

Ana Paula Cardoso Teixeira

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE
NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Florianópolis (SC), novembro de 1996.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE
NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Professor Orientador Doutor Fernando Noronha

Acadêmica Ana Paula Cardoso Teixeira

Florianópolis (SC), novembro de 1996.

*Dedico esta monografia ao meu
saudoso pai, cuja lição de vida me
enche de esperança, determinação
e sonhos...*

Agradecimentos...

Ao estimado professor Fernando Noronha, sempre disposto a dirimir dúvidas e que, com observações e questionamentos sempre precisos, tornou mais clara a apreensão do conteúdo.

À querida amiga Karina Mendes de Brito Gamba, por sua enorme paciência e ajuda com a digitação do trabalho.

À todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para a concretização da monografia, em especial aos amigos Alexandre Morais da Rosa e Jeanine Godoy Ilha.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL

A presente monografia final, intitulada “A responsabilidade civil do fabricante no Código de Defesa do Consumidor”, elaborada por Ana Paula Cardoso Teixeira, e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez) sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), 11 de dezembro de 1996.

Professor Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

ÍNDICE

Considerações iniciais	01
------------------------------	----

Capítulo I

Espécies de responsabilidade do produtor

1.1. Responsabilidade por produtos e por serviços	04
1.2. Vício redibitório: noção ineficaz na responsabilização do fabricante	08
1.3. O objeto deste estudo: responsabilidade pelo fato do produto	11

Capítulo II

Dificuldade de enquadramento da responsabilidade pelo fato do produto nos modelos tradicionais

2.1. Responsabilidade contratual

2.1.1. Aproximação com a responsabilidade extracontratual, conceito e princípios basilares	15
2.1.2. A responsabilidade pelo fato do produto vista pelo prisma negocial	17
2.1.3. Inadequação do modelo contratual	20

2.2. Responsabilidade extracontratual subjetiva

2.2.1. Definição e elementos	24
2.2.2. A responsabilidade pelo fato do produto encarada sob o prisma da responsabilidade pelo fato de terceiro e pelo fato da coisa	27

2.2.2.1. Responsabilidade pelo fato de terceiro	27
2.2.2.2. Responsabilidade pelo fato das coisas	29
2.2.3. Deficiência da responsabilidade extracontratual subjetiva para amparar o consumidor lesado	32
2.3. Responsabilidade extracontratual objetiva	
2.3.1. Conceito e razões para a sua adoção	33
2.3.2. Responsabilidade pelo fato do produto e sua relação com o risco de empresa	36

Capítulo III
Regime jurídico de responsabilidade
pelo fato do produto

3.1. Caráter relacional dos conceitos de consumidor e fornecedor	38
3.1.1. As pessoas responsáveis	38
3.1.2. As pessoas com direito à reparação	41
3.2. O produto defeituoso	
3.2.1. Conceito de defeito	43
3.2.2. Espécies de defeito quanto à origem	
3.2.2.1. Defeitos de fabricação	46
3.2.2.2. Defeitos de concepção	47
3.2.2.3. Defeitos de comercialização	48
3.3. Eximentes da responsabilidade do fabricante	
3.3.1. Não colocação do produto no mercado	50
3.3.2. Inexistência de defeito	50

3.3.3. Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro	51
3.4. Análise das possíveis excludentes não elencadas no § 3º do artigo 12 do CDC	
3.4.1. Caso fortuito ou força maior	52
3.4.2. Risco de desenvolvimento	54
3.5. A não caracterização de defeito por haver produto de melhor qualidade	56
3.6. O ônus da prova na ação de responsabilidade	59
Conclusão	64
Bibliografia	67

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Revolução Industrial iniciada em meados do século XVIII trouxe muitas alterações para a sociedade. Talvez a mudança mais sensível tenha sido constatada na substituição da produção artesanal pela produção em série. Grande parte dos produtos, antes confeccionados manualmente, envolvendo um pequeno número de pessoas, passaram a ser fabricados em série, voltados para o consumo em massa.

A maior concentração de produtos colocados em circulação fez aumentar, na mesma proporção, os riscos para o público consumidor em razão de falhas no processo produtivo. Infelizmente, são muitos os exemplos que ilustram os danos causados por produtos defeituosos. Basta lembrar o caso da Talidomida-Contergan, que provocou deformidades físicas em milhares de nascituros, ou mesmo o da vacina Salk, que por conter vírus ativos da poliomielite, deixou enfermas muitas crianças.

Enquanto os riscos de acidentes envolvendo produtos industrializados cresciam de forma vertiginosa, a preocupação com a reparação das vítimas daqueles produtos danosos tomava relevo. Isso porque, encarada a responsabilidade civil nos seus moldes tradicionais, o consumidor, na maioria dos casos, não obtinha o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Na grande maioria das vezes, o consumidor não tinha qualquer vínculo com o fabricante, pois contratara diretamente com o

comerciante, ou então não conseguia demonstrar a culpa daquele que inseriu o produto defeituoso no mercado.

Dessa forma, o tema da responsabilidade do fornecedor, ou melhor, as justificativas que geram sua responsabilidade, passaram por algumas revisões e questionamentos, de modo a integrar o sistema normativo às profundas mudanças sociais e econômicas, principalmente no que tange ao sistema da socialização dos riscos.

O presente trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro visa situar nosso objeto de estudo (responsabilidade pelo fato do produto) sem deixar de fazer referência, ainda que de forma sucinta, aos demais casos que envolvem a responsabilidade do fornecedor. O capítulo II aborda justamente a dificuldade de enquadramento da responsabilidade do fornecedor dentro dos parâmetros tradicionais da responsabilidade contratual e extracontratual subjetiva, bem como os aspectos mais importantes acerca da teoria do risco, consagrada nos textos do Código de Defesa do Consumidor. O último capítulo, por sua vez, trata de aspectos mais específicos da responsabilidade pelo fato do produto, como a delimitação dos sujeitos ativo e passivo da relação de consumo, espécies de defeito, excludentes da responsabilidade, etc.

Como se percebe, o tema é bastante atual. Assim como não se pode compreender a sociedade capitalista sem as garantias da livre iniciativa, de poder usar de todos os artifícios (não emprestando à palavra qualquer sentido pejorativo) para conquistar o mercado de consumo, também não se deve deixar ao acaso as vítimas dos acidentes decorrentes da produção em massa. Afinal, para uma sociedade realmente

justa, os interesses gerais devem prevalecer. É nesse sentido que se orienta todo o trabalho: não somente uma análise dogmática da Lei 8.078/90, mas também a busca de um sistema eficaz de reparação.

CAPÍTULO I

ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR

1.1. Responsabilidade por produtos e por serviços

A responsabilidade do produtor dentro do Código de Defesa do Consumidor pode ser dimensionada sob dois ângulos: pelos produtos que coloca no mercado e pelos serviços que presta. O citado diploma legal delimita seus conceitos em artigo próprio, quando preceitua que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (CDC, art. 3º, §§ 1º e 2º). A responsabilidade que é objeto de estudo nesta monografia é apenas a relativa a produtos, não a serviços. Neste item, procuraremos fazer uma delimitação entre uma e outra.

O conceito de produto vem abordado de forma bastante ampla, pois abrange as duas grandes classificações de bens, os móveis e os imóveis, os materiais e os imateriais.

Bens imóveis são coisas que não se podem deslocar sem alteração de sua substância, muito embora o Código Civil lhe empreste abrangência muito maior, classificando-os em imóveis por natureza, como o solo, por acessão, como as construções, por ficção, como as máquinas de uma indústria, e ainda por definição

legal, na hipótese do artigo 44 da lei material civil. Ao delimitar a responsabilidade do produtor, a diretiva 85/374/CEE, sobre a qual o CDC muito se espelha, exclui o bem imóvel, isso porque todos os Estados-membros possuem legislação específica. A opção do legislador brasileiro na inclusão dos bens imóveis deve-se ao fato da carência normativa a respeito da matéria, bem como à moderna orientação americana no sentido de que não há diferença significativa, por exemplo, entre a produção em massa de uma casa e de um automóvel, como argumenta STUDEBAKER, citado por CALVÃO DA SILVA (1990, p. 604).

Em relação aos bens móveis, também englobados na noção de produto, pode-se defini-los como aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia e ainda aqueles assim considerados por expressa disposição legal, como os direitos do autor (CC, art. 48, inc. III). Apesar da amplitude desse conceito, não se vislumbra a hipótese dos produtos incorporados, ou seja, produtos que podem ser independentemente considerados, como a pastilha de freios de um carro. Essa omissão, talvez intencionalmente consentida, em nada compromete a responsabilização do fornecedor, cercado das cautelas da solidariedade enunciada nos artigos 7º, § único e 19 do CDC. A partir do momento que o produtor incorpora ao seu produto um componente danoso, estará totalmente obrigado perante o consumidor. Essa sistemática facilita na identificação do responsável, sem que isso prejudique o direito de regresso que possui o incorporador contra o fabricante do produto defeituoso, real causador do dano.

A segunda classificação divide os bens entre materiais, que possuem existência física, como os imóveis por natureza, e imateriais, que são os reconhecidos juridicamente por apresentarem valor econômico, embora sua existência seja apenas

abstrata. Ainda que haja certa discussão quanto a natureza corpórea ou incorpórea de certos bens, tomando-se por válidos ou não critérios como o da tangibilidade, o certo é que o CDC admite todos como objetos passíveis da relação de consumo, incluindo, portanto, a eletricidade e o gás de cozinha.

O termo produto, apesar de não oferecer um conceito tão amplo quanto a palavra bem, surgiu no Direito Econômico quando se constatou a dependência entre os conceitos econômicos e jurídicos. É expressão moderna, qualificadora de certos bens que transcendem a divisão clássica do Código de 1916. Assim, quando o CDC refere-se a produto perecível ou *in natura*, não é necessário maiores especificações em determinar se o bem é móvel, material, etc. Apesar de não haver um consenso terminológico quanto à sua adoção, tanto que a Diretiva da CEE refere-se a *mercadorias* e o Código português utiliza a expressão *bem*, a opção da lei brasileira pelo termo produto indica a coerência com que é dimensionada a matéria, objetivando promover plena integração entre as relações de consumo e o sistema econômico.

No que tange à noção de serviço, a mesma vem sedimentada em prestações nas quais interagem ações humanas de fazer ou não fazer, ou ainda de dar alguma coisa, em que o objeto da relação jurídica está na atividade física ou intelectual praticada pelo homem, e que possui conteúdo econômico. O serviço pode ser material (reparação, transporte), financeiro (seguro, crédito) ou intelectual (assessoria jurídica). O § 2º do artigo 3º do CDC elenca exemplificadamente algumas atividades _ bancária, financeira, de crédito e securitária _ mostrando toda abrangência do dispositivo.

Igualmente, inclui-se no conceito o serviço público, definido este como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e

controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 1994, p. 294). Como o próprio CDC explicita no artigo 3º, pessoa pública também pode ser fornecedor. Porém, nem todo serviço público pode ser objeto de uma relação de consumo, notadamente os serviços próprios, caracterizados por sua gratuidade ou baixa remuneração, acessíveis a toda coletividade e indelegáveis, como, por exemplo, a segurança e a saúde pública.

Observa-se que o conceito de serviço adotado pelo Código coloca como requisito imprescindível a *remuneração*, ou seja, exige a profissionalidade do fornecedor para tipificar uma relação de consumo. E na hipótese de serviço público próprio falta esse requisito, já que nestes casos os serviços são pagos indiretamente através dos tributos. Diferentemente dos serviços *uti singuli*, dirigido a usuários determinados, de consumo mensurável individualmente, como ocorre com a energia elétrica e a água, estes sim plenamente subsumíveis ao regime do CDC.

Como derradeira observação, a prestação de um serviço, mesmo sob o pretexto da gratuidade, não exclui a responsabilização. A remuneração a que se refere o § 2º do artigo 3º não precisa ser direta, bastando que esteja incluída no custo de algum produto, como ocorre, por exemplo, nos serviços de estacionamento. A mera alegação da gratuidade na prestação do serviço de guarda de carros não exonera da responsabilidade, pois seu custo já vem contido nos produtos vendidos, idéia esta já consagrada na jurisprudência brasileira, conforme acórdão retirado da obra de STOCO (1995, p. 223):

A gratuidade do estacionamento não é real, porque o preço por sua utilização está embutido no valor das mercadorias que irão ser consumidas pelos clientes que nele adentrarem, não podendo o apelante montar uma armadilha em oferecer

estacionamento, como fator de captação de clientela, dando-lhe idéia de segurança, para ao depois proceder como vem procedendo, nestes casos e nos inúmeros casos que envolvem a referida empresa apelante, de furtos de veículos em seus estacionamentos (TJSP - 1ª C. - Ap. 220.519 - 1/7 - Rel. Álvaro Lazzarini - j. 6.7.94).

1.2. Vício redibitório: noção ineficaz na responsabilização do fabricante

Basicamente, a proteção ao consumidor pode envolver dois patamares: sua incolumidade físico-psíquica, amparando sua saúde e segurança; e sua incolumidade econômica, evitando perdas patrimoniais injustificadas. Neste caso, o dano estaria na depreciação do próprio bem em razão de um vício que macula a sua utilidade, podendo, ou não, ter repercussões mais sérias no patrimônio do consumidor; e naquele, o dano causado pelo produto exterioriza-se no próprio consumidor ou terceiro, caracterizando os chamados *acidentes de consumo*. Poder-se-ia dizer que a relação entre estas duas situações reside no fato de que o desrespeito à incolumidade físico-psíquica acaba por repercutir na esfera econômica, mas a recíproca nem sempre é verdadeira.

