor. Faltante um deles, não se pode aplicar o CDC.

1.2.1 O consumidor

Conforme o artigo 2º do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando-se ao mesmo, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Assim, o legislador brasileiro optou por um critério objetivo na definição de consumidor e, resolvendo uma grande celeuma, incluiu as pessoas jurídicas no âmbito da palavra

² SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 77.

consumidor. Parte da doutrina brasileira crê haver uma limitação implícita ao conceito de consumidor, atribuindo certa carga subjetiva à definição. James MARINS, ao comentar o assunto, observa que:

[...] não podemos concordar com a equiparação que se quer fazer de uso final com uso privado pois que tal equiparação não está autorizada na lei e não cabe ao intérprete restringir aonde a norma não o faz, e, ademais, é inegável que nem todo uso final é privado e que freqüentemente faz-se uso final não privado de determinado bem ou serviço. Da mesma forma, não se pode pretender limitar a proteção do Código às pessoas jurídicas equiparadas ao consumidor hipossuficiente pois que em momento algum condiciona o Código o conceito de consumidor à hipossuficiência. Aliás, o princípio do art. 4º, I, reconhece a todo o consumidor sua inerente vulnerabilidade no mercado de consumo, expressão que não se confunde com a hipossuficiência, que diz respeito à sua precariedade de condições culturais e materiais, requisito exigido apenas como substitutivo da verossimilhança para que determine o juiz a inversão do ônus da prova em favor do consumidor nos processos judiciais versando a defesa de seus direitos.

Condicionar-se o conceito de consumidor à constatação de sua hipossuficiência seria, em verdade, enfraquecer o sistema protetivo inaugurado pelo CDC, deslocando para o movediço critério subjetivo conceito que, no nosso sistema, é claramente e intencionalmente informado pela objetividade.⁴

É de notar-se que, em matéria de responsabilidade civil pelo fato do produto, o CDC, em seu artigo 17, equipara, expressamente, a consumidores todas as vítimas de acidente de consumo, inclusive o intermediário e o *bystander* (terceiro atingido na ocorrência).

Assim, uma vez colocado o produto em circulação, toda pessoa, física ou jurídica, que sofrer um dano em virtude de defeito apresentado neste, será considerada consumidor, podendo se valer das disposições do CDC.

³ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997, p.296.

⁴ MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*. São Paulo: RT, 1993, p. 66.

1.2.2 O fornecedor

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

Deve-se ter em conta que, para se assumir a posição de fornecedor, não basta “a prática de atos isolados, mas a de atos continuados e habituais”⁵; “ainda que de forma irregular”⁶.

A doutrina distingue três tipos de fornecedores, relativamente à responsabilidade pelo fato do produto: o fornecedor real, o fornecedor aparente e o fornecedor presumido.

O fornecedor real é “toda pessoa humana ou pessoa jurídica que sob a sua própria responsabilidade participa na criação do mesmo [do produto], seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima”⁷. Há solidariedade entre o fabricante de cada componente e o fabricante do produto final⁸.

Fornecedor aparente é “o detentor do nome, marca ou signo colocado no produto, que, apropriando-se do mesmo e apresentando-se como se seu produtor fosse, responde diretamente”⁹ pelo fato do produto. Sílvio Luís Ferreira da ROCHA

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 278.

⁶ MARINS, James, ob. cit., p. 76.

⁷ SILVA, João Calvão da. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 546.

⁸ MARINS, James, ob. cit., p. 100.

⁹ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 11, p. 136, jul./set. 1994.

chama a atenção para a distinção entre marca de indústria e marca de comércio, asseverando que, se o caso for de marca de comércio, e o comerciante usar a expressão "distribuído por", ou equivalente, não poderá ser responsabilizado como fornecedor aparente ¹⁰. Zelmo DENARI vê nas franquias o maior campo de atuação deste instituto. Com efeito:

O franqueador, titular da marca e encarregado da supervisão e assistência técnica dos respectivos produtos e serviços, é o *fornecedor aparente*, responsável pelos seus defeitos intrínsecos e extrínsecos, circunstância esta que não afasta a responsabilidade conjunta e solidária do concessionário franqueado, nos termos do precitado art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. ¹¹

Por sua vez, "o fornecedor presumido é aquele que importa produtos para venda, locação, *leasing*, ou qualquer outra forma de distribuição, assim como aquele que forneça mercadoria sem identificação ou com identificação imprecisa" ¹². Na verdade, não se trata de presunção, mas de ficção legal, "pois o legislador toma como ponto de partida uma situação sabidamente falsa" ¹³.

A importância de se responsabilizar o importador está em que "os verdadeiros fabricantes ou produtores não podem, em razão da distância e sem pesados sacrifícios, ser alcançados pelos consumidores" ¹⁴. Resta ao importador o direito de regresso em face do produtor real ¹⁵.

Se o comerciante fornecer produto sem identificação do seu fabricante, ou com identificação insuficiente, aquele é responsabilizado por eventuais acidentes de consumo que vierem a ocorrer. Divergem os autores quanto à extensão deste

¹⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A Responsabilidade pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, p. 41, jan./mar. 1993.

¹¹ DENARI, Zelmo *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 146.

¹² MARINS, James, *ob. cit.*, p. 101.

¹³ DENARI, Zelmo *et al.*, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 145.

¹⁵ SÉLLOS, Viviane Coêlho de, *ob. cit.*, p. 137.

dispositivo. De um lado, sustenta-se que:

É irrelevante, para o consumidor, se o comerciante pode ou não lhe informar o nome do fornecedor real ou presumido. Se o produto, em si mesmo considerado, não possibilita a fácil identificação do fabricante, construtor, produtor ou importador, o comerciante irá responder, e objetivamente, pelos acidentes de consumo provocados por seus defeitos.¹⁶

Mais corretamente, James MARINS afirma só se poder responsabilizar o comerciante "se mesmo solicitado ainda assim não possa fornecer a identificação inicialmente omitida em prazo razoável, ou, ainda que o faça, venha a pecar pela falta de clareza", pois "não [se] exige 'prévia identificação', mas impossibilidade de identificação"¹⁷. O Dec.-Lei n. 383/89, de Portugal, em seu artigo 2º, n. 2, alínea b, prevê prazo de três meses para que o comerciante comunique ao lesado a identidade do produtor comunitário ou do importador¹⁸.

Além da hipótese *supra*, o comerciante será também responsabilizado pelo fato do produto quando "houver erro do comerciante ao acondicionar produtos perecíveis e/ou perigosos"¹⁹. Para que se possa aferir a adequação da conservação do produto pelo comerciante, deve-se ter em vista cada caso, levando-se em conta as instruções e orientações quanto à conservação adequada do produto, "informações estas que são *obrigatoriamente* de responsabilidade do fornecedor original"²⁰ (vide defeito de informação, *infra*). Note-se que, no caso em apreciação, o comerciante não se encaixa na definição de fornecedor. Trata-se, na verdade, de responsabilidade subjetiva do comerciante, que apenas responde se contribuir culposamente para o perecimento do produto.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 96.

¹⁷ MARINS, James, *ob. cit.*, p. 105.

¹⁸ Conforme SILVA, João Calvão da, *ob. cit.*, p. 560.

¹⁹ SÉLLOS, Viviane Coêlho de, *ob. cit.*, p. 137.

²⁰ MARINS, James, *ob. cit.*, p. 107.

Nota-se, claramente, uma tendência de se atribuir a responsabilidade pelo fato do produto ao fornecedor real.

Esta tendência é justificada pelos papéis assumidos atualmente por fabricantes e comerciantes no mercado de consumo. Como observa João Calvão da SILVA, o comerciante, de "especialista e conselheiro do adquirente passa a simples distribuidor, a entreposto ou 'estação intermédia', mero elo de ligação entre o produtor e o consumidor e cuja função principal, quase exclusiva, está na armazenagem e distribuição dos produtos" ²¹.

A publicidade teve papel decisivo nesta mudança:

Do ponto de vista da estratégia dos negócios, ela [a publicidade] cumpriu um papel decisivo em favor da indústria, permitindo a transferência de poder dos vendedores para os fabricantes. Influenciando diretamente a preferência do público, os industriais libertaram-se da intermediação dos comerciantes, que filtravam o que iriam oferecer aos seus compradores, já que com eles mantinham contato exclusivo. Através da publicidade, a indústria inverteu os pólos, passando a ditar a preferência das compras ²².

