



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS E O DEFEITO DO PRODUTO:
UMA ANÁLISE COMPARADA COM O DIREITO NORTE-AMERICANO**

DOUTORADO

Daniel Deggau Bastos

**Florianópolis
2020**

Daniel Deggau Bastos

**RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS E O DEFEITO DO PRODUTO:
UMA ANÁLISE COMPARADA COM O DIREITO NORTE-AMERICANO**

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis
2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Daniel, Daniel Deggau
A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto
: uma análise comparada com o direito norte-americano /
Daniel Deggau Daniel ; orientador, Rafael Peteffi da
Silva, 2020.
356 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Fato do produto. 3. Product liability.
4. Dever de segurança. 5. Defeito do produto. I. Peteffi da
Silva, Rafael. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Daniel Deggau Bastos

A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Otávio Luiz Rodrigues Jr., Dr.
Universidade de São Paulo

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a versão **original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação
Profa. Norma Sueli Padilha, Dra.

Prof. Rafael Peteffi da Silva, Dr.
Orientador

Florianópolis-SC, 2020

Dedico este trabalho aos meus pais, João José e Marina.

AGRADECIMENTOS

Não somos autossuficientes. Comprovam a constatação até mesmo os árduos esforços para chegar até aqui. Tenho plena consciência de que a felicidade da entrega de uma tese de doutoramento não é resultado exclusivo das minhas próprias ações. Gratidão e humildade são sentimentos que aprendi com meus pais, Marina e João José, a quem agradeço por todos os ensinamentos e lições de vida.

À Luíza Helena, companheira de todas as horas, agradeço pelo amor compartilhado, pela paciência e constante incentivo ao desenrolar das atividades. O seu apoio, sobretudo nos momentos difíceis, se mostrou fundamental para a concretização deste trabalho.

Agradeço às minhas irmãs, Leatrice e Denise, pelo carinho e pela torcida, estendendo os cumprimentos a todos os familiares que compreenderam os momentos necessários de ausência ao longo dos últimos anos.

Dividir o espaço acadêmico com diletos colegas de doutorado constitui experiência ímpar. Bráulio Cavalcanti, Marcel Mangili Laurindo e Arthur Dalmarco, entre tantos outros, proporcionaram ocasiões de muito aprendizado e diálogo profícuo. Ao Arthur e ao Mark Pickersgill Walker também devo agradecer o auxílio na coleta de diversos materiais estrangeiros que serviram de base à sequência das inúmeras indagações.

Registro ainda o meu agradecimento aos meus sogros, Lúcia e Sidney, bem como aos queridos amigos que, de uma forma ou de outra, serviram de arrimo para tornar menos árdua a consecução desta pesquisa: Alexandre Blasi, André Rodrigues, Edison Schmitt, Ênio Gentil, Filipe Tonello, Gustavo Peres, Hugo Mund, Leonardo Moraes, Luís Gouvêa, Thiago Martinelli, Thiago Neves e Thiago Yukio.

Avaliaram de perto a construção da pesquisa, em diferentes etapas, as professoras Carolina Medeiros Bahia e Dóris Ghilardi, bem como os professores Daniel Carnaúba, José Isaac Pilati, Orlando Celso da Silva Neto e Guilherme Henrique Lima Reinig. Pela relevância de seus préstimos, eis o justo reconhecimento.

Agradecimento especial à Banca Examinadora da defesa pública, formada pelos Professores Guilherme Henrique Lima Reinig, Orlando Celso da Silva Neto e Otávio Luiz Rodrigues Junior, pelo aceite ao convite e pelo tempo dedicado na análise deste trabalho.

Anoto aqui o meu apreço aos servidores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial à Maria Aparecida e Heloísa Testoni, solícitas servidoras da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC), e a todos os integrantes do Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade.

Registro, enfim, os mais sinceros agradecimentos ao meu orientador, professor Rafael Peteffi da Silva, por quem nutro profundo respeito e admiração. Sou-lhe grato pela oportunidade, pela confiança depositada e pelas valiosas lições recebidas ao longo dos últimos anos de pesquisa acadêmica.

The history of the development of tort liability for physical injury caused by products is perhaps the most striking and dramatic of all the numerous evolutionary stories in the portfolio of tort scenarios.

(John W. Wade)

RESUMO

Um paralelo entre os sistemas jurídicos de responsabilidade pelo fato do produto no Brasil e da *products liability* estadunidense. O objeto da pesquisa se concentra na verificação do modo de proteção das vítimas de produtos defeituosos desses dois modelos. Primeiro país a experimentar o problema dos produtos excessivamente perigosos, os Estados Unidos foram pioneiros no campo de proteção de seus consumidores por meio da emancipação de um ramo específico da responsabilidade civil. A chamada *products liability* estadunidense não só configura terreno fértil para ricas discussões acadêmicas sobre a qualidade dos produtos colocados no mercado como também serve de arrimo para a avaliação dos diferentes métodos de aferição de seu caráter defeituoso. A pesquisa, na sequência da demonstração de uma longa e tortuosa evolução, apresenta a *products liability* estadunidense até seus dias atuais, e revela testes outros além das legítimas expectativas dos consumidores no processo de identificação do grau de periculosidade permitida de um produto. O Brasil regulamenta a responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. Inspirado na Diretiva 85 da Comunidade Econômica Europeia, o Brasil quase não voltou os seus olhos para o sistema jurídico norte-americano. A literatura jurídica pátria pouco evoluiu na tentativa de identificar produtos excessivamente perigosos. Seguindo-se o método dedutivo, a pesquisa busca, por meio da revisão de literatura nacional e estadunidense, comparar os diferentes testes e standards empregados pela doutrina e jurisprudência estadunidenses para verificar se esses métodos alcançam melhores resultados do que aqueles encontrados no Brasil. No que diz respeito aos casos complexos, em que são vagas e imprecisas as legítimas expectativas dos consumidores, um teste desponta como boa alternativa: o *reasonable alternative design*. Quer-se, com isso, buscar o aprimoramento dos critérios decisórios utilizados pela doutrina e jurisprudência nacionais para a identificação de um dos mais tortuosos problemas da responsabilidade civil – a identificação do caráter defeituoso do produto.

Palavras-chave: 1. Fato do produto 2. Deveres de segurança 3. Defeito. 4. Legítimas expectativas 5. Riscos-utilidades

ABSTRACT

This thesis draws a parallel between product liability in Brazil and product liability in the US by analyzing the protection of victims of defective products within these two legal models. The first country to experiment with extremely dangerous products was the United States; they pioneered consumer protection laws through the emancipation of a specific civil liability branch. American products liability is a rich pool for nuanced academic discussions over the quality of marketable products, as well as a standard for assessing different conceptions of product defects. After an overview of the history of American products liability, this thesis contextualizes it in the present day. Then, a discussion is raised on the expectations of consumers in the process of identifying the degree of permissible dangerousness of a product and other alternative tests. Brazil regulates product liability in the Consumer Protection Code, inspired by Directive 85 of the European Economic Community, but the country has hardly turned its eyes to the US legal system as an alternative. Brazilian legislature has evolved little in an attempt to identify excessively dangerous products. Following the deductive method, through a literature review of American and Brazilian authors, the study seeks to compare the different tests and standards used by American Courts to verify whether these methods achieve better results than Brazilian ones. In regard to complex cases, where consumer expectations are vague and inaccurate, the reasonable alternative design test emerges as a good alternative. The goal is to improve the decision-making criteria of Brazilian jurisprudence by characterizing one of the most tortuous problems of civil liability: the assessment of product defects.

Keywords: 1. Product Liability 2. Safety requirements 3. Product defect. 4. Legitimate expectations 5. Risk-benefits

1.	INTRODUÇÃO	16
2.	PRODUCTS LIABILITY NOS ESTADOS UNIDOS	23
2.1.	A relevância do sistema norte-americano da <i>Products Liability</i>	23
2.1.1.	Fatores sociais e estruturais	23
2.1.2.	A unidade do sistema norte-americano	28
2.2.	Visão geral das principais teorias e o foco no defeito	33
2.3.	<i>Early Products Liability</i>	36
2.3.1.	A derrocada da doutrina da <i>Privity</i>	37
2.3.2.	Os regimes da <i>Negligence</i> e da <i>Warranty</i>	42
2.4.	<i>Modern Products Liability</i>: o entusiasmo do regime da <i>Strict Liability</i> ...	47
2.5.	Restatement (Second)	53
2.5.1.	A teoria da <i>Entreprise Liability</i> como arrimo da <i>Strict Liability</i>	56
2.5.2.	A noção de defeito no <i>Restatement (Second)</i>	60
2.5.2.1.	Entre o “defeito” e o caráter “ <i>unreasonably dangerous</i> ”: <i>Cronin v. J.B.E. Olson Corp.</i> e o defeito de concepção	66
2.5.2.2.	O apogeu da <i>products liability</i>	70
2.5.3.	A <i>Products Liability</i> como inspiração para o mundo europeu	75
2.6.	O caminho até o <i>Restatement of Torts (Third)</i> e o refluxo da <i>Products Liability</i>	78
2.6.1.	Críticas ao modo como foi elaborado o <i>Restatement (Second)</i>	79
2.6.2.	O teste da análise dos riscos e utilidades de John Wade	81
2.6.2.1.	Pontos positivos do <i>risk-utility test</i>	84
2.6.2.2.	<i>Metal Window Products v. Magnussen</i>	88
2.6.3.	O movimento de retração da <i>Products Liability</i>	89
2.6.3.1.	Entre juízes e engenheiros.....	93
2.6.3.2.	Crise dos seguros e o <i>MUPLA</i>	96
2.6.3.3.	Críticas ao teste das legítimas expectativas.....	99
2.6.3.3.1.	<i>Heaton v. Ford Motor Co.</i>	104
2.6.3.3.2.	<i>General Motors Corp. v. Simmons</i>	106
2.6.3.3.3.	<i>Turner v. General Motors Corp.</i>	107
2.6.3.3.4.	<i>Soule v. General Motors Corp.</i>	109
2.6.3.4.	O desenvolvimento do <i>risk-utility test</i> e o <i>reasonable alternative design</i> 111	
2.6.3.5.	A reaproximação com a <i>negligence</i>	114
2.7.	O <i>Restatement (Third)</i> e a noção atual de defeito nos Estados Unidos:	120
2.7.1.	Defeito de fabricação	124
2.7.2.	Defeito de concepção	131
2.7.2.1.	A eliminação dos testes das expectativas dos consumidores	134
2.7.2.2.	A Seção 3 e a sua afinidade com o mecanismo da <i>res ipsa loquitur</i> ...	136
2.7.2.3.	<i>Risk-Utility test</i>	138

2.7.2.4. <i>Reasonable alternative design</i>	140
2.7.2.5. A estratégia dos <i>Reporters</i>	149
2.7.3. Defeitos de Informação	153
2.7.4. Conclusões parciais sobre o <i>Restatement (Third)</i>	160
2.8. Considerações finais do capítulo	163
3. A RESPONSABILIDADE POR PRODUTOS DEFEITUOSOS NO BRASIL 167	
3.1. Visão panorâmica do Brasil e a proposta do capítulo	167
3.2. Responsabilidade civil pelo risco	171
3.2.1. Da culpa ao risco	173
3.2.2. O risco no Código Civil de 1916.....	176
3.2.3. O risco no Código Civil de 2002.....	179
3.2.3.1. O artigo 927, parágrafo único, e a atividade normalmente desenvolvida 185	
3.2.3.2. O artigo 927, parágrafo único, e a noção de risco criado	187
3.2.3.3. O artigo 931 do Código Civil.....	190
3.2.3.3.1. Alcance restrito da norma	191
3.2.3.3.2. Inovação legal e a posição minoritária	193
3.2.3.3.3. O defeito e a coerência sistemática do ordenamento	196
3.3. O CDC e a eleição da responsabilidade objetiva	199
3.4. Os elementos do fato do produto	205
3.4.1. Dano.....	206
3.4.2. Nexo de causalidade entre o dano e o defeito	208
3.4.3. Defeito	210
3.5. A noção de defeito e as suas balizas interpretativas	214
3.5.1. O sujeito das legítimas expectativas	221
3.5.2. Os fatores relevantes para a aferição da defectibilidade.....	223
3.5.2.1. A sua apresentação	224
3.5.2.2. O uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam.....	225
3.5.2.3. A época em que foi colocado em circulação	231
3.5.2.4. Standards governamentais	237
3.6. O nexo de imputação/fator de atribuição da responsabilidade do fornecedor	240
3.6.1. O risco é o nexo de imputação/fator de atribuição da responsabilidade objetiva 243	
3.6.2. O risco não é o nexo de imputação/fator de atribuição da responsabilidade objetiva no CDC	247
3.6.2.1. A posição jurídica do comerciante	249
3.6.2.2. O defeito como pressuposto e fundamento lógico	251
3.6.3. O defeito e análise dos padrões de conduta.....	259
3.7. Defeito de Fabricação	267
3.7.1. Testes para identificação do defeito de fabricação	269

3.7.2. Típico exemplo de responsabilidade objetiva.....	270
3.7.3. Riscos do desenvolvimento e lacunas do desenvolvimento.....	272
3.7.4. Corpo estranho no produto.....	275
3.8. Defeito de concepção.....	278
3.8.1. Testes para identificação do defeito de concepção.....	280
3.8.1.1. Produtos que violem disposições legais ou regulamentos.....	283
3.8.1.1.1. Câmaras de bronzamento artificial.....	289
3.8.1.2. Produtos com defeitos de concepção evidentes.....	290
3.8.1.3. Produtos complexos.....	292
3.8.1.3.1. Automóveis.....	294
3.8.1.3.2. O projeto de um toboágua.....	300
3.8.1.3.3. Cômодas.....	304
3.9. Defeito de informação.....	310
3.9.1. A base legal do direito à informação.....	310
3.9.2. O paradoxo do dever de informação.....	313
3.9.3. Testes para identificação do defeito de informação.....	315
3.9.3.1. Produtos inflamáveis.....	318
3.9.3.2. Sabão em pó e limpeza do chão.....	320
3.9.3.3. O trator sem assento especial.....	325
3.9.3.4. Medicamentos, produtos estéticos e efeitos colaterais.....	326
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	331
REFERÊNCIAS.....	340

1. INTRODUÇÃO

Hoje, em muitos sentidos, se vive a época mais segura da história¹. Ainda que vieses cognitivos e moralistas atuem para condenarmos o presente e absolvermos o passado, é inegável que a engenhosidade humana tem vencido os principais riscos à vida².

Como bem aponta Steven Pinker, fonte de referência destas observações iniciais, a humanidade se beneficia imensamente de esforços não celebrados que derrubam o número de mortes por todo tipo de lesão sofrida pelo homem. Assim, apesar de o inventor do *guard rail* em rodovias não ter recebido o Prêmio Nobel, e inexistir o costume de se conferir menção honrosa por serviços humanitários a quem, com maior clareza, redija bulas de medicamentos, resta evidente que suas contribuições representam avanço civilizatório na proteção das vidas das pessoas³.

Conforme a sociedade enriqueceu, permitindo que as pessoas acumulassem mais dinheiro, a engenhosidade, a tecnologia e o fervor moral passaram a salvar mais vidas, que se tornaram mais preciosas ao longo do tempo. Um grande retrato de tal mudança se extrai da redução de mortes em acidentes de trânsito. Mesmo com o aumento no número de veículos em circulação, elas diminuíram seis vezes nos Estados Unidos entre os anos de 1950 e 2009⁴.

Embora tais dados não despertem grande entusiasmo, o que pode talvez ser atribuído ao fato de as pessoas não darem tanto valor às “vidas estatísticas”⁵, a verdade é que a sociedade tem muito mais a comemorar do que a lamentar a evolução tecnológica e sua extraordinária contribuição para a segurança das pessoas.

De qualquer modo, mesmo que a sociedade tenha se tornado mais segura, *high-tech* e desenvolvida, todos os dias as pessoas sofrem diferentes tipos de acidentes ou morrem em razão do consumo ou do uso de produtos perigosos ou defeituosos.

¹ PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018, p. 208.

² PINKER, Steven. **O novo iluminismo**..., p. 208.

³ PINKER, Steven. **O novo iluminismo**..., p. 208.

⁴ PINKER, Steven. **O novo iluminismo**..., p. 217-218.

⁵ THALER, Richard H. **Misbehaving**. 1ª ed. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 26 e seguintes.

De um lado, pois, segurança e desenvolvimento; de outro, sociedade de consumo e suas implicações no campo da responsabilidade civil pelo fato do produto. E foram os Estados Unidos que, pressionados pelas circunstâncias, ligadas à evolução de sua indústria, desde logo se dedicaram ao enfrentamento do tema, despertando para incipientes ideias e teorias no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Conviria examinar a matéria à luz do sistema adotado entre nós, em termos de comparação, confronto, similitudes e dessemelhanças, na expectativa de lições que possam, em consequência, aflorar do contexto, a título de renovados aprimoramentos.

Assim, a presente pesquisa pretende, numa visão geral, voltada para o período de metade do século XX até os dias atuais, estudar os danos decorrentes de produtos e suas principais implicações para a responsabilidade civil.

Trata-se da tentativa de comprovar, por meio do contraste entre elementos determinantes dos sistemas judiciais norte-americano e brasileiro, a hipótese da ocorrência de reflexos nas formas de proteção das pessoas, e de suas diferenças, especialmente a partir dos testes adotados para identificação do caráter defeituoso do produto.

A tese, portanto, estabelecerá um paralelo entre os sistemas jurídicos de responsabilidade pelo fato do produto no Brasil e da *products liability* estadunidense, com o objetivo de se verificar como ambos os países buscam identificar os produtos defeituosos lançados no mercado de consumo; se há sugestivas diferenças entre as respectivas formas de proteção das vítimas; e se essas diferenças se refletem na resolução de casos concretos.

Em verdade, é ainda mais estreito o objeto da indagação: quer-se investigar se o desenvolvimento da *products liability* estadunidense guarda consonância com a evolução da responsabilidade pelo fato do produto no território brasileiro e se os testes lá adotados conseguem, com maior rigor, identificar o caráter defeituoso do produto.

Pautarão a pesquisa, como ponto de partida, a investigação sobre os fundamentos jurídicos dos respectivos modelos e especialmente a identificação de seus fatores de atribuição (nexos de imputação). Com efeito, a imposição, por via legislativa, a um agente econômico, da obrigação de reparar os danos causados ao consumidor em decorrência

de algum produto que fabrica, monta, importa ou vende no mercado, pressupõe a apreensão dos fundamentos dessa responsabilidade.

O direito, ao disciplinar a responsabilidade civil, não tem o poder de desfazer o acontecido, apenas define quem deverá suportar o dano: a vítima ou uma outra pessoa. Como expressa Pantaléon Pietro, “*indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo*”⁶. Alguém, afinal, sempre paga. Por isso, a imposição de tal responsabilidade não deve ser totalmente arbitrária. É preciso justificá-la⁷.

Quer dizer, não basta reconhecer a eleição da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), marco legal do estudo da responsabilidade civil pelos danos causados por produtos. Mostra-se necessário compreender o critério – quer seja a culpa, quer seja o risco, quer seja um terceiro elemento – utilizado para justificar a imputação do ônus de reparação de danos a determinadas figuras (fabricantes, montadores, importadores ou comerciantes).

A investigação desse fundamento pode se dar a partir da identificação do papel desempenhado pelo conceito jurídico de defeito no modelo de responsabilidade civil do CDC, que servirá para melhor compreender os limites e as estruturas da responsabilidade pelo regime do “fato do produto”. Para tanto, necessário analisar a relação entre a noção de defeito e a teoria do risco.

Tomando-se como início de largada os anos 1960 nos Estados Unidos, vitrine mundial da sociedade de consumo, serão apresentados, a partir da literatura jurídica e da jurisprudência norte-americanas, fatores históricos indispensáveis para a compreensão do modelo da *products liability*. Desse modo, a presença de informações históricas está diretamente conectada com os objetivos da tese, muito embora não se trate de trabalho histórico nem de pesquisa com pretensões historiográficas⁸.

⁶ PANTALÉON PIETRO, Ángel Fernando. **Cómo repensar la responsabilidade civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)**. AFDUAM, n. 4, 2000, p. 174.

⁷ PUSCHEL, Flavia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC: acidentes de consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 42.

⁸ A presença de elementos históricos também tem fins didáticos: “Há expressões e fatos que, embora sejam de conhecimento ordinário nos meios acadêmicos, podem não ser acessíveis para leitores de perfis variados. A presença de informações históricas e biográficas permite uma maior fluidez na leitura, dispensando-se a consulta a outras fontes. Evidentemente que tal finalidade não se aplica à Banca Examinadora”. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 24.

A análise comparativa com o sistema norte-americano se justifica pela importância da *products liability* no cenário mundial, visto que tal ramo da responsabilidade civil se mostrou terreno fértil para ricas discussões acadêmicas em torno da qualidade dos produtos e, por conseguinte, dos requisitos para o dever de indenizar, a exemplo do caráter defeituoso do produto.