A noção anteriormente exposta é primordial para que se compreendam as limitações que a teoria dos vícios redibitórios apresenta em relação à responsabilidade do fabricante no Código de Defesa do Consumidor quando o dano é causado por fato do produto, ou seja, quando a incolumidade físico-psíquica do consumidor é desrespeitada. Já de longa tradição em nosso direito, o conceito de vício redibitório vem enunciado no *caput* do artigo 1.101 do Código Civil, quando determina que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor”. Seu contexto, portanto, está umbilicalmente ligado ao contrato de

compra e venda, em que haveria transferência do domínio do bem, efetivada através da tradição, cabendo ao vendedor responder pelas qualidades do produto, que expressa ou tacitamente revelar em circunstância do negócio.

A doutrina é praticamente unânime na enumeração dos requisitos para constatação do vício redibitório: existência de contrato comutativo, ou seja, prestações que se equivalem; defeitos nocivos que inutilizam a coisa ou lhe diminuem o valor; vício oculto e anterior à realização do negócio; e natureza grave do defeito. Diante de conceito tão limitado amparado em pressupostos inafastáveis, é fácil perceber que a teoria dos vícios redibitórios é obsoleta e ineficaz para amparar o consumidor vítima de acidentes de consumo, conforme algumas razões que passam a ser enumeradas:

a) vício redibitório e contrato são noções inseparáveis, e não raro o consumidor não tem qualquer ligação com o fabricante, e se acaso tiver algum vínculo, geralmente é com o distribuidor;

b) os prazos decadenciais são irrisórios _ 15 dias para bens móveis e 6 meses para imóveis (CC, art. 178, §§ 2º e 5º, inc. IV);

c) em caso de imperfeições menos graves, o consumidor estaria desamparado por faltar o requisito da gravidade;

d) as opções oferecidas ao consumidor _ resolução do contrato (ação redibitória) ou abatimento no preço (ação *quantum minoris*) _ não têm qualquer valor prático para o consumidor, que almeja ter um produto com ideais condições de uso. Se opta em receber o preço, este será insuficiente para adquirir outro produto idêntico, e se ficar com o bem defeituoso, não suprirá suas expectativas originais;

e) a garantia dos vícios redibitórios, no campo das relações de consumo, pode ser restringida e até suprimida por vontade das partes. Neste campo a

melhor solução é a consagrada no CDC, que veda expressamente a “estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar” (art. 25, *caput*); e

f) em relação à prova, é impossível ao consumidor deixar claro que o vício não é superveniente à aquisição, isto é, anterior à compra.

Além da incompatibilidade prática e teórica em aproximar a teoria dos vícios redibitórios aos acidentes de consumo, cabe ressaltar a natureza conceitual diversa de cada um. Podem-se constatar duas espécies de dano: os decorrentes da inexecução do contrato de compra e venda e os causados pela própria coisa, que é a hipótese tratada especificamente pelo artigo 12 do CDC. Embora a origem dos danos se encontre no vício da coisa, a distinção é oportuna uma vez que, como alerta BARROS LEÃES (1987, p. 187-188):

[...] nesta última categoria se inscreveriam os danos ocorridos contra a integridade física da pessoa do adquirente, contra a integridade das coisas de sua propriedade, inclusive os sofridos pela própria coisa adquirida, assim como os danos provocados contra a pessoa e bens de terceiros, que ao adquirente da coisa defeituosa cabe responder. Se bem que os danos da primeira categoria se baseiam na falta de *funcionalidade* do bem defeituoso e, na segunda categoria, na *periculosidade* [grifos no original], tão inadequada para o uso a que se destina é a coisa que não funciona, quanto o é aquela que funciona de maneira defeituosa, provocando lesões pessoais ou reais.

Quando o Código trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço - artigos 18, 19 e 20 - certamente não o faz nos termos restritos dos vícios redibitórios. De acordo com o que foi exposto anteriormente, os vícios redibitórios são ocultos e acarretam a rescisão contratual (devolução do bem defeituoso ou abatimento no preço). Já os vícios de qualidade ou quantidade oferecem mais opções e com poder reparatório muito maior.

Assim, produto oferecido com qualidade inferior à esperada, deve, em 30 dias, ser substituído por outro em ideal condição, ou ter o preço pago devolvido e corrigido, ou ainda ter o preço minorado, caso o consumidor opte por permanecer com o bem defeituoso. Da mesma forma, produtos que pecam pela sua quantidade, ou seja, que não correspondem às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, oferecem ao consumidor as seguintes alternativas: abatimento do preço; complementação do peso ou medida; substituição do produto; ou restituição do preço monetariamente corrigido.

Por fim existem os vícios relativos à prestação de serviços, cada vez mais comuns na sociedade de consumo. Também neste caso o consumidor estará amparado em várias soluções que visam compensar o prejuízo pelo serviço de qualidade inferior à esperada. Pode escolher entre a reexecução do serviço, sem custo adicional, que pode ser feito por terceiros, por conta e risco do fornecedor, ou a restituição da quantia paga devidamente atualizada, mais perdas e danos quando houverem, ou ainda abatimento proporcional do preço (art. 20, incs. I, II e III).

1.3. O objeto deste estudo: responsabilidade pelo fato do produto

É facilmente percebível que a evolução tecnológica e científica do último século fez crescer na mesma proporção os danos decorrentes das relações de consumo. Nesse contexto surgiu a chamada *teoria da qualidade*, desenvolvida com o objetivo de controlar os riscos provenientes dos produtos, de modo a oferecer aos consumidores um limite de segurança razoável. Não tem a pretensão de erradicar todos os riscos presentes em nossa sociedade industrial, mesmo porque os custos para a

adoção de tais medidas não poderiam ser suportados pelos consumidores. Dessa forma, busca-se parâmetros aceitáveis de segurança, que não onerem desproporcionalmente os custos de produção, e que ao mesmo tempo se prestem a dar amparo à parte economicamente mais debilitada na relação de consumo.

Há três situações em que a teoria da qualidade pode revelar exatamente a importância de sua adoção.

Na falta de qualidade por *periculosidade*, há o fornecimento de um produto perigoso sem qualquer defeito, que apesar disso causa um dano em decorrência do fato do fornecedor não alertar sobre os riscos do produto. Duas observações se fazem necessárias: a primeira é a de que a falta ou deficiência de informação sobre o correto modo de utilização caracteriza o chamado defeito de comercialização; a segunda é a de que o mau uso do produto pelo consumidor não caracteriza a periculosidade. A periculosidade, por sua vez, pode ser adquirida ou inerente. Esta é normal e previsível e para caracterizá-la é necessário que esteja de acordo com certo tipo de produto, ao mesmo tempo que não haja surpresa por parte do consumidor quanto ao risco; aquela é imprevisível, e qualquer advertência é inútil. Às vezes é tênue o limite entre a periculosidade inerente e a adquirida, como evidenciado pelo seguinte acórdão datado de 05.06.95 e publicado na Revista de Direito do Consumidor nº 16, página 195 e seguintes, que relata acidente ocorrido com garrafa de Coca-Cola:

O consumidor que adquire um refrigerante e o vai utilizar pessoalmente ou com sua fórmula deve esperar que o vasilhame utilizado para acondicionar o produto não ofereça perigo a integridade corporal. É razoável que se espere de uma garrafa de vidro a possibilidade de quebra, na hipótese de queda. Mostra-se, entretanto, inaceitável o risco de explosão da garrafa, quase como uma granada, quando de choque térmico ou de sua colocação na posição horizontal. Neste sentido não é compreensível que, existindo formas mais modernas de embalagens, como, por

exemplo, as garrafas plásticas, permaneçam os fabricantes utilizando os antigos vasilhames de vidro, com grave risco potencial aos consumidores.

O segundo âmbito de aplicação da teoria da qualidade diz respeito ao fornecimento de produtos *viciados*. O vício caracteriza-se por um fornecimento impróprio, sem qualquer repercussão na esfera físico-psíquica do consumidor, ou seja, quando o produto deixa de cumprir a sua função econômica específica. Como visto no item anterior, que tratou justamente dessa modalidade, há o vício de qualidade ou quantidade do produto, quando o mesmo não corresponde às indicações da embalagem, rótulo, tornando-o inadequado ou mesmo imprestável (é a lâmpada que não acende, ou o botijão de gás com peso aquém do indicado), e há vício de qualidade no serviço, quando há “disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária” (CDC, art. 20), como no caso da contratação de empresa organizadora de festas que deixa de fornecer serviços da forma previamente pactuada.

Finalmente, temos como terceiro âmbito de aplicação da teoria da qualidade, a falta desta por *defeito*, em que o dano decorre de uma impropriedade do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor, ou seja, a sua saúde e segurança. A gama de situações que se enquadram nesta hipótese são várias: é a falha no sistema de freios que vem causar lesões no motorista; o defeito de montagem de um ferro elétrico que causa choques na dona-de-casa; ou o defeito de formulação de determinado remédio que causa risco de vida em seus usuários. O artigo 12 do CDC disciplina esta matéria ao referir-se a danos causados por defeitos.

Produto defeituoso, portanto, não se confunde com produto perigoso, pois naquele caso prevalece a impropriedade do bem. No produto perigoso o consumidor não é suficientemente informado acerca dos riscos, e devido a esta

carência, o usuário expõe-se a danos de ordem física e material. Ambas as categorias têm em comum o fato de causarem um dano, porém, no produto perigoso o dano decorre da má utilização do bem, conseqüência de informações insuficientes, e no defeituoso a origem está numa impropriedade.

Tais distinções são necessárias para situar com maior precisão o objeto do presente estudo, ou seja, a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto. Por este se entende todo e qualquer acidente provocado por produto que cause dano ao consumidor ou qualquer vítima do evento (CDC, art. 17). Para caracterizar essa responsabilidade, mister se faz que o fabricante coloque no mercado produto possuidor de defeito, ou seja, maculado por uma impropriedade, e que desta decorra um dano para o consumidor, atingindo sua saúde ou segurança.

Alguns bens, para terem utilidade, precisam ser perigosos, como bem ilustra os produtos agrotóxicos (periculosidade inerente). Mas se tais produtos, carecendo de informações sobre o seu correto modo de utilização, vierem a causar dano à saúde do agricultor, estar-se-á diante de um defeito. É justamente nesta situação, entre muitas outras, que o fabricante será responsabilizado pelo fato do produto. Não é o caso, vale repetir, dos produtos que não se prestam às finalidades para as quais foram projetados. Nas variantes elencadas no artigo 12 do CDC a ineficácia do produto defeituoso é irrelevante quando se leva em conta as perdas econômicas ou morais que aquele bem causa ao consumidor. Tais perdas superam a mera consideração do valor do produto portador de um defeito.

CAPÍTULO II
DIFICULDADE DE ENQUADRAMENTO DA RESPONSABILIDADE
PELO FATO DO PRODUTO NOS
MODELOS TRADICIONAIS

2.1. Responsabilidade contratual

2.1.1. Aproximação com a responsabilidade extracontratual, conceito e princípios basilares

A responsabilidade contratual, assim como a extracontratual, podem ser encaradas sob um mesmo substrato quando se considera que ambas têm sua origem numa declaração de vontade. Quando se considera uma lei emanada do Estado, vislumbra-se a imposição de uma vontade que não permite seja a norma desrespeitada, impondo aos cidadãos um dever negativo (responsabilidade extracontratual). Se, por outro lado, esta vontade tem origem no querer individual, desde que respeitada a ordem jurídica, existe o dever positivo de realizar a *conventio* (responsabilidade contratual). A declaração de vontade é, portanto, fonte do direito, e toda conduta humana deve ser por ela guiada, ou seja, os homens devem observar as normas preestabelecidas, sejam elas decorrentes de órgão estatal ou de declaração individual de vontade.

Assim sendo, toda contrariedade a uma norma implica em culpa, não importando se aquela tem origem numa lei ou numa declaração volitiva individual. Aqui está o princípio da unidade da culpa, que tem como um de seus defensores o ilustre SILVA PEREIRA (1993, p. 245-6), que assim se pronuncia a respeito da questão:

Culpa contratual e culpa extracontratual sujeitam o contraventor à responder civilmente pelos prejuízos causados. [...], a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que toma a posição do lesado mais vantajosa.

Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e o nexo causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade.

Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovando o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico.

A responsabilidade contratual pressupõe a existência de um contrato, cuja noção clássica, sintetizada por CALVÃO DA SILVA (1990, p. 347), situa-o “como o negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto mas convergente na produção de um resultado jurídico unitário, embora com significação distinta para cada uma das partes”. Seria um ato de vontade que consciente e livremente as partes alienam em prol da consecução de um fim determinado.

Tradicionalmente, o contrato pressupõe igualdade de condições entre as partes, que têm plena liberdade para fazer imperar suas vontades. Tudo isso,

logicamente, delimitado dentro de parâmetros que resguardam o interesse social, fim maior do Estado de Direito, o que, de forma alguma, vicia a liberdade que é da essência da maioria dos contratos. Esta liberdade diz respeito à alternativa de contratar ou não, bem como com quem contratar, e de determinar qual será o conteúdo da avença.