Neste contexto, nada mais natural que responsabilizar-se com maior ênfase o fabricante, responsabilizando-se o comerciante apenas em alguns casos específicos, como fez a legislação consumeirista pátria.

²¹ SILVA, João Calvão da, *ob. cit.*, p. 24.

²² PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997, p. 31.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO

Os seres humanos, desde o início da vida em sociedade, tiveram a segurança como um de seus valores mais importantes. Um dos mecanismos jurídicos desenvolvidos no sentido de garantir a segurança foi a responsabilidade civil. Esta age na prevenção e ressarcimento de danos.

Assim, quando alguém experimenta um dano, a pessoa (física ou jurídica) indicada pela lei como responsável sói ressarcir o dano, em sua totalidade.

2.1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tradicionalmente, responsabiliza-se o agente que, culposamente, causar dano a outrem. Está aí a base da responsabilidade civil subjetiva, cristalizada no artigo 159 do nosso atual Código Civil. Por este sistema, a vítima de um dano deve provar a culpa do agente, o dano e o nexa causal entre eles.

Ocorre que, em termos de responsabilidade civil pelo fato do produto, “fundar o sistema de responsabilidade civil na culpa significa exigir da vítima um prova diabólica, visto que o acidente, provocado mais pela máquina do que pelo homem, torna-se, até certo ponto, *anônimo*”²³.

²³ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Ob. cit., p. 132.

Destarte, criaram-se mecanismos para se facilitar o ressarcimento dos lesados. Primeiramente, tentou-se um subterfúgio. Consistia em considerar a responsabilidade pelo fato do produto como sendo contratual. Tal ocorreu devido às “vantagens oferecidas pelas regras contratuais comparativamente às da responsabilidade extracontratual. Quer dizer, a doutrina tenta abrigar-se no ‘guarda-chuva’ contratual a fim de evitar desvantagens resultantes da disciplina do ilícito aquiliano e de desfrutar as vantagens decorrentes das normas contratuais”²⁴.

Ocorre que raras são as situações em que há contato direto entre o fornecedor real e o consumidor. Assim, diversas ficções foram criadas, para se tentar estabelecer uma relação jurídica negocial entre o fornecedor e o consumidor final. Em vão, contudo.

A responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto deve se fundar na responsabilidade extracontratual:

[...] por um lado, porque nela o princípio da relatividade não se ergue como obstáculo à relevância jurídica do fenômeno sociológico da aproximação existente no moderno processo distributivo entre o produtor e o adquirente final, os elos fundamentais da cadeia econômica em que os intermediários não passam de entreposto dos produtos. Por outro lado, e ainda em desenvolvimento do que vai dito, porque nessa sede se pode afrontar a responsabilidade do produtor perante *qualquer lesado* - simples consumidor, utilizador ou *bystander* dos produtos - e não apenas perante o adquirente final.²⁵

Estabelecido que a responsabilidade do fornecedor deve ser extracontratual, a solução do problema está na adoção da responsabilidade civil objetiva. Assim, prescinde-se do requisito culpa, para se priorizar o ressarcimento dos danos.

Nesta esteira, o CDC estabeleceu, em seu artigo 12:

Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação

²⁴ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 346.

²⁵ Idem, ibidem, pp. 352/353.

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.

O fundamento da responsabilidade civil objetiva não é a culpa, como na subjetiva, mas o risco, ou seja, o “perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se”²⁶. Em outras palavras, ao exercer certas atividades, o agente assume o risco de causar danos a terceiros. Para se determinar quais os riscos assumidos, surgiram várias teorias, das quais se destacam a do risco integral, a do risco proveito e a do risco criado.

De acordo com a teoria do risco integral, responde o agente por qualquer fato que cause um dano. É a teoria adotada para os casos de responsabilidade civil do Estado.

Tratando-se de risco proveito, deve reparar aquele que tira proveito do fato causador do dano - *ubi emolumentum, ibi onus*. O problema está em se determinar em que casos uma pessoa tira proveito de sua atividade.

O risco criado (risco da atividade) é uma ampliação do conceito de risco proveito. Basta o exercício da atividade, não se perquirindo sobre o proveito do agente. Portanto, “responde civilmente pelo dano aquele que, em virtude da atividade empreendida, expõe alguém ao risco de sofrer um dano”²⁷. Há um aumento dos encargos do agente, que deve assumir as conseqüências de sua atividade. Para a sua configuração, faz-se necessária a existência de um dano, causado pela atividade do agente.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 279.

²⁷ NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 35.

“O Código [de defesa do consumidor] estabeleceu o sistema da responsabilidade objetiva do fornecedor, fundada na teoria do risco da atividade”²⁸.

Com efeito, ao introduzir um produto no mercado de consumo, o fornecedor expõe os consumidores, bem como os *bystanders*, ao risco de um acidente de consumo, gerado por um defeito neste produto. Nada mais justo que sua correlata obrigação de reparar os eventuais prejuízos daí advindos.

Note-se que, mais do que a relação do dano com a atividade do fornecedor de produtos, a origem deste dano deve se encontrar em defeito do produto. Têm-se, então, como pressupostos legais para a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, o dano, o defeito do produto e o nexo de causalidade entre um e outro.

2.2 O DANO

Dano é “toda ofensa a um bem jurídico”²⁹, tanto patrimonial quanto moral. Aliás, o CDC deixou claro, no artigo 6º, VI, a possibilidade da reparação de ambos, separada ou cumulativamente.

O dano, para ser indenizável, há de ser certo e atual. Certo por ser fundado em fato preciso, e atual por já existir ou já ter existido. Admite-se, contudo, a indenização de dano futuro, contanto que se tenha certeza de que o mesmo se produzirá, ou que possa ser apreciado por ocasião da sentença. O que não se admite, é a reparação de

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 1, p. 211, jan./mar 1992.

dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, ou seja, aquele que pode não vir a concretizar-se³⁰.

2.3 O DEFEITO

Os produtos podem apresentar dois tipos de imperfeições, o defeito e o vício.

Preliminarmente, sói fazer a distinção entre defeito e vício do produto. Olga

Maria do VAL afirma que:

Os vícios de qualidade apresentam-se sob duas formas: vícios de qualidade por insegurança, tendo por finalidade a tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor (CDC, arts. 12 a 17); e vícios de qualidade por inadequação, visando assegurar o desempenho dos produtos e serviços, de acordo com as expectativas do consumidor, bem como a durabilidade desses produtos e serviços (CDC, arts. 18 a 25).

Temos, então, duas espécies de defeitos que podem gerar o dever de indenizar: aqueles provenientes do "fato do produto e do serviço", estando garantida a proteção da saúde do consumidor, e aqueles provenientes do "vício do produto e do serviço", garantindo-se a proteção do patrimônio do consumidor".³¹

Conseqüentemente, se houver mera diminuição do valor do próprio produto adquirido, ou a sua inutilização, tem-se vício do produto. Por outro lado, se for atingido um bem diverso daquele, ou alguma pessoa, há defeito do produto, o que dá origem à responsabilidade pelo fato do produto. Diz-se, então, que ocorreu um acidente de consumo.

Fato do produto é, por via de conseqüência, a ocorrência de dano, tendo como causa o defeito de um produto.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 53.

³⁰ Idem, *ibidem*, pp. 39/42.

³¹ VAL, Olga Maria do. Responsabilidade por Vícios do Produto e do Serviço: do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: n. 13, p. 71, jan./mar. 1995.

Não obstante a clareza da distinção, casos há, na doutrina e na jurisprudência, de confusão entre os dois institutos. À guisa de ilustração, seguem dois exemplos.

Cláudia A. SIMARDI, em seção da Revista Direito do Consumidor, intitulada “Jurisprudência Comentada”, teceu considerações sobre um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tratava o acórdão da responsabilidade civil de uma empresa, por não constar no rótulo de seu produto o componente *coban*, o qual, ministrado juntamente com outro produto, com o qual era incompatível, causou a morte de aves da propriedade da autora. O acórdão é anterior ao CDC, e a autora do artigo explica como, depois do mesmo entrar em vigor, o resultado seria diferente, tendo em vista que este seria um caso de responsabilidade civil por vício do produto, subsumindo-se à hipótese dos artigos 18 e seguintes do CDC ³². O que houve, na verdade, não foi a diminuição do valor do produto adquirido, nem o mesmo se tornou imprestável, mas ocorreu um acidente de consumo, com a morte das aves, ensejando responsabilidade pelo fato, e não por vício do produto.