E um dos fatores que provocam inquietude sobre o tema em estudo é a vagueza do conceito de defeito, que continua a demandar maior aprofundamento e cautela na aplicação do direito.

Portanto, é pressuposto compreender as noções básicas da *products liability* estadunidense a partir de seu longo e tortuoso processo histórico. Diferentes processos, testes e critérios lançados para encontrar a definição do que seja “defeito” poderão servir para melhor abordagem da temática no Brasil.

Trata-se de tarefa, em verdade, inovadora, mormente no atual estágio de amadurecimento da responsabilidade pelo fato do produto no Brasil, visto que não se encontra na doutrina nacional investigação sobre o desenvolvimento recente da *products liability* estadunidense e tampouco há maiores digressões sobre os diferentes testes de aferição da defectibilidade do produto.

Em suma, o campo de abordagem deste trabalho reside no estudo da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor, notadamente a perquirição sobre o conceito de defeito no Brasil e nos Estados Unidos. Consoante já mencionado acima, busca-se investigar o fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e identificar se os testes estadunidenses para avaliação do caráter defeituoso do produto alcançam melhores resultados, mais concretos e objetos e também compreendidos como aqueles em que há maior possibilidade de controle e sindicabilidade pelos intérpretes.

Considerando os limites da pesquisa, e em razão da ausência de uma suficiente unidade da matéria, não serão examinadas questões referentes à responsabilidade pelo

fato do serviço⁹. A delimitação do objeto do trabalho também deixa de fora os problemas típicos do regime dos vícios no Código de Defesa do Consumidor¹⁰.

Assim, o presente trabalho pode ser dividido em duas partes¹¹.

Na primeira, estudar-se-á o modelo da *products liability* norte-americana desde a sua origem, passando pela sua grande expansão até o estágio atual, estampado no *Restatement (Third)*¹². Proceder-se-á a um levantamento bibliográfico, seguido de revisão das principais obras e artigos que tratam das origens e desenvolvimento da *products liability* do direito norte-americano¹³. Sempre que possível, serão apresentados julgados marcantes e representativos da jurisprudência de sua época.

Na segunda parte do trabalho, voltada ao direito nacional, há uma breve exposição da evolução da responsabilidade civil brasileira, bem como das conexões com os dispositivos do Código Civil. Como ponto central, além de investigar a relação entre a teoria do risco e a noção de defeito, tem-se a pretensão de analisar o âmbito de incidência do defeito em face de outros requisitos e a fundamental importância de seu conceito para o regime de responsabilidade.

Para melhor compreensão da matéria, optou-se por utilizar a já conhecida divisão tripartite entre os defeitos de fabricação, de concepção e de informação, sobretudo

⁹ Quanto à dificuldade de se construir, a partir da noção de defeito, um regime uniforme de responsabilidade civil aos prestadores de serviços, ver REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 124, jul. – ago., 2019, p. 20-23.

¹⁰ A estreiteza do âmbito da pesquisa se justifica em vista da clareza do foco. Mesmo que se deixe de lado as inúmeras questões relacionadas ao mero mau funcionamento dos produtos, típicas dos vícios dos produtos, resta ainda um número suficiente de problemas difíceis para ocupar a atenção.

¹¹ No desenvolvimento do trabalho, busca-se, na medida do possível, seguir os passos de Dannemann para as pesquisas comparativas: 1) seleção: a) base de comparação; b) sistemas jurídicos; 2) descrição: a) regras e instituições jurídicas; b) contexto jurídico; c) contexto não-jurídico; d) resultados; 3) análise: explicação de diferenças e similaridades; aprendizado a partir dos sistemas jurídicos. DANNEMAN, Gerhard. **Comparative Law**: Study of similarities or differences? In: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Ed. by REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. Oxford/UK: Oxford University Press, 2006.

¹² *Restatement Third of Torts (Products Liability, 1998)*, abreviado, nesta pesquisa, *Restatement (Third)*. Literalmente uma reexposição, o *Restatement* constitui, em teoria, a formulação do estágio atual do *common law* pela doutrina (sobre um momento e assunto precisos). Os *Restatements* são redigidos pela *American Law Institute (ALI)*, composta por juristas renomados, e sob a direção de um *Reporter*.

¹³ O acesso aos livros e artigos estrangeiros, em sua maioria, se deu pelos portais eletrônicos Google Acadêmico, Google Livros, HeinOnline, JSTOR e pelos sites dedicados das revistas. Mantendo-se a linha adotada pela doutrina contemporânea, uma vez que as anotações referenciadas são completas e suficientes, “considerou-se igualmente desnecessário transcreverem-se para a notação bibliográfica as informações sobre o enlace e a data de acesso”. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., p. 32.

porque a classificação pode trazer consequências para o tipo de teste a ser aplicado na identificação do conceito de defeito. Sem olvidar os grandes esforços da doutrina para buscar a melhor utilização do teste das legítimas expectativas dos consumidores, adotado explicitamente pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁴, serão apresentados outros processos ou caminhos para a identificação do caráter defeituoso do produto, com destaque para os casos mais difíceis.

A pesquisa traz ao debate algumas reflexões extraídas dos testes dos riscos-utilidades (*risk-utility test*) e do design razoável alternativo (*reasonable alternative test*) norte-americano, e procura demonstrar as possíveis contribuições para o cenário nacional.

Na medida do possível, buscar-se-á descrever a ausência de uma clara definição do âmbito de incidência do defeito do produto em relação a outros requisitos, e a fundamental importância ou centralidade do seu conceito para o regime de responsabilidade, haja vista a ocorrência, às vezes, de errônea correlação entre defeito e responsabilidade pelo risco.

Ao se investigar a noção de defeito consentânea com o regime jurídico do CDC pode-se também aprimorar os critérios decisórios e afastar a aplicação retórica da teoria do risco. Parte-se do pressuposto de que o defeito, eixo da responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor, constitui verdadeiro alicerce do dever de indenizar. A teoria do risco, seja qual for a sua espécie (risco-proveito; risco da atividade), não é o fundamento único da responsabilidade civil nas relações de consumo, podendo ser restringida a algumas situações. Nesse cenário, a relevância prática da pesquisa consiste em colocar verdadeiramente em destaque a noção de defeito, deslocado, agora, do contexto da teoria do risco. Tendo isso em conta, o intérprete poderá melhor utilizar os testes apropriados para cada tipo de defeito, porque aprimorados os critérios decisórios.

¹⁴ Eis a previsão do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor: O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

2. PRODUCTS LIABILITY NOS ESTADOS UNIDOS

Este capítulo buscará, em termos gerais, apresentar as principais fontes históricas e o desenvolvimento do regime da *products liability* nos Estados Unidos, enfocando a sua atenção nos requisitos da responsabilidade civil até os dias atuais.

2.1. A relevância do sistema norte-americano da *Products Liability*

Antes de efetivamente se estudar o desenvolvimento do modelo da *products liability*, é necessário demonstrar os fatores sociais e estruturais que explicam a relevância do sistema norte-americano em escala mundial, bem como a possibilidade de se falar na unidade do tratamento da matéria.

2.1.1. Fatores sociais e estruturais

Berço da responsabilidade civil pelo fato do produto, os Estados Unidos ainda se mostram o país mais rico em história e desenvolvimento do sistema de reparação de danos por vítimas de produtos defeituosos. Diz-se isso não porque os seus resultados teóricos ou práticos sejam mais satisfatórios do que aqueles encontrados em outros países, mas porque os Estados Unidos, pioneiros no enfrentamento do tema, possuíam os fatores estruturais mais propícios para o seu desenvolvimento. Alguns desses fatores, de modo geral, serviram como fontes de inspiração para o mundo europeu.

País altamente industrializado, a sua economia pujante fez lançar no mercado – ao longo das últimas décadas – milhões de diferentes produtos, alcançando número extraordinário de consumidores dispostos a comprar e experimentar as novidades do momento. Desse modo, o grande volume de produtos fabricados e consumidos no país, principalmente se comparado com o estágio industrial dos demais países, fez do Novo Mundo o primeiro a se deparar com o problema dos produtos perigosos no mercado de consumo.

Esse processo de industrialização está diretamente ligado ao desenvolvimento da sociedade de consumo, caracterizada pela padronização dos produtos e pelo estímulo

ao consumo como força motora de um modelo econômico. A sociedade norte-americana, sobretudo após a II Guerra Mundial, passa a viver e buscar o *american way of life*, em que o consumo consiste no centro motor do desenvolvimento econômico e em aspecto relevante da vida das famílias e da sociedade¹⁵.

É verdade que acidentes por falhas de produtos perigosos também aconteciam em outros países. O Japão e os próprios países componentes da União Europeia – sociedades avançadas e industrializadas – também confrontaram uma profusão sem paralelos de novos produtos lançados no mercado, resultado do incrível avanço tecnológico e científico¹⁶. A Inglaterra, apesar de ser a terra da Revolução Industrial¹⁷, desenvolveu menos os estudos sobre a *products liability*. Assim, foram os Estados Unidos que, a partir da metade do século XX, primeiro identificaram e vivenciaram as consequências estruturais dos produtos perigosos.

Nessa linha, ainda que as bases do sistema norte-americano da responsabilidade, tanto contratual quanto extracontratual, sejam as mesmas do direito inglês, o enorme desenvolvimento industrial experimentado pelos Estados Unidos os fez atingir com mais velocidade o capitalismo maduro. Tais condições exigiram com maior intensidade a reformulação da responsabilidade do fabricante por produtos em circulação no mercado¹⁸.

Consequência dessa proliferação de novos produtos, o aumento de diferentes categorias de danos, atribuíveis a uma gama variada de eventos então desconhecidos no início do desenvolvimento do direito, se mostra marca característica da sociedade. Antes desconhecidos, surgem danos decorrentes de acidentes de trânsito, acidentes

¹⁵ Diferentes definições e abordagens sobre a sociedade de consumo podem ser encontradas em: BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008; BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Arte & Comunicação, 2014; SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Edipro: São Paulo, 2016; KAZAZIAN, Thierry. **Haverá a idade das coisas leves: design e desenvolvimento sustentável**. Tradução Eric Roland Rene Heneault. São Paulo: Editora SENAC, 2005.

¹⁶ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law: A Review of Basic Principles. **Missouri Law Review**. Volume 45. Fall 1980, p. 579-580.

¹⁷ HOBBSAWN, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6ª ed. Tradução de Donaldson Magalhães Gaschagen. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41.

aéreos, acidentes de trabalhadores com máquinas, acidentes domésticos, problemas de saúde em razão do uso de medicamentos, entre outros¹⁹.

Tal proliferação de produtos, portanto, gerou duas sérias demandas de ordem social: a prevenção aos acidentes e a alocação dos seus custos após ocorridos. Nos Estados Unidos, a prevenção aos acidentes passou a ser regulamentada com mais vigor, em alguns setores do mercado, a partir da década de 1960, enfatizando-se a padronização e as condições de segurança dos produtos vendidos²⁰.

No setor automobilístico, ganhou notoriedade no ano de 1965 o então jovem e desconhecido advogado Ralph Nader com a publicação de seu livro “*unsafe at any speed*”, que denunciava a relutância das grandes montadoras em aprimorar a segurança dos automóveis produzidos. Na publicação, Nader dedicou um capítulo para o Chevrolet Corvair, sucesso de vendas nos anos anteriores, alegando que a sua suspensão traseira era defeituosa, pois tornava o carro excessivamente instável ao fazer curvas, ponto que até hoje é controverso entre especialistas²¹.

No entanto, esse capítulo da história da *products liability* somente ganhou proporção em razão da postura da General Motors. Não tendo recebido bem as críticas, e preocupada em evitar propagação da ideia de se regulamentar tal setor do mercado, a empresa contratou detetives particulares para vasculhar a vida e tentar desabonar Nader, o que se mostrou um completo desastre midiático, pois a tática malsucedida veio à tona. Dessa barafunda, as vendas do Corvair despencaram, e o livro se tornou um best-seller, uma obra com efeito seminal para a imposição normativa de padrões mínimos de segurança²², tendo despertado o grande debate sobre o nível de segurança esperado dos produtos e como eles devem se comportar²³.

¹⁹ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 580.

²⁰ O autor faz referência a algumas normativas relacionadas a produtos inflamáveis, padrões de segurança de veículos automotores, padrões de segurança dos pneus, embalagens de produtos domésticos para proteção especial das crianças. KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 581.

²¹ NADER, Ralph. **Unsafe at any speed**: the designed-in dangers of the American automobile. New York: Grossman Publishers, 1965.

²² National Traffic and Motor Vehicle Safety Act of 1966.

²³ JENSEN, Christopher. 50 Years Ago, ‘Unsafe at Any Speed’ Shook the Auto World. **The New York Times**. Nova York: 26 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/27/automobiles/50-years-ago-unsafe-at-any-speed-shook-the-auto-world.html>.

Conforme explica Pinker, muito embora tenha havido algumas cruzadas morais para reduzir o número de mortos, estampando os fabricantes de veículos como vilões, nota-se que as reduções mais acentuadas de mortes ocorreram antes do ativismo e das legislações protetivas, de modo que a indústria automobilística esteve às vezes à frente de seus clientes e reguladores²⁴.

Ao mesmo tempo em que se iniciavam as regulações para prevenção de acidentes com produtos, também aconteceu uma grande revolução no direito no que tange à alocação dos custos, passando-se a melhor proteger as pessoas, imputando ao fabricante, com mais eficácia, a responsabilidade pelos danos decorrentes de produtos defeituosos²⁵.

Para ilustrar a realidade dos anos 1970, levantamentos estatísticos demonstram que, a cada ano, vinte milhões de norte-americanos sofriam lesões em suas residências pelo uso de bens de consumo. Desse total, trinta mil vinham a óbito e cento e dez mil se tornavam permanentemente incapacitados. No âmbito das relações de trabalho, sete milhões sofriam lesões em decorrência do uso de produtos perigosos²⁶.

Boa parte desses danos, diga-se, tem relação com defeitos de fabricação, isto é, desconformidades materiais (tangíveis) do produto em relação com aquilo que era desejado pelo fabricante (por exemplo, explosões episódicas de garrafas de vidro, produtos alimentícios contaminados, etc.). No entanto, atribui-se à análise dos defeitos de concepção (do próprio projeto ou design) do produto o *boom* do desenvolvimento da *products liability* nos Estados Unidos. Ricas discussões a respeito da segurança necessária de automóveis em caso de colisões, da ausência de dispositivos de segurança em produtos perigosos, da escolha dos materiais utilizados como o amianto, da temperatura excessiva de bebidas quentes²⁷, entre tantos outros, auxiliaram a projetar

²⁴ PINKER, Steven. **O novo iluminismo...**, p. 219.

²⁵ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law... p. 581.

²⁶ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product: A guide for management, design, and marketing.** Wiley-Interscience, 1978, p. 3.

²⁷ No célebre caso *Liebeck v. McDonald's Rests.*, uma senhora de 79 anos derramou café em seu colo ao tentar retirar a tampa da bebida e sofreu seríssimas queimaduras em razão da temperatura exagerada. Para uma completa análise do caso, sugere-se: MCCANN, Michael; HALTOM, William; BLOOM, Anne. *Java Jive: Genealogy of a Juridical Icon*, 56 **U. Miami L. Rev.** 113 (2001).

um novo assunto nas Cortes Americanas²⁸: a defectibilidade de produtos perigosos. Nessa conjuntura, também ganhou corpo o direito à informação dos consumidores e, por consequência, a responsabilidade civil pela ausência de advertências suficientes sobre os riscos dos produtos.

No seio político e econômico, as variações entre democratas e conservadores – e suas diferentes percepções sobre a necessidade de se regular ou não setores do mercado, bem como sobre a ideia de custos e competitividade – também se mostram fatores estruturais relevantes para compreender os Estados Unidos como o país referência para o estudo do desenvolvimento da *products liability*²⁹.

Diga-se que entrou para a história, no dia 15 de março de 1962, o discurso proferido pelo então Presidente dos Estados Unidos John Kennedy sobre os direitos dos consumidores e sobre a necessidade de adequação das normas de proteção contra produtos perigosos, como cosméticos e medicamentos³⁰.

Fatores outros, como a crise nos seguros de responsabilidade civil da década de 1980, atribuída em parte ao movimento de expansão da *products liability*, também serviram para forjar esse ramo do direito³¹.

Nos dias atuais, considerando o estágio de evolução da literatura e jurisprudência norte-americanas, bem como o ainda alto número de processos sobre a temática³², permanece o interesse mundial na *products liability* dos Estados Unidos.

²⁸ OWEN, David G. Design defects. **Missouri Law Review**. Volume 73, Issue 2, Spring, 2008, p. 294-295: “frequent claim of design defectiveness is the absence of some type of adequate safety device, such as a sufficient housing surrounding a power lawnmower, a mechanical guard or electrical interlock cut-off device on a dangerous machine,” or a “safety” on a gun.’ Much automotive products liability litigation challenges the design of motor vehicles, including the extent to which their designs are sufficiently “crashworthy” to provide their occupants adequate protection in the event of a crash”.

²⁹ Movimentos de expansão da responsabilidade do produtor também podem ser atribuídos ou, no mínimo, congruentes com o incremento do welfare state nos Estados Unidos sob a lógica do New Deal, especialmente após a II Guerra Mundial. Acerca dos aspectos históricos da moderna *products liability*, PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. **The Journal of Legal Studies**, vol. 14, no. 3, 1985.

³⁰ J Kennedy, ‘Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest’, 15 March 1962. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>.

³¹ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective**. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Washington, D.C., 2001, p. 10.

³² Jane Stapleton reconhece que o número de processos sobre *products liability* em âmbito europeu é bem menor se comparado com os processos que são julgados pelas Cortes americanas. STAPLETON, Jane. Bugs in Anglo-American products liability. In: **Product Liability in Comparative Perspective**. Edited by FAIRGRIEVE, Duncan. Cambridge University Press, 2005, p. 295.

2.1.2. A unidade do sistema norte-americano

A *products liability*, nos Estados Unidos, é abrangida pela *law of torts*³³, que representa, em termos gerais, a responsabilidade civil norte-americana. A moderna *law of torts* tem suas raízes na metade do século XIX, quando a frequência de acidentes cobertos pela *tort law* aumentou significativamente; e isso se deve, em grande parte, ao desenvolvimento das estradas de ferro.

A literatura jurídica estrangeira reconhece que os Estados Unidos foram o primeiro país a conceber a responsabilidade pelo fato do produto, designada sob o rótulo da *products liability*, como objeto de tratamento específico. Assim, a Europa da metade do século XX passou a dar maior atenção à análise norte-americana e, apesar do diferente contexto social, jurídico e econômico, verificou-se grande similitude entre o modelo europeu e o desenvolvimento da matéria do outro lado do Atlântico³⁴.

O direito norte-americano, resultante do direito inglês, pertence ao *common law*. Configura-se, em princípio, em direito jurisprudencial, fundado não em regras escritas, mas em precedentes judiciais. Tais decisões, somadas às diferentes normas estaduais, espalhadas pelos 50 Estados da nação, e também a algumas normas federais, denotam o caráter fragmentado do “direito americano” e podem confundir aqueles acostumados com o direito codificado e sistematizado. Trata-se, portanto, de Federação composta por 50 Estados, cada um com sua normativa própria e reagrupados numa Federação. Quer dizer, cada um possui sistema jurídico próprio, que se soma aos demais e ao sistema federal, formando 51 sistemas jurídicos. Os Estados possuem competência legislativa principal e as questões essenciais de direito privado (contratos, responsabilidade, etc.) são de sua competência. Assim, a responsabilidade pelo fato do produto é quase que exclusivamente do domínio dos Estados e escapa ao sistema federal³⁵.

³³ “Under the law of torts, one person has a claim against another if, through an action, exchange, or other interaction, the injured party has been harmed, which harm has been caused by the injuring party through some act or omission and which act or omission constitutes a breach of duty”. MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective...**, p. 10.

³⁴ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits: étude de droit compare**. Paris: L.G.D.J., 2004, p. 19.

³⁵ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 19-21.

Nessa linha, as regras de *products liability* são fundamentalmente determinadas pelas Cortes estaduais, responsáveis por desempenhar papel significativo na evolução do direito. Apesar de o direito federal impor alguns limites a certas áreas sujeitas à sua regulação, a exemplo de medicamentos e automóveis, ainda assim, o direito estadual – por meio de sua jurisprudência e de suas normativas – é fonte primeira das regras relativas ao fato do produto³⁶. Costumam ser lembradas pelo seu papel pioneiro as Cortes da Califórnia, Nova Jérsei e Nova Iorque³⁷.

Ainda assim, sem embargo dessa variabilidade de fontes, existe uma unidade do direito americano que autoriza a se falar de *products liability* e não de *products liabilities*. Segundo *Jéan-Sébastien Borghetti*, apesar da diversidade de jurisdições, o direito americano testemunha uma verdadeira unidade em matéria de responsabilidade pelo fato do produto. Isso se explica por alguns fatores: a existência de certas regras comuns nos Estados, com o desenvolvimento, a partir do século XX, da busca por uma legislação uniforme através de leis *Model Acts*; em matéria de *common law*, são fortes as influências de Estado para Estado, de modo que a jurisdição de um Estado não hesita em adotar a jurisprudência de outro Estado; a própria doutrina, ao abordar um assunto, trata o direito americano como um só, tentando fazer uma síntese das decisões existentes e propondo soluções aplicáveis a todos os Estados. De fato, não ignoram os doutrinadores certas diferenças, por vezes importantes, que podem existir nas jurisprudências, mas consideram, em regra, como variações de um tema único³⁸.