A liberdade contratual implica, necessariamente, na análise do poder que cada um dos contratantes tem para fazer valer sua vontade, sem que isso denote arbitrariedade ou abuso, porque, afinal, o que se busca são ganhos recíprocos onde eventuais perdas possam ser justificadamente suportadas. O contrato, tomado nos seus moldes mais liberais, poderia ser alicerçado em relações de cooperação (horizontalidade) que se sobreporiam a relações de subordinação (verticalidade). Esta afirmação, longe de qualquer questionamento mais crítico, só viria a confirmar a igualdade entre os contratantes, em que o contrato seria o meio apto para equilibrar as vantagens e os encargos atribuídos a cada um.

O contrato possui, ainda, a noção inseparável do efeito *inter partes*, ou seja, de somente produzir efeitos entre as partes que o celebraram. Esta regra desmerece qualquer interpretação divergente, até porque, sendo o contrato um ato de vontade, não pode vincular terceiros que dele não participaram.

2.1.2. A responsabilidade pelo fato do produto vista pelo prisma negocial

Eventual responsabilidade do produtor no campo negocial poderia ser amparada no fato de que a marca e a promoção de um produto seriam aportes suficientes para orientar e determinar a vontade do adquirente. Haveria, dessa forma,

uma relação direta entre o produtor e o consumidor final, apesar da cadeia de distribuição que entre eles se insere, salvo raríssimas exceções. O fabricante, através da propaganda e diversas formas de promoção do seu produto, ficaria imediatamente vinculado ao consumidor, que, por sua vez, teria sua vontade influenciada pelas qualidades de determinado produto, pelas quais, conscientemente, o produtor aceitou responder.

BARROS LEÃES (1987, p. 177) desenvolve uma observação bastante oportuna acerca do assunto:

Tendo em vista que a estrutura moderna da produção e distribuição industrial implica um processo de identificação do produto através de marca de fábrica e uma atividade promocional desenvolvida pelo produtor para adquirir a confiança do público consumidor, haveria, implícita ou explícita, uma garantia oferecida ao público da fidedignidade do produto às regras da boa fabricação. Daí procurar-se individualizar na marca e na publicidade uma verdadeira *oferta dirigida ao público consumidor*. Essa proposta *ad incertam personam* consubstanciará, assim, a formalização de um *contrato de garantia* [grifos no original], pelo qual os fabricantes se obrigariam a fazer chegar ao consumidor um produto de boa qualidade, isento de vícios de fabricação, ou em caso contrário, a ressarcir o oblato pelos danos que eventualmente produzissem (CC, arts. 1.080-1.082; C.Com., arts. 121 e 127).

A defesa desta tese recairia na aceitação de dois contratos distintos: um de compra e venda, realizado entre o consumidor e respectivos intermediários; e um contrato de garantia, baseado na marca e promoção de um produto, ao qual o produtor firmaria sua manifestação de vontade no sentido de garantir a qualidade e inocuidade do produto adquirido.

Independente da aceitação dessas duas espécies de contrato ocorridos quase que concomitantemente, resta questionar se a aposição de uma marca ou a publicidade dirigida ao público consumidor teriam legitimidade para responsabilizar negocialmente o fabricante. A Lei 5.772/71, artigo 59, *caput*, é bem clara ao

determinar a função jurídica de uma marca, que seria distinguir o produto de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade. “[...] normalmente o produtor apenas quer informar, descrever e dar a conhecer a proveniência e as características do produto, por forma que este seja individualizado ou identificado e diferenciado de outros do mesmo género [...] e não o de declaração constitutiva de um contrato” (CALVÃO DA SILVA, 1990, p. 332).

Dessa forma, o entendimento dominante é firmado no sentido de que este contrato ou negócio jurídico de garantia tácita não passaria de ficção, pois não se pode responsabilizar o produtor para além do que sua vontade livremente permitiu. Diferente daquelas situações em que o produtor assume expressamente a segurança e qualidade do produto, emitindo um certificado de garantia, o que significa verdadeira responsabilidade negocial, embora por declaração unilateral de vontade (negócio jurídico ou obrigação unilateral).

Outros pontos que poderiam ser suscitados dizem respeito à total inaplicabilidade desta tese em relação a produtos anônimos, e ainda, à difícil prova de que a propaganda ou promoção de um produto foram causas suficientes para a venda. A publicidade vinculada pelos meios de comunicação em massa orienta-se mais no sentido de atrair os consumidores para os centros de consumo, do que realçar as qualidades e vantagens dos produtos oferecidos. A propaganda sugestiona o consumo, não é causa determinante, principalmente quando se leva em conta que o que é divulgado é o centro de compras e não o fabricante ou seu produto.

Respeitadas as opiniões em contrário, a verdade é que admitir a existência de um contrato entre fornecedor e consumidor não é a melhor solução, pois a obrigação daquele já existe antes mesmo da compra do produto. No máximo, seria

mais prudente pensar-se em declaração unilateral de vontade, numa aproximação um tanto forçada da promessa de recompensa enunciada no artigo 1512 do Código Civil. Neste raciocínio, ainda teríamos uma responsabilidade negocial, mas não contratual, já que dentro daquela cabem tanto o inadimplemento de obrigações nascidas de negócios jurídicos bilaterais (ou contratos), como de negócios unilaterais (ou obrigações por declaração unilateral de vontade). A responsabilidade contratual seria uma das espécies de responsabilidade negocial. O maior problema na aceitação de uma responsabilidade negocial unilateral é que esta ficaria limitada ao eventual comprador do produto e nos termos da garantia concedida.

2.1.3. Inadequação do modelo contratual

O consagrado efeito *inter partes*, corolário inafastável em sede contratual, tem gerado vários questionamentos na tentativa de sua aproximação com o tema da responsabilidade do fabricante pelos produtos danosos que lança no mercado. A grande questão aqui suscitada reside em como responsabilizar o fabricante perante o consumidor final, se ambos estão distanciados pela complexa cadeia distributiva. A idéia da vontade a orientar a responsabilidade no terreno contratual até poderia ter alguma validade quando da emergência do liberalismo, uma vez que as relações entre os produtores e os adquirentes eram singularizadas nos moldes de uma compra e venda. Atualmente, é cada vez mais raro o consumidor contratar diretamente com o fabricante, que afinal é a pessoa mais indicada para responder por seu produto, diante das condições econômicas e tecnológicas que fatalmente possui.

Diante de tal barreira principiológica, poder-se-ia levantar a possibilidade teórica, porém nem um pouco efetiva, de realizar a reparação nos termos de um direito de regresso. Através deste, o consumidor que adquiriu um produto danoso buscaria reparação perante o revendedor, que posteriormente usaria do direito de regresso para obter ressarcimento do produtor, contratual e mediatemente responsável. Esta situação peca pela morosidade e dispêndio, sem falar na possibilidade de insolvência do revendedor, ou até de exclusão da sua culpa, uma vez que não tem qualquer obrigação de conhecer os processos produtivos do fabricante, tornando-se injusto condená-lo nestas circunstâncias.

Algumas postulações teóricas são levantadas com o objetivo de conciliar o princípio da relatividade e as barreiras impostas pela cadeia distributiva, muito embora os anseios de praticidade e efetividade sejam vencidos por um forte adjetivo de ficção. No entender de PROSSER, citado por CALVÃO DA SILVA (1990, p. 300) haveria “uma relatividade tão extensa, tão elástica e tão dinâmica que realmente equivale à sua própria eliminação, não passando de uma ficção e artifício, para encobrir, no fundo, uma responsabilidade do produtor de natureza extracontratual”.

O mesmo CALVÃO DA SILVA (1990, p. 302-328) refere-se a três teorias que têm o objetivo de tentar superar o princípio da relatividade:

O contrato com eficácia de proteção para terceiros, com origem na jurisprudência alemã, preconiza que na relação de consumo o que vigora são deveres de proteção. Os terceiros que se interpõem nesta relação não podem pleitear qualquer direito à prestação principal, em observância à relatividade tomada no seu sentido mais restrito, mas podem valer-se do dever de proteção que se estende a todos. Não se

confunde com um contrato de prestação para terceiro, em que o produtor (como promitente) responsabilizar-se-ia perante o revendedor (promissário), a cumprir a prestação para com terceiro estranho ao negócio (no caso, o consumidor final), existindo aí uma obrigação de prestação principal.

A liquidação de dano de terceiro levanta a possibilidade do credor, único autorizado a pedir indenização por inadimplemento contratual, de exigir ressarcimento em substituição a um terceiro que efetivamente sofreu o dano. Tal sistemática tem por escopo evitar que o produtor beneficie-se do fato de haver uma separação entre a pessoa que teria o direito de pleitear a indenização e uma outra que efetivamente suportou os efeitos do produto danoso. O principal argumento a indicar a falibilidade desta pretensa solução é que o adquirente final, em termos práticos, está tão distanciado do fabricante pela vasta cadeia distributiva que não mantém qualquer relação especial com o credor, condição essencial para a caracterização dessa responsabilidade.

Outra proposta levantada com o intuito de justificar a ampliação de eficácia subjetiva do contrato é a denominada *ação direta*, pela qual o adquirente de um produto danoso, respaldado na transmissão da garantia através dos diversos elos da cadeia de consumo, estaria autorizado a acionar individual ou solidariamente todos aqueles que dela participassem. A ação direta tem o mérito de evitar uma cascata de recursos, em que cada adquirente acionaria o seu vendedor imediato, e assim sucessivamente. Porém, não estaria apta a abarcar as pessoas que, não participando diretamente da cadeia distributiva, forem vítimas de produtos danosos.

Os limites à liberdade contratual do consumidor constituem-se num segundo motivo a evidenciar a inadequação contratual. O contrato, sendo um “ato de

vontade que aliena parte da liberdade de cada um de nós para conseguir um fim determinado” (LIMA LOPES, 1992, p. 40), tem por base a igualdade de condições entre os contratantes, de modo que eventuais subordinações de fato sejam amortizadas em prol do objetivo comum. No entanto, delimitar o contrato sob a noção de um acordo de vontades é pressupor que as partes são livres para contratar e encontram-se num mesmo nível de negociação.

Diante dessa assertiva é fácil verificar que o consumidor, nos atuais termos de nossa sociedade industrial, não possui liberdade para contratar, no sentido de que não pode negociar o preço, qualidade e quantidade, condições de pagamento, etc., de um produto; sua única opção está em adquirir ou não o bem. A atual sociedade de massas impede que uma das partes (o consumidor) participe da negociação de forma realmente livre, pois está adstrito às regras que o produtor fatalmente impõe.

Constata-se, assim, que o campo de incidência da responsabilidade contratual está cada vez mais reduzido quando se tenta situá-la no âmbito da responsabilidade do produtor. A relação produtor-consumidor não pode resumir-se tão somente num contrato, uma vez que não há relação direta entre seus agentes, que são intermediados por cadeias de distribuição e, como visto anteriormente, todas as teorias que tentam superar a relatividade contratual não passam de meros conceitos sem qualquer sustentabilidade prática.

2.2. Responsabilidade extracontratual subjetiva

2.2.1. Definição e elementos

A responsabilidade extracontratual ou civil em sentido estrito apresenta-se sob duas vertentes, uma subjetiva, exigindo culpa do responsável, e outra objetiva, prescindindo de culpa deste.

A responsabilidade extracontratual subjetiva é também designada de responsabilidade por atos ilícitos, ou responsabilidade aquiliana. O termo “aquiliana” tem origem na *lex Aquilia*, lei romana que lançou a noção de culpa. Muito embora não tenha gerado um princípio geral, uma vez que somente era aplicável aos casos por ela explicitados (morte de um escravo ou de um animal, por exemplo), a Lei Aquília teve por mérito a substituição de multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

Se é pacífico que o causador do dano deve ressarcir a vítima que suportou um prejuízo, a doutrina trava certa disputa acadêmica quanto às razões que fundamentam tal dever. Na responsabilidade subjetiva, ou teoria da culpa, o grande desafio está em determinar qual comportamento humano pode ensejar efeito ressarcitório. Na legislação pátria o princípio da culpa tem sua maior fonte normativa no artigo 159 do Código Civil, que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Portanto, no âmbito da responsabilidade subjetiva não é qualquer comportamento que gera responsabilidade, mas sim aquele revestido pelo elemento culpa *lato sensu*, caracterizada seja pela intenção de causar um dano violando direitos

ou prejudicando alguém, seja, mesmo não havendo esta intenção, a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia por parte do agente.

Para caracterizar a responsabilidade subjetiva, mister que concorram alguns pressupostos: a) culpa; b) dano; e c) nexo de causalidade.

Agir culposamente significa violar uma norma preexistente, quando se puder afirmar que o agente podia e devia ter agido de forma diferente. Não importa a origem dessa norma, seja uma lei ou um contrato. Por isso se fala em princípio da unidade da culpa, isto é, mesmo que a culpa possa revelar-se de muitas maneiras, no fundo ela viola um direito. O elemento psicológico é fundamental. No dolo existe uma intenção voluntária e consciente de lesar direito alheio. E na culpa *stricto sensu*, embora não se vislumbre tal voluntariedade, o agente foge ao padrão do homem diligente, qual seja, da atuação ideal para determinada situação concreta, causando o dano por negligência, imprudência ou imperícia. Por negligência se entende a ausência de precaução ou indiferença ao ato realizado. Na imprudência o agente realiza uma conduta sem as devidas cautelas, praticando fato perigoso. Na imperícia inexistente ou é insuficiente a aptidão do agente para realizar um trabalho ou ofício.