De outro lado, acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, conforme RT 738/307, ao se deparar com um caso em que os uniformes do autor se desbotaram precocemente, apesar dos cuidados, por não terem sido prestadas as informações necessárias ao consumidor, considerou tal como fato do produto ³³, laborando em patente equívoco.

Assim, o produto é considerado defeituoso se oferecer ao seu usuário risco de dano maior que o legitimamente esperado, conforme o artigo 12, §1º, do CDC, de

³² SIMARDI, Cláudia A. Responsabilidade Objetiva. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, pp. 250/264, jan./mar. 1993.

³³ JURISPRUDÊNCIA Geral Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 738, pp. 307/308, abr. 1997.

acordo com os critérios descritos nos incisos do mencionado parágrafo. Assim, “o conceito de defeito do produto está intimamente ligado à idéia da segurança que se pode dele legitimamente esperar”³⁴. Ressalte-se que, quando se fala em segurança, não se está referindo apenas à incolumidade físico-psicológica do consumidor, mas também à proteção do seu patrimônio, que não deve sofrer redução injusta.

A doutrina distingue três tipos de defeito, capazes de determinar a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, reflexo da redação do *caput* do artigo 12 do CDC³⁵, os defeitos de criação, de produção e de informação.

Outra distinção diz respeito à periculosidade do produto. Há aqueles que possuem riscos intrínsecos à sua qualidade ou modo de funcionamento (periculosidade inerente), e aqueles que, em função do defeito, tornam-se perigosos (periculosidade adquirida), sendo que geralmente é ao segundo tipo de produto que se aplica a noção de produto defeituoso³⁶, tendo-se aí os defeitos de criação e de produção.

Em relação aos produtos de periculosidade inerente, observa Eduardo Arruda

ALVIM que:

A periculosidade dita inerente, usualmente, encontrar-se-á no espectro de previsibilidade do consumidor, até porque tais riscos deverão ser informados aos consumidores, por força do que dispõe o art. 8º, do Código [...].

Produtos de periculosidade inerente, todavia, podem, por carência de informação sobre esta periculosidade inerente (defeito de informação), dar origem a fato do produto, ensejando responsabilidade civil nos termos do Código.³⁷

³⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p. 135, jul./set. 1995.

³⁵ James MARINS distingue dois tipos de defeitos, os juridicamente relevantes para a responsabilidade civil e os juridicamente irrelevantes para a responsabilidade civil, sendo aqueles os defeitos enumerados no *caput* do artigo 12 do CDC, *contrario sensu* dos irrelevantes. Assim, somente seriam capazes de gerar responsabilidade pelo fato do produto os defeitos juridicamente relevantes. (Ob. cit., p. 110).

³⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., pp. 43/44.

³⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., 136.

É imprescindível que este defeito deve ser capaz “de causar danos à saúde ou segurança do consumidor”³⁸. Caso contrário, será mero vício do produto, conforme visto *supra*.

Em Porto Alegre, enquanto Lauro Roberto de Castro, retirava uma garrafa de coca-cola para colocar em um isopor com gelo, o vasilhame explodiu, vindo estilhaços de vidro a atingir o seu olho esquerdo, fazendo com que o mesmo perdesse 90 % da sua visão deste olho. A ré alegou culpa exclusiva da vítima, que não acondicionou de forma correta a garrafa. Com base no fato de que o consumidor deve esperar que o vasilhame não ofereça perigo à sua integridade corporal, foi considerado completamente inaceitável o risco de explosão da garrafa, e a este fato se alia a falta de informações para o consumidor. Por fim, o pedido indenizatório foi julgado procedente³⁹.

2.3.1 Defeito de criação

Também chamados de defeitos de concepção.

São os defeitos descritos no artigo 12 como de projeto e fórmula. Sua origem pode ser “a falta de dispositivos de segurança, matéria-prima de má qualidade, ou, em alguns casos inadequada para o tipo de produto a ser fabricado, fórmula de

³⁸ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Ob. cit., p. 135.

³⁹ SENTENÇAS. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 16, pp. 195/200, out./dez. 1995.

composição incorreta, dentre outras”⁴⁰.

Assim, “o fabricante responde pela concepção ou idealização de produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores dentro de determinados *standards*”⁴¹.

Caracterizam-se pela evitabilidade e a extensão do defeito à totalidade da produção⁴².

2.3.2 Defeitos de produção

São defeitos ocasionados no processo de produção, via de regra devidos à falha de uma determinada máquina ou setor de produção mecânico ou manual⁴³.

Caracterizam-se por não contaminarem todos os exemplares; serem previsíveis, sendo possível um cálculo estatístico de sua frequência; e serem inevitáveis, sendo impossível sua eliminação por completo⁴⁴.

2.3.3 Defeitos de informação

⁴⁰ NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 48.

⁴¹ MARINS, James. Ob. cit., p. 113.

⁴² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., p. 45.

⁴³ MARINS, James. Ob. cit., pp. 113/114.

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 114.

É um caso de defeito extrínseco ao produto, resultante "da falta, insuficiência ou inadequação de informações, instruções e advertências sobre o uso e perigos do produto" ⁴⁵.

Há portanto para o empresário uma obrigação de informar, instruir e advertir devidamente os destinatários de seus produtos sob pena de ver-se responsabilizado pelos danos que possam advir de eventual falta ou deficiência das informações necessárias à correta utilização dos produtos colocados no mercado de consumo. O exemplo acadêmico da "eficiência" que se deve esperar das informações ou instruções que devem acompanhar os produtos é o da advertência para que uma determinada injeção não deva ser ministrada por via intravenosa, fazendo-se necessário esclarecer também, para que alcance a eficiência, que se for desrespeitada a regra, o medicamento pode ser fatal ⁴⁶.

A ação de colocar um produto no mercado, exige do fabricante ou das outras pessoas a ele equiparadas, o dever de diligência para que o produto ofereça segurança. Daí, por conseqüência, o derivado dever de informação. Esta informação deverá ser a mais adequada e suficiente possível, para permitir que o produto, sendo utilizado segundo as suas instruções, não perca a segurança, e, pois, não cause riscos ao consumidor. ⁴⁷

Adalberto PASQUALOTTO expõe a questão do leite infantil:

Uma trintena de empresas multinacionais sugeriam, especialmente em países do Terceiro Mundo, a substituição da amamentação materna pela mamadeira. Mexiam com a vaidade feminina e com o conforto da mãe. O leite em pó, que substituiria o aleitamento materno, era mais caro e, sendo nutricionalmente menos valioso, transformou-se em causa concorrente de desnutrição. As crianças tornavam-se mais indefesas frente às doenças. As más condições sanitárias, como escassez de água potável, mamadeiras não esterilizadas e falta de refrigeração agravavam um quadro problemático de saúde pública, provocando doenças que foram chamadas de *enfermidades comerciogênicas*. ⁴⁸

Assim, devido ao defeito de informação, um produto aprioristicamente inofensivo, como o leite, causou danos incalculáveis.

Atente-se para o fato de que a conduta do consumidor deve ser justificada a partir da inadequação das informações prestadas pelo fornecedor. Portanto, se o uso

⁴⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., p. 45.

⁴⁶ MARINS, James. Ob. cit., p. 115.

⁴⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. Código do Consumidor: Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 666, p. 44, abr. 1991.

⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Ob. cit., pp. 33/34.

feito pelo consumidor era evidentemente inapropriado, não se responsabiliza o fornecedor. O mesmo se diga em relação aos riscos normais e previsíveis⁴⁹.

2.3.4 Valoração da segurança dos produtos

Apresenta o parágrafo primeiro do artigo 12 do CDC, em seus incisos, alguns critérios para se avaliar a segurança do produto. A partir desta análise, determina-se a existência ou não de defeito no produto.