Na mesma linha, seria um exagero dizer que existem cinquenta e uma diferentes versões de regras de *products liability*. Em verdade, há uma grande uniformidade entre os Estados, no entanto, como também existem importantes diferenças, não é preciso e correto afirmar que haja uma única *US product liability law*. A doutrina, ao comparar

³⁶ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.). *European Product Liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies*. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 576-577.

³⁷ BERNSTEIN, Anita. **Product Liability in the United States Supreme Court: A Venture in Memory of Gary Schwartz**. 53 *S. C. L. Rev.* 1193 (2001-2002), p. 1194-1197.

³⁸ BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 20-23. Quanto às lições de René David a respeito do “postulado de unidade fundamental do direito norte-americano”, ver PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181-183.

modelos com outras nações, deve se dirigir às normas que ganharam maior aceitação nas diferentes jurisdições americanas³⁹.

Enfim, a unidade do direito americano se mostra fortemente valorizada pela existência dos *Restatements*. Um *Restatement*, conforme já apresentado, constitui, em teoria, a formulação do estágio atual do *common law* pela doutrina (sobre um momento e assunto precisos). Os *Restatements* são redigidos pela *American Law Institute (ALI)*, composta por juristas renomados, e sob a direção de um *Reporter*.

No Brasil, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, tratou de destacar a importância desse método de sistematização:

Observe-se, desde logo, que os *Restatements* se referem ao *common law* e objetivam expô-lo com tal cuidado e exatidão que os Tribunais e advogados neles possam confiar como um correto enunciado do direito vigente, cujos princípios, através deles, possam ser citados com clareza e precisão. Em nossa linguagem habitual, poderíamos chamá-los uma Consolidação da Jurisprudência, valorizada pelo prestígio intelectual, mas não oficial, da equipe incumbida de sua organização e atualização. Como o próprio nome indica, não é um simples digesto de decisões, mas uma acurada reformulação dos princípios e preceitos que dela derivam⁴⁰.

De todo modo, enquanto consolidação de cunho particular, os *Restatements* carecem de autoridade legislativa ou judiciária, tratando-se de trabalho meramente expositivo do direito vigente. Assim, mesmo quando os Tribunais aplicam o *Restatement*, a força vinculativa do princípio formulado não resulta dele, mas dessas decisões posteriores, que terão de ser compendiadas para novas citações⁴¹.

Hoje em dia, os *Restatements* cobrem o essencial do direito privado, com exceção do direito de família e sucessões. O primeiro trabalho de redação começou em 1923, sob responsabilidade de Francis Bohlen, e culminou com a publicação do *Restatement (First) of Torts* em 1939⁴². O *Restatement (Second) of Tort Law*, que teve papel decisivo na

³⁹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 577.

⁴⁰ LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. In: **Doutrina e jurisprudência**: Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, v. 1, n. 7, p. 7-11 1966. p. 9.

⁴¹ LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law..., p. 9-10.

⁴² SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation. **Hofstra Law Review**: Vol. 26: Iss. 3, Article 9, 1998. p. 744.

evolução da responsabilidade pelo fato do produto, data de 1965 e contou com a participação fundamental de *William Prosser*, *Page Keeton* e *John Wade*⁴³.

Como se verá, hoje é largamente admitido que a parte relativa a *products liability* corresponde menos ao estado da jurisprudência da época (começo de 1960) do que aos desejos de uma parte da doutrina marcada pela *enterprise liability*. Autores como *Prosser* e outros tiveram grande papel na sua elaboração e o redator da parte de *tort* convenceu os demais a respeito de um princípio de *strict liability*, o que veio a se tornar a Seção 402 A do *Restatement (Second)*⁴⁴.

Com a mesma visão, Jane Stapleton explica que a Seção 402 A do *Restatement (Second)* configurava uma reforma do direito forjada de cima para baixo, motivada não por pressões sociais ou forenses, mas pelo entusiasmo de um pequeno grupo de juristas que viram a oportunidade de fazer valer uma mudança no direito benéfica para todos⁴⁵.

Enfim, o *Restatement (Third)*, num primeiro momento, tratou substancialmente da responsabilidade pelo fato do produto⁴⁶. Também chamado de *Restatement of Products Liability*⁴⁷, publicado em 1998, e que, por conveniência, neste trabalho, será tratado por *Restatement (Third)*, oferece disposições diferentes para as discussões teóricas e práticas, deixando claro que o produtor ou distribuidor jamais será responsabilizado se o produto causador do dano não for reputado defeituoso⁴⁸.

Muito embora o American Law Institute observe que o *Restatement (Third)* tenha superado a sua versão anterior, ainda algumas Cortes Estaduais continuam a utilizar os standards da *strict liability* do *Restatement (Second)*⁴⁹.

⁴³ “Other than Dean Prosser, the two most prominent tort law scholars in the 1960s who shared a special interest in products liability law were Dean Page Keeton of the University of Texas and Dean John Wade of Vanderbilt University”. OWEN, David G. Design defects..., p. 354.

⁴⁴ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 32-33.

⁴⁵ STAPLETON, Jane. Bugs in Anglo-American products liability. In: Product Liability in Comparative Perspective..., p. 300.

⁴⁶ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 23. Registre-se que o *Restatement (Third)* vem sendo atualizado com diferentes assuntos. Em janeiro de 2019, o American Law Institute lançou novos projetos: “*Restatement of the Law, Corporate Governance, and three Torts projects, which will complete the ongoing Restatement Third, Torts. The three Torts projects are Defamation and Privacy, Remedies, and Concluding Provisions*”.

⁴⁷ *Restatement (Third)*.

⁴⁸ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**. Second Edition. 2016. Hornbook series. West Academic Publishing, p. 798-799.

⁴⁹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 582.

No mais, característica marcante da jurisdição americana é o julgamento por meio do júri, sendo talvez os Estados Unidos o único país a continuar a se valer de um grupo de jurados na área cível. No entanto, apesar de serem palco de cenas emocionantes e casos complexos muitas vezes levados para as telas dos cinemas e de programas de televisão, a realidade é que os júris civis decidem menos de um por cento dos casos julgados pelas Cortes americanas⁵⁰ e os índices vêm diminuindo nos últimos anos⁵¹.

Em *Minneapolis & St. Louis R. Co. v. Bombolis*⁵² a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu que os Estados americanos não são obrigados estabelecer o rito do júri civil, mas, ainda assim, muitas Constituições estaduais acabaram por definir o direito do cidadão ao júri cível em determinadas situações⁵³.

De toda forma, o direito do cidadão ter o seu caso julgado pelo júri pode ser renunciado. Explica a doutrina que, mesmo quando o advogado sente que são boas as chances do seu cliente ganhar a causa pelo rito do júri ou pela decisão do juiz, pode existir uma vantagem tática ao escolher um ou outro. Para tanto, precisará considerar a natureza da causa, as características das partes e das testemunhas, as paixões que circundam o julgamento, o tipo de jurado que possivelmente será escolhido, o histórico e as predileções do juiz de instrução, quando conhecido, entre outros fatores⁵⁴.

No campo da *products liability*, levar o caso a um grupo de jurados é tarefa conturbada, sobretudo em razão dos interesses em jogo e da complexidade muitas vezes presente nos casos. Trata-se, assim, de ponto limítrofe para advogados de acusação e defesa apresentarem suas teses para os jurados. O júri, na expressão idiomática, constitui o local “*where the rubber meets the road*”, em que muitas vezes se mostra essencial a tradução de conceitos técnicos complexos aos jurados⁵⁵.

⁵⁰ LERNER, Renée Lettow; THOMAS, Suja A. **The Seventh Amendment**. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-vii/interps/125>>.

⁵¹ Algumas razões podem ser levantadas para sustentar o declínio no número de processos julgados por meio do júri: despesas processuais, pressão para realização de acordos, o incentivo à resolução alternativa de disputas, o aumento no número de julgamentos sumários antecipados, fatores culturais e também o desejo de se escapar da imprevisibilidade do julgamento. HANS, Valerie P.; ALBERTSON, Stephanie. Empirical Research and Civil Jury Reform, 78 **Notre Dame L. Rev.** 1497 (2003), p. 1505.

⁵² *Minneapolis & St. Louis R. Co. v. Bombolis*, 241 U.S. 211 (1916).

⁵³ Para compreender a relação do júri civil e a Sétima Emenda: LERNER, Renée Lettow; THOMAS, Suja A. **The Seventh Amendment**...

⁵⁴ FRIEDENTHAL, Jack H, et. al. **Civil Procedure**: cases and materials. Eleventh Edition, 2013, p. 1105.

⁵⁵ “*One of the most critical – and least understood – factors driving American product liability law is the jury trial, a quintessentially American institution. While Congress, the state legislatures and the courts create*

Curioso mencionar que parte da doutrina, inspirada na crença popular, alega que os jurados tendem a simpatizar com a vítima e não com o fabricante, visto que muitas vezes conferem altas somas de dinheiro como forma de compensação e punição ao infrator⁵⁶. Ocorre que tal visão *pro-plaintiff* do júri revela um viés cognitivo (viés de disponibilidade), posto que estudos empíricos revelam que vítimas de produtos defeituosos costumam encontrar melhores resultados perante juízes e não jurados⁵⁷.

2.2. Visão geral das principais teorias e o foco no defeito

A *products liability* costuma ser considerada como uma das áreas mais incompreendidas e complicadas do direito⁵⁸. Sua abrangência compreende os fundamentos, as defesas e o alcance da responsabilidade daqueles que se propõem a produzir, fabricar e vender produtos causadores de danos, considerados defeituosos. Esse campo específico do direito chamou bastante a atenção dos juristas a partir dos anos 1960, em partes, pelo início do desenvolvimento das ideias de *strict liability* e, desde então, inúmeros livros, tratados e artigos enriqueceram o debate sobre as suas regras e teorias⁵⁹.

Como a compreensão da evolução da *products liability* depende das noções básicas a respeito das principais teorias da *tort law*, mostram-se necessários alguns apontamentos sobre a *negligence*, a *warranty* e a *strict liability*. Essas teorias, que

the legal framework that governs product liability law, the fundamentals of practicing in the area are animated by the understanding of how a jury of lay people will approach the two questions that are basic to every product liability claim: (1) was the product in question defective and, if so, (2) did it cause the injury of this particular plaintiff? What actually happens in a trial looks very different from – and often contrary to – what was intended by the legislators and judges who crafted the rules in the first place. In short, a jury trial is where “the rubber meets the road” in the product liability practice area. Thus, the skill set most important for a product liability lawyer is that acquired with experience with jury trials, because it adds the indispensable element of practical experience to what is otherwise just words in a law book”. PODESTA, Roger E. et al. **Leading Product Liability Lawyers: Product Liability Experts Share Their Knowledge on the Art and Science of Product Liability Law (Inside the Minds)**. Aspatore Books, 2003, p. 62.

⁵⁶ CLARK, Alistair M. **Product liability** (modern legal studies). London: Sweet & Maxwell, 1989, p. 20.

⁵⁷ CLERMONT, Kevin M.; EISENBERG, Theodore. Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism. (1992), **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 246, p. 1173. No mesmo sentido: VIDMAR, Neil. Are juries competent to decide liability in tort cases involving scientific/medical issues? Some data from medical malpractice. 43 **Emory Law Journal** 885-911 (1994); CLERMONT, Kevin M., Litigation Realities Redux, 84 **Notre Dame L. Rev.** 1919 (2009).

⁵⁸ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. The Ten Myths of Product Liability. **William Mitchell Law Review**: Vol. 27: Iss. 1, Article 17, 2000, p. 552.

⁵⁹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 797-798.

também podem ser chamadas de modelos ou regimes, dão sustentação aos pleitos dos autores em processos de responsabilidade civil, guardando, cada uma delas, particularidades próprias.

A *negligence* é um *tort* amplamente aplicável aos danos pessoais e danos à propriedade. Por isso, produtos que causassem danos a pessoas ou à propriedade também se incluíam no âmbito de aplicação da teoria da *negligence*⁶⁰. Em larga medida, pedidos baseados na *negligence* se valem das regras gerais da responsabilidade por culpa.

Quanto à teoria da *warranty*, pode-se mencionar a violação de uma garantia expressa ou implícita associada ao regime da *contract law*. A responsabilidade por violação de uma garantia, via de regra, configura responsabilidade objetiva, pois pode ser acionada mesmo que o réu tenha empreendido os esforços necessários e razoáveis⁶¹.

De acordo com Keeton, “*the whole notion underlying warranty was that the seller was representing something that was not true about his product, that he was misrepresenting the safety characteristics of his product*”⁶².

A partir do início da década de 1960, requerentes frequentemente se valem do regime da *strict liability in tort*, que configura a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa. Não se cogita, portanto, da existência de uma garantia, mas sim de uma questão de *tort law*. Mostra-se suficiente, para fins de responsabilização

⁶⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 577-578.

⁶¹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**... p. 797-798: “*To a large extent, the law of implied warranty has gradually merged with strict tort liability. For the purpose of drafting a complaint and presenting alternative theories to the court, warranty theories must be separated from others. For the purpose of outlining contemporary products liability law, the standards for determining merchantability under warranty law and the standard for determining whether a product is defective under tort law are largely interchangeable*”. Para maiores aprofundamentos, ver COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultados e de garantia**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, dez. 1967, nº 386.

⁶² KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., 1980, p. 588; Cite-se, ainda, o regime da misrepresentation: “*The misrepresentation claim is a little different. The idea is that the plaintiff relies upon a representation, perhaps on a label. For example, the plaintiff might use a ladder, relying on the label that says it can hold 500 pounds. If the ladder collapses with a load of 200 pounds, the plaintiff has a misrepresentation claim and perhaps a warranty claim (Restatement Second §402B). Neither claim requires proof that the defendant was at fault in making or designing the ladder*”. DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 798-799.

do fornecedor, demonstrar que o produto é defeituoso e que tal condição causou os danos⁶³.

Essas três teorias de responsabilidade civil serão citadas, nesta pesquisa, em língua inglesa, mas também, por vezes, em sua versão mais próxima da língua portuguesa. Respectivamente: responsabilidade subjetiva (ou negligência), regime das garantias e responsabilidade objetiva.

Tais teorias, diga-se, são costumeiramente levadas às Cortes de forma conjunta. Isto é, os autores buscam uma indenização por danos patrimoniais ou morais em razão de produtos defeituosos com base no regime da *negligence*, ou da *warranty*, ou da *strict liability in tort*.

Entretanto, muito embora a teoria da *warranty* possa servir de pano de fundo para impor responsabilidade em casos de defeitos do produto, sua fundamentação é tipicamente redundante daquilo que já existe em outros tipos de pedido. Como resultado dessa sobreposição ou coincidência de fundamentos, três equívocos podem ser notados.

Em primeiro lugar, o regime da *implied warranty* pode ser sujeito a limitações especiais previstas em normativas, a exemplo do *Uniform Commercial Code*, que impõe o prazo de quatro anos para buscar indenização. Importante revelar que tal prazo se inicia a partir da entrega do produto, e não da data do acidente, podendo variar de um Estado para o outro. Por consequência, deve-se examinar com cautela o direito aplicável, em conjunto com o tempo desde a venda do produto, para determinar se alguma limitação prevista impedirá o pedido de indenização⁶⁴.

Além disso, nem sempre as cláusulas de exoneração de responsabilidade são consideradas inválidas ou ineficazes em casos de danos pessoais. Encontradas nos contratos, manuais de instrução, embalagens, entre outros, tais cláusulas expressas devem seguir o padrão da UCC⁶⁵ (devem ser escritas e, notadamente, saltar à vista)⁶⁶.

⁶³ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 797-798.

⁶⁴ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. **The Ten Myths of Product Liability**..., p. 555.

⁶⁵ "To exclude or modify the implied warranty of merchantability or any part of it the language must mention merchantability and in case of a writing must be conspicuous, and to exclude or modify any implied warranty of fitness the exclusion must be by a writing and conspicuous. Language to exclude all implied warranties of fitness is sufficient if it states, for example, that "[t]here are no warranties which extend beyond the description on the face hereof". U.C.C. § 2-316(2).

⁶⁶ REYNOLDS, Kevin and Kirschman, Richard J. **The Ten Myths of Product Liability**... p. 556-557.

Por fim, salvo situações excepcionais a teoria da *implied warranty* não deveria ser levada ao Júri com outro pedido baseado na *strict liability in tort*. Instruir os jurados com múltiplas teorias que são praticamente indistinguíveis não é apropriado e causa confusão⁶⁷.

As anotações de Reynolds e Kirschman estão, de fato, em consonância com a época atual, especialmente no que diz respeito a se submeter apenas uma teoria para o júri, de modo a evitar desnecessária confusão⁶⁸. Entretanto, como se verá, a teoria da *warranty* foi se desenvolvendo e se adaptando à realidade dos Tribunais ao longo do tempo. Os seus obstáculos e as barreiras formais foram sendo ultrapassadas até se chegar a novos modelos, como a responsabilidade objetiva. De todo modo, convém insistir em que não é incomum, ainda hoje, encontrar pedidos de responsabilidade civil que cumulem diferentes teorias (*strict liability, negligence e warranty*), fato que também é reconhecido pelos próprios autores⁶⁹.

Veja-se, ademais, que a linguagem da defectibilidade (*defectiveness*) abrange a *negligence, a warranty e a strict liability tort*, muito embora a noção de defeito prevista no *Restatement (Third)* tenha tornado, por estratégia dos *Reporters*, prescindível a necessária identificação de seus fundamentos. De todo modo, fato é que tais teorias ainda servem frequentemente para diferentes propósitos, seja por questões práticas, seja por apresentar uma versão diferente para a Corte⁷⁰.

2.3. Early Products Liability

⁶⁷ REYNOLDS, Kevin and Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...* p. 558: "*Plaintiffs counsel obviously desires to submit multiple theories in an attempt to obtain two bites at same the apple, much like defense counsel will try to defend the matter using alternative and multiple defenses. However, instructing the jury with multiple claims which are practically indistinguishable is not legally proper, confuses the court and jury, and unduly emphasizes the plaintiffs theories of recovery. Accordingly, either implied warranty or strict liability should be submitted, but not both. If a plaintiff elects to proceed on a theory of strict liability, the implied warranty theory should be dismissed, and vice-versa. This result makes sense because the origins of strict liability were, to a large extent, premised upon avoiding the strictures of contractual privity applicable to warranty claims. Since strict liability was intended to supplant warranty in such cases, there is no proper justification to submit both claims in the same case for the same claim of defect.*"

⁶⁸ Restatement (Third), cmt. "n".

⁶⁹ REYNOLDS, Kevin and Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...* p. 558.

⁷⁰ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 798.

A fase da *Early Products Liability*, compreendida como as primeiras etapas do desenvolvimento desse campo próprio da responsabilidade civil, remonta aos primeiros debates sobre a teoria aplicável. Não é tarefa fácil precisar o momento em que esse ramo da responsabilidade ganha vida de forma autônoma, mas é certo que foram poucos os litígios sobre produtos defeituosos no começo do século XX.

Esse primeiro momento inicial da *Products Liability* vai até o princípio da década de 1960, quando começa a se desenvolver o modelo da responsabilidade objetiva, marcando o início daquilo que se convencionou chamar de *Modern Products Liability*.

Este tópico tratará exclusivamente da fase inicial, oportunidade em que irá se discorrer sobre os casos mais notórios, bem como apontar a superação de alguns obstáculos dos regimes da *warranty* e da *negligence*.

2.3.1. A derrocada da doutrina da *Privity*

De modo geral, até a década de 1960, existiam dois sistemas de responsabilidade nas estruturas legais do modelo norte-americano: a *contract-warranty theory* e a *tort-negligence theory*.

Na década de 1920, indenizações por danos sofridos em razão do uso de produtos eram essencialmente submetidas ao regime da *contract law*, que permitia somente ao próprio comprador do produto buscar eventual indenização por violação de uma garantia expressa ou implícita⁷¹. Essa restrição se devia à noção de *privity of contract*, que pode ser compreendida como o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Ou seja, os contratos celebrados entre as partes não aproveitam, nem prejudicam terceiros; os seus efeitos restringem-se exclusivamente às partes.

Assim, sob o fundamento da *warranty*, a pessoa que sofreu uma lesão física encontrava dois obstáculos. O primeiro resulta do fato de que, sob o regime da *contract law*, reconhece-se que a parte tem o direito de se exonerar de suas obrigações e limitar a duração e o modo de cumprimento de suas obrigações. Isto porque os estipulantes

⁷¹ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 461.

eram, em tese, livres para contratar, podendo afastar questões afetas ao defeito do produto⁷².