A intenção de causar prejuízo, ou mesmo atos comprovadamente aptos a provocá-lo, por si só, não acarretam responsabilidade subjetiva. Para tanto é necessário a concorrência de um dano, elemento indispensável que sustenta a afirmação de que não há responsabilidade quando inexistente prejuízo. O dano, por sua vez, necessita ser atual e certo. O primeiro adjetivo explicita o dano que já existe ou existiu. Isso não quer significar que o dano futuro não possa ser reparado, porque tal dano é previsível tendo em vista o desenrolar da situação lesiva, mas incerto para

efeitos de quantificação. A outra característica _ a certeza _ vem significar que o dano não pode ser eventual, hipotético, eivado de dúvidas quanto à sua existência.

Por último, mas não menos importante, tem-se o nexo de causalidade, pressuposto que serve de elo entre o fato do agente e o dano causado. Assim, não basta apurar uma conduta contrária à ordem jurídica e um prejuízo, é necessário uma ponte que ligue estes dois extremos. Neste sentido, DEMOGUE, citado por SILVA PEREIRA (1993, p. 75), afirma que “é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”. Não é a coincidência entre um fato e o dano que opera a responsabilidade, mas sim a causalidade entre eles.

Porém, nem sempre é fácil delimitar o nexo causal, principalmente nas hipóteses de causalidade múltipla ou coexistência de várias circunstâncias em que resta dúvida quanto à real causa do dano. A doutrina se socorre de algumas teorias, como a da *equivalência das condições*, em que cada condição que induz um resultado é sua causa, ou ainda a *causalidade adequada*, que faz uso do critério eliminatório, buscando dentre todas as causas, a mais provável. Ambas são criticadas: a primeira porque pode tornar ilimitado o número de responsáveis, a segunda por defender uma probabilidade que não é sinônimo de certeza. De qualquer forma é o caso concreto que vai direcionar o entendimento do julgador, derrubando ou fixando a causalidade por seus próprios méritos.

2.2.2. A responsabilidade pelo fato do produto encarada sob o prisma da responsabilidade pelo fato de terceiro e pelo fato da coisa

Ao lado da regra geral contida no artigo 159 do Código Civil que impõe um dever negativo de não causar danos a outrem *_neminem laedere_* existem outras de cunho mais específico, tratadas a partir do artigo 1521 daquele diploma legal, e que numa aproximação com a doutrina alienígena serviram para embasar a responsabilidade do fabricante.

O dispositivo genérico é de que cada um responde por sua própria culpa - *unuscuque sua culpa nocet* - fundamento imprescindível na responsabilidade por fato próprio ou responsabilidade direta, mas este preceito não é suficiente. Não raro existe a ocorrência de um dano, mas a pessoa apontada como causadora do mesmo não provocou diretamente o prejuízo. A levar em consideração a letra restrita da norma, ou seja, atribuir responsabilidade somente àquele que com seu comportamento lesou direito de outrem, fixando definitivamente o nexos causal, muitas vítimas restariam desamparadas. Neste contexto inserem-se a responsabilidade por fato de outrem e pelo fato de coisas, denominadas responsabilidades indiretas ou complexas, a seguir tratadas.

2.2.2.1. Responsabilidade pelo fato de terceiro

Neste estudo interessa, particularmente, a responsabilidade do patrão pelo ilícito praticado por empregado seu (CC, art. 1521, inc. III). Relativamente a esta, primeiramente, há que se ter bem definido os papéis de empregado, serviçal ou

preposto. E a condição necessária para esta figuração é a ocorrência de uma subordinação hierárquica, e que a mesma seja voluntária (diferente do que ocorre nas relações entre pais e filhos). Em segundo lugar, é preciso determinar o alcance do comando legal, porque parece haver uma contradição na regra. O artigo supra citado parece fixar a responsabilidade absoluta do patrão, mas o artigo 1523 vem exigir concorrência de culpa ou negligência de sua parte. A doutrina não se posiciona de forma unânime: uns desconsideram o artigo 1521, inc. III; outros o artigo 1523; e há ainda os que defendem que os atos do preposto são consequência da culpa do próprio patrão.

Da leitura do artigo 1523 observa-se que o nosso legislador excluiu a chamada teoria da culpa presumida, adotada pelos franceses de forma absoluta, ou seja, responsabilizando o patrão sem admissão de prova em contrário, e pelo Código alemão de forma relativa, com presunção *iuris tantum*. Assim, o patrão só será responsabilizado se concorrer para o ilícito com dolo ou culpa. Desde logo tal dispositivo foi amplamente criticado, uma vez que ele acaba por recair na regra geral do artigo 159, onde a vítima deve provar a culpa concorrente da pessoa que pretende responsabilizar (no caso, o patrão). Porém, na interpretação das regras acima mencionadas, a jurisprudência, sensível às necessidades sociais, a pretexto de fazer uma interpretação sistemática, de acordo com todo ordenamento, acabou consagrando uma solução segundo a qual o artigo 1521 presume a culpa do patrão, podendo este liberar-se oferecendo prova em contrário. A justificativa da responsabilidade do patrão para com os atos praticados pelos seus prepostos residiria no dever de vigilância e de diligente escolha, o que acabou por culminar na Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Mas mesmo com esta presunção em favor da vítima, a solução ainda não seria satisfatória para a responsabilidade por fato do produto: é que a vítima precisava provar que o autor direto (preposto ou empregado) tinha agido com culpa. Como diz BARROS LEÃES, “as limitações, contudo, que subsistem, não permitem utilizar o esquema senão em casos esporádicos, quando o defeito de um produto, ou de uma série de produtos, seja consequência indubitável da conduta perfeitamente individualizada de empregados ou de outros prepostos do fabricante” (1987, p. 131). É praticamente inviável ao consumidor fazer as provas da culpabilidade do preposto diante da complexidade dos meios de produção atuais, tornando esta individualização difícil, senão impossível.

É por estes motivos que se atualmente prevalece o princípio da presunção da culpa, a teoria do risco tende a imperar, como assevera o ilustre SILVA PEREIRA (1993, p. 96): “a responsabilidade indireta do empregador percorre uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; passando pela presunção de culpa do preponente; e marchando para a responsabilidade objetiva, que, de *iure condendo* será a meta próxima, com a aplicação da teoria do risco”.

2.2.2.2. Responsabilidade pelo fato das coisas

Se já é difícil situar com precisão a responsabilidade de alguém por fato de outrem, mais complexa é a defesa da tese de que pessoas podem responsabilizar-se por fatos causados por um objeto inanimado, pois este seria incapaz de perpetuar um fato, atribuído unicamente às condutas humanas. A origem dessa

responsabilidade indireta encontra-se no artigo 1384 do Código de Napoleão, que atribui responsabilidade às pessoas pelos danos causados por coisas sob sua guarda. Inicialmente aplicável ao fato de animais e ruína de edifícios, expandiu-se para o fato das coisas inanimadas em geral, para que se pudessem amparar as vítimas de acidentes com máquinas.

Ter presente a noção de guarda é essencial para a exata caracterização dessa responsabilidade. E essa é justamente a questão que mais suscita controvérsia entre os autores, ou seja, determinar quem é o guardião da coisa. Um primeiro critério diz que o guarda da coisa é quem dela se aproveita economicamente, vislumbrando-se aqui a teoria do risco. É criticada pelos doutrinadores subjetivistas que argumentam ser a propriedade _ um direito _ incapaz de gerar obrigação. O segundo critério defende a guarda como sinônimo de direção material ou direito de direção. Criado para que o comitente, e não o preposto, fosse considerado guarda da coisa, tem pouca aceitabilidade. Por fim, temos o critério da direção intelectual, a significar que guarda é o que tem, de fato, o poder de comando sobre a coisa. Guarda envolve, portanto, o uso, direção e controle. Sem dúvida, é a teoria mais equilibrada, pois, sem atribuir responsabilidade automática, analisa mais detidamente o caso concreto.

Também em relação à guarda existe uma disputa entre a teoria subjetiva e a objetiva. Aquela defende que o guarda tem a obrigação de impedir que as coisas que tem em seu poder causem danos. Esta despreza a noção de culpa, atribuindo responsabilidade a quem tenha controle físico sobre o bem, além de que, o proveito tirado da coisa é justificativa bastante pelos riscos assumidos.

Normalmente, há uma presunção de que o proprietário é o guarda da coisa, ou seja, o detentor de poder de comando sobre a mesma. Mas não raro o

proprietário transfere a guarda à outrem _ como no caso do locatário, garagista, empregado da oficina _ e em todas essas situações não há como delimitar uma regra única, pois há que se verificar sob que limites a guarda foi confiada. Se o terceiro tinha independência suficiente para sua utilização, só ele teria condições de impedir o dano.

O direito pátrio, apesar de referir-se à responsabilidade por fato da coisa em relação a animais, ruínas de edificios e coisas lançadas indevidamente, não impõe objeção para incluir as demais coisas inanimadas. Existem vários acórdãos nesse sentido, evidenciando que a responsabilidade pelo fato da coisa independe da prova de culpa, e o guarda só se libera provando comportamento exclusivo da vítima ou força maior, sendo irrelevante que tenha agido da forma mais diligente possível. De acordo com esta orientação, está o seguinte acórdão:

Responsabilidade civil - Fato da coisa - Presume-se a responsabilidade do guarda ou dono da coisa pelos danos que ela venha a causar a terceiros (responsabilidade pelo fato da coisa). A presunção só é elidível por prova, a ser por ele produzida, de que o dano adveio de culpa da vítima ou de caso fortuito (RT, 638/91).

Trazendo a questão da guarda para as relações de consumo, merece atenção o fato de como responsabilizar o fabricante _ o guarda _ quando o produto já saiu de sua esfera de direção e controle, atributos estes inseparáveis da noção de guarda. Nos limites de tal conceituação _ da guarda como sendo o poder de direção e controle _ tornar-se-ia inviável responsabilizar o fabricante por um produto colocado no mercado, ou seja, que iniciou sua circulação econômica.

Na França, algumas noções foram construídas para tentar justificar a responsabilidade decorrente da guarda, dividindo esta em guarda de estrutura e de comportamento. A primeira, aplicável tão somente ao fabricante, estaria ligada a um

vício de construção ou emprego de materiais inadequados que tornariam o produto defeituoso. Por sua vez, a guarda de comportamento envolve acidentes relativos a movimento, manipulação, acondicionamento, que tornam impróprio produto que possuía condições ideais. Porém, este binômio não tem razão de existir, ainda mais quando se pensa no fato de que muitos produtos têm sua periculosidade aumentada em razão da má conservação. Por esse motivo, os aspectos da estrutura e do comportamento se confundem e servem para reafirmar o dever do fabricante de não colocar produtos defeituosos no mercado.

2.2.3. Deficiência da responsabilidade extracontratual subjetiva para amparar o consumidor lesado

A responsabilidade subjetiva não é a melhor solução para socorrer os consumidores vítimas de acidentes de consumo. A justificativa para tal afirmação diz respeito à dificuldade de atribuir à pessoa jurídica o elemento volitivo.

As noções de culpa e vontade são inafastáveis do conceito de responsabilidade aquiliana e, a princípio, não poderiam ter qualquer ligação com a pessoa jurídica, uma vez que esta não possui um elemento psicológico a determinar sua vontade. É difícil, senão impossível, precisar o indivíduo causador do dano numa organização marcada pela impessoalidade, onde o que realmente importa é o conjunto do processo produtivo, onde a maioria dos produtos envolve vários setores.

Tomando a responsabilidade extracontratual subjetiva nos exatos termos do seu conceito, seria demais exigir do consumidor ou adquirente final que apontasse o indivíduo que não agiu de forma diligente, vindo a provocar o dano. Basta

considerar o complexo processo produtivo que envolve a maioria dos produtos para verificar a impossibilidade dessa exigência.

Este impasse poderia ser facilmente resolvido atribuindo à pessoa jurídica responsabilidade pelo fato de outrem, ou seja, responsabilidade da pessoa jurídica pelo seu preposto ou empregado.

2.3. Responsabilidade extracontratual objetiva

2.3.1. Conceito e razões para a sua adoção

A responsabilidade objetiva, contrariamente à aquiliana, não necessita de qualquer questionamento relativo à culpa, e a imputação do ato ou fato lesivo leva em consideração, unicamente, o risco criado por alguém, numa análise de sua órbita de atuação. Melhor explicando, na responsabilidade objetiva *normal*, o responsável pela reparação é obrigado a assim proceder tão somente por haver um dano ocorrido em função de seu interesse ou controle.

Há casos, porém, que nem aquelas provas servem de escusa, gerando uma responsabilidade objetiva *agravada*, que não exige nexos de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano ocorrido. Cite-se como exemplo a responsabilidade de uma agência bancária pela incolumidade do cliente. O banco só poderá eximir-se da responsabilidade se o fato ocorrido não tiver qualquer conexão com a atividade exercida. NORONHA assim se refere a questão:

Temos esta responsabilidade quando uma pessoa é obrigada a indenizar, independente de haver um nexo de causalidade adequada entre a sua atividade e o dano acontecido. Fala-se em dano acontecido, porque, em rigor, nestes casos não se

poderia falar em “dano causado” pela pessoa responsabilizada. Aqui será necessário para que o indigitado responsável se liberte da obrigação de indenizar, que prove não existir conexão entre o fato acontecido e a atividade por ele exercida.

Nestas hipóteses diz-se que o indigitado responsável tem uma obrigação de [...] incolumidade.

Estas obrigações de garantia são excepcionais dentro da própria responsabilidade objetiva. Seria até possível afirmar que se trata de uma nova categoria de responsabilidade, de uma terceira categoria, a par da subjetiva (fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexos de causalidade entre a atividade do responsável e o dano acontecido (Textos..., Cap. X, p. 13).