2.3.4.1 Apresentação do produto

Apresentação é a forma pela qual o fornecedor “apresenta ao conhecimento do consumidor os elementos característicos conexos ao produto, seja com relação às virtudes, seja com relação ao potencial risco que apresente”⁵⁰. Envolve campanhas publicitárias, rotulagem, advertências que devam constar em bulas⁵¹, instruções técnicas, embalagem, demonstrações práticas⁵², entre outras.

Assim, “quanto melhor e mais completa for a informação acerca do produto, mais seguro restará o consumidor, e menor será a possibilidade de responsabilização

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., pp. 72/74.

⁵⁰ MARINS, James. Ob. cit., p. 120.

⁵¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 137.

⁵² MARINS, James. Ob. cit., pp. 120/121.

da empresa”⁵³ e, *contrario sensu*, “informações que digam respeito à segurança do consumidor, e que se revelem insuficientes ou inadequadas, caracterizam o assim dito ‘defeito de informação’, apta a gerar a responsabilização pelo fato do produto”⁵⁴.

2.3.4.2 Usos e riscos que razoavelmente se esperam do produto

Ao lançar o produto no mercado, o fornecedor deve levar em conta, além do seu uso normal, outros usos que os consumidores possam, razoavelmente, fazer daqueles⁵⁵, contanto que integrem de forma razoável a expectativa do consumidor⁵⁶.

Só deste modo cumprirá a obrigação de colocar no mercado apenas produtos seguros, produtos que não apresentem riscos inaceitáveis para a saúde e segurança pessoal dos consumidores que lhes dêem o uso pretendido ou uma utilização razoavelmente previsível e socialmente aceite. Se assim não proceder, o produtor será responsável pelos danos decorrentes dos seus produtos, de produtos que não ofereçam a segurança legitimamente esperada pelo público em geral, visto que dela se exclui apenas “qualquer utilização abusiva do produto que não seja razoável nas circunstâncias em causa”.⁵⁷

Guilherme Couto de CASTRO figura, neste sentido, a hipótese de um brinquedo, constituído por um arco e flecha para crianças. Exsurge clara a possibilidade da retirada, por alguma das crianças, da borracha (que reveste a ponta da flecha). Desta maneira, um inocente brinquedo, em princípio perfeito, poderia

⁵³ MARINS, James. Ob. cit., p. 121.

⁵⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 137.

⁵⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., p. 44.

⁵⁶ MARINS, James. Ob. cit., p. 124.

⁵⁷ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., pp. 639/640.

causar sérios ferimentos nos seus utentes ⁵⁸.

João Calvão da SILVA cita exemplo de Krämer, de que o fabricante não pode se eximir de sua responsabilidade alegando como eximente o fato de que os veículos não são feitos para colidir, mas para circular ⁵⁹.

Lembra James MARINS que “deve ser considerado como normal o uso indicado no material publicitário que cerca o produto, mesmo que nas recomendações técnicas que o acompanhem outra seja a orientação” ⁶⁰.

2.3.4.3 Época em que o produto foi colocado no mercado

Por último, deve-se levar em conta a época em que o produto foi colocado no mercado. A respeito deste critério, ensina João Calvão da SILVA:

Quer isto dizer que para determinar se um produto é ou não defeituoso o juiz não pode ater-se ao momento da ocorrência do dano ou do próprio julgamento, mas deve reportar-se à data da sua colocação em circulação. Se, nessa data, o produto oferecia a segurança com que legitimamente o grande público podia contar, o produto é “perfeito”, mesmo que posteriormente venha a ser aperfeiçoado pelo produtor. ⁶¹

Adverte Roberto NORRIS que “cabe ao produtor um dever de propiciar, aos usuários do antigo produto, sempre que for possível, condições de adicionar, ao seu bem antigo, algumas modificações para torná-los mais seguros” ⁶².

⁵⁸ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.

⁵⁹ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 640.

⁶⁰ MARINS, James. Ob. cit., p. 123.

⁶¹ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 644.

⁶² NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 45.

Interessante, neste aspecto, a observação feita por Manuel da Cunha

CARVALHO:

A crise econômica do Brasil não permite que muitas fábricas adotem uma política de constante aprimoramento de seu produto em termos de tecnologia de segurança, que muitas vezes é sem dúvida de preço e custo altíssimos.

[...] Uma das soluções estaria no cuidado e prudência que o fabricante deve ter de informar ao consumidor não só a respeito da segurança de seu produto como também da existência ou não já no mercado de produtos similares fabricados à base de uma tecnologia de segurança mais avançada, embora à evidência esteja dispensado da necessidade de dizer a marca dos mesmos [...].⁶³

James MARINS, e alguns dos autores que defendem ser o risco de desenvolvimento uma excludente de responsabilidade, utilizam-se deste dispositivo⁶⁴. Eduardo Arruda ALVIM considera um engano esta interpretação. Ele chama a atenção para o fato de que, enquanto o risco de desenvolvimento se relaciona com um defeito existente à época do seu lançamento, apenas desconhecido pelo estado da técnica de então, a circunstância prevista no dispositivo em estudo é a de um produto que atendia, na época do seu lançamento, as expectativas de segurança⁶⁵. Também para João Calvão da Silva “esta situação não se confunde, por conseguinte, com os chamados riscos de desenvolvimento. Nestes, o produto é objectivamente defeituoso no momento da sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado da ciência e da técnica permitisse sabê-lo”⁶⁶.

Outro fator relevante, ao se tratar do art. 12, §1º, III, do CDC, como muito bem expõe James MARINS, é a ação deletéria do tempo. Não se pode esperar que um produto mantenha, ao passar dos anos, o mesmo grau de segurança que quando

⁶³ CARVALHO, Manuel da Cunha. Produtos Seguros, porém Defeituosos: por uma interpretação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, p. 33, jan./mar. 1993.

⁶⁴ MARINS, James. Ob. cit., pp. 127/128.

⁶⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 138.

novo, devido à fadiga dos materiais e outras causas de corrosão química ou biológica presentes no meio ambiente, que têm sua origem na ação do tempo. Prossegue o autor, afirmando que, se a causa do defeito for a ação deletéria do tempo, o que tenha causado o fim da vida útil do produto, não é responsável o fornecedor, sendo que a vida útil deve ser aferida objetivamente, quando o próprio fornecedor indica o lapso temporal, ou subjetivamente quando couber ao Judiciário analisar se a ação do tempo pode ser considerada normal no caso concreto ⁶⁷.

2.3.4.4 Qualidade e segurança

Prevê o art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 2º, que “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.

Com efeito, “o fundamental na caracterização de um produto como defeituoso não está na comparação de sua qualidade com a de outro produto. O aspecto central reside na questão da segurança do produto em si” ⁶⁸.

Desta forma, o veículo mais simples não pode ser considerado defeituoso em comparação com o veículo mais sofisticado e com maiores recursos de segurança. Todavia, certos *standards* mínimos de segurança devem ser respeitados, ou seja, ainda que não se exija que todos os veículos sejam montados incluindo, v.g., freios ABS e *air bag* não é lícito aos fabricantes, hoje, produzirem veículos com freios que não funcionem normalmente ou sem cintos de segurança, ainda que não houvessem normativas administrativas a este respeito. ⁶⁹

⁶⁶ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 646.

⁶⁷ MARINS, James. Ob. cit., pp. 137/138.

⁶⁸ CARVALHO, Manuel da Cunha. Ob. cit., p. 29.

⁶⁹ MARINS, James. Ob. cit., p. 140.

2.4 NEXO CAUSAL

Para que o fornecedor seja responsabilizado pelo fato do produto, deve haver um dano. Este dano, por sua vez, deve ter sido *causado* por um defeito do produto, devendo ser um defeito constante no *caput* do artigo 12 do CDC (defeito juridicamente relevante). Este elo entre o dano e o defeito - que tem obrigatoriamente que ter sido causa eficiente do dano - é o nexo causal.

Nas palavras de James MARINS:

Não basta todavia, para a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, a mera comprovação de que a lesão resultou como consequência do uso ou consumo do produto. Faz-se necessário comprovar-se que o dano foi ocasionado por defeito do produto e que tal defeito teve origem na fábrica ou no estabelecimento comercial aonde foi adquirido o produto, configurando defeito de criação, produção ou informação.⁷⁰

⁷⁰ MARINS, James. Ob. cit., p. 144.

3. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Como visto *supra*, o fornecedor responde objetivamente pelo fato do produto. Mas esta responsabilidade objetiva é atenuada, pois são admitidas causas que a excluem.

As eximentes de responsabilidade carregam a função de proporcionar maior equilíbrio e equanimidade à divisão da responsabilidade pelos acidentes de consumo, e, possibilitando a prova liberatória por parte do fornecedor, se revestem da função de "mitigadoras" do sistema da responsabilidade objetiva adotado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que as encarta no §3º, de seu art. 12.⁷¹

É digno de nota que, na realidade, todas as situações descritas pelo CDC como eximentes de responsabilidade, fundam-se na falta de um pressuposto de responsabilização civil do fornecedor. Portanto, a responsabilidade não chegou a se configurar, e não se pode falar, tecnicamente, em *eximente* de responsabilidade. Esta a opinião de Arystóbulo de Oliveira FREITAS, tendo em vista que, "faltando um dos requisitos da responsabilização, não há que se falar sequer em obrigação de indenizar, pois tal obrigação não nasceu"⁷².

Portanto, exsurge claro que a listagem apresentada nos incisos do art. 12, §3º, não é *numerus clausus*⁷³. Com efeito, qualquer outra causa que exclua um dos pressupostos da responsabilidade (mais comumente o nexo causal), deverá ser considerado excludente de responsabilidade.

"O produtor é o responsável pelo prejuízo, e, para eximir-se, terá de evidenciar

⁷¹ MARINS, James. Ob. cit., p. 145.

⁷² FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 11, p. 107, jul./set. 1994.

⁷³ Neste sentido, James MARINS, Roberto NORRIS, Silvio Luís Ferreira da ROCHA, Eduardo Arruda ALVIM, Eduardo Gabriel SAAD.

que o dano não teria acontecido se não tivesse ocorrido uma causa estranha, que o determinou”⁷⁴.

Posto isso, passa-se à análise das causas excludentes de responsabilidade.

3.1 NÃO COLOCAÇÃO DO PRODUTO NO MERCADO

A colocação do produto no mercado é um pressuposto da responsabilização do fornecedor.

Com efeito, não se pode conceber que o fornecedor, antes de colocar o produto no mercado, tenha assumido o risco de um eventual acidente de consumo.

O que há de novo e significativo nesta disposição é a *presunção legal* de que o produto causador do dano foi emitido *voluntariamente* no tráfico, cabendo ao produtor a demonstração do contrário, através de qualquer meio probatório. Essa prova do contrário significa, aqui, convencer o juiz de que não entregou voluntariamente o produto a terceiro, demonstrando que ele saiu da sua guarda e poder de disposição, *verbi gratia*, por furto, roubo ou desfalque.⁷⁵

“Desde, pois, que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado para comercialização, ainda que, por exemplo, simplesmente para teste, ou mesmo oferecendo o produto como amostra grátis, não poderá alegar esta excludente”⁷⁶.

Mas quando se pode considerar que o produto foi introduzido no mercado?

Para Roberto NORRIS, “deve-se entender como colocado em circulação um produto sempre que o seu produtor, entendendo encontrar-se a mercadoria em perfeitas condições, faz a sua entrega ao mercado de consumo, introduzindo-o, de

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. p. 195.

⁷⁵ SILVA, João Calvão da. *Ob. cit.*, p. 718.

forma consciente, no circuito de distribuição, mesmo que seja para exame ou prova”⁷⁷.

James MARINS, ao abordar esta questão, cita a lei italiana:

- a) considera-se introduzido no mercado de consumo o produto que mesmo a título de *mostruário ou prova*, seja confiado ao consumidor ou a quem o represente;
- b) considera-se introduzido o produto no mercado de consumo a partir do momento em que o fornecedor o entrega ao transportador ou despachante para envio ao consumidor ou usuário;
- c) considera-se introduzido o produto no mercado de consumo mesmo nos casos de execução forçada de bens (*vendita forzata*), como, p. ex., na hipótese de leilão judicial de mercadorias penhoradas em processo de execução, ou nos processos falimentares, no momento em que se opere a tradição dos bens.⁷⁸

Comentando estas hipóteses, quanto ao item “b”, afirma que também se deve entender que o produto foi introduzido no mercado mesmo quando o transporte se dá entre fornecedores, tendo em vista o art. 17 do CDC⁷⁹.

Em relação ao item “c”, esclarece que, se o fornecedor alertar para os eventuais riscos que o produto apresente, estará ele eximido de responsabilidade pela lei italiana⁸⁰.

Lembra, ainda, o mesmo autor, que no caso de usurpação de seu nome, marca ou signo distintivo, não será o fornecedor responsável pelos acidentes de consumo deste produto provenientes, pois, por óbvio, não os introduziu no mercado⁸¹.

Cabe, ainda, lembrar que, no caso de o produto ter sido introduzido no mercado por preposto ou por representante do fornecedor, responde este, de acordo com o art. 1.521, III, do Código Civil⁸²⁻⁸³.

⁷⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 141.

⁷⁷ NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 86.

⁷⁸ MARINS, James. Ob. cit., p. 147.

⁷⁹ MARINS, James. Ob. cit., p. 148.

⁸⁰ MARINS, James. Ob. cit., p. 148.

⁸¹ MARINS, James. Ob. cit., p. 149.

⁸² ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 141.

3.2 INEXISTÊNCIA DE DEFEITO

Neste caso, basta ao fornecedor provar que não havia defeito juridicamente relevante no produto, posto que só o defeito juridicamente relevante é que gera a responsabilização daquele⁸⁴.

O entendimento não poderia ser diverso, haja vista que apenas os defeitos elencados no art. 12, *caput* é que ensejam a responsabilidade pelo fato do produto.

Os acidentes de consumo supõem, como um *prius*, a manifestação de um defeito do produto ou serviço, e como um *posterius*, um evento danoso. O defeito do produto ou serviço é um dos pressupostos da responsabilidade por danos nas relações de consumo. Se o produto não ostentar vício de qualidade ocorre ruptura da relação causal que determina o dano, ficando afastada a responsabilidade do fornecedor. Assim, um acidente de trânsito somente se qualifica como acidente de consumo se os danos dele decorrentes puderem ser atribuídos, por uma relação de causalidade, à prefiguração de um defeito intrínseco (v.g., defeito de montagem) ou extrínseco (v.g., vício de informação).⁸⁵

3.3 CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO

A presença desta excludente é despicienda, pois "havendo culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por óbvio, não há defeito juridicamente relevante no

⁸³ "Art. 1.521 - São também responsáveis pela reparação civil:

III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1522);"

⁸⁴ MARINS, James. Ob. cit., p. 150.

⁸⁵ DENARI, Zelmo. Ob. cit., p. 152.

produto”⁸⁶.

Oportuno frisar que, neste caso, terceiro “é qualquer pessoa que não se identifique com os partícipes da relação de consumo descrita no art. 12 e que envolve, de um lado, o fabricante, produtor, construtor ou importador e, de outro lado, o consumidor”⁸⁷. Portanto, o comerciante é terceiro para os fins deste inciso, sendo sua a responsabilidade quando for de sua culpa exclusiva a produção do dano.

Em se tratando de culpa concorrente, há que se verificar se a culpa foi do consumidor ou de terceiro.

No caso de culpa concorrente de terceiro, não há que se falar em exclusão, nem mesmo em atenuação da responsabilidade do fornecedor. “Com efeito, tratando-se de terceiro, não teria sentido a culpa concorrente dele excluir a responsabilidade do fornecedor, porque isso redundaria em irreparável prejuízo para o consumidor”⁸⁸. Uma vez que o fornecedor tenha indenizado o consumidor vítima⁸⁹ de acidente de consumo, aquele pode acionar o terceiro que contribuiu culposamente para a efetivação do dano, com base na responsabilidade subjetiva deste (art. 159 do Código Civil).

Se a culpa concorrente for do consumidor, diverge a doutrina a respeito do cabimento de redução do *quantum* indenizatório.

Para Fábio Ulhoa COELHO, “a culpa concorrente da vítima, na responsabilização do fabricante, produtor, construtor ou importador, não é causa de diminuição do valor da indenização, como ocorre, em regra, nas demais hipóteses de

⁸⁶ MARINS, James. Ob. cit., p. 152.