O segundo obstáculo para buscar indenização, que se mostra inclusive mais impactante para as vítimas de produtos perigosos, tratava da noção de que, sob o regime da *contract law*, somente aqueles que se encontravam em *privity to a contract* poderiam buscar indenização por violação da garantia. Nessas condições, o produtor estava praticamente imune de qualquer responsabilidade porque raramente vendia produtos diretamente para as pessoas que sofriam lesões pelo uso do produto. Portanto, esses dois obstáculos fizeram da *contract law*, em princípio, uma solução inútil e desvalorizada em casos de produtos defeituosos⁷³.

O alargamento do âmbito de aplicação da responsabilidade civil nos Estados Unidos se deve, entre outros fatores, à abolição da doutrina da *privity*, que permitia às vítimas somente processar diretamente as partes envolvidas na transação comercial⁷⁴.

Vê-se, assim, que o conceito de *privity* parte do pressuposto de que os produtores não são responsáveis pelos danos causados por seus produtos a não ser que houvesse uma relação contratual com a parte lesada⁷⁵. Em outras palavras, a doutrina da *privity* dispõe que a extensão das obrigações do fabricante só atinge o comprador imediato, o que não parece combinar com o desenvolvimento industrial e tecnológico, que distanciou cada vez mais o produtor do consumidor, inserindo vários intermediários na cadeia de distribuição⁷⁶.

⁷² KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 583-584. Sobre esse ponto, explica BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence. 33 **Vand. L. Rev.** 593 (1980), p. 595: "*If the suit was based on a warranty claim, courts required strict compliance with the technicalities of sales law. Thus, for example, proper notice had to be given by an injured consumer within a reasonable time after breach of the warranty as a prerequisite to maintaining a claim. All too often, the untutored consumer would find himself barred from bringing the action in warranty for failure to satisfy the stringent requirements imposed by the Uniform Sales Act, or later, the Uniform Commercial Code*".

⁷³ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., 1980, p. 583-584.

⁷⁴ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective**..., p. 10;

⁷⁵ SHEA, Michael. Products Liability: Strict Liability in Tort Notes and Comments. **Santa Clara Law Review**. Vol. 4. 1963, p. 219.

⁷⁶ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 594.

Num breve retorno ao passado, pode-se relembrar da frase de *Lord Abinger* quando, em 1842, ao tratar do famoso caso *Winterbottom v. Wright*⁷⁷, asseverou que “seriam absurdas e escandalosas as consequências, para as quais não veria limite”, caso fosse considerado que o réu que contratou com A se torna responsável perante B pela falha de A na execução do contrato⁷⁸.

Por isso, o domínio da responsabilidade civil extracontratual, no início, era extremamente restrito e, na ausência de relações contratuais, um grande número de comportamentos e consequências danosas restava sem nenhuma responsabilidade aos autores.

Foi, dessarte, sobre a base do direito contratual, especialmente com o direito de venda, que se resolveram a maior parte dos casos que batiam às portas do Judiciário. As Cortes desenvolveram então uma noção de garantia implícita e começaram a reconhecer a existência de uma *implied warranties of merchantability* e *implied warranties of fitness for a particular purpose* no contrato de venda⁷⁹.

Essas garantias impuseram ao vendedor uma responsabilidade sem culpa, pois este não poderia se exonerar da sua responsabilidade introduzindo provas de que teria agido com *reasonable care*. A *warranty of merchantability* se revelou um remédio bastante útil para os compradores de produtos defeituosos, mas a noção rigorosa da *privity of contract* que prevalecia à época limitou somente aos compradores o benefício da *warranty*. Isto é, os compradores sucessivos e os terceiros não adquirentes (*bystanders*) eventualmente lesados seguiam sem proteção⁸⁰.

⁷⁷ Essa decisão inglesa, de 1842, recepcionada pelo direito americano, afirmou que, em caso de dano causado por defeito de um bem entregue na execução de um contrato, toda ação fundada via tort of negligence dirigida contra o fornecedor seria afastada, pois a culpa do fornecedor constituiria incumprimento contratual. Isso acabou por privar o direito de indenização de todas as vítimas que não se encontravam em relação de *privity* com o fornecedor e que não podiam invocar as regras de responsabilidade contratual. BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 27.

⁷⁸ PROSSER, William L. The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer). **Yale Law Journal**, vol. 69, no. 7, June 1960, p. 1099-1100.

⁷⁹ “*Implied warranty may be viewed as strict liability in the sense that the plaintiff need not prove that a seller was negligent in the manufacture or sale of the product in order to state a cause of action. Plaintiff need only prove that the product was of unmerchantable quality-i.e., not fit for the ordinary purpose for which it was sold*” BIRNBAUM, Sheila. **Unmasking the Test for Design Defect...**, p. 594.

⁸⁰ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 25-26.

Durante muitos anos, a responsabilidade extracontratual do fato do produto se manteve num quadro bastante restrito em razão da aplicação da jurisprudência *Winterbottom v. Wright*. Com o tempo, entretanto, desenvolveu-se uma ideia de que existiria a obrigação de não causar danos físicos a outrem por sua própria culpa, independentemente de relação contratual.

Nas palavras de *William Prosser*, o que sucedeu no século seguinte, ou seja, a queda da cidadela da *privity*, faria *Lord Abinger* se revirar no caixão. O processo se iniciou por meio da criação, pelas Cortes, de exceções à regra geral de que não haveria responsabilidade para quem não estivesse em relação de *privity*⁸¹.

A mais importante das exceções partia da noção de que o vendedor de bens possuía um dever de cuidado (*duty of reasonable care*) – dado que o produto era *inherently or imminently dangerous* – a qualquer um que pudesse ter a expectativa de usar o produto⁸².

Em termos práticos, uma vez abolida a *privity*, o indivíduo que comprou uma motosserra com defeito de fabricação poderia processar diretamente o fabricante em vez do revendedor, assim como os trabalhadores de estaleiros que contraíram mesotelioma em razão do contato com amianto poderiam processar o produtor de amianto em vez do dono do estaleiro⁸³.

Até 1916, como visto, processos de *products liability* eram bastante limitados pela doutrina da *privity of contract*, que exigia do reivindicante a comprovação de existência de relação contratual com o réu.

Nesse ano, o icônico *MacPherson v. Buick Motor Co.*, julgado pela Suprema Corte de Nova York, iniciou o movimento de revogação das limitações da *privity* em processos

⁸¹ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...*, p. 1100. Com mais detalhes, Borghetti explica que tal primeira exceção à regra prevista em *Winterbottom* se deu no ano de 1852, nos Tribunais do Estado de Nova York, ao reconhecerem que fica a cargo do fornecedor de produtos *imminently or inherently dangerous* a existência de um dever de cuidado (*duty of care*) no que diz respeito a todos os utilizadores potenciais do produto. Tal jurisprudência se aplicou notadamente em casos de dinamite e substâncias venenosas. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 26).

⁸² PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...* p. 1100.

⁸³ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective...**, p. 10.

de indenização (*tort law*), permitindo que a pessoa lesada por um produto pudesse demandar contra o fabricante, mesmo sem relação contratual⁸⁴.

No célebre caso, o condutor de um carro se feriu num acidente causado por uma roda defeituosa. Ele ajuizou ação contra a fabricante do veículo, com a qual ele não possuía relação contratual, porque havia comprado o carro de um intermediário (revendedor).

Na ação, foi comprovado que o defeito da roda poderia ter sido verificado e descoberto por meio de uma inspeção razoável que, no caso, não tinha sido feita. A Corte condenou a fabricante a indenizar a vítima com fundamento na *negligence*, dando conta de que todo produto que se torna perigoso por uma construção negligente ou com culpa configura o conceito de produto *inherently dangerous*. No entanto, essa primeira exceção tratou de expandir o regime da responsabilidade extracontratual subjetiva para produtos *inherently dangerous* e somente quando comprovado que o comprador ou o intermediário não inspecionaria o produto quanto aos seus defeitos⁸⁵.

Nessa lógica, nota-se que a regra de *Winterbottom* foi derrubada parcialmente, pois, mesmo que não exista relação contratual, a vítima de produto defeituoso razoavelmente suscetível de causar dano pode agir com base na *negligence* diretamente contra o fabricante, em caso de sua culpa⁸⁶. Nota-se, assim, que *MacPherson v. Buick Motor Co.* se baseou na *negligence* e na responsabilidade civil extracontratual (*tort law*).

Ao se referir a este também famoso julgado, *Prosser* traça o *Judge Cardozo* como uma figura prestigiosa. Empunhando um poderoso machado, *Cardozo* derruba as muralhas da fortaleza e enterra de uma vez a regra geral da *Privity* embaixo de sua exceção⁸⁷, fazendo valer o que a doutrina também chamou de ponto de partida filosófico da *products liability*⁸⁸:

If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger. Its nature gives warning

⁸⁴ Por todos, GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 577.

⁸⁵ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, pp. 461.

⁸⁶ BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 26-27. Prefere-se, nesse trabalho, traduzir o termo *faute* como culpa, posto que, apesar de existirem ricas digressões sobre a distinção, sua compreensão como culpa é adequada e contributiva.

⁸⁷ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...* p. 1100.

⁸⁸ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 593.

*of the consequences to be expected. If to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser, and used without new tests, then, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully. . . . We have put aside the notion that the duty to safeguard life and limb, when the consequences of negligence may be foreseen, grows out of contract and nothing else. We have put the source of the obligation where it ought to be. We have put its source in the law*⁸⁹.

Diga-se que a importância do julgamento *MacPherson v. Buick Motor Co.* não se restringe à remoção de uma tecnicidade, isto é, não se trata apenas da superação de um obstáculo. A Corte, e sobretudo o Judge Cardozo, enfocou sua investigação naquilo que é fundamental para a responsabilidade civil: definir a natureza e a extensão dos deveres em jogo.

Portanto, não apenas se impediu que os meandros da *contract law* servissem a abrogar o dever de cuidado (*duty of care*) do produtor, mas também se firmou que imperativos de ordem social gerariam um *duty of due care* diretamente dos usuários daqueles produtos⁹⁰.

Assim, tal jurisprudência foi rapidamente adotada em outras Cortes dos Estados Unidos, tendo se expandido gradativamente para danos à propriedade, para proteger não só o comprador, mas também os seus empregados ou membros de sua família, assim como compradores subsequentes, outros usuários daquele produto ou até mesmo *bystanders*⁹¹.

Assim, *Winterbottom* e *MacPherson* colocam em jogo dois polos, contratuais e delituais, entre os quais a responsabilidade pelo fato do produto não cessou de oscilar nos EUA⁹². Em verdade, o próprio requisito da *privity* levou quase meio século para ser completamente abandonado, pois ainda requerida quando o produto causador de lesões tinha natureza que não carregava em si uma probabilidade de gerar danos⁹³.

2.3.2. Os regimes da *Negligence* e da *Warranty*

⁸⁹ *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

⁹⁰ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 593-594.

⁹¹ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...* p. 1101; SHEA, Michael. *Products Liability...*, p. 220.

⁹² BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait de produits...*, p. 26-27.

⁹³ SHEA, Michael, *Products Liability...*, p. 220; BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 594.

A *Products Liability* evoluiu da combinação entre a *warranty-contract law* e a *negligence-tort law*. Para compreender essa fusão, mostra-se conveniente demonstrar as suas características e particularidades que serviram ao desenvolvimento específico dos processos envolvendo produtos defeituosos nos Estados Unidos.

Inicialmente, convém registrar que as duas teorias evoluíram concomitantemente, isto é, não há um processo histórico linear em que uma teoria sucedeu a outra. Em verdade, como as vítimas de produtos defeituosos tinham a possibilidade de se valer de uma ou mais teorias, acabam variando bastante entre a utilização do regime contratual e do regime de *torts* para buscar a indenização.

Quanto às diferenças, a responsabilidade delitual, nos termos da *negligence*, demandava a violação de um dever de diligência e representava uma espécie de responsabilidade por culpa. Como visto, tal condição não era necessária na responsabilidade contratual, tipicamente objetiva, já que a violação de uma garantia não era equivalente à culpa. Em termos práticos, dada a complexidade técnica dos processos de produção contemporâneos, o consumidor tinha sérias dificuldades de comprovar a culpa do fabricante, logo, a responsabilidade delitual se mostrava eficaz somente para situações extraordinárias⁹⁴.

Apesar do sucesso da jurisprudência de *MacPherson v. Buick Motor Co.*, decidido sob os ditames da *tort law*, a maioria das decisões relativas a danos causados por produtos nas décadas de 1950 e começo de 1960 continuava a se justificar com fulcro nos fundamentos do direito contratual, restando ao campo da *negligence* uma extensão bem menor de aplicação⁹⁵.

Buscando se esquivar da difícil tarefa de ter que comprovar a negligência, muitos requerentes acabam se valendo de conceitos relacionados à *warranty* para definir que o produto não possuía uma qualidade suficiente. Tal doutrina da *implied warranty*, como visto, proporciona uma abordagem diferenciada para a vítima, já que essencialmente se aproximada da noção de responsabilidade objetiva. Entretanto, mesmo após o caso

⁹⁴ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civil et l'Assurance. Paris: IRJS, 2013, p. 226.

⁹⁵ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 462.

MacPherson, muitas vítimas não conseguiam obter indenização com fundamento na *breach of warranty* se não mantivessem alguma relação contratual com o produtor (relação de *privity*)⁹⁶.

De todo modo, o regime contratual, ao longo dos anos, no lugar de ser um escudo ao produtor (como no caso *Winterbottom*), se tornou uma arma nas mãos das vítimas, visto que, uma vez ultrapassados os seus obstáculos (como a efetiva superação do problema da *privity*), havia grande proximidade da *warranty* com a responsabilidade objetiva.

E tal responsabilidade sem culpa fundada na *implied warranty* se aplicou, em primeiro lugar, aos produtos alimentares (*food and drink cases*), reforçando a importância da *warranty-contract law* no desenvolvimento da *products liability*⁹⁷.

A Suprema Corte do Mississippi, já em 1927, enunciou que a *warranty* estava vinculada ao produto, e que ela o acompanhava no lugar em que se encontrasse (*Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*). Em termos gerais, tal lógica foi seguida e aceita em outros casos, que passaram a aceitar uma variação de *warranty*, sobretudo em julgados que tratam de comida (*food cases*). Segundo *Prosser*, foram esses processos que trilharam o caminho inicial para a gradual aceitação da *strict liability*⁹⁸.

Os Tribunais passaram a estender os benefícios das garantias contratuais, sobretudo das garantias implícitas, às partes não contratantes. Isso permitiu às vítimas se beneficiarem de um regime de responsabilidade objetiva, uma vez que o reconhecimento da violação da garantia não necessariamente era realizado a partir da culpa, resultando da simples diferença entre o produto entregue e o produto implícita ou explicitamente prometido⁹⁹. Dessa forma, a *warranty* criou uma espécie de

⁹⁶ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 594-595: “*Although the social policy considerations favoring elimination of privity were clearly established by MacPherson and its progeny, the fact that warranty concepts were grounded in contract law inhibited any parallel liberalization of the privity requirement in a cause of action based on a claim of unmerchantability*”.

⁹⁷ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...*, p. 1106; SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina 1990, p. 443.

⁹⁸ Em 1960, Prosser contava dezessete jurisdições que a aceitavam. PROSSER, *The Assault upon the Citadel...*, p. 1107.

⁹⁹ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 27. Borghetti detalha, ainda que, em 1934, a decisão *Baxter v. Ford Motor Co.*, da Suprema Corte de Washington, estendeu aos subcompradores o benefício das garantias expressas concedidas pelo fabricante. A Corte definiu que a afirmação figurava dentro de um folheto publicitário distribuído pela fabricante de um veículo, na qual dizia que o para-brisa era inquebrável. Considerou a fabricante responsável pelos danos sofridos pela pessoa

responsabilidade objetiva, pois a garantia significava uma promessa de segurança incondicional, em vez de uma mera promessa de cuidados habituais (*ordinary care*) para garantir segurança¹⁰⁰.

Tal evolução da jurisprudência, lastreada no regime da *warranty*, melhorou significativamente a situação das vítimas de produtos defeituosos, posto que não precisavam comprovar a culpa do fornecedor. O regime da *warranty-contract law*, quando despido de seus obstáculos formais, se mostrou caminho relevante na busca da reparação por consumidores e terceiros vítimas, especialmente nos casos envolvendo comidas e bebidas. No entanto, quando não se beneficiavam de alguma *warranty*, implícita ou expressa, o que os obrigaria a invocar o regime da *negligence*, tais vítimas poderiam se mostrar incapazes de provar a culpa do fabricante.

Vale repisar que a responsabilidade decorrente da violação de garantias expressas ou implícitas está relacionada ao regime contratual, não sendo aplicável ao regime da *tort law*. Ocorre que nem sempre a vítima podia se valer de uma *warranty*. Com vistas a ajudá-las, os Tribunais passaram, a partir do regime da *negligence*, a elevar o padrão de cuidado (*standard of care*) necessário dos produtores.

As Cortes desenvolveram o recurso ao *res ipsa loquitur*, que permitiria operar a inversão da carga probatória do *breach of duty* quando as circunstâncias autorizassem a presunção da existência da culpa do réu. Tal flexibilização das regras de prova se justificava no próprio controle do fabricante sobre o seu produto, controle esse que o tornava a pessoa mais apta a explicar, se necessário, a origem do defeito¹⁰¹.

Nada obstante, apesar de o regime da *negligence* comportar a doutrina da *res ipsa loquitur*, tal instrumento de facilitação da prova somente permitia ao júri extrair a culpa em determinadas condições, a exemplo de tipos de acidentes que só costumam acontecer se houver negligência. Em alguns processos envolvendo produtos, essas pré-

que havia comprado o veículo de um revendedor e que havia se machucado por uma pedra que atingiu o para-brisa (ficou em lascas). Tal responsabilidade afastou a privity, pois responsabilizou a produtora, mesmo sem culpa de sua parte, já que suas afirmações se revelaram erradas e que uma pessoa sofreu danos após ter confiado nas afirmações, seja comprador, seja utilizador. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 27-28.

¹⁰⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 578-579.

¹⁰¹ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel*..., p. 1.114; BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 28; BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect*..., p. 596.

condições não eram possíveis, restando às vítimas produzir a prova exata daquilo que ocasionou os danos¹⁰².

Veja-se que mesmo com o recurso da *res ipsa loquitur* a vítima poderia encontrar dificuldades: como os produtos passam por muitas mãos, por vezes se mostra impossível demonstrar que o produtor foi negligente e, ao contrário, fácil a este refutar a inferência levantada pela mera presunção¹⁰³.

Pode-se sistematizar, assim, que existem dois sérios obstáculos enfrentados pelas vítimas que buscam se valer da *tort-negligence theory*. Em primeiro lugar, a dificuldade de provar a negligência. Em segundo lugar, pelo menos até o início da década de 1960, o réu poderia alegar que cumpriu com o seu dever de cuidado (*duty of care*) ao demonstrar que alertou os compradores, por meio de avisos, sobre os riscos não-óbvios do produto¹⁰⁴.

Se o perigo ou defeito era latente, o dever de cuidado estava preservado pelo respectivo alerta aos compradores. A regra básica era de que, se o comprador sabia o que estava comprando em termos de riscos e perigos, então o fabricante havia cumprido com os seus deveres legais¹⁰⁵.

Nesse cenário, ainda que superados os principais obstáculos relacionados à existência ou não do contrato, sobretudo – em termos gerais – com a derrocada da *privity*, a aplicação do regime da *negligence* representou avanço na proteção das vítimas de produtos defeituosos. Entretanto, estudiosos perceberam a necessidade de ir além, rompendo-se os limites da *negligence* e passando a se adotar de maneira ampla o regime da *strict liability*, compreendido, em seus termos, como responsabilidade rigorosa, objetiva.

Da mesma forma, diante das substanciais modificações no sistema tradicional da *warranty*, que praticamente desnaturaram a natureza da *contract law*, a jurisprudência trilhou um novo passo a caminho da *strict liability*.

¹⁰² GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 579.

¹⁰³ SHEA, Michael, *Products Liability*..., p. 220.

¹⁰⁴ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law*..., p. 584.

¹⁰⁵ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law* ..., p. 584.

2.4. *Modern Products Liability*: o entusiasmo do regime da *Strict Liability*

*The path to strict product liability in tort was long, tortured, and tortuous*¹⁰⁶.

A evolução da *product liability* no direito norte-americano, vale esclarecer, não pode ser encarada como uma progressão serial. Como explica Leães, o modelo americano é resultado de uma complexa maturação plural e diacrônica, de vários critérios, com migração de modelos de uma área para outra. E desse influxo passaram a coexistir distintas estruturas de responsabilidade que se influenciam reciprocamente, dando lugar a complexos de significados que participam de duas ou mais valências¹⁰⁷.

Os regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty*, apesar das mutações desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, acarretavam sérias dificuldades às vítimas em seus intentos para buscar indenização. Mais do que isso, os objetivos políticos e de interesse público da época reforçavam o compromisso social por uma expansão da responsabilidade por produtos defeituosos, o que não seria possível de se atingir de maneira eficaz com os sistemas tradicionais¹⁰⁸.