A regra constante do Código Civil de que só há obrigação de reparar quando houver culpa está ultrapassada. Mesmo as presunções, que de início serviram para amenizar a responsabilidade subjetiva, hoje são interpretadas como responsabilidade objetiva. Veja a situação do dono de animal que vem a causar dano. Não basta que prove ter agido com toda diligência possível, é necessário demonstrar fortuito ou força maior.

Quando se pensa em quem tutelar - o ofensor sem culpa ou o lesado - chega-se ao âmago da questão. Quais são, realmente, as justificativas para a adoção da responsabilidade objetiva?

Deslocando a problemática para o âmbito do direito do consumidor, a responsabilidade independente de culpa só surgiu quando o progresso e a modernidade das máquinas fizeram aumentar consideravelmente os acidentes do consumo, tornando-se difícil responsabilizar uma pessoa dentro dessas complexas organizações. Inicialmente, os acidentes restringiam-se às fábricas, depois passaram para as ruas, e finalmente ao meio familiar. Na grande maioria das vezes, o lesado não tinha a mínima noção da causa do acidente, e mesmo que tivesse, não conseguia determinar o “culpado”.

Se os danos sem culpa são cada vez mais comuns, alguém precisa assumi-los. Quando se reconhece direitos subjetivos elementares como a vida e a segurança, não importa se houve ou não culpa na ocasião em que forem desrespeitados, porque tais direitos são legítimos por si mesmos. Justo, portanto, que todo aquele que criar risco para a produção do acidente, seja por ele responsável. Também reforçando a defesa da adoção da responsabilidade objetiva, tem-se o argumento de que os custos para apurar a responsabilidade aquiliana são altos, as investigações morosas e de resultados duvidosos. Há que se considerar, ainda, o fato de que o consumidor, como parte economicamente mais fraca, deve ter um tratamento bastante peculiar, em respeito ao princípio constitucional da isonomia.

Por estas razões, a adoção da responsabilidade objetiva como meio de salvaguardar os direitos dos consumidores lesados por produtos danosos tem sido bastante defendida nos últimos tempos. Pode-se apontar dois motivos básicos na defesa desse raciocínio: a adoção da presunção tem o condão de facilitar a prova, muito embora seja feita, geralmente, sobre os cuidados empregados no processo produtivo em geral, e não sobre o produto danoso em particular; por outro lado há que se admitir que existe uma margem de defeitos a ser considerada, notadamente nos produtos fabricados em série, dos quais o fabricante não pode ficar imune ainda que prove ter dispensado toda diligência que lhe era possível. Este último argumento, se fosse considerado, afastaria qualquer responsabilidade do fabricante baseado na culpa, uma vez que, se provasse ter agido com todos os cuidados esperados do homem comum, os danos ficariam sem reparação.

Portanto, ainda que se adotasse uma presunção de culpa, o fabricante poderia eximir-se provando total diligência. A adoção de uma presunção apenas

inverte o ônus da prova e não tem nada a ver com a responsabilidade objetiva. Havendo presunção, basta que a contraparte ofereça prova contrária.

É na seqüência de razões como estas que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, é bastante claro quando afirma que o fabricante e todas as demais figuras elencadas respondem independente da existência de culpa. Fica assim consagrada expressamente a responsabilidade objetiva pelo fato do produto.

BENJAMIM sintetiza bem a questão, escrevendo o seguinte:

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso [...]. Sequer é relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível. Não se cuida, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalte-se que tampouco ocorre inversão do ônus da prova. A partir do Código - não custa repetir - o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia (1991, p. 58).

2.3.2. Responsabilidade pelo fato do produto e sua relação com o risco de empresa

A teoria do risco comporta algumas variantes, cada qual baseada em argumentos próprios, visando dar substrato à responsabilidade objetiva. Dessa forma, toda atuação que cria um risco e da qual decorre um dano, denomina-se *risco da atividade*; aquele que exerce atividade lucrativa deve suportar os danos, de acordo com a teoria do *risco-lucro*; da mesma forma, quem se beneficia de atividade perigosa, suporta o chamado *risco-perigo*; e há também o *risco de autoridade*, em que toda pessoa que exercer autoridade sobre outrem, deve responder pelos atos deste.

Para o presente trabalho, a teoria que mais desperta interesse é a denominada *risco de empresa*. Quer significar que todo aquele que desenvolve

atividade voltada para a produção e distribuição de bens, deve responder por todo fato danoso originado deste processo.

De acordo com o artigo 961 do Projeto do Código Civil, empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”. É o empresário quem assume todos os riscos econômicos, tanto de compensar-se, através do lucro, com os gastos de produção, bem como responder pelos danos que ocasionalmente resultarem do processo produtivo. Enfim, o empresário está entre os dois extremos: à espera do lucro e à aposta contra o risco de responder por indenizações ou de suportar quaisquer prejuízos inerentes ao processo produtivo.

Quando determinado produto vem a causar um dano, por conter uma impropriedade não esperada pelo consumidor, o ressarcimento é efetuado por toda coletividade. Tendo em vista que o empresário, muitas vezes, tem condições de calcular estatisticamente os produtos que serão portadores de defeitos, certamente inclui no custo da produção a indenização ou a contratação do seguro que terá de pagar. Através de preços mais altos, os consumidores “pagam” pelos riscos que a atividade empresarial impõe.

CAPÍTULO III

REGIME JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE

PELO FATO DO PRODUTO

3.1. Caráter relacional dos conceitos de consumidor e fornecedor:

Os conceitos de consumidor e fornecedor não podem ser tomados de forma isolada, pelo contrário, devem ser analisados conjuntamente, pois um encontra suporte teórico no outro. Pode-se afirmar que ambos têm um *caráter relacional* (COELHO, 1994, p. 43), no sentido que consumidor e fornecedor, para caracterizarem a relação de consumo preconizada no CDC, precisam encontrar-se concomitantemente em lados opostos. A presença de apenas um pólo, seja do adquirente final ou daquele que desenvolve atividade de oferecimento de bem ou serviço não autoriza a utilização da disciplina jurídica constante do CDC, e o que poderá resultar é uma relação civil ou comercial.

3.1.1. As pessoas responsáveis

O sujeito passivo da relação de consumo é o fornecedor, conceituado no artigo 3º do CDC como “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”. Quando a lei

fala em atividade, refere-se aos atos contínuos e habituais, e não a prática de atos isolados. Dessa forma, aquele que vende seu carro não é fornecedor, mas já o fabricante e o comerciante vendedor se-lo-ão.

A legislação distingue dois grupos de fornecedores: de um lado encontram-se o fabricante, produtor, construtor e importador, e do outro, o comerciante. Percebe-se, no tocante ao primeiro grupo, que o Código superou abertamente a responsabilidade contratual, uma vez que o consumidor lesado pode acionar diretamente qualquer das figuras enumeradas, independente de ter ou não contratado com qualquer deles. Em relação ao comerciante, a responsabilidade será subsidiária, o que se justifica plenamente, pois é o fabricante, e não o distribuidor, o real introdutor do produto danoso no mercado. Somente em três casos o comerciante será responsabilizado: produtos anônimos, mal identificados por culpa do distribuidor e produtos perecíveis mal conservados (CDC, art 13). Neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Inversão do ÔNUS DA PROVA - RESPONSABILIDADE do VENDEDOR - NÃO IDENTIFICAÇÃO DO FABRICANTE
 responsabilidade civil. Código de Defesa do Consumidor. Instalação defeituosa do bloqueador de gasolina, causando o incêndio parcial do veículo. Inversão do ônus da prova. Para eximir-se da responsabilidade, o vendedor e o instalador da peça deve provar que a instalação foi feita corretamente. Reconhecimento de culpa pela ré que devolveu ao adquirente a quantia paga pela peça e pagou o conserto do veículo. Responsabilidade de quem vende e instala o produto (Código de Defesa do Consumidor, art. 13). Se o defeito for de fabricação e o vendedor não identifica o fabricante, a responsabilidade é sua (EDT). (TJ/RJ - Ap. Cível nº 6234/94 - Comarca do Rio de Janeiro - Ac. unân. - 1ª Câm. Cív. - Rel: Des. Martinho Campos - j. em 21.02.95).

O fabricante é a categoria de maior importância, já que suas atividades são as que geram maior potencial danoso. BENJAMIM caracteriza assim esta figura:

Por fabricante, no sentido do Código, entende-se qualquer um que, direta ou indiretamente, insere-se nesse processo de desenvolvimento e lançamento de produtos no mercado. É não só o fabricante final, como, ainda, o que fabrica peças ou componentes. É tanto o mero montador, como aquele que fabrica seu próprio produto. É não apenas o fabricante de matérias primas, como também aquele que as utiliza em um produto final (1991, p. 56).

Produtor é o que introduz no mercado produtos não industrializados, extraídos da natureza, notadamente os de origem animal ou vegetal. Vale observar que a diretiva europeia nº 85/374 exclui os produtos naturais da agricultura, pecuária, caça e pesca, isso graças a *lobbies* de agricultores feitos perante a Comunidade Econômica Europeia, sobre a qual exercem grande influência política.

Construtor é aquele que dirige ao consumidor produtos imobiliários, “é o empresário do ramo imobiliário que ergue prédios ou realiza loteamentos” (COELHO, 1994, p. 92). Tais defeitos podem decorrer de técnica má empregada ou de junção de item defeituoso que prejudica todo o conjunto. Ao referir-se expressamente ao construtor, a legislação brasileira mostra-se mais protetiva que a Comunidade Econômica Europeia, que exclui os construtores, como visto anteriormente (1.1).

Por fim, o importador, que é aquele que revende bens fabricados no estrangeiro. Tanto faz que esta importação seja lícita ou ilícita (CP, art. 334), pois neste caso o contrabandista não pode se locupletar de um ilícito. Mais uma vez é importante recorrer a uma comparação com a CEE no tratamento dispensado ao importador. Este só será considerado fornecedor presumido quando importar produto de país não pertencente à Comunidade. Tem por principal função estimular o mercado interno, sendo vantagem para o importador não ser considerado fornecedor presumido. Em termos meramente econômicos o importador equipara-se ao comerciante, pois não deixa de ser um intermediário na circulação de bens. A justificativa para o tratamento

diferenciado dispensado ao importador, que ao contrário do comerciante, tem responsabilidade principal, reside no fato de tornar efetiva a reparação do consumidor lesado, que dificilmente tem condições de acionar uma empresa sediada no exterior.

Embora didaticamente os responsáveis possam ser divididos em classes _ “ o real (fabricante, construtor e produtor), o presumido (o importador) e o aparente (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real)” (BENJAMIM, 1991, p. 56) _ pode ocorrer que dois ou mais agentes sejam solidariamente responsáveis, dando origem ao direito de regresso contra aquele que efetivamente causou o dano.

Pense-se na hipótese de um produtor de leite, que delega o processo de embalagem a uma outra empresa. Em caso de contaminação da matéria prima por culpa da embaladora, nada impede que o lesado acione tão-somente o produtor, devido a solidariedade existente entre ambos. Restará ao produtor o direito de regresso pela indenização paga. Da mesma forma serão solidariamente responsáveis a construtora e o fabricante de tijolos defeituosos devido a pouca resistência do material.

3.1.2. As pessoas com direito à reparação

É bastante usual no direito dar denominações a cada uma das partes de uma relação jurídica, denominações estas que transmitem o papel que cada um dos agentes exerce no negócio. Porém, quando se pensa em relações de consumo, atribuir conceito significa algo mais, isto é, determinar o *status* que a parte ocupa naquela relação. Neste sentido, LIMA LOPES (1992, p. 77-78) desenvolve um raciocínio bastante pertinente, *verbis*:

O trabalhador e o consumidor não se definem, enquanto tais, por assinarem um contrato de trabalho ou de compra e venda. Definem-se extrajudicialmente. O trabalhador é excluído do poder de controle sobre a produção, ou sobre a unidade produtiva. O consumidor define-se como aquele que não determina a coisa ou o serviço que vai adquirir (como se fazia quando as coisas eram encomendadas artesanalmente), mas vai obtê-los simplesmente do modo como fornecidos. Ora, o consumidor não é o comprador, o inquilino, o mutuário, o que busca um serviço. É aquele que faz tudo isto mas no papel constante de parte mais fraca, de subordinado. Consumidor não é parte específica num contrato: é quem, no mercado, continuamente está na posição de destinatário final de bem ou serviço colocado à sua disposição. É o detentor de um verdadeiro *status*.

A definição de consumidor encontra-se no artigo 2º da Lei 8.078/90, segundo o qual consumidor seria “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Deste conceito pode-se destacar o ato de consumir, que é “o ato de se gastar, abrupta ou lentamente, a substância de determinada coisa ou produto. [...] O conteúdo gramatical dá sentido ao conceito da lei” (NASCIMENTO, 1991, p. 18).

Outro ponto a ser destacado encontra-se na expressão *destinatário final*, excluindo, portanto, todos aqueles que integram a cadeia de intermediação. Dessa forma, aquele que adquire determinado produto para depois revendê-lo (comumente, o comerciante) não é destinatário final, e não pode beneficiar-se das normas protetivas do CDC, fazendo-se necessária para a correta situação do consumidor, uma análise de cada caso concreto. De qualquer forma é preciso ter presente que para revestir-se da qualidade de destinatário final é necessário adquirir o produto para atender necessidade própria.