⁸⁷ DENARI, Zelmo. Ob. cit., p. 153.

⁸⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., p. 46.

⁸⁹ Toda vítima de acidente de consumo é equiparada a consumidor (vide item n° 1.2.1)

responsabilidade civil”⁹⁰. No mesmo sentido, Arystóbulo de Oliveira FREITAS⁹¹.

Contudo, afigura-se mais justa a diminuição do valor a ser ressarcido pelo fornecedor, no caso de o consumidor ter agido com culpa concorrente.

Nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, “melhor seria que o Código de Defesa do Consumidor tivesse admitido a culpa concorrente do consumidor como fato hábil a reduzir a indenização devida pelo fornecedor”⁹².

Nos casos concretos em que se verifique a culpa concorrente do consumidor, é, pelo menos, incoerente a condenação do fornecedor à indenização integral. Considerando-se a culpa recíproca, será recomendável que se obrigue o fabricante ao pagamento de uma indenização proporcional, a ser arbitrada em cada caso concreto, levando-se em consideração os seus elementos individuais.⁹³

Para Eduardo Arruda ALVIM, o sistema do CDC não exclui a atenuação da responsabilidade pela culpa concorrente, porque a razão que leva a culpa concorrente a atenuar a responsabilidade é a mesma que leva a culpa exclusiva a excluí-la⁹⁴.

3.4 EXCLUDENTES NÃO PREVISTAS NO CDC

Conforme exposto *supra* (item 3), a lista de excludentes, trazida no art. 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, não é exaustiva. O fato que afastar qualquer dos pilares da responsabilidade pelo fato do produto (dano, defeito juridicamente

⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 94.

⁹¹ FREITAS, Arystóbulo. Ob. cit., p. 107.

⁹² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Ob. cit., p. 46.

⁹³ NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 89.

⁹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 143.

relevante e nexa causal), inobstante não vir expresso no CDC, exclui o dever de indenizar por parte do fornecedor.

A seguir, abordam-se algumas excludentes, entre as mais citadas pela doutrina pátria.

3.4.1 Caso fortuito e força maior

Não há razão para, na prática, distinguir caso fortuito de força maior, pelo que ambos os termos serão, neste texto, utilizados indistintamente, com o mesmo sentido.

Não distingue a lei a *vis maior* do *casus*, e assim procede avisadamente, pois que nem a doutrina moderna nem as fontes clássicas têm operado uma diversificação bastante nítida de uma e outra figura. Costuma-se dizer que o caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a força maior como o *damnum* que é originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto etc. Outras distinções, e não poucas, apontam-se ainda, sem contudo oferecerem gabarito determinante e hábil a efetuar a diferenciação. Preferível será mesmo, ainda com a ressalva de que pode haver um critério distintivo abstrato, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só conceito (COLMO), unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade.⁹⁵

Primeiramente, deve-se distinguir, como o fez James MARINS, entre o caso fortuito ocorrido antes e depois da introdução do produto no mercado:

Para a primeira hipótese, se a força maior ocorre ainda dentro do processo produtivo, até o momento em que, juridicamente, se tem o produto por colocado em circulação, não há que se falar em exclusão da responsabilidade do mesmo. Isto porque até o momento em que o produto ingressa formalmente no mercado de consumo tem o fornecedor o dever de diligência de garantir que não sofra qualquer tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior. Por outras palavras, a ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 244/245.

produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência de defeito juridicamente relevante (possivelmente "defeito de produção", consoante a classificação que adotamos).⁹⁶

Quanto à hipótese de caso fortuito ocorrido após a inserção do produto no mercado, Eduardo Arruda ALVIM pondera que "afronta o sistema do Código a conclusão de que ao consumidor compete suportar o dano decorrente de caso fortuito ou força maior, sem poder responsabilizar, de forma objetiva, o fornecedor"⁹⁷.

Data venia, uma vez ocorrendo caso fortuito, não se pode falar em produto defeituoso, razão pela qual não há como incidir a responsabilidade civil do fornecedor:

[...] após o ingresso do produto em circulação não se pode mais falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo, e, como já visto, não havendo qualquer dessas espécies de defeitos não há defeito juridicamente relevante que possa propiciar a responsabilização do fornecedor.⁹⁸

"Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inoccorrência dos respectivos pressupostos"⁹⁹.

Para que se configure o caso fortuito, o evento deve ser imprevisível, irresistível ou inevitável e exterior¹⁰⁰

Note-se, entretanto, que o caso fortuito deve ser o único causador do dano. Se o produto apresentava defeito, e este contribuiu para a ocorrência do dano, deve o fornecedor ser responsabilizado *in totum* pelos danos ocorridos.

⁹⁶ MARINS, James. Ob. cit., p. 153.

⁹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 146.

⁹⁸ MARINS, James. Ob. cit., pp. 153/154.

⁹⁹ DENARI, Zelmo. Ob. cit., p. 155.

¹⁰⁰ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 738.

3.4.2 Conformidade do produto com normas imperativas

Questão interessante é a da responsabilidade do fornecedor por danos causados por defeitos com origem em normas imperativas.

Geralmente, os padrões impostos pelo Poder Público são apenas requisitos mínimos de procedibilidade e segurança, o que não tem força liberatória da responsabilidade pelo fato do produto ¹⁰¹.

Contudo, no caso de necessidade de estrita conformidade do produto às normas administrativas de produção ¹⁰², quando não lhe restar qualquer margem de ação que lhe possibilitasse evitar o defeito em cumprimento ao seu dever de diligência ¹⁰³, estaria caracterizado o *factum principis*, bastando ao fornecedor provar o nexo de causalidade entre o defeito e o estrito cumprimento da norma imperativa ¹⁰⁴.

Segundo João Calvão da SILVA, "para que funcione esta exceção ou meio de defesa, não basta todavia a demonstração de que o produto é conforme às normas imperativas, sendo necessário também provar que o defeito é devido à sua conformidade com essas normas" ¹⁰⁵.

¹⁰¹ NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 90.

¹⁰² ALVIM, Eduardo. Ob. cit., p. 145.

¹⁰³ MARINS, James. Ob. cit., p. 156.

¹⁰⁴ NORRIS, Roberto. Ob. cit., p. 90.

¹⁰⁵ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 724.

3.4.3 Cláusula de não indenizar

Consiste a cláusula de não indenizar num ajuste no sentido de excluir ou limitar a responsabilidade dos contratantes. “Uma vez convencionado, equipara-se à renúncia do direito de obter reparação, como a ela equivale qualquer pacto de *non petendo in perpetuum*”¹⁰⁶.

Adverte Caio Mário da Silva Pereira que esta cláusula não tem cabida na responsabilidade aquiliana, apenas na contratual¹⁰⁷.

Nas relações jurídicas de consumo inadmite-se, por razões específicas e legais, a cláusula de não indenizar. Assim, é direito básico do consumidor, com toda eficácia que lhe dá a lei, o direito à “reparação dos danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI, do Código de Proteção), direito este sem maior operância se as partes pudessem clausular diferentemente. As normas de proteção e defesa do consumidor são tidas como de ordem pública (art. 1º do Código) e, por isso, inderrogáveis pelas partes. A esta compreensão se soma a regra do art. 51, I, do mesmo diploma legal, que qualifica tal cláusula de abusiva, tendo-a como nula de pleno direito.

Só estes argumentos, a nosso sentir, seriam suficientes para afastar tal espécie de cláusula das relações de consumo. Evidente a lesão a normas de ordem pública e a sua declarada nulidade como cláusula abusiva que é. O legislador infraconstitucional, porém, demonstrando toda a orientação protetiva do Código, foi mais longe. Em norma expressa e indiscutível, proíbe sua estipulação. Com efeito, no art. 25, em regra indubitosa em todos os sentidos, normatizou: “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”. Não há que se falar, portanto, nas relações de consumo, em cláusula exonerativa de ressarcimento.