No já referido artigo “*The assault upon the citadel: strict liability to consumer*”, escrito por *William Prosser* em 1960, o autor não só relata casos relevantes da *products liability*, como também posiciona o leitor no estágio em que se encontrava o debate sobre a aplicação do regime da *negligence* e a virada para a *strict liability*.

Prosser utiliza-se de uma metáfora. A cidadela – ou fortaleza – que antes ruiu com a derrubada da *privity*, passou a ser configurada no regime da *negligence*. Com muros altos e fortificações bem estruturadas, a *negligence* por muito tempo sofreu investidas. Conforme já destacado, o ataque iniciado pelos *food and drink cases*, por meio do regime da *warranty*, se sagrou vitorioso, fazendo prevalecer algo similar à responsabilidade objetiva (*strict liability*) neste setor específico¹⁰⁹.

Com o tempo, escritores lançaram seus ataques contra os outros portões da cidadela com objetivo de estender a responsabilidade objetiva para outros produtos além

¹⁰⁶ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**. 9ª edition. West Academic Publishing, 2015, p. 132.

¹⁰⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 41-42.

¹⁰⁸ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, 1980, p. 596.

¹⁰⁹ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...*, p. 1106-1110.

dos alimentícios. No início, as primeiras fissuras na parede pareceram pequenas e insignificantes, mas, com o tempo, por meio da analogia e extensão para outros produtos, multiplicaram-se os casos favoráveis ao regime da *strict liability*¹¹⁰.

No final da década de 1950, sete decisões reputadas espetaculares, inclinadas ao regime da *strict liability*, fizeram *Prosser* prever que o ataque à cidadela da *negligence* se mostraria um massacre, de modo que não havia mais que se falar em restrição da responsabilidade objetiva ao setor dos alimentos¹¹¹.

Nota-se, assim, a importância do momento em que foi publicado o artigo de *Prosser*. O final da década de 50 e início da década de 60 revelam esse momento de transição entre os regimes preponderantes da *negligence* e da *strict liability*.

De todo modo, dada a sua importância e reconhecimento, convém citar julgado anterior, datado de 1944, em que a opinião de um juiz ficou marcada na história.

Na célebre decisão *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, a Corte Suprema da Califórnia, sob o regime da *negligence*, invocou a doutrina da *res ipsa loquitur* para condenar a empresa pelos danos causados pela explosão de uma garrafa. Nenhuma novidade até aí.

No entanto, por meio da *concurring opinion*, espécie de registro de voto em apartado, o *Judge Traynor* foi mais longe do que seus colegas e estimou que a *tort law* não deveria se contentar em reconhecer o *duty of reasonable care* do produtor. Isto é, asseverou que a negligência não deveria servir como base para a indenização da vítima. Deveria então submeter o produtor a uma responsabilidade sem culpa em casos de danos causador por produtos defeituosos¹¹².

Para *Traynor*, o produtor se submete à responsabilidade estrita quando o produto lançado no mercado, que costuma ser utilizado sem inspeção pelo usuário, se mostra defeituoso e causa danos à vítima¹¹³.

Para ele, mesmo se não houver negligência,

public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the

¹¹⁰ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...*, p. 1111.

¹¹¹ PROSSER, William L. *The Assault upon the Citadel...*, p. 1112.

¹¹² SHEA, Michael, *Products Liability...*, p. 222.

¹¹³ SHEA, Michael, *Products Liability...*, p. 222.

*Market. It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business*¹¹⁴.

A sempre lembrada opinião do *Judge Traynor* menciona, portanto, a análise dos benefícios e dos valores da mudança do regime de *negligence* e *warranty* para *strict liability* a partir de quatro fundamentos: 1) a responsabilidade objetiva seria mais favorável à proteção das expectativas dos consumidores; 2) incentivaria a mudança de comportamentos (poder de dissuasão); 3) deduziria a negligência (*inferred negligence*), e 4) encaminharia para o consumidor os custos dos danos, que poderiam ser repassados no preço para todos os consumidores, tornando a compensação mais eficiente¹¹⁵.

A opinião de *Traynor* foi o primeiro indicador encontrado no Tribunal da Califórnia quanto à utilização do argumento da dispersão dos riscos (*riskspreading*) na relação entre consumidor e produtor¹¹⁶, isto é, se mostrou como uma semente plantada do regime da *strict liability*¹¹⁷.

Ainda assim, tratou-se de posição isolada que, por alguns anos, não encontrou eco nas Cortes americanas.

No tema da proteção aos consumidores, as Cortes continuaram sendo palco do duelo entre as soluções contratualistas e as soluções delituais (ou extracontratualistas) e, em 1960, na mesma época da publicação do artigo de *Prosser*, a decisão *Henningsen v. Bloomffield Motors Inc.*¹¹⁸, da Corte Suprema de Nova Jersey, adotou a solução

¹¹⁴ FARNSWORTH, Ward; GRADY, Mark F. **Torts: cases and questions**. Third Edition. Wolters Kluwer, 2019, p. 393. Para Borghetti, J an-S ebastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 28, ainda que tal decisão tenha acabado por passar quase despercebida na época, em seguida foi considerada como um giro decisivo na história da products liability. Pela primeira vez, foi sugerido por uma Corte Suprema que um produtor deve se submeter a uma responsabilidade delitual sem culpa por danos causados por produtos defeituosos (mesmo na ausência de men o a qualquer garantia dada pelo produtor).

¹¹⁵ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 580; WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability, in Symposium, Products Liability: Litigation Trends on the 10th Anniversary of the Third Restatement**, 26 Rev. Litig. 1067 (2007), p. 1067.

¹¹⁶ SHEA, Michael, Products Liability..., p. 223.

¹¹⁷ "The Strict Liability Seeds planted". AWAD, Abed. The Concept of Defect in American and English Products Liability Discourse: Despite Strict Liability Linguistics, Negligence Is Back with a Vengeance!, 10 **Pace Int'l L. Rev.** 275 (1998), p. 280.

¹¹⁸ *Henningsen v. Bloomffield Motors Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

contratualista mais radical, ao afirmar o princípio da transmissão das garantias por meio da circulação dos bens (*warranties running with the goods*). Valendo-se de questões de justiça social, bem como das condições modernas de mercado, entendeu a Corte que o produtor passa a ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor pela violação de uma obrigação contratual de adequação e segurança, que acompanharia o produto até as mãos do consumidor final¹¹⁹.

De acordo com a Corte, as regras tradicionais da *contract law* que exigem a leitura atenta das cláusulas contratuais e a vinculação forçada de seus termos refletem as implicações da liberdade de negociar, da capacidade de barganha e da liberdade de mercado. Ocorre que os métodos de contratação contemporâneos são configurados em contratos de massa padronizados, forjados por grandes empresas, e bastante prejudiciais aos consumidores, que acabam subjugados pelo poderio econômico e contratual do fornecedor¹²⁰.

Assim, os termos contratuais que buscam exonerar as garantias implícitas e excluir a responsabilidade civil por danos causados às pessoas despojam os contratos de todas as proteções substanciais em relação à qualidade dos bens. Tal tipo de contrato lança sobre o consumidor, aquele que possui menos meios de evitar os danos, os riscos dos produtos defeituosos. Por isso, um instintivo sentimento de justiça clama contra tal situação, de modo que a Corte definiu que os fornecedores não podem se valer do desproporcional poder de barganha para se eximir da responsabilidade, invalidando tais cláusulas prejudiciais aos lesados¹²¹.

Henningsen marca o efetivo fim da relevância da *contract law* com relação a produtos defeituosos que causam danos a pessoas. Seus fundamentos permitem a

¹¹⁹ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 595; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**..., p. 227.

¹²⁰ PRIEST. George L. The Invention of Enterprise Liability..., 508-510 : "According to the court, the traditional rules of contract law requiring parties to read contract terms carefully and enforcing such contracts to their letter reflect the implications of "free bargaining of parties who are brought together by the play of the Market, and who meet each other on a footing of approximate economic equality". Modern commercial life, however, is characterized by the standardizes mass contract, "which is used primarily by enterprises with strong bargaining power and position". The court reproduces a long passage from Kessler noting the inability of consumers to shop around and describing their effective subjugation at the hands of the stronger party. "The gross inequality of bargaining position occupied by the consumer in the automobile industry", concludes the court, "is thus apparent".

¹²¹ PRIEST. George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 508-510.

indenização com base nas garantias implícitas, mas repudia qualquer outro princípio contratual que se aplicaria aos produtos defeituosos. Como se pode observar, não existe uma base verdadeiramente contratual – isto é, consensual – para as garantias implícitas. Como resultado, a natureza consensual das garantias é totalmente imaginária¹²².

Quanto aos fatos, a condutora de um veículo, adquirido por seu marido, se machucou em um acidente e intentou ação contra o fabricante e contra o vendedor do carro. A Corte condenou os dois réus sem destacar suas negligências e mesmo que ausente qualquer relação contratual entre as partes. Os juízes invocaram a existência de uma garantia implícita relativa à segurança dos produtos, que acompanharia quem os detivesse¹²³.

A Corte se recusou a aplicar a cláusula contratual que excluía a *implied warranty* e, por essa decisão, se estendeu o benefício da *implied warranty* para as partes que não estavam em *privity* com o vendedor ou com o fabricante. Tal entendimento, portanto, foi estendido para todo tipo de produto, não havendo limitação a produtos alimentares ou artigos destinados ao corpo humano. No mais, seguindo-se as lições de Kessler, as cláusulas excludentes ou limitativas de responsabilidade foram reputadas sem efeito em relação aos consumidores¹²⁴.

Nota-se, assim, como foi extraordinária a simultaneidade entre a previsão de *Prosser* e a confirmação da tese pelo caso Henningsen. A doutrina mais empolgada ilustra tal acontecimento com a hipótese de que o trabalho de *Einstein* sobre a teoria da relatividade tivesse sido entregue aos seus leitores exatamente no momento do eclipse solar de 1919¹²⁵.

De todo modo, ainda que relevante, o caso Henningsen foi eclipsado pela célebre decisão em *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, de 1963, da Suprema Corte da Califórnia¹²⁶.

¹²² PRIEST. George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 509-510.

¹²³ PRIEST. George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 509-510.

¹²⁴ PRIEST. George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 508. Diga-se que a solução do caso Henningsen foi adotada pelo Uniform Commercial Code por meio de uma alteração em 1966 e codificada na seção 2-318. BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 29.

¹²⁵ PRIEST. George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 507.

¹²⁶ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* 59 Cal.2d 57.

Eis os fatos: por conta de uma falha no sistema de uma máquina poderosa que cortava madeira (entre outras coisas), o consumidor sofreu danos no rosto e processou a fabricante. No julgado, redigido por *Traynor*, então *Chief Justice* da Suprema Corte da Califórnia, autor da antes referida *concurring opinion* em 1944, os juízes da Califórnia decidiram que os prejuízos sofridos deveriam ser indenizados por meio da *strict liability in tort*, não importando, para fins de indenização, o fato de a vítima não ter contratado com o fabricante, que ela não tenha participado do próprio contrato e que não teria respeitado os prazos da garantia, considerados inoperantes.

Note-se que o fabricante acreditava que o seu argumento mais forte residia na falha da vítima em apresentar uma notificação no tempo hábil para alegar a violação de uma garantia¹²⁷. Tal rigoroso requisito pertencente ao regime da *contract law*, entretanto, foi assinalado como ilustrativo do ultrapassado caráter do regime das garantias

Dada a importância do julgado, convém citar trecho dessa decisão, que marcou o início da *strict liability in tort* nos Estados Unidos:

*A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect. That causes injury to a human being. [...] To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the Shopsmith in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the Shopsmith unsafe for its intended use*¹²⁸.

A Suprema Corte da Califórnia, portanto, definiu que a *strict liability in tort* não é regida pela lógica das garantias contratuais, mas sim pelo princípio da distribuição dos riscos. Essa fórmula passou a ser conhecida como “*Greenman rule*” e foi citada repetidamente por diversos autores e Cortes¹²⁹.

Assim, a sequência de *Henningsen* e *Greenman* não foi acidental. A deslegitimação do contrato em *Henningsen* tornou possível, se não irresistível, a adoção de uma fundamentação pura nos *torts* na decisão *Greenman*. Em retrospectiva, *Greenman* é

¹²⁷ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 510.

¹²⁸ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 64, 377 P.2d 897.

¹²⁹ COLEMAN, Charles L. *Recent Developments, Products Liability - Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product "Unreasonably Dangerous"* - *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 121, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972), 49 **Wash. L. Rev.** 231, 1973, p. 232.

apenas uma implicação lógica de Henningsen¹³⁰ que revela os frutos colhidos da semente plantada no caso Escola¹³¹.

No mais, ao indicar que o princípio geral da responsabilidade delitual deixou de ser subjetivo e passou a ser objetivo, foram abandonadas as soluções contratualistas, consideradas por alguns obscuras e confusas¹³².

A importância do julgado pode ser extraída das próprias publicações da época, a exemplo do artigo publicado por Michael Shea em 1964. Mesmo um ano após a publicação da decisão, já se conseguiu reconhecer a força do julgado: a uma, porque *Traynor* já não estava mais sozinho – o regime da *strict liability*, que por vinte anos defendeu sozinho, foi acolhido por todos os juízes, não havendo votos dissidentes; a duas, porque a teoria segue a tendência da Corte de afastar a doutrina da *privity*. Por fim, e este considerado o argumento mais importante, a Corte descartou as concepções tradicionais de *negligence* e *warranty*¹³³.

Verifica-se, assim, a importância do caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, que serviu de inspiração para o fundamento previsto no *Restatement of Torts (Second)*, publicado em 1965.

2.5. *Restatement (Second)*

*Prosser and the other founders conceived of section 402A as a means to transport the strict liability of implied warranty into tort law, stripping warranty of its contract impediments in the process*¹³⁴.

¹³⁰ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 508.

¹³¹ “The strict liability seed bears fruit” AWAD, Abed. *The Concept of Defect in American and English Products Liability Discourse: Despite Strict Liability Linguistics, Negligence Is Back with a Vengeance!*, 10 *Pace Int'l L. Rev.* 275 (1998), p. 281.

¹³² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain*. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux...**, p. 229. Ademais, o julgado *Greenman vs. Yuba*, de acordo com Borghetti, marcou o triunfo da *enterprise liability*, sendo descartado o recurso ao direito contratual e justificada a utilização da *strict liability* (BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 32).

¹³³ SHEA, Michael, *Products Liability...*, p. 225.

¹³⁴ GREEN, Michael D. *The Unappreciated Congruity of the Second and Third Torts Reinstatements on Design Defects*, 74 **Brook.L.Rev.**(2009), p. 812.

William Prosser foi o *Reporter* do *Restatement (Second)* tendo sido, posteriormente, acompanhado por *Wex Malone*, *Page Keeton*, *Clarence Morris*, *Fleming James*, *Roger Traynor* e, finalmente, por *John Wade*¹³⁵. Enxuto, o texto é formado por uma seção única (Seção 402 A), que conta com apenas dezessete comentários, e se tornou a seção mais frequentemente citada entre todas as matérias de todos os *Restatements*¹³⁶.

A Seção 402 A simboliza, a um só tempo, a expansão da *products liability*, o ponto de chegada de uma evolução iniciada no início do século XX, e o ponto de partida de incrível evolução jurisprudencial¹³⁷. Até então, processos para compensação de danos à integridade física ou ao patrimônio causados por produtos eram tipicamente incluídos no regime da *negligence* e (ou) no regime de *breach of warranty*¹³⁸. Isto é, o standard da responsabilidade objetiva previsto na Seção 402 A transformou o campo da *products liability* de mero coadjuvante da *warranty law* em uma enorme fonte do direito moderno¹³⁹.

O processo *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, entre outros fatores, teve um efeito catalisador para a adoção do regime da *strict liability in tort* na Seção 402A do *Restatement (Second)*, que rapidamente foi adotado pela maioria das Cortes nos Estados Unidos e também por outros países¹⁴⁰.

Eis o que dispõe a primeira parte da § 402 A do *Restatement (Second) of Torts*:

§ 402 A – (1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

¹³⁵ PRIEST, George L. *Strict Products Liability: The Original Intent* (1989). **Faculty Scholarship Series**. 611, p. 1308.

¹³⁶ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 139.

¹³⁷ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 24.

¹³⁸ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 577-578.

¹³⁹ PRIEST, George L. *Strict Products Liability: The Original Intent* (1989)..., p. 1301-1302: “*The influence of the tort law revolution of the 1960s on compensation goals has been equally dramatic. The United States has never adopted the society-wide injury compensation systems common to most other Western industrialized nations. Yet, following the tort law revolution, courts aspire to use the civil justice system to provide compensation broadly to injured persons*”.

¹⁴⁰ WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability**..., p. 1068.

O comentário “n” da § 402 A do *Restatement (Second) of Torts* faz questão de assinalar que “a responsabilidade mencionada nesta seção não se fundamenta na negligência”.

A lógica fundamental do novo modelo parte do pressuposto de que, como os produtores se encontram na melhor posição para controlar e eliminar os riscos oriundos de produtos defeituosos que podem ocorrer na linha de produção, não parece irrazoável ou mesmo injusto impor a eles os incentivos econômicos para desenvolverem sistema de controle de qualidade mais eficiente possível. Além disso, mesmo quando acontece um defeito ocasional, o encargo pelo resultado danoso pode ser melhor suportado pelo produtor do que pelo próprio consumidor¹⁴¹.

Desse modo, a regra enunciada em *Greenman vs. Yuba Powers* e replicada no *Restatement (Second)* não é exauriente, ou seja, a vítima deve apresentar determinadas evidências para poder se valer de sua inteligência¹⁴².

Nas palavras de *Traynor*:

*To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the [product] in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the [product] unsafe for its intended use*¹⁴³.

De acordo com a Seção 402 A, o requerente poderia mostrar o defeito do produto mesmo sem adentrar na discussão sobre a *negligence*. O foco, portanto, se voltava às condições do produto, e não à conduta do produtor.

Assim, o demandado é responsável por um produto defeituoso ainda que não houvesse qualquer culpa. Ao mesmo tempo, o simples fato de o produto ser perigoso não o torna defeituoso: facas não são defeituosas pelo fato de serem afiadas, nem armas pelo fato de propulsionarem projéteis¹⁴⁴.

¹⁴¹ “While it would be irrational to say that society expects defect-free production runs, it is not unreasonable to require that the manufacturer foot the bill for injuries that result when an inadvertently defective product causes harm, notwithstanding his due care efforts. The manufacturer can spread the risk through insurance and price adjustments, whereas the injured individual might suffer a crushing financial blow underwriting the loss himself”. BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect*..., p. 596.

¹⁴² SHEA, Michael, *Products Liability*..., p. 225.

¹⁴³ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 64, 377 P.2d 897,

¹⁴⁴ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts*..., p. 805.

Veja-se que o *Restatement (Second)* tentou capturar essa ideia ao dizer que o produto precisa ser tanto excessivamente perigoso (*unreasonably dangerous*) quanto defeituoso. E essa questão – de se exigir o caráter excessivamente perigoso – não buscava importar o pensamento baseado na *negligence*, mas insistir que produtos perigosos não são necessariamente defeituosos e que o defeito é de fato necessário¹⁴⁵.

2.5.1. A teoria da *Entreprise Liability* como arrimo da *Strict Liability*

Com a adoção e o desenvolvimento da nova teoria para os produtos defeituosos, as décadas de 1960 e 1970 representaram uma verdadeira revolução para o direito norte-americano.

A afirmação da autonomia do (sub)sistema de responsabilidade civil do fato do produto foi descrita como uma mudança dramática e a eleição da responsabilidade objetiva tornou o seu caráter ainda mais revolucionário, tendo como expressão mais significativa a Seção 402 A do *Restatement (Second)*¹⁴⁶.

Parcela da doutrina, no entanto, entende que a Seção 402 A não foi considerada um texto revolucionário, pois significou mera alteração nas regras contratuais. O novo regime, em verdade, pode ser visto como uma simples transposição da *warranty* contratual, liberta e desembaraçada de suas características incômodas¹⁴⁷. Na mesma linha, a imposição do regime de responsabilidade objetiva foi vista por muitos adeptos como uma razoável extensão dos precedentes anteriores que envolviam a *negligence*, a exemplo da facilitação da prova da culpa por meio da *res ipsa loquitur*¹⁴⁸.

¹⁴⁵ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 805. Coleman, por sua vez, assevera que o novo elemento acrescentado – *unreasonably dangerous* – pelo *Restatement (Second)* não havia sido mencionado no julgado *Greenman*. As críticas a essa inovação serão expostas em tópico próprio. COLEMAN, Charles L. Recent Developments, Products Liability—Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product "Unreasonably Dangerous"..., p. 232.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**..., p. 220-221.

¹⁴⁷ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 37. Entre os obstáculos do regime contratual, lembre-se a possibilidade de o vendedor prever cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade e a obrigação de a vítima dar conhecimento do dano ao vendedor em certo período de tempo.

¹⁴⁸ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 579.