Por fim, o artigo supra citado permite responsabilizar não só o adquirente do produto, mas também o usuário, que podem estar dissociados em pessoas diversas. O produto, quando colocado no mercado, não tem um destinatário

certo, pois o consumidor é, por assim dizer, um ente despersonalizado. A proteção decorre de uma garantia implícita ao próprio produto, e que tem alcance *erga omnes*, de forma que a ação de indenização possa ser utilizada pelo usuário diretamente contra o fabricante. Embora personagem distinto, existe a figura do *bystander*, que são terceiros não adquirentes do bem danoso, mas que acabam por sofrer os danos decorrentes do defeito. Também estes terceiros estão autorizados a se utilizarem do artigo 2º, como frisa LIMA LOPES:

Se a ação de reparação não se fundamenta em direito contratual, não há razão para não se admitir que o terceiro seja parte legítima para pleitear do fabricante/fornecedor a indenização. O terceiro deverá provar aquilo que todo consumidor deve evidenciar: que o dano sofrido (pessoal ou material) resultou de um defeito do produto. Feito isto, supera-se toda uma cadeia de ações desnecessárias entre vítima e adquirente do produto. O direito do terceiro, derivando não do contrato mas do ilícito, põe fim a qualquer hipótese de regresso (1992, p. 84).

Assim, o que autoriza a reparação não é a existência/inexistência de relação entre o fabricante e a vítima, mas sim a relação desta com o produto danoso.

3.2. O produto defeituoso

3.2.1. Conceito de defeito

O diploma legal que ampara as relações de consumo define o produto defeituoso como aquele carecedor da segurança que dele legitimamente se espera (CDC, art. 12, § 1º), impondo à noção de defeito uma ligação com a expectativa do consumidor. COELHO impõe objetividade ao conceito de produto defeituoso caracterizando-o com uma impropriedade verificável tecnicamente, da qual advém um

dano à integridade física ou psíquica do consumidor. Igualmente faz uma distinção com o produto perigoso:

Defeito é a impropriedade, algo que não deveria ser o que é. Distingue-se do perigo na medida em que nestes os produtos ou serviços são exatamente o que deveriam ser, embora as informações sobre os seus riscos não se mostrem suficientes ou adequadas à capacitação do consumidor quanto ao seu consumo seguro. No fornecimento defeituoso, haverá sempre uma disparidade, dessintonia, desacordo entre um fator ideal e outro real. (1994, p. 90).

Distinções à parte, o certo é que o Código elegeu o fator segurança como vetor para orientação de toda problemática, noção esta bem mais ampla do que a simples impropriedade do produto. Basta lembrar que um produto desprovido de defeito, ou seja, apto a realizar os fins a que se destina, ainda assim pode estar maculado de periculosidade quando venha a causar um dano. Tome-se como exemplo o remédio que causa graves efeitos colaterais por falta de advertência específica na bula.

Este assunto, já tratado em tópico anterior (1.3.), é importante na medida em que não se tem a utópica pretensão de produzir bens 100% seguros. Alguns produtos já são dotados de riscos intrínsecos, e outros tornam-se perigosos em razão de um defeito. O primeiro grupo só tem importância para o direito do consumidor quando a situação de risco é agravada pela omissão de informações a respeito das mesmas. No segundo grupo estão os produtos defeituosos, desconformes, causadores de danos não esperados, e por esta razão dotados de periculosidade adquirida. Neste caso a periculosidade passa por valorações, especificadas nos incisos do § 1º. Cite-se como exemplo o acórdão abaixo transcrito, que evidencia muito bem o vício de qualidade:

RESPONSABILIDADE CIVIL - FORNECEDOR - Eletrodoméstico - VÍCIO DE QUALIDADE - Produto nocivo à vida ou à saúde - ART. 18/CDC, § 6º, II - ART. 12/CDC - INDENIZAÇÃO ao CONSUMIDOR devida

Ação de indenização por ato ilícito, cumulada com perdas e danos, aforada por vítima e por ser menor representada por seu representante legal (pai), contra comerciante (pessoa jurídica), que vendera a seu pai uma centrífuga (eletrodoméstico) que apresentara vício de qualidade que a tomara imprópria ou inadequada ao fim a que se destinava, em virtude de ter provocado uma explosão no período de uso da mesma, destruindo-a; e da qual desprende-se uma peça que atingiu a autora que se achava no local, ferindo-a no pé, causando-lhe danos físicos, morais e estéticos; razão da propositura da ação objetivando o reembolso de despesas efetuadas no atendimento, assistência e tratamento da autora, além do prejuízo decorrente da perda da coisa sinistrada; com fundamento no art. 18, parágrafo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de qualidade de produto de consumo que o torne inadequado a sua destinação - Citada a ré, sociedade comercial, esta não contestou - Houve a intervenção do Ministério Público, em razão de interesse de incapaz, que opinou pela procedência parcial do pedido, por não ser o comerciante e sim o fornecedor o responsável pela reparação dos danos pessoais decorrentes de vícios de qualidade. No estado do processo, julgou-se procedente em parte o pedido, para a restituição da importância paga pela aquisição do produto viciado; acolhendo a ilegitimidade da ré para efeito de reparação dos danos pessoais. Recurso interposto pela autora, em que pede a reforma parcial, reiterando o pedido remanescente. A Câmara decidiu inacolher o pedido de reforma e manter a decisão recorrida; considerando que pelos danos pessoais responde o fabricante (o fornecedor) do produto que continha vício de qualidade e que resultou destruído em virtude de explosão, cujos fragmentos atingiram a filha menor do adquirente da mercadoria, no recesso de seu lar, durante o uso do eletrodoméstico adquirido de comerciante estabelecido, que apenas responde pela substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento do preço; em conformidade com o disposto nos arts. 12 e 18, parágrafo 6º, do Código de Defesa do Consumidor. (TJ/SC - Ap. Cível nº 43.267 - Comarca de Blumenau - Ac. unân. - 2ª Câm. Cív. - Rel: Des. Rubem Córdova - Fonte: DJSC, 13.07.94, pág. 12).

A apresentação do produto diz respeito à quantidade e qualidade das informações sobre eventuais riscos. Em relação ao uso e riscos, o fabricante tem o dever de prever determinados usos impróprios aos quais o produto possa ser eventualmente submetido. Por fim, leva-se em conta o domínio da técnica prevalecente à época do lançamento do produto.

3.2.2. Espécies de defeito quanto à origem

3.2.2.1. Defeitos de fabricação

O defeito de fabricação surge, normalmente, no momento em que o produto está sendo confeccionado. São imperfeições que impedem o bom funcionamento do produto, e decorrem da falibilidade do processo produtivo, e da impossibilidade econômica da sociedade em arcar com um produto totalmente seguro. Tais defeitos são inevitáveis, porque escapam ao mais elevado controle de qualidade, e são fruto do automatismo e padronização dos meios produtivos. Outra característica que os singulariza é que tais defeitos atingem alguns exemplares de certos produtos, portanto têm manifestação limitada para alguns consumidores.

Daí que, a imperar a responsabilidade aquiliana, o fabricante poderia alegar (e provar) ter usado toda diligência possível, o que redundaria em deixar irreparáveis os danos provenientes dessa espécie de defeito. Este é o grande argumento para a adoção da responsabilidade objetiva, como destaca LIMA LOPES:

O que a responsabilidade objetiva faz, pois, é impedir que o consumidor se veja obrigado a provar um fato que nem o próprio fabricante poderia evitar ou prever muitas vezes. Não significa que todos os acidentes ocorridos com produtos manufaturados serão indenizáveis pelo respectivo fabricante. Continua valendo o princípio de que há necessidade de se provar a existência do defeito; o que se dispensa é a prova, pelo consumidor, da negligência da empresa (1992, p. 65).

Por fim, além de inevitável, o defeito é previsível e calculável estatisticamente, o que ajuda na contratação de seguro por parte do fabricante.

3.2.2.2 Defeitos de concepção

Nesta espécie incluem-se aqueles defeitos decorrentes de projeto e fórmulas, escolha imprópria de materiais, ou ainda, do uso de técnica falha. Tal como os defeitos de fabricação, são inevitáveis, decorrendo, muitas vezes, dos limitados conhecimentos técnicos à época de seu lançamento. Diferem, porém, pelo fato de dificilmente serem previstos estatisticamente e ainda por atingirem uma universalidade de consumidores, pois maculam todos os produtos de uma série. Neste sentido, segue acórdão que ilustra muito bem a situação antes descrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - MORTE após ADMINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTO - Filha que mantinha economicamente seus ascendentes

Ação de indenização intentada por pais, pela morte de filha, de quem dependiam economicamente após a administração de medicamento, contra o laboratório fabricante do produto. Relação de causa e efeito suficientemente demonstrada. Ação procedente. Recurso da ré improvido. Provimento parcial do recurso dos autores. A morte logo após a administração de medicamento, sem qualquer outra explicação, aliada a outros efeitos trágicos atribuídos à mesma medicação, alguns lotes retirados de circulação por duas vezes, circunstância de o laboratório ter, afinal, cessado sua fabricação; e ainda, conter o remédio componente tóxico, que demanda uma revisão científica (conforme laudo do Instituto Adolfo Lutz), leva a conclusão juridicamente segura de relação de causa e efeito; isto é, de que o falecimento da vítima foi consequência imediata da administração do medicamento, impondo-se o reconhecimento da responsabilidade de seu fabricante, fundada no princípio de que este garante a qualidade e utilidade do produto, mormente, como no caso, a bula que acompanhava o remédio não fazia referência a qualquer contra-indicação. Recurso da ré improvido. A indenização por danos morais é inacumulável com a decorrente por danos materiais, salvo em se tratando de lesão ou deformidade, podendo haver, para o próprio lesado ou deformado, uma indenização conveniente, arbitrada simultaneamente com a reparação direta da lesão física. Recursos dos autores improvidos, nessa parte. É jurisprudência predominante no sentido de fixar-se, no caso de responsabilidade civil como o presente, a pensão indenizatória até quando a vítima completasse vinte e cinco anos de idade. Essa regra, porém, não é absoluta, podendo tal limite variar para mais ou para menos, conforme a circunstância. Como, por exemplo, quando a vítima, ao falecer, estaria próxima de completar aquela idade, o que tornaria inócua a procedência da ação. Recurso dos autores provido, nessa parte, para ampliar aquele prazo até a data em que sua filha completaria trinta anos de idade (TJ/PR - Ap. Cível nº 1.210/ 88 - Comarca de Londrina - 10ª Vara Cível - Ac.

unân. nº 5.952 da 4ª Câm. Cív. - p. em 22.12.89 - Rel: Des. Wilson Reback - Apte 1 e Apdo 2: Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A - Adv. Sebastião Nei dos Santos - Apdos 1 e Aptes 2: Argemiro Francisco dos Santos e s/m - Adv. Marco Antônio de Andrade Camparelli).

Cada vez mais comum em remédios e alimentos, a vigilância sanitária tem o importante papel de retirá-los do mercado ou suspender a licença para fabricação, porém, a maior dificuldade está em alcançar aqueles produtos não controlados pelos governo. Neste caso, é comum as fábricas utilizarem-se do *recall*, recolhendo ou substituindo os produtos, de forma a prevenir eventual responsabilidade.

3.2.2.3. Defeitos de comercialização

Este defeito formal (extrínseco) decorre da apresentação do produto e de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco. É bastante comum que um produto eivado de periculosidade inerente, porém desprovido de informações acerca do modo de utilização correta ou omissos sobre eventuais riscos, venha a transformar-se num produto de periculosidade adquirida, como realçado por LIMA LOPES:

O fabricante, uma vez colocando no mercado bens cuja utilização depende de instruções, fica responsável pelos danos causados pelo seu produto quando o consumidor, apesar de seguir fielmente todas as instruções, for vítima de alguma lesão ao seu patrimônio ou pessoa. Da mesma forma responsabiliza-se caso não instrua os usuários a respeito do uso do produto.[...] sabe-se que a espécie de produto hoje introduzido no mercado é de crescente complexidade: às vezes são máquinas cujo funcionamento depende de um mínimo treino ou curso, ou são compostos químicos e/ou farmacêuticos cujas contra-indicações e efeitos colaterais devem, até por força de lei especial, ser expressamente mencionados (1992, p. 73).

O caso abarca outros mecanismos que protegem o consumidor, ao tratar do aspecto da publicidade (CDC, arts. 36, 37 e 38) e da proibição à exoneração de responsabilidade (CDC, art. 51, inc. I). Esta preocupação decorre do fato de que a propaganda tem se revelado mais como meio de persuasão do que de informação. Todas as informações prestadas sob a forma de letras miúdas e pouco legíveis a respeito de riscos, devem ser coibidas com força ainda maior, pois são conscientemente permitidas pelo fabricante.

Muito embora a situação abaixo descrita tenha ocorrido antes da vigência do CDC, certamente seria compatível sua aplicação no que tange à caracterização do defeito de comercialização:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Ato ilícito - Teoria do risco criado - Caracterização - Fabricante que altera composição de produto sem a mudança no rótulo e sem indicação de contra-indicação - Uso simultâneo, pelo consumidor, de substância incompatível - Ocorrência de resultado danoso - Responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova - Minorante de culpa concorrente não caracterizada, vez que inexigível cautela extraordinária do usuário - Indenização devida (TJRS - Ap. 189008527 - 2ª Câm. Cível - j. 8.6.89 - Rel. Juiz Clarindo Favretto).

3.3. Eximentes da responsabilidade do fabricante

3.3.1. Não colocação do produto no mercado

Como primeira hipótese de exclusão da responsabilidade, compete ao fabricante provar que não colocou o produto no mercado. A justificativa para tal preceito é a inexistência de nexos causal entre o dano e a atividade desenvolvida pelo fabricante. Portanto, somente o produto introduzido no mercado voluntariamente, por ato livre e consciente, ensejará indenização.