[...] Sendo a hipótese, porém, de atenuação com redução do montante indenizatório, a lei comporta uma exceção. É a que se encontra no art. 51, I, *in fine*, do Código do Consumidor: “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. Daí se conclui. Em se tratando de consumidor pessoa física, veda-se também a atenuação da responsabilidade. A exceção é para consumidor pessoa jurídica, o que é perfeitamente explicável porque a pessoa jurídica não entra na

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, vol. II, p. 248.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 305.

relação de consumo com a vulnerabilidade própria da pessoa física (art. 4º, I, do Código de Proteção).¹⁰⁸

3.4.4 Prescrição e decadência

O fundamento da prescrição e da decadência é a paz social:

O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de *ordem pública* no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.¹⁰⁹

Assim, a prescrição e a decadência (prescrição em sentido genérico), por assim dizer, matam o direito por inanição.

Não interessa ao Direito que se eternize a faculdade de o titular da relação jurídica poder constituir, em definitivo, o respectivo direito subjetivo. Assim, verificada a colisão de veículos, constatada a causa de rescisão contratual ou ocorrido o fato gerador de tributo, o ordenamento jurídico confere ao sujeito ativo um prazo para sua apuração e constituição do direito subjetivo, sob pena de decadência, ou seja, de caducidade do respectivo direito.

A decadência, portanto, deve ser entendida como a extinção de direitos subjetivos que deixarem de ser constituídos pela inércia dos respectivos titulares, em determinado período de tempo.

Conquistada a definitividade - o que se dá via provimento judicial, extrajudicial (v. g., decisão administrativa) ou mediante reconhecimento do *debitum* pelo sujeito passivo da relação jurídica em causa - cumpre ao titular do direito exigir a prestação positiva ou negativa (dar, fazer ou não fazer alguma coisa), em determinado período de tempo.

Da mesma sorte, não interessa ao Direito que se eternize a faculdade do credor exigir o cumprimento da prestação positiva ou negativa. Se não o fizer, consumir-se-á a prescrição, assim entendida, portanto, como extinção do direito subjetivo de crédito plenamente constituído, que deixa de ser exigido em determinado período de tempo, pela inatividade do respectivo titular.¹¹⁰

A decadência não seria mais do que a extinção do direito, pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingindo indiretamente a ação, enquanto a prescrição extingue a ação, fazendo desaparecer, por via oblíqua, o direito por ela tutelado que não tinha tempo fixado para ser exercido. Logo a prescrição supõe direito já exercido

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, pp. 55/56.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*. Vol. I, p. 437.

¹¹⁰ DENARI, Zelmo. Ob. cit., pp. 183/184.

pelo titular, existente em ato, mas cujo exercício sofreu um obstáculo pela violação de terceiro; a decadência supõe um direito que não foi exercido pelo titular, existente apenas em potência.¹¹¹

Resta claro que, no caso do direito à indenização por acidente de consumo, a inércia do titular do direito leva à decadência do direito, apesar do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor mencionar a prescrição:

A hipótese, da mesma sorte, é de decadência, pois trata do perecimento de direitos subjetivos em via de constituição. De todo modo, o dispositivo não merece, sob este aspecto, nenhuma censura. O vocábulo prescrição, segundo a tradição do nosso direito, deve ser utilizado sempre que se fizer referência à extinção de direitos subjetivos, de qualquer natureza.¹¹²

O prazo decadencial é de cinco anos. O prazo se inicia quando o titular do direito tiver conhecimento do dano e de sua autoria.

Apesar do veto presidencial ao parágrafo único do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, deve-se entender que a reclamação formulada perante o fornecedor, bem como a instauração de inquérito civil, alinham-se entre as causas suspensivas da decadência nos casos de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço. É que este parágrafo único, por equívoco, remeteu ao parágrafo primeiro do art. 26, do mesmo diploma legal, quando deveria ter se referido ao parágrafo segundo.¹¹³

Contudo, mesmo caducando o direito à indenização prevista no Código de Defesa do Consumidor, persiste para a vítima a possibilidade de se ver ressarcido dos danos sofridos:

Uma vez ocorrido o termo final ou resolutivo, o consumidor poderá, ainda, ajuizar a demanda em face do fornecedor. Não se beneficiará, contudo, do sistema consumerista, mas do Direito comum, cuja regra é a responsabilização subjetiva do agente da conduta delituosa, com fundamento nos arts. 159 ou 1.056 do diploma civil em vigor, em se tratando de responsabilidade aquiliana ou contratual,

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994, p.

¹¹² DENARI, Zelmo. Ob. cit., p. 189.

¹¹³ DENARI, Zelmo. Ob. cit., p. 190.

respectivamente.¹¹⁴

3.4.5 Risco de desenvolvimento

Risco de desenvolvimento é aquele “que não pode ser conhecido no momento da colocação do produto no mercado, só vindo a sê-lo posteriormente, em razão do desenvolvimento tecnológico”¹¹⁵.

A legislação consumeirista brasileira não fez alusão expressa ao risco de desenvolvimento - nem para admiti-lo nem para rejeitá-lo -, tornando muito controvertida a interpretação da norma consumeirista em relação à sua aplicabilidade.

Zelmo DENARI não aceita a exoneração do fornecedor com fundamento no risco de desenvolvimento, haja vista que “a dicção normativa do inc. III do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito longe de significar adoção da *teoria dos riscos de desenvolvimento*, a nível legislativo, como propôs a Comunidade Económica Européia”¹¹⁶.

Na verdade, confunde o autor o risco de desenvolvimento, em que o defeito já existia no momento em que o produto foi lançado no mercado, apenas era incognoscível, com a hipótese do art. 12, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, na qual o produto venha a se tornar defeituoso com o passar do tempo, devido à adoção de novas tecnologias, *verbi gratia* (a respeito, vide item 2.3.4.3,

¹¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. Ob. cit., pp. 321/322.

¹¹⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., pp. 146/147.

¹¹⁶ DENARI, Zelmo. Ob. cit., pp. 150/151.

supra).

Também Eduardo Arruda ALVIM se manifesta contrário à adoção da polêmica

excludente:

Em síntese, nosso posicionamento é que o assim dito risco de desenvolvimento não exclui a responsabilidade civil pelo fato do produto pelas seguintes razões: a uma, porque tal excludente não conta do § 3º, do art. 12; a duas, porque o risco de desenvolvimento encarta-se no gênero maior: defeito de concepção, o qual, por disposição legal expressa, enseja a responsabilização do fornecedor (cf. *caput* do art. 12, o qual alude a defeito decorrentes de projeto e fórmula), e, finalmente, porque, pelo sistema do Código, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para eximi-lo de responsabilidade.¹¹⁷

Quanto à inexistência de menção expressa ao risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor, não se pode querer dar caráter exaustivo à listagem constante do art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme exposto nos itens 3 e 3.4, *supra*.

Da mesma maneira inexistente, *in casu*, defeito de concepção:

Considere-se, também, que no caso não haveria fornecimento defeituoso por impropriedade de concepção. Isso se pode afirmar na medida em que o projeto empresarial desenvolvido tivesse incorporado todos os avanços de pesquisa científica possibilitados pelo estágio de desenvolvimento da ciência e tecnologia. A diferença entre defeituosidade de concepção (descumprimento do dever de pesquisar) e incognoscibilidade de efeito danoso (risco de desenvolvimento) estabelece-se precisamente a partir do aproveitamento integral das possibilidades abertas pelo desenvolvimento do conhecimento humano especializado, pelo estado da arte. Enquanto no defeito de concepção o empresário não aproveita tais possibilidades, no fornecimento com efeito danoso incognoscível ocorre esse aproveitamento.¹¹⁸

Não há dúvida que ao empresário cabe a carga referente aos riscos que possam ser causados pela comercialização de produtos. No entanto, se esta assertiva é exata para os chamados "defeitos de criação", "defeitos de informação" ou mesmo para os "defeitos de produção", para o risco de desenvolvimento teríamos que estabelecer novas premissas, pois trata-se, evidentemente, de um *tertium genus* dificilmente subsumível a qualquer daquelas categorias.¹¹⁹

O risco de desenvolvimento seria, portanto, um defeito juridicamente irrelevante, ineficiente para gerar a responsabilização do fornecedor pelo fato do

¹¹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., p. 148.

¹¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., pp. 83/84.

¹¹⁹ MARINS, James. Ob. cit., p. 131.

produto.

Em relação ao risco de desenvolvimento ser mera inexistência de culpa:

Temos por mais rigoroso, no plano teórico e conceitual, o não enquadramento da questão no domínio da culpa.