Se o propósito do *Restatement* é, entre outros, a agregação dos entendimentos predominantes nas Cortes, o seu texto, por certo, não deve trazer novidades. A revolução do direito norte-americano dever ser compreendida, portanto, no que diz respeito à mudança das teorias aplicadas que já haviam se iniciado nos últimos anos. De um lado, não se pode dizer que houve uma ruptura brusca e abrupta no entendimento consagrado, posto que, no mínimo, entre os anos 1960 e 1964 prevaleceu a lógica da responsabilidade estrita. De outro lado, não precisa se conferir caráter espetaculoso ao novo regime já que, de fato, muito se assemelha à mera superação dos obstáculos do regime da *warranty*.

Concorda-se, assim, que o *Restatement (Second)* fez constar o regime de responsabilidade de natureza extracontratual objetiva, instituidora de novo regime que se adicionou ao regime da *warranty* e da *negligence*, sem os substituir. Nesse cenário, diferentemente do regime da *negligence*, não poderia o fornecedor escapar de sua responsabilidade se provasse que agiu com o devido cuidado na preparação e na venda do produto. No entanto, tal responsabilidade não era “puramente causal”. Quer dizer, não bastava que o fornecedor tivesse intervindo na aparição do prejuízo para acionar sua responsabilidade¹⁴⁹.

Não se pode negar, ademais, que o caminho trilhado para se chegar até a responsabilidade objetiva passou por diferentes justificações. Quer dizer, não havia uma razão universal e uniforme com vistas a se alcançar uma concepção única de *strict liability*. De todo modo, as diferentes justificativas serviram para destacar a necessidade de expansão do então modelo de *products liability* para facilitar a compensação das vítimas de produtos defeituosos¹⁵⁰.

A aparição da *strict liability in tort*, em matéria de responsabilidade pelo fato do produto, pode ser ligada ao sucesso doutrinário da teoria da *enterprise liability*, que dominou a doutrina americana no campo da responsabilidade civil durante décadas. Em termos gerais, trata-se de proceder a uma repartição dos riscos por meio dos seus custos no próprio preço dos produtos ou serviços (repartindo entre os consumidores). A teoria

¹⁴⁹ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 34.

¹⁵⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 580.

da *enterprise liability*, portanto, repousa sobre duas ideias principais: a atribuição à empresa dos custos dos prejuízos que elas geram (internalização dos custos) e a repartição dos riscos¹⁵¹.

Tal teoria encontra suas origens no começo do século XX, nos EUA. Nessa época foram previstas leis contra acidentes trabalhistas que previam indenização automática ao operário consistente em uma soma mínima que ele poderia receber em caso de processo; tais leis constituem marcos evolutivos da responsabilidade civil. Com efeito, naquela época, em geral, não existia responsabilidade sem culpa na esfera extracontratual e foi só a partir dos anos 1930 que alguns autores começaram a aplicar o princípio da *enterprise liability* na hipótese em que uma empresa causasse prejuízo ao consumidor por meio de seus produtos¹⁵².

A partir da metade da década de 1950, a teoria da *enterprise liability* ganhou corpo, contando com maior apoio no meio acadêmico, e começou a convencer a jurisprudência a aplicar aos prejuízos causados por produtos os princípios da *enterprise liability*. Fleming James Jr., então o autor americano mais influente em *tort law*, fez valer que os produtores e distribuidores deveriam ser responsáveis pelos prejuízos causados pelos produtos, mesmo sem culpa, pois eles eram os melhores posicionados para prevenir tais danos, para responder pelos danos, e para repartir os custos entre os consumidores através do preço dos produtos¹⁵³.

Com uma visão mais ampla de distribuição dos riscos, James Jr. defende que a *strict liability* deve prevalecer sobre o regime baseado na culpa quando há uma empresa ou atividade benéfica a muitos, que acaba inevitavelmente causando acidentes e danos a pessoas, sobretudo quando tais vítimas não são capazes de aguentar os prejuízos. E esses impactos vão muito além de perdas individuais, pois colocam em questão um significativo problema social, de modo que a *strict liability* ajudaria a diminuir o número de acidentes e facilitaria a administração da distribuição dos prejuízos¹⁵⁴.

¹⁵¹ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 30.

¹⁵² BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 30-31.

¹⁵³ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 463-465. JAMES JR., Fleming. General Products – Should manufacturers be liable without negligence? **Tennessee Law Review**. Vol. 24. Spring, 1957, p. 923-927.

¹⁵⁴ JAMES JR., Fleming. General Products – Should manufacturers be liable without negligence?..., p. 923. Fleming James Jr faz menção ao trabalho de Ehrenzweig, escrito em 1951 e republicado em 1966. Esta

Para Fleming James Jr., mesmo que a responsabilidade sob a teoria da *warranty* pudesse ser considerada objetiva, no sentido de que não seria necessária a demonstração da negligência, ainda assim não significava que o produtor fosse responsável por todos os seus produtos. A *enterprise liability*, muito embora não deva ser ilimitada, deveria ser estendida para todos os acidentes e perigos que são injetados na sociedade pela atividade da empresa, ao menos no que toca aos riscos razoavelmente previsíveis¹⁵⁵.

A teoria da *enterprise liability* se beneficiava então de convergir as reflexões doutrinárias sobre *contract* e *tort law*, na mesma linha do artigo já tantas vezes mencionado, *The Assault upon the Citadel*, de *William Prosser* – em que defende o abandono do recurso da *warranty* em matéria de danos causados por produtos e invoca o desenvolvimento da *strict liability*¹⁵⁶.

Assim, no curto período de 1960 a 1964, modificaram-se substancialmente as fontes dominantes do direito ligadas à responsabilidade por produtos defeituosos. Até o final da década, tais mudanças representaram a revogação dos anteriores paradigmas, tornando obsoleta a *contract law* e ultrapassada a noção de negligência. A responsabilidade dos produtores por danos causados por seus produtos aumentou consideravelmente e, ao mesmo tempo, diminuíram as obrigações dos consumidores¹⁵⁷.

Portanto, após as decisões *Henningsen* (de natureza contratualista) e *Greenman* (de natureza delitual), boa parte da doutrina se filiou à corrente da responsabilidade objetiva na esfera extracontratual. A ideia da *enterprise liability* serviu não só como mecanismo de política social¹⁵⁸, mas também de fundamento universal para justificar a *strict liability* em 1965, com a adoção da Seção 402 A do *Restatement (Second)*. Tal vertente constituiu, durante anos, a edição mais popular da doutrina americana até o final

versão se encontra disponível para acesso na internet. Negligence Without Fault. Negligence without Fault, 54 *Calif. L. Rev.* 1422 (1966).

¹⁵⁵ JAMES JR., Fleming. General Products – Should manufacturers be liable without negligence?..., p. 927.

¹⁵⁶ Em tom crítico, Priest afirma explicitamente que as propostas de Prosser são derivadas de Fleming James Jr. e Friedrich Kessler, mas Prosser acabou por alçar um lugar mais prestigioso na história do direito, tendo influenciado diretamente os rumos da products liability. Para compreender o desenvolvimento da Products Liability de 1900 a 1950, bem como a importância de James e Kessler, PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 465-505.

¹⁵⁷ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 462.

¹⁵⁸ Em primeiro lugar pelas Cortes, e depois pelos próprios reguladores. Para maiores detalhes: PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 463.

dos anos 1970 quando a *enterprise liability* e seu corolário (a *strict liability*) foram reconsiderados pela doutrina, sobretudo pela análise econômica do direito. Mas se pode dizer que sua adoção foi generalizada na década de 60 e começo de 70¹⁵⁹.

2.5.2. A noção de defeito no *Restatement (Second)*

Pode-se perceber, de tudo que já fora exposto, que o regime instalado pela *products liability* vem a atender corretamente à necessidade de se conferir maior proteção aos consumidores e vítimas de produtos defeituosos. Resultado de uma exigência social e político-jurídica, a imposição de maiores rigores aos critérios de imputação buscou elevar os níveis de segurança dos produtos, mas é importante sublinhar que o fato de um produto ser perigoso não conduz necessariamente à ideia de defectibilidade inerente a esse produto.

Depois de *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, as Cortes e a doutrina passaram a efetivamente reconhecer que a questão central no regime da *strict products liability* é a definição a ser dada ao termo “defeito”, que se mostra a verdadeira essência desse novo modelo¹⁶⁰.

Não há dúvidas de que as Cortes poderiam se valer das razões políticas e sociais inerentes ao caso *Greenman*, bem como da lógica aplicada pela teoria da *enterprise liability*, para estabelecer o fundamento a ser utilizado em outras ações. Ocorre que o raciocínio estampado naquele julgamento emblemático não forneceu padrões ou critérios para se determinar se um produto específico é, de fato, defeituoso¹⁶¹.

Nos Estados Unidos, o *Restatement (Second)*, no ano de 1965, definiu que a responsabilidade do fornecedor não era meramente causal, não respondendo o fornecedor por todos os danos que tenham relação com o produto. Para tanto, seria necessário que o produto estivesse “*in a defective condition unreasonably dangerous*”. O dever de indenizar estava, em princípio, subordinado à reunião de duas condições

¹⁵⁹ Tal refluxo da responsabilidade civil norte-americana será vista em tópico próprio. BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 32.

¹⁶⁰ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 597.

¹⁶¹ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 597.

cumuláveis: que o produto estivesse afetado por um defeito e que tal defeito o tenha tornado excessivamente (ou exageradamente) perigoso para o consumidor.

Observou-se, rapidamente, que o texto da Seção 402 não resolveria, por si só, os problemas quanto à defectibilidade do produto. As Cortes e a doutrina voltaram-se, assim, para os comentários oficiais do *Restatement (Second)*, que assumiram papel quase oracular. Entretanto, verificou-se que os comentários não foram bem desenvolvidos, posto que se mostraram tão vagos e imprecisos quanto as próprias expectativas de *Prosser* sobre a *strict liability*¹⁶².

Boa parte da confusão que atormentou a aplicação da doutrina da responsabilidade objetiva pode ser extraída do duplo legado de *Greenman*: de um lado, a noção vazia de defeito; de outro lado, a terminologia amorfa, presente na Seção 402 A, de “*unreasonably dangerous*”¹⁶³.

Quando *Prosser*, repita-se, o *Reporter* do *Restatement (Second) of Torts*, estava projetando a Seção 402 no final da década de 1950 e começo de 1960, praticamente todos os escassos casos envolvendo *strict liability* haviam sido decididos com base na *law of warranty*. Tal modelo, vinculado ao direito contratual, visa a proteger as expectativas das partes contratantes¹⁶⁴.

Assim, naturalmente definiu o regime da *strict liability* valendo-se dos mesmos termos do teste das expectativas dos consumidores, então vinculados ao regime da *warranty*, entendimento este seguido, num primeiro momento, pelas Cortes também no que tange aos defeitos de concepção¹⁶⁵.

A adoção do critério das legítimas expectativas consta expressamente do comentário “i” do *Restatement (Second)*: “*The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics*”.

A virtude do teste das expectativas dos consumidores consiste, como visto, em focar a atenção no próprio produto. Quer dizer, na sua funcionalidade a partir do prisma

¹⁶² PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 521.

¹⁶³ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 599.

¹⁶⁴ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 301.

¹⁶⁵ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 301.

do consumidor ou usuário, eliminando considerações relacionadas ao regime da *negligence*, que focam na conduta do fabricante¹⁶⁶.

Ocorre que, para a maioria da doutrina, os autores do *Restatement (Second)* provavelmente pensaram a aplicação do regime da responsabilidade objetiva aos casos posteriormente rotulados como defeitos de fabricação ou para situações em que há o mau funcionamento do produto em razão do seu design, mas, como o texto da Seção 402 A não fez qualquer distinção, a regra geral do “*product in defective condition unreasonably dangerous*” acabou por ser adotada como regra geral¹⁶⁷.

Entretanto, com uma abordagem distinta, Michael Green defende que a responsabilidade objetiva prevista na Seção 402 A não se restringiu aos defeitos de fabricação. Influenciada pela herança da *warranty*, a Seção teria sido formada por uma estrutura conceitual independente de um tipo específico de defeito, contemplando uma ideia de defectibilidade baseada na performance do produto. Assim, se o produto funcionou de modo inadequado, de maneira a revelar um defeito, independentemente de sua fonte, então pode ser considerado defeituoso. Se um revólver disparar inadvertidamente enquanto o usuário o portava sem apertar o gatilho, então o revólver pode ser considerado defeituoso, sem necessidade de se aferir se o problema decorre da fabricação ou de seu projeto¹⁶⁸.

Como quer que seja, da análise dos comentários da Seção 402 A percebe-se que houve alguma tentativa de definir as noções de defeito e de *unreasonably dangerous*. O produto era defeituoso se não estivesse de acordo com as legítimas expectativas do consumidor final. O critério do defeito, no *Restatement (Second)*, era, portanto, a expectativa do consumidor (inspirado na ideia de confiança).

Para tanto, as Cortes se baseavam em conceitos utilizados pela teoria da *warranty* para chegar à responsabilidade objetiva. O teste das legítimas expectativas dos consumidores, com origem na *contract law*, funcionava bem para lidar com as perdas

¹⁶⁶ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product**..., p. 45.

¹⁶⁷ PRIEST, George L. *Strict Products Liability: The Original Intent* (1989)..., p. 2301-2311; TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility*. (2009). **Cornell Law Faculty Publications**, p. 1063; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain*. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**..., p. 231.

¹⁶⁸ GREEN, Michael D. *The Unappreciated Congruity*..., p. 811-812.

comerciais, mostrando-se inadequado, segundo Keeton, para resolver problemas ligados a danos pessoais decorrentes de acidentes. A *warranty of merchantability* era uma obrigação imposta aos fornecedores para proteger consumidores de perdas econômicas e comerciais intangíveis. A teoria por trás da *warranty* dizia respeito ao fato de o vendedor, ao oferecer bens no mercado de consumo, acabar garantindo implicitamente que os seus produtos eram adequados ao consumo ordinário e atingiriam os seus fins¹⁶⁹.

A partir de sua herança do direito contratual, o conceito de perigo excessivo adotado pelo *Restatement (Second)* partia da noção de expectativa do consumidor. Por isso, mostrava-se bastante difícil de distinguir a condição de defeito e a condição de perigo excessivo, mesmo que o texto as apresentasse como condições cumuláveis.

Tal sobreposição entre as duas condições pode ser ilustrada no comentário “h” pelo qual se assinala que “a ausência de defeito pode ser assimilada como uma segurança normal”. Essa distinção incerta entre defectibilidade e perigo excessivo foi fonte de problemas para a jurisprudência e doutrina americanas¹⁷⁰.

Em resumo, a exigência simultânea do caráter defeituoso e do caráter do perigo não razoável do produto dá conta de uma estranha confusão: a mistura entre *tort* e *contract*, de uma parte, e *negligence* e *strict liability*, de outra parte.

Mais importante do que a discussão sobre esses conceitos bastante abstratos é a constatação de que o *Restatement (Second)* se afastou de uma utilização mais dura da teoria da responsabilidade objetiva. Mesmo que a doutrina da época tenha valorizado a

¹⁶⁹ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile. In: **The Forum (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law)**. American Bar Association. Vol. 9, No. 1 (Fall 1973), p. 8; KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 589: “*This test reflects the origins of strict liability, and unfortunately, those origins were rooted in contract law and were designed to deal with commercial losses. The test is a good test for dealing with commercial losses. It is inadequate, however, for dealing with the problem of personal injuries resulting from accidents. The theory behind the warranty was that a merchant, in offering his goods for sale, was making an implied representation that his goods were fit for the ordinary purposes for which those goods were intended*”.

¹⁷⁰ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 34. A justaposição dessas duas condições se revelou problemática. A noção de unreasonably dangerous é de origem delitual e a reasonableness tem origem na apreciação da negligence. Esta, por sua vez, é a conduta que envolve um grande risco não razoável de causar danos. Para um jurista anglo-americano, a noção de unreasonably danger é, então, ligada ao dever de cuidado (*duty of care*). Invoca-se, necessariamente, a negligence e, assim, a responsabilidade culposa. Ao contrário, a noção de defeito é relacionada ao contrato, sobretudo ao se avaliar a herança contratual particularmente no que concerne ao conceito de consumer expectations, que serve a definir o defeito e a noção de perigo anormal, nos comentários da seção 402A. Veja-se que as legítimas expectativas do comprador são decisivas para determinar a extensão dos deveres contratuais, sobretudo em matéria de warranty.

distribuição dos riscos criados por meio da *enterprise liability*, não se pode dizer que, em relação aos danos causados por produtos, houve a adoção da teoria do risco criado.

Sempre se partiu da noção de defeito – ainda que inicialmente a sua noção fosse bastante vaga – para determinar a responsabilidade do produtor. Como jamais se permitiu inferir o caráter defeituoso de determinados produtos que possuíam periculosidade inerente, não se pode concluir que o *Restatement (Second)* adotou uma responsabilidade objetiva clássica, pelo risco criado¹⁷¹.

O próprio comentário “i” do *Restatement (Second)* deixa claro que certos produtos não são completamente seguros para o consumo humano. O açúcar pode matar o diabético, o whisky é capaz de embriagar e causar danos ao alcoólatra e a manteiga pode aumentar os níveis do colesterol ruim e até causar problemas cardíacos. Esses produtos, em razão de seus perigos conhecidos e inerentes à sua natureza, estão fora do conceito de produto “unreasonably dangerous”¹⁷²

A grande dificuldade enfrentada pelas Cortes para conferir algum conteúdo ao conceito de defeito naquelas situações em que se alega que o produto projetado e comercializado era defeituoso foi, ao longo do tempo, sendo notada pela doutrina. A consequência de tal indefinição gerou uma vastidão de processos desnecessários em

¹⁷¹ Restatement (Second) Of Torts § 402A Comments ‘l’ ‘k’ (1965). AUSNESS, Richard C. Product Category Liability: A Critical Analysis, 24 N. **Kentucky Law Review**. 423 (1997), p. 423-428. OWEN, David G. Design Defects, 73 Missouri Law Review (2008), p. 365-366; PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability 58 **N.Y.U. L. Rev.** 853-891 (1983), p. 859-872; SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 748. CANTU, Charles. Reflections on Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: A Mirror Crack'd (1989). *Gonzaga Law Review*, Vol. 25, 1989-1990, p. 218-235.

¹⁷² “Many products cannot possibly be made entirely safe for all consumption, and any food or drug necessarily involves some risk of harm, if only from over-consumption. Ordinary sugar is a deadly poison to diabetics, and castor oil found use under Mussolini as an instrument of torture. That is not what is meant by “unreasonably dangerous” in this Section. The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics. Good whiskey is not unreasonably dangerous merely because it will make some people drunk, and is especially dangerous to alcoholics; but bad whiskey, containing a dangerous amount of fuel oil, is unreasonably dangerous. Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful; but tobacco containing something like marijuana may be unreasonably dangerous. Good butter is not unreasonably dangerous merely because, if such be the case, it deposits cholesterol in the arteries and leads to heart attacks; but bad butter, contaminated with poisonous fish oil, is unreasonably dangerous” Restatement (Second) Of Torts § 402A Cmt. “l” (1965).

tempos em que qualquer esforço deveria ser evitado para melhorar a administração da justiça¹⁷³.

Keeton é outro autor que entoava coro de críticas à Seção 402 A do *Restatement (Second)*. Para ele, a disposição fornece como base para a compensação a dupla “*defective and unreasonably dangerous*”, quando, em verdade o termo *unreasonably dangerous* servia apenas como definição de defeito¹⁷⁴.

Na mesma linha, John Wade: “*The Restatement uses two expressions which may seem redundant. They might have been joined together with an "or" rather than an "and." But they were not; and this has created some problems of its own*”¹⁷⁵.

Isto é, a locução não foi pensada como dois requisitos, mas apenas um. Assim, partia do pressuposto de que o produto não seria defeituoso, com a capacidade de causar danos, a não ser que fosse *unreasonably dangerous*. Entretanto, o próprio termo *unreasonably dangerous* demanda maiores elaborações para servir como diretriz para prever resultados ou padrão-baliza para a variedade de pedidos possíveis¹⁷⁶.

Insiste-se que, para a maioria da doutrina, os redatores do *Restatement (Second)* tinham em mente, quando de sua elaboração, casos que se amoldavam às situações próximas dos *manufacturing defects* – pois a maioria dos danos causados por produtos se originavam de imperfeições físicas que poderiam facilmente ser constatadas comparando o produto com aquilo que o produtor gostaria de ter feito – ou a situações relacionadas a produtos que não funcionavam adequadamente (espécie de subcategoria especial de defeitos de concepção)¹⁷⁸.

Desde antes do *Restatement (Second)*, a jurisprudência aplicava a esses casos (defeitos de fabricação) o generoso mecanismo do *res ipsa loquitur*, permitindo a

¹⁷³ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 5.

¹⁷⁴ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 5.

¹⁷⁵ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products, 44 Miss. L.J. 825 (1973).

¹⁷⁶ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 5.