Produtos colocados no mercado para testes, ou mesmo aqueles qualificados como amostras grátis, não autorizam a excludente. Para tanto, citem-se como exemplos, produtos falsificados que levam a marca do fabricante defraudado, ou, ainda, produtos que foram objeto de furto.

3.3.2. Inexistência de defeito

O fabricante não será responsabilizado se provar que o produto não é defeituoso, ou seja, que o dano, apesar de ser consequência do produto, não se originou em razão de algum defeito.

Ainda na hipótese do produto estar de acordo com as normas administrativas atinentes à sua produção e comercialização, tais padrões são mínimos, e ainda que absolutamente respeitados, não retiram o defeito de um produto. Se os padrões não forem mínimos, mas certos, parece justificável a exclusão da

responsabilidade do fabricante que lhes obedece plenamente. Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, apoiado na doutrina alemã prescreve:

[...] o produtor não deverá ficar confinado à escolha entre a ‘desobediência e a responsabilidade’ ou a liberdade de... não produzir. Para que funcione esta concepção ou meio de defesa, não basta todavia a demonstração de que o produto é conforme às normas imperativas, sendo necessário provar também que o defeito é *devido* à sua conformidade com essas normas. Isso é dizer que o produtor tem de provar o *nexo de causalidade entre o defeito e a conformidade à norma imperativa*, tem que provar que o conteúdo obrigatório da norma é que *originou* o defeito do produto, [...] (1990, p. 724).

3.3.3. Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Por fim, se ficar constatado que o consumidor ou terceiro foi o único e exclusivo causador do dano, o fornecedor restará liberado, sendo irrelevante a existência de defeito. Também aqui não haverá nexo de causalidade entre o dano e a atividade do fornecedor. Sabe-se que os requisitos primordiais da responsabilidade objetiva são um ato antijurídico e um nexo de causalidade entre este e o dano. Dessa forma, a conduta exclusiva da vítima derruba a conduta antijurídica, pois é ela a causadora do dano.

Uma questão que merece destaque é a de que o fabricante não pode alegar culpa exclusiva do comerciante, imputando-lhe o papel de terceiro, porque na realidade este é parte, e tem disciplinamento próprio no artigo 13 do CDC. Terceiro, para efeitos do inciso III, é a pessoa estranha à relação jurídica em exame, mas sobre a qual recaem seus efeitos.

Por último, vale levantar a discussão quanto à hipótese de culpa concorrente da vítima. Neste caso, potencial defeito do produto também contribuiu para o efeito danoso. Tradicionalmente, no tocante à responsabilidade subjetiva, a concorrência culposa da vítima tem o papel de minorar a indenização devida. Basicamente, a compatibilização da culpa concorrente com relação à responsabilidade objetiva comporta duas versões. A primeira defende a prevalência da responsabilização do fornecedor, uma vez que se a sua participação não foi totalmente determinante para o evento danoso, houve indiscutível nexo de causalidade, que nos termos da responsabilidade objetiva autoriza integral reparação. Igualmente em defesa desse ponto de vista está o fato de que as necessidades da sociedade de consumo tem retirado a importância do papel da culpa.

Uma segunda corrente, ao que parece mais compatível com o espírito da equidade, propõe a culpa concorrente como atenuante da responsabilidade. A prevalecer esta tese, não se retira do fabricante a objetividade do dever de indenizar, mas este dever, todavia, terá seu *quantum* diminuído em razão da conduta culposa da vítima, que não pode se locupletar com suas próprias faltas.

3.4. Análise das possíveis excludentes não elencadas no § 3º do artigo 12 do CDC

3.4.1. Caso fortuito ou força maior

Aceitos como excludentes da responsabilidade civil, caso fortuito e força maior constituem-se na demonstração da inexistência de nexo entre a atividade e

o dano, e tomados num sentido amplo, não deixam de abarcar o ato isolado da vítima ou de terceiro.

Porém, para efeito deste tópico, o sentido emprestado terá um âmbito mais restrito. Dessa forma, caso fortuito ou força maior são fatos naturais (uma enchente, por exemplo) ou ações humanas (guerras) inevitáveis, a que a pessoa originalmente obrigada não poderia resistir, ainda que os mesmos pudessem ser previstos. O fato de o CDC não admiti-los entre as excludentes, suscita na doutrina um conflito: são cláusulas eximentes próprias da responsabilidade em geral, ou precisam estar expressamente previstas em lei? FREITAS inclina-se favoravelmente à primeira colocação:

[...] a força maior e o caso fortuito atacam, diretamente, a causalidade do evento danoso, retirando do agente a possibilidade de evitar a prática do ato antijurídico. Neste ponto, somente seriam excludentes de responsabilidade, quando acumulassem os requisitos da inevitabilidade e da imprevisibilidade.

A teoria informadora de nossa responsabilidade civil objetiva, ou sem culpa, não admite o caráter absoluto de tal conceituação, estabelecendo sua atenuação, com a criação de eximentes.

Ora, se a teoria da responsabilidade sem culpa adotada pelo nosso sistema jurídico, em diversas Leis esparsas, não admite o caráter absoluto da responsabilidade objetiva, as eximentes relacionadas com a impossibilidade do agente influir na decisão de praticar ou não o ato antijurídico mostra-se necessária para a apuração da responsabilidade.

O fato de não haver previsão legal para as eximentes do caso fortuito ou força maior não impede que sejam elas adotadas, pois a lei civil, que as inseriu em nosso ordenamento jurídico, sempre será utilizada, ainda que de forma subsidiária.

[...] Mesmo que não se admitisse as eximentes em análise, nos casos em que a lei não as contempla (hipótese ocorrida no Código de Defesa do Consumidor), ainda assim poder-se-ia equiparar, como já defendido por nossa doutrina, o fato de terceiro (esse sim previsto como eximente no CDC) à força maior, mantendo uma das eximentes ao menos (Direito do Consumidor nº 11, p. 108-109).

Contrariando o entendimento acima, ou seja, negando o caso fortuito ou força maior como eximentes, assim se posiciona FERREIRA DA ROCHA:

[...] a responsabilidade do fornecedor pressupõe a existência de um defeito no produto introduzido no mercado. Esse defeito deve ser causado por um fato necessário, cujo

efeito era impossível evitar ou impedir (caso fortuito ou força maior). Ora, se causado antes do produto ter sido colocado em circulação, restaria ao fornecedor sempre uma oportunidade, por mínima que fosse, de, antes de introduzir o produto no mercado, verificar as condições de seu produto e certificar-se da existência do defeito. Se causado depois do produto ter sido colocado em circulação, o defeito inexistia no momento da colocação do produto no mercado e, portanto, a responsabilidade está afastada, não pelo caso fortuito ou força maior, mas pelo disposto no art. 12, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor (1992, p. 112).

Respeitadas as opiniões em contrário, e tendo presente que a responsabilidade do fabricante é objetiva normal, e que necessita, portanto, da verificação de nexos de causalidade entre a atividade do fornecedor e o dano ocorrido, o caso fortuito ou força maior são aptos a quebrar este liame. Dessa forma, apesar de não aceitos expressamente, aquelas hipóteses se incluem entre as excludentes.

3.4.2. Risco de desenvolvimento

Risco de desenvolvimento é aquele desconhecido no momento da colocação do produto no mercado devido ao estágio dos conhecimentos científicos e técnicos, e que só vem à tona depois de certo tempo de uso do produto. A esta noção está intrinsecamente ligada a definição de *estado da arte*, que é o conjunto de conhecimentos técnicos e científicos sobre o emprego de certos processos, substâncias, etc. O risco de desenvolvimento é o que não pode ser previsto por ninguém, e não leva em conta a consideração individual do fabricante. Parte da doutrina o considera como espécie de defeito de concepção, consequência de escassa informação científica à época da comercialização. São bastante comuns os casos de produtos, notadamente farmacêuticos, ainda que legalmente licenciados, cuja característica danosa só vem a ser comprovada depois.

Assim, pelo fato do CDC não enumerar o risco de desenvolvimento como excludente, ainda que determinado fabricante de remédio consiga provar que quando da fabricação desconhecia o seu potencial danoso, será responsabilizado, pois assumiu todos os riscos. Esta idéia denota a filiação clara à teoria do *risco da empresa*.

Não se trata de fornecimento perigoso, ou seja, o empresário não desobedece o dever de informar, mesmo porque as informações não teriam como alertar os riscos diante da limitação técnica ou científica então vigente. Situação diversa, e bem mais grave, é a do fabricante que, já com o produto lançado no mercado, toma ciência dos seus riscos e nada faz. Neste caso, o defeito de concepção é agravado pela situação de carência informativa (defeito de comercialização) e a responsabilidade é ainda mais visível, tendo o fabricante o dever de informar a respeito dos riscos constatados (CDC, art. 10, § 1º), caso contrário será responsabilizado por agir culposamente com sua omissão.

Não é pacífico considerar o risco de desenvolvimento como espécie de defeito de concepção, conforme alerta COELHO:

[...] a diferença entre defeito 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 (1994, p. 84).

Diante de tais controvérsias não são raras as discussões a respeito do tema. A grande questão reside em encontrar uma justificativa na responsabilização do fabricante que usou de todos os meios tecnológicos e científicos conhecidos quando do lançamento do produto. Seria impossível ao fabricante, mesmo atribuindo preços mais

altos aos produtos que fabrica, dividir com o consumidor um risco eventual e que não tem motivos para conhecer.

De qualquer forma, os argumentos contrários são predominantes. Aceitar o risco do desenvolvimento é reanimar muitas das noções da responsabilidade vinculada à culpa e, por outro lado, seria por demais injusto fazer dos consumidores meras cobaias, no sentido de testarem produtos, que, em caso de lesivos à saúde, teriam que suportar os prejuízos. A aceitação do risco de desenvolvimento como excludente não se coaduna com os objetivos do CDC, e apesar de suscitar uma escolha difícil entre inibir o desenvolvimento tecnológico ou deixar inidêntes certos acidentes, o certo é que somente a partir do momento em que tais riscos puderem ser compensados monetariamente, de forma a não comprometer o progresso industrial, esta questão restará definitivamente prejudicada. Concordamos com COELHO quando a este respeito pondera o seguinte:

Essa causa de exclusão, no entanto, deverá ser futuramente afastada da disciplina da matéria. Tal possibilidade, aliás expressamente prevista pela diretiva europeia, está condicionada economicamente pelo estágio de acúmulo de força de trabalho (excedente social). Quando cálculos atuariais permitirem constatar que o socorro às vítimas de acidente de consumo originado por risco de desenvolvimento não mais comprometeria os investimentos em pesquisa científica e tecnológica, seguir-se-á a transformação da norma jurídica ou de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial no sentido da responsabilização dos fornecedores também por riscos incognoscíveis no momento da introdução do fornecimento no mercado (COELHO, 1994, p. 89).

3.5. A não caracterização de defeito por haver produto de melhor qualidade

O mercado orienta sua produção segundo características pessoais dos consumidores, principalmente aquelas pertinentes à sua situação econômica e poder aquisitivo. As bases da concorrência se firmam, na grande maioria das vezes, em

lançar produtos cada vez mais acessíveis economicamente. O contrário também é verdadeiro: empresas que tentam conquistar o mercado com produtos cada vez melhores e com custos mais onerados. Tomando a análise tão-somente nesses termos, pode-se afirmar que há uma concorrência sadia, na medida em que o mercado tenta abarcar todos os consumidores.

Porém, a questão passa a tomar relevância, e inspirar preocupação, quando determinado produto torna-se inadequado diante de novos recursos tecnológicos disponíveis, que uma vez adotados, eliminariam os riscos de acidente. São produtos ditos ultrapassados, que por não aderirem a recursos tecnológicos recentes, mostram-se inseguros. Neste sentido há que se distinguir duas situações: se o fabricante adere a nova tecnologia, e produto anteriormente fabricado sem esta qualidade vem a causar dano, retoma-se a discussão sobre o estado da técnica; porém, há casos em que o fabricante, mesmo ciente das inovações, não as adota. Esta é a espinha dorsal da problemática que passa a ser melhor discutida.

Em primeiro lugar é necessário considerar que produtos desnivelados tecnologicamente podem ser consequência da adoção consciente, por parte do empresário, de um produto qualitativamente inferior que ampare consumidores de menor poder aquisitivo. É neste sentido que se insere a regra do § 2º do artigo 12 do CDC, pelo qual “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. Significa que o fabricante pode lançar um produto de qualidade inferior para atender diferentes necessidades de mercado.

Mas este preceito não pode ser tomado isoladamente uma vez que o § 1º do artigo retro considera defeituoso o produto que não oferece a segurança legitimamente esperada. Portanto, a caracterização do defeito não está na qualidade

inferior em comparação com outro, mas sim na segurança do produto considerado. Mesmo um produto qualitativamente mais débil deve oferecer segurança. CARVALHO desenvolve com muita acuidade observação que vale transcrever:

[...] o fabricante não poderá amparar-se no pretexto da existência de um produto de melhor qualidade (p. ex., mais confortável, prático, bonito, eficiente, de material mais resistente) para camuflar o relaxamento na segurança de seu próprio produto, escondendo-a, mascarando-a sob o manto protetor da diferença de qualidade do mesmo em relação a outro produto similar existente no mercado, tentando escapar com esse artifício à responsabilidade prevista no Código do Consumidor. Assim, por exemplo, no caso de ferramentas elétricas de metal, a existência de ferramentas similares feitas de plástico não será motivo bastante para que o fabricante daquelas não zele pela segurança necessária delas, a fim de que não causem choque nos consumidores.