Atente-se em que o estado da arte ou estado da ciência é *critério da cognoscibilidade do defeito e não padrão da conduta do produtor* [...]. O que conta, pois, é a impossibilidade subjectiva do produtor; relevante é que as possibilidades objectivas de conhecimento do defeito não existam em geral no mundo, que os riscos e vícios do produto não sejam pura e simplesmente cognoscíveis.¹²⁰

Ademais, deve-se atentar para que a não adoção desta eximente trará um “repasso de riscos de tal ordem que possa tornar inviável a comercialização de determinados tipos de produtos”¹²¹.

Um bom exemplo de produtos sujeitos ao risco de desenvolvimento são os produtos farmacêuticos. A indústria farmacêutica seria das mais afetadas pela não adoção da eximente do risco de desenvolvimento. Não há, nesta área, como garantir a inexistência de defeitos antes do lançamento do produto no mercado:

São realizados testes de toxicidade para fármacos novos em animais no sentido de identificar seus possíveis riscos. A premissa básica é que os efeitos tóxicos causados por um fármaco sejam semelhantes no homem e em outros animais. Este é um ponto de vista inerentemente razoável, quando se leva em conta as semelhanças entre os organismos superiores nos níveis celular e molecular. Não obstante, existem amplas variações entre as espécies, de modo que os testes de toxicidade em animais nem sempre constituem diretrizes confiáveis. Os efeitos tóxicos podem variar de irrisórios até suficientemente graves para impedir a continuação do desenvolvimento do composto. [...] a *segurança* (em oposição à toxicidade) só pode ser definida durante o emprego de um fármaco no homem.¹²²

Em não se adotando a excludente do risco de desenvolvimento, corre-se o sério risco de a indústria farmacêutica se acomodar, deixando de buscar novas técnicas:

Atende aos interesses dos consumidores - que almejam melhoria na sua qualidade de vida - a existência de medicamentos cada vez mais aperfeiçoados no combate aos inevitáveis males à sua saúde, ao passo que, ao se impingir imensurável e excepcional carga de risco ao fornecedor, desestimula-se a criação de novas técnicas, redundando em uma possível diminuição do bem-estar do

¹²⁰ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 513.

¹²¹ MARINS, James. Ob. cit., p. 132.

¹²² RANG, H.P.; DALE, M. M.; RITTER, J.M. *Farmacologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997, pp. 637/638.

consumidor.¹²³

Com efeito, João Calvão da SILVA abordando o caso Brown vs. Abbot Laboratories, julgado em março de 1988 pelo Supremo Tribunal da Califórnia, expõe:

Os produtores de produtos farmacêuticos "não respondem por defeitos que não eram por si conhecidos nem cientificamente cognoscíveis no momento em que os medicamentos foram postos em circulação", em nome do "interesse público ao desenvolvimento, à disponibilidade e ao preço razoável dos fármacos", depois de o Tribunal constatar diversos exemplos de produtos farmacêuticos e de vacinas retiradas do mercado em consequência de uma rígida e absoluta responsabilidade civil.¹²⁴

Dentre os casos ocorridos com fármacos, o mais notório é o da Talidomida.

Quando começou a ser comercializada, em 1956, a droga foi indicada para enjoos e náuseas. Entre o fim dos anos 50 e o início dos anos 60, ela foi responsável pelo nascimento de cerca de 15 mil crianças sem braços e sem pernas.

O princípio ativo da droga é a rifampicina que interfere na evolução das células e, quando tomada na gravidez, pode causar encurtamento dos membros e má-formação dos órgãos do feto.¹²⁵

Da análise do sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor, exsurge clara a inclusão do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilização do fornecedor pelo fato do produto. "Contudo, o máximo rigor deve existir na avaliação de que tenha o produto sido devidamente testado com base na mais recente técnica disponível"¹²⁶.

Para tanto, sói ter-se em mente o que se deve entender por estado da arte:

Não sendo o estado da arte um conceito determinado e fechado, mas um conceito movente carecido de aferição nas circunstâncias do caso, a sua *moldura* deve ser a *possibilidade científica e técnica* que se haja imposto no respectivo domínio e tenha *passado a estar à disposição geral*, mesmo que não seja ainda a praticada no respectivo ramo industrial. Ao acatamento deste novo e mais actual estado geral da ciência e da técnica, sem fronteiras ou limites territoriais, é que o produtor está vinculado, e não a um anterior, ainda que vazado na *praxis* industrial.¹²⁷

¹²³ MARINS, James. Ob. cit., p. 133.

¹²⁴ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., pp. 523/524.

¹²⁵ MARTINS, Lúcia. 2ª Geração talidomida quer pensão do Estado. Folha de São Paulo, São Paulo, 24/07/98, p. 3-2.

¹²⁶ MARINS, James. Ob. cit., p. 135.

¹²⁷ SILVA, João Calvão da. Ob. cit., p. 512.

É de se notar, por fim, que, nos termos do art. 10, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, deve o fornecedor, assim que tomar conhecimento do defeito, informar as autoridades competentes e os consumidores. Em se omitindo, aí sim, será responsabilizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os institutos mais importantes criados pelo Código de Defesa do Consumidor, encontra-se a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto.

Através da ampliação dos conceitos de consumidor e de fornecedor e, principalmente, objetivando-se a responsabilidade deste frente a acidentes do consumo, procurou-se dar maior efetividade à proteção do consumidor, que é a parte hipossuficiente da relação de consumo, levando-se também em conta as maiores possibilidades de os fornecedores assimilarem os riscos, repassando o custo para o preço dos produtos, fazendo seguros, dentre outras formas.

Para que o fornecedor seja responsabilizado, necessária se faz a concorrência de três pressupostos, que são o dano (caso inexistente, pode haver responsabilidade por vício do produto), o defeito e o nexo causal entre ambos. O defeito, aqui considerado, é o juridicamente relevante, ou seja, um dos elencados no *caput* do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (um defeito de criação, de produção ou de informação).

Por óbvio, se o fornecedor conseguir provar, cabalmente, a inexistência de qualquer destes pressupostos, não responde pelo fato do produto. Assim, há

excludentes de responsabilidade outras que não as elencadas no art. 12, § 3º, do Código (como, *verbi gratia*, o caso fortuito e a estrita conformidade a normas imperativas), sendo seu rol meramente exemplificativo.

A maior celeuma, em se tratando de excludentes de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, reside no risco de desenvolvimento. Da análise do sistema de defesa do consumidor instituído pela Lei nº 8.078/90 - além de várias outras razões, menos jurídicas que sociais -, verifica-se que deve ser aceita, no Brasil, a excludente do risco de desenvolvimento. Com efeito, estabelece o Código uma obrigação a ser cumprida pelo fornecedor no caso de descobrir, posteriormente à colocação do produto no mercado, que o mesmo é perigoso. Esta providência, expressa no art. 10, § 1º, é a de informar os consumidores e as autoridades competentes. Caso não tome esta cautela, deverá ser responsabilizado pelos danos dali resultantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, pp. 132/150, jul./set. 1995.
- CARVALHO, Manuel da Cunha. Produtos Seguros, porém Defeituosos: por uma Interpretação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, pp. 27/34, jan./mar. 1993.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DENARI, Zelmo *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 11, pp. 101/127, jul./set. 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JURISPRUDÊNCIA Geral Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 738, pp. 307/308, abr. 1997.

- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997.
- MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*. São Paulo: RT, 1993.
- MARTINS, Lúcia. 2ª Geração talidomida quer pensão do Estado. Folha de São Paulo, São Paulo, 24/07/98, p. 3-2.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- RANG, H.P.; DALE, M. M.; RITTER, J.M. *Farmacologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A Responsabilidade pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, pp. 35/49, jan./mar. 1993.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

- SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 11, pp. 128/143, jul./set. 1994.
- SENTENÇAS. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 16, pp. 195/200, out./dez. 1995.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. Código do Consumidor: Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 666, pp. 35/47, abr. 1991.
- SILVA, João Calvão da. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.
- SIMARDI, Cláudia A. Responsabilidade Objetiva. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, pp. 250/264, jan./mar. 1993.
- VAL, Olga Maria do. Responsabilidade por Vícios do Produto e do Serviço: do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: n. 13, p. 61/77, jan./mar. 1995.