¹⁷⁸ PRIEST, George L. Strict Products Liability: The Original Intent (1989)..., p. 2301-2311; HARCHUT, Robert F., Products Liability - Restatement (Second) of Torts - Section 402A - Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases - After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania, 24 **VIII. L. Rev.** 1035 (1979), p. 1040. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1063-1064; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**..., p. 231.

responsabilidade sem culpa ao fornecedor, o que aproximava bastante o regime da *negligence* com a responsabilidade objetiva¹⁷⁹.

Após a adoção da Seção 402 A as jurisdições americanas se depararam com casos mais complexos, se comparados com os anteriores (explosão da garrafa de refrigerante ou mesmo uma manteiga envenenada). Por isso, a noção de defeito – que não se revelava um problema, já que tomado pela imperfeição manifesta do produto – passou a ser um conceito mais difícil de se apreender. Assim, as Cortes, ao começarem a se debruçar sobre a maneira como os produtos eram concebidos e projetados, passaram a refletir sobre a exigência colocada no *Restatement*: a necessidade de que o produto esteja “*in a defective condition and unreasonably dangerous*”¹⁸⁰.

Apesar de a noção de *unreasonably dangerous* ter sido introduzida por *Prosser* na Seção 402 A a fim de que os produtores não fossem responsabilizados por todos os danos causados pelos produtos que naturalmente criassem riscos, a exigência de que o produto fosse defeituoso e excessivamente perigoso se mostrava redundante, pois defeito e perigo não razoável eram definidos de maneira quase idêntica nos comentários do próprio *Restatement*. Tal exigência implicava, em teoria, uma dupla prova à vítima, já que não bastava estabelecer o defeito, mas também o perigo anormal do produto¹⁸¹.

2.5.2.1. Entre o “defeito” e o caráter “*unreasonably dangerous*”: *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.* e o defeito de concepção

No ano de 1972, decisão da Suprema Corte da Califórnia não só falhou ao identificar o conceito de defeito, mas aumentou o grau de incerteza. Em *Cronin v. J.B.E. Olson*

¹⁷⁹ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 41-42. Entre os defeitos de fabricação, caracterizados por uma anomalia que se distinguia do padrão desejado do próprio produto, cite-se: *MacPherson v. Buick Motor* (determinada roda fabricada a partir de madeira de baixa qualidade); *Escola v. Coca Cola* (explosão de uma coca por imperfeição na fabricação); *Henningsen v. Bloomfield Motors* – (defeito na direção do veículo).

¹⁸⁰ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 42-43.

¹⁸¹ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 44. Convém dizer que a maioria das jurisdições manteve a dupla exigência (defeito e perigo não razoável), mas não chegaram a estabelecer distinção clara entre os elementos. De modo geral, a doutrina parte da concepção de que o defeito é aquilo que torna o produto desarrazoadamente perigoso. A seção 402A, em vez de unificar a jurisprudência, suscitou uma grande confusão quanto ao fato gerador da responsabilidade pelo fato do produto.

*Corp.*¹⁸², um caminhão, pesando uma tonelada, que fazia entrega de pão e continha em seu interior prateleiras, se envolveu num acidente. Eis os detalhes: havia três corredores com passadeiras soldadas da frente até o fundo do caminhão; cada prateleira segurava dez bandejas de pão da base até o topo e cinco para baixo. As prateleiras deslizavam para a frente do caminhão ou para a porta do fundo, para facilitar a entrega.

O requerente, motorista do caminhão, estava ultrapassando uma pick-up, quando o motorista desta fez um movimento brusco para a esquerda, forçando o veículo do requerente para fora da pista. Em razão da manobra, o veículo caiu numa vala e, com o impacto, a vítima foi arremessada para fora do carro, quebrando o vidro dianteiro.

A provas indicaram que as prateleiras carregadas, arremessadas para a frente em razão da freada abrupta e pelo impacto da batida, acertaram o motorista e foram responsáveis por empurrá-lo para fora do caminhão. E o mais importante: as evidências demonstraram que as prateleiras carregadas não arremessariam o motorista para fora se o ferrolho de segurança, de alumínio, localizado atrás do motorista, não estivesse quebrado.

No julgamento, os especialistas demonstraram que o ferrolho (o pedaço de metal) se quebrou, fato que veio a ocasionar o lançamento das prateleiras de metal carregadas de produtos para frente. Ficou comprovado que o material utilizado na peça era extremamente poroso e tinha uma significativa baixa tolerância à força do que um ferrolho normal (sem falha).

A Corte se valeu de instruções correntes à época na Califórnia para o júri avaliar, além de outras coisas, como base para a compensação, (1) se o produto se mostrou defeituoso; (2) se o produto estava sendo utilizado para o propósito pelo qual foi pensado; e (3) se os prejuízos decorreram do defeito. A defesa reclamou que houve falha ao não se requerer que o júri se pronunciasse sobre a condição do defeito, que tornou o produto excessivamente perigoso (*unreasonably dangerous*).

A Suprema Corte da Califórnia não acatou a tese defensiva e definiu: “*The manufacturer is strictly liable in tort for all injuries proximately caused by its defective*

¹⁸² Cronin v. J.B.E. Olson Corp. - 8 Cal. 3d 121, 104 Cal. Rptr. 433, 501 P.2d 1153 (1972)

*products; the defect need not make the product unreasonably dangerous to the user or consumer*¹⁸³.

Keeton, avaliando o julgado, critica que nada foi dito sobre o conceito de defeito. E tal omissão se revela preocupante quando o requerente alega que o produto, mesmo fabricado e construído do modo como era desejado, acarreta a usuários e terceiros riscos de danos que o tornaram defeituoso¹⁸⁴.

De modo geral, o júri não viu dificuldade de aplicar o caso *Greenman* de maneira ampla, abrangendo todas as hipóteses relacionadas ao regime da *products liability*. A lógica seria da aplicação do regime da *strict liability* também para os defeitos de concepção, posto que o defeito pode emergir tanto da mente de um designer como da mão de um trabalhador¹⁸⁵.

Muito embora a Corte tenha chegado a reconhecer a dificuldade de avaliar os padrões de defectibilidade, seguiu as lições do *Judge Traynor* nos seguintes termos: “*There is now a cluster of useful precedentes to supersede the confusing decisions based on indiscriminate invocation of sales and warranty law*”.

Para a doutrina, o requisito “*unreasonably dangerous*” não acrescenta nada substancialmente positivo aos casos de responsabilidade objetiva. Funcionaria, ao contrário, como um empecilho, ou obstáculo para as vítimas, pois seria uma mera repetição de outros elementos e acabaria por importar implicações vagas do regime da *negligence*, tornando mais confuso o veredito do júri. Por isso defende que retirar o elemento “*unreasonably dangerous*” revela os dois principais elementos da *strict liability in tort*: o defeito do produto e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano¹⁸⁶.

O caso Cronin possui caráter particular, vez que se mostrou único em apresentar o conflito entre dois testes sobre a questão do elemento “*unreasonable danger*”, isto é, a *Greenman rule* e a disposição da Seção 402 A sempre eram citadas em conjunto pela

¹⁸³ COLEMAN, Charles L.. Recent Developments, Products Liability—Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product “Unreasonably Dangerous”..., 1973, p. 231.

¹⁸⁴ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 4.

¹⁸⁵ “*A defect may emerge from the mind of the designer as well as from the hand of the workman*”. Cronin v. J.B.E. Olson Corp.

¹⁸⁶ COLEMAN, Charles L.. Recent Developments, Products Liability—Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product “Unreasonably Dangerous”..., p. 231-232.

Suprema Corte da Califórnia e por Cortes inferiores, de modo que o conflito entre eles nunca havia sido percebido¹⁸⁷.

Percebe-se, assim, que o caso *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.* revela as dificuldades de compreensão do conceito de defeito e sua assimilação com os demais pressupostos previstos no *Restatement (Second)*.

Como quer que seja, progressivamente, a disputa entre os partidários da noção de defeito e dos partidários da concepção de produto desarrazoadamente perigoso perdeu seu vigor. Notou-se que o debate tratava de um falso problema. Em verdade, em todos os casos onde não existia defeito de fabricação ou nos quais o produto, em estado suficientemente seguro, se encontrava em conformidade com aquilo que seria a intenção do produtor, não se poderia falar propriamente em defectibilidade, no sentido de uma imperfeição física material¹⁸⁸.

Por consequência, conclui-se que a noção de defectibilidade é puramente conceitual, ou seja, nem a doutrina nem a jurisprudência puderam definir esse conceito jurídico de defeito sem recorrer à noção de periculosidade. Por vezes utilizam termos outros como “segurança insuficiente”, “produto não razoavelmente seguro”, mas a ideia é sempre a mesma: um produto deverá acionar a responsabilidade de seu fornecedor se causar um dano em razão de seu caráter exageradamente perigoso (isto é, um perigo não razoável). A qualificação de defeito aplicada a um produto somente dá conta de sua anormal periculosidade, suscetível de imputar responsabilidade civil ao fabricante¹⁸⁹.

Por isso Wade asseverou que a noção de defeito configura a própria descrição do produto, enquanto o caráter excessivamente perigoso tem a ver com o teste a ser aplicado¹⁹⁰.

¹⁸⁷ “For some time, Greenman and the Restatement were regarded as laying down the same test. But the Supreme Court of California has recently, in the case of *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*, held that there is a difference between them, and that the California position is that the plaintiff needs to prove only that the product was defective, not that it was also unreasonably dangerous”. WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products, 44 *Miss. L.J.* 825 (1973). p. 829; COLEMAN, Charles L.. Recent Developments, Products Liability—Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product “Unreasonably Dangerous”..., p. 239.

¹⁸⁸ BORGHETTI. Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 45.

¹⁸⁹ BORGHETTI. Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 45.

¹⁹⁰ WADE, John W. On Products “Design Defects” and Their Actionability. **Vand. L. Rev.**, vol. 33, 1980, p. 555: “Thus, ‘defective condition’ is the description of the product, but ‘unreasonably dangerous’ is the test to be applied”

Da mesma forma, Owen explica que a prolixa linguagem utilizada pela Seção 402 A do *Restatement (Second)* – “*defective condition unreasonably dangerous*” – deixou de ser encarada pelas Cortes como a existência de dois elementos distintos. Com o tempo passou-se a compreender que a corpulenta fraseologia do texto significa apenas uma coisa: o produto é mais perigoso do que deveria ser. E as Cortes passaram a capturar esse simples conceito por meio de única palavra: defeito¹⁹¹.

Nessa perspectiva, ao se admitir, ao menos implicitamente, o caráter conceitual de defeito para certas hipóteses, distingue-se o defeito de uma realidade material tangível, o que veio a estimular a criação de diferentes categorias de defeito: de concepção, de fabricação e de informação.

2.5.2.2. O apogeu da *products liability*

Até aqui, buscou-se demonstrar três pontos: 1) a doutrina da *strict products liability* se baseia em questões econômicas e sociais que não eram bem atendidas pelos conceitos encontrados nos regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty*¹⁹²; 2) o *Restatement (Second)* é resultado de exigências sociais e político-jurídicas necessárias para impor maiores rigores aos critérios de imputação e elevar os padrões de segurança aos consumidores e usuários de produtos; 3) O texto adotado no *Restatement (Second)* se mostrou impreciso e não foram poucas as dificuldades de compreensão do conceito de defeito e sua assimilação com os demais pressupostos previstos no *Restatement (Second)*, a exemplo da noção “*unreasonable dangerous*”.

Apesar de configurar verdadeiro marco na proteção das vítimas de produtos defeituosos, o *Restatement (Second)*, não custa repetir, demonstrou a preocupação de todos em negar eventual responsabilidade absoluta, que faria o fornecedor responder por danos sofridos em razão do mero uso do produto. Para se cogitar de responsabilidade, era necessário que o produto estivesse “*in a defective condition unreasonably dangerous*”.

¹⁹¹ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 142.

¹⁹² BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect*..., p. 593.

Mesmo se rotulada como responsabilidade estrita, ao longo dos anos, tanto as Cortes quanto os doutrinadores buscaram fortemente estabelecer padrões ou criar testes que impedissem qualquer forma de responsabilidade absoluta¹⁹³.

Nos anos seguintes ao *Restatement (Second)*, seja como for, a maioria dos Estados adotou a Seção 402 A ou uma versão ligeiramente diferente da *strict liability*, configurando-se, assim, a efervescência da responsabilidade objetiva no campo da *products liability*.

Até 1971, ano do falecimento de *Prosser*, vinte e oito Estados haviam adotado o regime da *strict liability*. Cinco anos mais tarde, quarenta e uma jurisdições, de um total de cinquenta, já se valiam de tais regras¹⁹⁴.

Entusiasta do regime da *enterprise liability*, Priest tece diversos elogios a tal modelo, em contraponto às teorias da *negligence* e da *warranty*. Atribui, assim, o sucesso da jurisprudência à própria natureza da teoria do risco empresarial, capaz de colocar a Corte como um agente do Estado moderno, internalizando custos das empresas e distribuindo seus riscos. Ao permitir a ajuda aos mais pobres, a teoria acaba por conceder poderes únicos à Corte para alcançar tais fins sociais em comparação com os demais braços do governo¹⁹⁵.

O desenvolvimento da *strict liability*, entre outros fatores, se deve também à extensão do seu âmbito de aplicação aos produtores de partes componentes, bem como em benefício dos *bystanders*¹⁹⁶.

Em *Elmore v. American Motors Corp.*, a Corte definiu que terceiros deveriam ter direito a maior proteção do que consumidores e usuários de produtos defeituosos. Consumidores e usuários possuem, ao menos, a oportunidade de inspecionar os produtos e decidir comprar somente de empresas com credibilidade¹⁹⁷.

¹⁹³ OWEN, David G. Design defects..., p. 299.

¹⁹⁴ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., 518.

¹⁹⁵ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 519.

¹⁹⁶ "To the extent that strict liability is thus based on the problems of proof, it is difficult to see why the liability imposed should not extend as far as it does in a negligence case. It is now well established that, in the negligence area, the manufacturer's responsibility extends to anyone he should expect to be endangered by the probable use of his product. In so far as a strict liability rule represents simply a broad extension of the *res ipsa loquitur* rule to cases involving defective products, the same reasons that result in the expansion of negligence" NOEL, Dix W. Defective Products: Extension of Strict Liability to Bystanders, 38 **Tenn. L. Rev.** 1 (1970), p. 10.

¹⁹⁷ *Elmore v American Motors Corp*, 451 P.2d 84, 89 (Cal. 1969).

Como os *bystanders* não têm essa oportunidade, também necessitam de proteção quanto a produtos defeituosos e, se houvesse que se traçar uma distinção entre usuários dos produtos e terceiros vítimas, deveria se estender maior responsabilidade em prol dos *bystanders*¹⁹⁸. Isso porque *bystanders* não escolheram o produto comprado, foram expostos involuntariamente aos seus perigos, sem colher nenhum dos benefícios da sua utilização¹⁹⁹.

Poucos anos depois, apesar de algumas jurisdições já terem passado a adotar outros critérios, como se verá a seguir, a Suprema Corte da Califórnia julgou em 1978 o também famoso caso *Barker v. Lull Engineering.Co. Inc.* Inspirada no caso *Cronin*, a Corte desenvolveu um standard multivariado com vistas a proteger consumidores²⁰⁰.

Trata-se da primeira formulação judicial que adotou explicitamente o “*two-pronged test*”²⁰¹, aqui chamado de teste bifurcado, para defeitos de concepção. O requerente, enquanto operava uma empilhadeira de grande porte, foi atingido por uma peça enquanto saltava do veículo, pois a carga começou a cair. No processo, alegou que o design da máquina era defeituoso porque não contava com uma peça estabilizadora, cinto de segurança, barra de segurança para capotagem, entre outros²⁰².

Em termos gerais, a Corte definiu que o júri não poderia ter sido instruído a aferir a responsabilidade pelo defeito de concepção identificando se o produto era – de modo genérico – excessivamente perigoso para o seu uso. Diferentemente dos defeitos de fabricação, em que se investiga o desvio não desejado em relação a um produto-referência, nos casos de defeito de concepção, segundo a Corte, devem ser aplicados dois critérios para a identificação de alguma coisa errada no produto ou na maneira como foi produzido. Ei-los: o produto seria considerado defeituoso em sua concepção (1) se

¹⁹⁸ *Elmore v American Motors Corp*, 451 P.2d 84, 89 (Cal. 1969).

¹⁹⁹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 597. WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability**..., p. 1071.

²⁰⁰ *Barker v. Lull Engineering Co.* - 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 573 P.2d 443 (1978). Os fatos diziam respeito a um acidente de trabalho sofrido por um empregado que operava uma escavadeira. No processo, alegou que a causa de sua lesão era o design defeituoso do produto.

²⁰¹ Ensina Twersi que o caso *Heaton*, oportunamente abordado teria sido o primeiro a adotar, ainda que não explicitamente, o two-prong test. TWERSKI, Aaron D. From Risk-Utility to Consumer Expectations: Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation. **Hofstra Law Review**. 1983. Vol. 11. Iss. 3, Article 2, p. 908.

²⁰² OWEN, David G. Design defects..., p. 342.

não atender as expectativas de segurança do consumidor ou (2) se o fabricante não conseguir comprovar que os benefícios da concepção do produto superam os seus riscos inerentes²⁰³. Vê-se, assim, que o ônus da prova foi incumbido ao fabricante quando do teste dos riscos e utilidades²⁰⁴.

No mais, os júris poderiam analisar o design do produto levando em consideração os avanços alcançados em termos de segurança após a produção do produto, constatação que aumenta substancialmente a probabilidade de ganho de causa à vítima²⁰⁵.

Outro caso merece ser citado como um dos marcos do movimento de expansão da responsabilidade objetiva. Em *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, a Suprema Corte de Nova Jersey condenou o fabricante de amianto (asbestos) pela falha de advertir sobre os riscos de seu produto, mesmo que não possuísse tal conhecimento científico na época. Priest alerta que, muito embora tal compreensão cause tensão para as concepções mais básicas de responsabilidade civil, não há qualquer incompatibilidade com a teoria da *enterprise liability*²⁰⁶.

De acordo com a Corte, independentemente da informação disponível à época, a responsabilidade do fabricante serve para distribuir os riscos dos danos decorrentes do uso do produto basicamente porque se mostra possível incluir tais custos no preço dos produtos. Ainda segundo a Corte, é preferível seguir tal lógica a impor tais custos para vítimas inocentes²⁰⁷. O caso *Beshada* representa o nível máximo²⁰⁸ de aplicação da *strict liability* nos Estados Unidos e foi objeto de duras críticas, como ainda se verá nessa pesquisa.

²⁰³ *Rule: A trial judge may properly instruct the jury that a product is defective in design (1) if the plaintiff demonstrates that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in an intended or reasonably foreseeable manner, or (2) if the plaintiff proves that the product's design proximately caused his injury and the defendant fails to prove that on balance the benefits of the challenged design outweigh the risk of danger inherent in such design.*

²⁰⁴ Quanto ao ônus da prova, o ônus permanecia com a vítima ao usar do teste das legítimas expectativas, mas era invertido ao fornecedor quando da utilização do teste dos riscos-utilidades. OWEN, David G. *Design defects...*, p. 342.

²⁰⁵ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, 522-523.

²⁰⁶ Supreme Court of New Jersey Jul 7, 1982447 A.2d 539 (N.J. 1982).

²⁰⁷ Supreme Court of New Jersey Jul 7, 1982447 A.2d 539 (N.J. 1982).

²⁰⁸ "*This decision proved to be the high-water mark of modern strict liability law for defective products*". OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 181. Owen, convém explicar, discorda da decisão

A teoria da *strict liability*, ademais, serviu como auxílio ao desenvolvimento do nexo de causalidade, podendo-se citar o surgimento da teoria da *market share liability* (responsabilidade por quota de mercado)²⁰⁹. Como explica Peteffi da Silva, a responsabilidade por grupos na jurisprudência norte-americana foi marcada pelo caso *Sindell v. Abbott Laboratories*²¹⁰, que tratou de vítima que havia desenvolvido câncer devido a uma droga (dietilstilbestrol - DES) ministrada durante a sua gravidez. O ponto nodal consistia no fato de que havia uma multiplicidade de laboratórios que fabricavam a referida droga e a vítima não conseguiu fazer prova inequívoca da marca da droga ingerida. No caso, o Tribunal californiano decidiu repartir a indenização de acordo com a participação de mercado (*market share*) das empresas produtoras da droga nociva²¹¹.

Para Facchini Neto,

Ainda que tal doutrina não tenha sido aplicada para resolver dúvidas envolvendo nexo de causalidade, mas sim a autoria, pode ela ser aqui referida como uma experiência bem sucedida de se fazer justiça, mesmo com dúvidas remanescentes no espírito do julgador. Parece evidente que a solução dada ao caso foi bem melhor do que a alternativa de se julgar improcedente a ação, por dúvidas sobre qual réu fora o fabricante do medicamento que causara danos à autora²¹².