Para um leigo sem dúvida deve ser um tanto estranho e até difícil compreender que um produto possa se revelar inseguro e portanto defeituoso e ainda assim ser considerado como de melhor qualidade em relação a outro. De fato, não é fácil desvincular o conceito de qualidade do de segurança. Para a maioria das pessoas um produto de boa qualidade é necessariamente seguro também e inversamente o de qualidade inferior é obrigatoriamente inseguro da mesma maneira.

Contudo, se assim se entender não teria razão de ser o § 2º do artigo 12 do CDC porque a simples diferença de qualidade seria suficiente para se ter o produto inferior como forçosamente inseguro e destarte defeituoso.

Essa norma legal existe porque perante o Código do Consumidor qualidade e segurança de um produto são estados de ser do mesmo que comportam juridicamente análise distinta e separada. Na averiguação da responsabilidade pelo fato do produto será imprescindível que o juiz, ao proferir a sua sentença, esteja convencido de se tratar de problema concernente à segurança e não apenas à qualidade do produto pretensamente defeituoso. Será fundamental para a aplicação justa do Código do Consumidor que em cada caso se tenha perfeitamente delimitado o perfil que distingue a segurança da qualidade do produto (Direito do Consumidor nº 5, p. 31-32).

A diferenciação na adoção da tecnologia para melhorar a qualidade ou tornar o produto mais seguro é o que vai determinar a responsabilização (ou não) do fabricante. No que tange à adoção da responsabilidade para fins indenizatórios do fabricante que não adere às novas tecnologias de segurança, não há tratamento direto no CDC. Mas pode-se vislumbrar no inciso III do § 1º do artigo 12 do CDC amparo legal a essas situações, considerando como defeituoso o produto que não oferece a

segurança legitimamente esperada à época de seu lançamento. Haveria, dessa forma, uma proporcionalidade entre a segurança do produto e os domínios tecnológicos. Quanto maior a técnica disponível em termos de segurança, maior deverá ser a sua exigência.

Esta conclusão pode levar ao extremo de considerar todo produto que contenha tecnologia de segurança ultrapassada como defeituoso, e o fabricante estaria obrigado a aderir todo tipo de inovação, independente dos custos. Esta situação seria crucial para o empresário brasileiro na atual conjuntura econômica do País. A solução para esse impasse pode ser dada pela adoção, por parte do empresário, de informações que orientem o consumidor no sentido de haver no mercado produtos similares mais seguros. Isto tornaria a opção do adquirente pelo produto “inferior” como excludente da responsabilidade do fabricante que não aderiu à melhor tecnologia. Apesar do bom senso dessa solução, a mesma não se presta a solucionar os casos em que são terceiros que sofrem o evento danoso, uma vez que a eles não foi dada opção de escolha. Mais uma vez surge o impasse de se ter que optar entre a segurança geral e a limitada situação econômica imperante.

3.6. O ônus da prova na ação de responsabilidade

Por *onus probandi* se entende a possibilidade conferida à parte de dar amparo de veracidade, através de provas, às alegações que trás ao processo. Não é uma obrigação, mas se as provas não forem produzidas em tempo e modo hábeis, certamente acarretarão prejuízo àquele que se esquivou.

Está sedimentado o entendimento de que a prova incumbe a quem alega, ou segundo o brocado latino: *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*. Esta regra geral tem sua previsão legal no artigo 333 do Código de Processo Civil, em que compete ao autor a prova “quanto ao fato constitutivo de seu direito” e ao réu “quanto a existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor”.

Trazendo esta regra para o campo da relação de consumo, constata-se que dificilmente o consumidor lograria êxito figurando no pólo ativo com o objetivo de ver ressarcido o dano causado. A levar em consideração que cabe ao autor provar fato constitutivo do seu direito, nota-se desde logo o encargo demasiadamente oneroso para o consumidor, que afinal, não tem conhecimento suficiente para fazer as devidas provas. Como pondera BARROS LEÃES:

De fato, o simples desconhecimento da vítima a respeito da organização produtiva do fabricante impede-a de lograr tal intento. Na verdade, pôr a encargo da vítima, além da prova da existência do defeito e do nexos causal que o ligou ao dano, a incumbência de situar concretamente, no todo do processo produtivo, a ação ou omissão culposa do fabricante, significa praticamente negar a possibilidade de ressarcimento, tal a dificuldade que isso representa (1987, p. 139).

Por este motivo verifica-se uma forte tendência em facilitar a prova para o consumidor, onerando a situação do fornecedor-réu, que é a pessoa que tem maiores condições de comprovar que a alegação do lesado não é verdadeira. Embora tal entendimento pareça extremamente parcial, o mesmo se justifica tendo em vista a disparidade de conhecimentos relativos à produção que o consumidor não é obrigado a dominar, mas que o fornecedor tem o dever de ter sob seu controle.

Amparado nesta razão, o CDC assegura a inversão do ônus da prova, não como um direito básico, mas sim um meio através do qual se facilita a defesa do consumidor, de forma a compensar a desigualdade entre os litigantes, principalmente

no que se refere ao nível de apreensão de conhecimento tecnológico concentrado no fabricante.

Os requisitos que autorizam a inversão são de duas ordens: um subjetivo, que trata da *verossimilhança* das alegações segundo as regras da experiência, e outro objetivo, referente a *hipossuficiência* do consumidor. Em relação a necessidade de concomitância ou não da ocorrência desses requisitos, o artigo 6º, inciso VIII não é claro quando utiliza a expressão “ou” para relacionar verossimilhança e hipossuficiência. Parece razoável aceitar que a alegação deva estar sempre calcada em verossimilhança, que se constitui numa aparência de verdade, o que é provável. Esta probabilidade não significa que o consumidor terá sempre a lide a seu favor, mas sim que o ônus da prova será invertido. Em relação à hipossuficiência, esta não tem, por si só, o condão de conduzir à inversão, pois há que estar resguardada por um mínimo de plausibilidade. Nesse sentido A. GIDI (Direito do Consumidor nº 13, p. 34) esclarece a questão com um exemplo bastante elucidativo: a tomar o requisito objetivo isoladamente, qualquer mendigo poderia demandar um *shopping center* alegando furto do seu carro com todas as compras de natal, amparado no absurdo de que o demandado devesse provar que o carro não se encontrava no estacionamento. Portanto, a verossimilhança não resulta da lei, e sim das experiências do cotidiano, que acabam firmando a convicção do juiz.

Por outro lado, a hipossuficiência não pode ser orientada tão somente por questões econômicas. O CDC não protege o consumidor pobre, mas o consumidor em geral, caso contrário imporia ao demandado os custos da produção de provas. A noção é bem mais apurada, uma vez que hipossuficiente é o consumidor que não domina os conhecimentos técnicos acerca do produto danoso. O fato de ter condições

financeiras razoáveis não autoriza a obrigatoriedade de que o consumidor esteja a par do processo produtivo e identifique eventuais falhas, muito pelo contrário. A produção massificada e o domínio do *know how* são razões suficientes para que a prova fique a cargo do produtor. Há opiniões divergentes (GRINOVER, 1991, p. 456) que defendem o conceito de hipossuficiente como aquele constante do artigo 2º, § único da Lei 1.060/50.

Verificados estes dois requisitos, o juiz deve inverter o ônus, e a expressão “a seu critério” não denota discricionariedade. A sua liberdade está em interpretar o fato concreto à luz dos dois pressupostos, que uma vez reconhecidos autorizam a inversão. A caracterização da hipossuficiência limita-se ao reconhecimento acerca da disparidade de conhecimentos técnicos específicos da atividade do fornecedor. Não pode ir além, para não afrontar o princípio da igualdade. O mesmo autor anteriormente mencionado apresenta uma hipótese prática: o consumidor que tem seu filme destruído no processo de revelação está amparado na inversão da prova que só o laboratório pode oferecer; mas se alega que tais fotos serviriam para embasar processo judicial, o laboratório não tem que provar que as fotos não teriam qualquer repercussão financeira (Direito do Consumidor nº 13, p. 37).

Como visto anteriormente, se o fornecedor provar inexistência do defeito, restará prejudicada sua responsabilidade. Apoiado neste entendimento, há quem defenda que o ônus de provar o defeito só se aplica ao fabricante, cabendo ao consumidor apurar o dano e o nexo de causalidade que o liga ao produto. Mas esta não é a única opinião a respeito do assunto. Parte da doutrina permanece fiel a regra geral contida no artigo 333 do estatuto processual. Esta é a opinião de JAMES MARINS:

Sem dúvida, *a existência do defeito é fato constitutivo do direito do autor/consumidor* (cabendo-lhe, portanto, a prova consoante o artigo 333, I, do Código de Processo Civil), pois não há responsabilidade civil do fornecedor no sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sem a existência de defeito juridicamente relevante (artigo 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), e, por sua vez, *a inexistência do defeito é fato impeditivo do direito do autor/consumidor* (cabendo ao fornecedor o ônus da sua comprovação, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil), e por esta razão foi expressamente previsto pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor como eximente da responsabilidade do fornecedor que deverá prová-lo, e em nada se afasta do regime de distribuição do ônus da prova do Código de processo Civil (1993, p. 58).

O principal argumento usado contra a primeira corrente é a de que o inciso II do § 3º do artigo 12 não justifica a alteração da regra geral contida no artigo 333 do Código de Processo Civil. Não é necessário atribuir sempre o *onus probandi* ao fornecedor, pois o próprio CDC permite que, verificada verossimilhança e hipossuficiência, o consumidor seja liberado daquele encargo.

CONCLUSÕES

1. O conceito de consumidor é bastante amplo, englobando aquelas pessoas que usam do produto como destinatário final. Independente do uso dado ao produto, privado ou profissional, efetuado por pessoa física ou jurídica, todos terão este qualificativo. Por expressa disposição legal, equiparam-se ao consumidor os terceiros que forem vítimas de acidentes com produtos defeituosos, ainda que não integrem a relação de consumo.

2. No pólo passivo está o fornecedor, que pode ser pessoa física ou jurídica, e inclui, ainda, as sociedades de fato. Para ser caracterizado fornecedor, há que se verificar o intuito comercial, através de atos contínuos e habituais.

3. O fabricante, produtor, construtor e o importador, respondem objetiva e solidariamente pelos danos causados. Em relação ao comerciante, este possui responsabilidade subsidiária, só devendo responder quando o fornecedor não puder ser identificado.

4. A responsabilidade pelo fato do produto decorre de um produto defeituoso que venha a causar um dano na esfera psíco-física do consumidor. O conceito de produto pode ser resumido, didaticamente, como qualquer tipo de bem colocado em circulação.

5. Com o objetivo de criar uma esfera de segurança mínima para o consumidor, foi desenvolvida a teoria da qualidade, que não busca produtos totalmente seguros, mesmo porque os custos para tal não compensariam os benefícios auferidos.

6. Para a responsabilização do fornecedor, a vítima deve provar o defeito, o dano e o nexo causal entre eles. A inversão do ônus da prova, que deverá ser expressamente concedida pelo juiz, só se justificará quando este verificar verossimilhança ou hiposuficiência.

7. Os defeitos podem ser de três ordens: de fabricação (inevitáveis, previsíveis e que tornam impróprios apenas alguns produtos); de concepção (imprevistos e que atingem toda coletividade); e de comercialização (referente à informações insuficientes a respeito da utilização e riscos do produto).

8. A responsabilidade contratual não serve para responsabilizar o fornecedor, pois, para sua efetivação, ter-se-ia que superar um princípio vetor dos contratos, que é a sua relatividade. Isso porque raramente o consumidor contrata diretamente com o fornecedor.

9. A responsabilidade extracontratual subjetiva, por sua vez, não é a melhor solução, porque o consumidor precisa demonstrar a culpa do fornecedor, encargo demasiadamente penoso tendo em vista os complexos processos produtivos imperantes.

10. Melhor solução foi dada pelo Código, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade objetiva mitigada, ou seja, ele responde independente de culpa, mas pode eximir-se provando algumas excludentes.

11. As excludentes admitidas pelo CDC são as seguintes: não colocação do produto no mercado, inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

12. Embora não aceita expressamente, o produtor pode ser excluído da responsabilidade se provar que o caso fortuito ou força maior ocorreram depois da

introdução do produto no mercado. Na verdade, o que tem de alegar é a inexistência de defeito.

13. O risco de desenvolvimento, outra possível excludente cogitada pela doutrina, não pode ser aceito, pois significaria ressucitar muitas noções relativas à culpa, e o que é mais grave, deixaria sem reparação os consumidores lesados, reduzidos a simples cobaias do consumerismo.

14. A existência de produto de qualidade inferior, quando comparado com outro da mesma espécie, não gera responsabilidade para o fornecedor, desde que seu objetivo seja atender consumidores com diferente poder aquisitivo. Porém, se o produtor não adere a nova tecnologia para tornar seguro produto que apresenta um risco em potencial, é plenamente justificável que responda pela omissão.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda e *et. al.* *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

BENJAMIM, Antônio Hermen de Vasconcellos e *et al.* *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*, Dissertação de doutoramento. Coimbra: Ed. Almedina, 1990.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COELHO, Fábio Ulhôa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrine *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

MUKAI, Toshio *et al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

NORONHA, Fernando. *Textos de Direito da Obrigações*. Capítulos VII, VIII e X.

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

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Revista de Direito do Consumidor n^os 05, 11, 13 e 16. *Instituto brasileiro de política e direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.