Muito embora a teoria da *market share* tenha recebido bastante atenção quando do início do seu desenvolvimento, acabou com o tempo tendo um papel reduzido, pois limitada a produtos que emanem riscos similares. Por isso é que muitas pessoas que não conseguiram identificar os fabricantes de produtos que continham amianto em sua fórmula não lograram êxito pela teoria da *market share*, posto que produtos com amianto provocam diferentes riscos, em diferentes graus. Desse modo, somente um número pequeno de casos estenderam a teoria da *market share* para produtos que não relacionados ao dietilstilbestrol (DES)²¹³.

²⁰⁹ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 40-41.

²¹⁰ *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980).

²¹¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade pela perda de uma chance...**, p. 57-58.

²¹² FACCHINI NETO, Eugênio. A Revitalização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo - a aceitação lógica da probabilidade. **Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2016, v. 1, p. 31.

²¹³ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 601-602.

Percebe-se assim que não é simples definir o momento preciso do apogeu ou o grande momento de efervescência da *products liability* norte-americana. Por certo, inclui-se entre 1964 e 1997 (quando da publicação do *Restatement Third*), mas, ainda que outras vertentes tenham surgido de forma contemporânea, costuma-se apontar um período mais preciso: as decisões publicadas no final da década 1970 e no começo de 1980 representam o ápice do movimento pró-vítima²¹⁴. Tal lapso temporal é marcado pela valorização da responsabilidade objetiva – mais próxima da ideia de risco criado, mas ainda sempre calcada na existência do defeito – e pelo desejo de proteção das vítimas de danos decorrentes de produtos defeituosos.

2.5.3. A *Products Liability* como inspiração para o mundo europeu

A investigação da noção de defeito, ponto central da pesquisa, será melhor avaliada linhas à frente, em tópico próprio.

Como visto, nos anos seguintes ao *Restatement (Second)*, a maioria dos Estados americanos adotou a Seção 402 A ou uma versão ligeiramente diferente da *strict liability*. Tal época representou a efervescência da responsabilidade objetiva no campo da *products liability*, sobretudo porque consagrada a extensão do seu âmbito de aplicação em benefício dos *bystanders*, bem como em razão do desenvolvimento de teorias sobre o nexo de causalidade.

As soluções americanas influenciaram boa parte da doutrina europeia, principalmente da Alemanha, grande responsável por intermediar a elaboração da Diretiva de 85²¹⁵.

A Alemanha, que adotou o termo americano da *products liability*, experimentou nos anos de 1950 e 1960 intenso debate a respeito desse ramo da responsabilidade civil, o qual, deixando de ser aspecto acessório de estudos, passou a ganhar um certo destaque. Foi considerado, inclusive, um ramo novo do direito para os alemães, que, até então, era

²¹⁴ HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect (1991). **Cornell Law Faculty Publications**, p. 1.271.

²¹⁵ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 19.

despercebido pelos estudiosos e que, em verdade, deixavam as vítimas sem qualquer compensação²¹⁶.

A mudança se iniciou em 1960, quando Werner Lorenz publicou artigo que fez com que, pela primeira vez, os estudiosos alemães se dessem conta do desenvolvimento desse campo do direito nos Estados Unidos²¹⁷.

E é nesse recorte temporal de efervescência do novo regime da *products liability* nos Estados Unidos e de entusiasmo da jurisprudência americana que a Europa, muito a partir da doutrina comparatista, tende a importar soluções e inspirar seu modelo de aplicação do direito.

A própria noção de “unreasonably dangerous”, que auxiliava a investigação da responsabilidade por produtos defeituosos no direito norte-americano, inspirou a noção inicial de defeito estabelecida pela Diretiva europeia²¹⁸.

Veja-se que a predominância do teste das expectativas dos consumidores em escala global não se deve aos seus superiores méritos. É mais provável, como escreve Reinmann, que se trate apenas do resultado do *timing*. Nos anos 1960 e 1970, referido teste configurava o estado da arte nos Estados Unidos²¹⁹.

Quando os europeus importaram as ideias do regime da *products liability* norte-americana, nos anos 1970 e 1980, acabaram por também importar o teste das expectativas dos consumidores. Nas décadas de 1980 e 1990, muitos outros países ao

²¹⁶ A doutrina alemã esclarece que podem ser encontrados processos envolvendo produtos defeituosos mesmo antes da década 1960, entretanto, a temática passava quase despercebida pela literatura jurídica da época e a maioria das decisões eram improcedentes. Em 1956, o Tribunal Federal Alemão se deparou com um pedido de indenização de uma vítima que sofreu danos após sua bicicleta colapsar enquanto pedalava. O acidente não tinha origem em defeito de concepção da bicicleta, mas sim em alguma falha na produção daquela bicicleta (defeito de fabricação). Pouco simpática ao pedido do autor, a Corte denegou o pedido sustentando que a experiência comum sugere que tais defeitos técnicos não podem ser evitados. Na visão da Corte, o acidente deveria ser tratado como um daqueles infortúnios da vida que não merecem qualquer compensação. Pouco impactante, tal decisão foi apenas relatada em um jornal especializado da época, demonstrando que o tema não era de interesse geral. MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH Hannes. **The German Law of Torts: a comparative treatise**. Forth Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 92

²¹⁷ MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH Hannes. **The German Law of Torts: a comparative treatise...**, p. 92.

²¹⁸ FELIU, Josep Solé I. **El concepto de defecto del producto em la responsabilidad civil del fabricante**. Valencia. Tirant lo Blanch, 1997, p. 123-148.

²¹⁹ REIMANN, Mathias. Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard, 51. **The American Journal of Comparative Law** 751 (2003) p. 769.

redor do mundo adotaram o modelo europeu e, ao mesmo tempo, tomaram tal teste como parte do pacote, ajudando a fazê-lo prevalecer em nível mundial²²⁰.

Ironicamente, contudo, europeus e tantos outros países aparentemente negligenciaram o fato de que, na época em que adotaram o teste das expectativas dos consumidores, os próprios americanos já colocavam em dúvida a sua adequação. No final da década de 1970, muitas Cortes americanas já o haviam substituído ou, ao menos, suplementado a análise da defectibilidade com o teste dos riscos e utilidades²²¹.

Essa sequência de eventos pode ter implicações de longo prazo. Se os Estados Unidos continuarem a se mover em direção ao paradigma dos riscos e utilidades, enquanto outros países se mantiverem adstritos ao teste das expectativas dos consumidores, os respectivos regimes continuarão a divergir²²². Basta dizer que a Diretiva 85 da Comunidade Econômica Europeia se inspirou no direito norte-americano e visou a harmonizar as diferentes legislações sobre o tema. Como se sabe, não era concebível que no âmbito de um mesmo espaço econômico, constituído de um mercado único, existissem diferentes regimes aplicáveis à responsabilidade pelo fato do produto²²³. Por isso, a Diretiva foi criada na tentativa de harmonizar o regime do fato do produto, muito embora, na prática, não se verifique perfeita aplicação do direito extraído da norma.

Como quer que seja, vale dizer que a doutrina já notou o fraco impacto da Diretiva na jurisprudência nacional dos países da Comunidade Europeia, visto que as Cortes

²²⁰ REIMANN, Mathias. Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First..., p. 769.

²²¹ REIMANN, Mathias. Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First..., p. 769.

²²² Dada a importância dessa passagem, convém escrever o seu original: *“The predominance of the consumer expectation test on a worldwide level is not necessarily due to its superior merits. More likely, it is mainly a result of timing. In the 1960s and 1970s, it was the state of the art in the United States. Thus, when the Europeans imported American product liability ideas in the 1970s and 1980s, they also imported the consumer expectation test. In the 1980s and 1990s, many other countries around the world adopted the European model in turn and took the consumer expectation test as part of the package, thus helping it to prevail on a worldwide level. Ironically however, the Europeans and others apparently overlooked the fact that by the time they adopted the consumer expectation test, the Americans had come to doubt its adequacy: by the late 1970s, they had either replaced or at least supplemented it with a risk-utility analysis. This sequence of events may have longterm consequences. If the United States continues to move further towards the riskutility paradigm while other countries stick to the consumer expectation test (which is likely at least where it has been codified), the respective regimes will continue to diverge”*. REIMANN, Mathias. Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First..., p. 769.

²²³ CAZENEUVE, Bernard; COHEN-JONATHAN, Alexandra. **La sécurité des produits: de la prevention des risques à la reparation**. Paris: Dunod, 2018, p. 99.

seguem dando preferência à utilização da legislação interna, o que pode ser atribuído a diversos fatores que fogem ao objetivo dessa pesquisa²²⁴.

2.6. O caminho até o *Restatement of Torts (Third)* e o refluxo da *Products Liability*

Nos anos seguintes à edição da Seção 402 A do *Restatement (Second)*, as Cortes, de modo geral, encamparam as razões políticas e sociais a respeito do direito à indenização das vítimas de produtos defeituosos, afastando os inconvenientes da *contract law* e sem carregarem o fardo de terem de comprovar a negligência.

Entretanto, apesar de as Cortes concordarem que os produtores podem distribuir os custos dos danos de modo mais eficiente, houve um evidente recuo quanto à perspectiva de se fazer dos produtores seguradores de seus produtos e, por consequência, responsáveis de maneira absoluta por todos os danos causados por seus produtos²²⁵.

Vale registrar que essa tendência de refluxo da responsabilidade civil deve ser avaliada com temperança. Como a história da *products liability* não é linear, mas, ao contrário, mostra-se bastante tortuosa e turbulenta, deve-se ter em mente que algumas Cortes oscilaram o rigor na avaliação dos deveres dos fabricantes.

De todo modo, como uma ideia geral, é inegável que a *products liability* passou por um movimento de maior reflexão e cautela na análise da imputação de responsabilidade aos fabricantes. No mais, aos poucos se percebeu que a definição da defectibilidade se torna mais complicada em razão de que a mesma formulação linguística – defeito – é usada para descrever dois conjuntos completamente diferentes. Ora o termo defeito é usado para apontar as falhas resultantes de erros não intencionais do processo de produção, ora para designar falhas decorrentes do *design* proposital do produto.

²²⁴ Para maiores detalhes: BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**

²²⁵ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 600: "On the one hand, courts have accepted the social policy rationale that those injured by defective products should be compensated for their injuries without being subject to the contractual intricacies of the law of sales and without having to face the onerous evidentiary burdens inherent in negligence cases. On the other hand, even though courts agree that manufacturers can most effectively distribute the costs of injuries, they recoil at the prospect of making sellers insurers of their products and thus absolutely liable for any and all injuries sustained from the use of those".

Portanto, a organização do estudo da noção de defeito a partir de diferentes perspectivas se mostra não somente adequada, mas também necessária.

Este tópico tratará de identificar um novo movimento da *Products Liability* norte-americana, marcado pela maior maturidade da doutrina e da jurisprudência a partir do enfrentamento de casos mais complexos e da consequente verificação do conceito de defeito, por meio de novos testes.

2.6.1. Críticas ao modo como foi elaborado o *Restatement (Second)*

A Seção 402 A não representava de forma fidedigna o direito da época. O regime da *Products Liability* estava em seu estágio inicial quando a *American Law Institute (ALI)* promulgou a sua mais importante disposição. Portanto, hoje é largamente admitido que a parte relativa a *products liability* corresponde menos ao estado da jurisprudência da época (começo de 60) do que aos desejos de uma parte da doutrina marcada pela *enterprise liability*²²⁶.

Atribui-se, assim, a *Prosser* – o Redator da parte de *tort* do *Restatement (Second)* – o amplo convencimento dos demais *advisers* a respeito de um princípio de *strict liability*, que veio a se tornar a Seção 402 A do *Restatement (Second)* ²²⁷.

Priest é um dos autores que detalham os trabalhos preparatórios e as reuniões anuais da ALI sobre a formulação da Seção 402 A. Relata, sobretudo, a posição ousada de *Prosser* em querer fazer valer a responsabilidade objetiva mesmo com poucos precedentes para justificar tal decisão. Ao verificar os casos então mencionados por *Prosser*, *Priest* constata que o levantamento era exagerado, pois poucos diziam respeito, de fato, à responsabilidade objetiva. A grande maioria, em verdade, tratava da superação do obstáculo da *privity* e posterior adoção das teorias da *negligence* ou *implied warranty*²²⁸.

²²⁶ HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron; "A Proposed Revision of Section 402A of the Restatement (Second) of Torts" (1992). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 855, p. 1526; BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 32-33.

²²⁷ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 515; BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 32-33.

²²⁸ PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability..., p. 515.

Conclui assim que, além de *Henningsen e Greenman*, apenas *Goldberg v. Kollsman*²²⁹ possuía alguma relevância para ser considerado como precedente, não se podendo dizer, em absoluto, que existia uma verdadeira tendência pela adoção da nova teoria. Eram três os casos genuinamente vinculados à responsabilidade objetiva e cinco possivelmente inclinados a tal teoria. Estes são os números revelados por Priest, não havendo substrato suficiente para considerar tal punhado como eventual generalização da responsabilidade objetiva²³⁰.

Com a mesma visão, Jane Stapleton explica que a Seção 402 A do *Restatement (Second)* configurava uma reforma do direito forjada de cima para baixo, motivada não por pressões sociais ou forenses, mas pelo entusiasmo de um pequeno grupo de juristas que viram a oportunidade de fazer valer uma mudança no direito benéfica para todos²³¹.

No mais, conforme já alertado em momento anterior, prevalece o entendimento de que os redatores do *Restatement (Second)* tinham em mente, quando da elaboração, os defeitos resultantes de uma anomalia do produto em relação ao modelo a que deveria corresponder. Diz-se, inclusive, que *Prosser* simplesmente presumiu que a definição de “defeito” era incontroversa, não tendo jamais discutido o seu verdadeiro conceito²³².

Como a grande maioria dos danos causados por produtos se encaixava nesse quadro – de imperfeições físicas que poderiam facilmente ser constatadas comparando o produto com aquilo que o produtor gostaria de ter feito – pouco foi pensado sobre os defeitos de concepção e de informação²³³.

Vê-se, assim, que o *Restatement (Second)*, apesar de sua inegável importância para a *products liability*, vindo a atender às necessidades da época quanto ao aumento da proteção dos consumidores e usuários de produtos, não se mostrou uma síntese da jurisprudência da época. Em verdade, mesmo com a imprecisão de seus termos, a

²²⁹ A Corte de Apelação de Nova Iorque, citando *Prosser e James*, adotou uma versão mais abstrata da teoria da enterprise liability para considerar responsável o fabricante de uma aeronave em vez de o fabricante de uma parte componente do avião (um altímetro). *Court of Appeals of the State of New York* May 9, 1963 191 N.E.2d 81 (N.Y. 1963).

²³⁰ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 516-517

²³¹ STAPLETON, Jane. *Bugs in Anglo-American products liability*. In: *Product Liability in Comparative Perspective...*, p. 300.

²³² PRIEST, George L. *The Modern Irony of Civil Law: A Memoir of Strict Liability in the United States*, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1989, p. 103.

²³³ BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait de produits...*, p. 41.

jurisprudência evoluiu após a sua consagração, sobretudo com a abordagem de novos casos mais difíceis.

Muito embora as primeiras formulações geralmente não conseguissem distinguir as diferentes formas de defeito, muitos dos casos posteriores passaram a se debruçar sobre a defectibilidade do projeto ou concepção do produto²³⁴.

Nesse cenário, mostra-se indispensável abordar o trabalho de *John Wade* a respeito do novo teste a ser implementado, bem como dos diferentes fatores para se avaliar a defectibilidade do produto.

2.6.2. O teste da análise dos riscos e utilidades de John Wade

A busca pelo significado dos requisitos previstos no *Restatement (Second)* não se mostra tarefa simples. As ilustrações trazidas por *Prosser* a respeito do consumo moderado de um bom whisky, bem como do óleo de rícino (de mamona) como instrumento de tortura²³⁵ pouco serviam para a resolução de casos mais difíceis. No contexto do uso ordinário do produto, não se mostrava claro em que condições ele poderia ser considerado excessivamente perigoso.

Uma das maiores contribuições de John Wade para o campo da *tort law* é o teste da análise dos riscos e utilidades para os defeitos de concepção. Seu trabalho pioneiro, intitulado *On the Nature of Strict Tort Liability for Products*²³⁶, é amplamente reconhecido e um dos mais citados no meio acadêmico²³⁷. Sua importância se revela na identificação daquilo que acabou por se tornar conhecido como as três categorias de pedidos com base na responsabilidade por produtos defeituosos: *manufacturing defects*²³⁸, *design*

²³⁴ OWEN, David G. Design defects..., p. 299.

²³⁵ Produto usado por Mussolini durante a II Guerra como instrumento de tortura. OWEN, David G. Design defects..., p. 365.

²³⁶ WADE, John, On the Nature of Strict Tort Liability for Products, **44 Miss. L.J.** 825 (1973).

²³⁷ MYERS, Gary. Dean John Wade and the Law of Torts, **65 Miss. L.J.** 29 (1995); A respeito da importância do artigo publicado por Wade, eis as palavras de Michael Green: "While most of the courts and commentators were attempting to understand and unravel the vagaries of this new world of liability, Dean Wade published an article about strict liability that was a tour de force." GREEN, Michael, The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation, **48 VAND. L. REV.** (1995), p. 611.

²³⁸ 1. *Product not in intended condition. This is the case in which something went wrong in the manufacturing process. Here, the distinction between negligence and strict liability is most significant. Here, the adjective "defective" is both meaningful and useful in describing the product. The defendant is not likely to fight as hard here as in some of the other examples because the decision will not normally affect numerous other*

*defects*²³⁹ and *failure to warn*²⁴⁰. Mesmo antes de as Cortes apreciarem a necessidade de distinguir os diferentes tipos de defeito, Wade elaborou cuidadosamente tal tipologia que poderia auxiliar na investigação sobre se o produto era excessivamente perigoso²⁴¹.

Diga-se que Wade alertou que o teste das expectativas dos consumidores não estava afinado com os defeitos de concepção, posto que, em muitas situações, o consumidor não sabe o que esperar, justamente por não ter ideia a respeito do grau de segurança do produto²⁴².

Mais do que isso, Wade descreveu sete fatores para determinar se o produto era excessivamente perigoso (*unreasonably dangerous*) para efeitos de *strict liability*:

(1) *The usefulness and desirability of the product-its utility to the user and to the public as a whole.*

(2) *The safety aspects of the product-the likelihood that it will cause injury, and the probable seriousness of the injury.*

(3) *The availability of a substitute product which would meet the same need and not be as unsafe.*

(4) *The manufacturer's ability to eliminate the unsafe character of the product without impairing its usefulness or making it too expensive to maintain utility.*

(5) *The user's ability to avoid danger by the exercise of care in the use of the product.*

cases. *The plaintiff's primary difficulty is likely to come in connection with proof of cause in fact- that the chattel was indeed in the unsafe condition at the time it left the defendant.* WADE, John W. *On the Nature of Strict Tort Liability for Products...*, p. 841.

²³⁹ 2. *Improper design. There is little difference here between the negligence action and the action for strict liability. This is true, at least, for the manufacturer, who normally either knows of the danger which the design creates or should know (i.e., is negligent in not knowing of it); it is less true of a supplier, who may take the product from the manufacturer without inspecting it in detail. Under design is included the failure to provide proper safety devices. Design may include the parts or elements which do or do not go into the make-up of a product, if it is intended to be in that condition.* WADE, John W. *On the Nature of Strict Tort Liability for Products...*, p. 841.

²⁴⁰ 3. *Warnings and instructions. The addition of a suitable warning may cause an otherwise unsafe product to be characterized as duly safe. It may be appropriately used when the dangerous condition of the product cannot feasibly be eliminated. But a warning will not always be sufficient. An electrical appliance with uninsulated wires would not be made duly safe by attaching a warning to look out for the danger of electric shock. Some products may be so inherently dangerous that they should not be marketed at all, whether with or without a warning. The form of the warning may be important - its clarity, its prominence, whether it is attached to the product or is provided separately. Instructions are similar to warnings. If the product must be used in a particular way to be safe and this necessity would not be apparent to the user, adequate instructions may be required for the product to be duly safe.* WADE, John W. *On the Nature of Strict Tort Liability for Products...*, p. 842.

²⁴¹ GREEN, Michael, *The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation...*, p. 611.

²⁴² WADE, John W. *On the Nature of Strict Tort Liability for Products...*, p. 829.

(6) *The user's anticipated awareness of the dangers inherent in the product and their avoidability, because of general public knowledge of the obvious condition of the product, or of the existence of suitable warnings or instructions.*

(7) *The feasibility, on the part of the manufacturer, of spreading the loss by setting the price of the product or carrying liability insurance*²⁴³.

De modo geral, eis os fatores ali descritos: a utilidade do produto (para o consumidor e para o público em geral); a segurança do produto (a probabilidade de que venha a causar danos e a sua gravidade previsível); a existência de um produto alternativo mais seguro e que atenda as mesmas necessidades; a possibilidade de o produtor eliminar a característica perigosa do produto sem diminuir sua utilidade ou sem torná-lo muito custoso; a possibilidade de o usuário evitar os perigos utilizando o produto com cuidado; o conhecimento para o usuário a respeito do perigo inerente ao produto e da possibilidade de se prevenir, critério aferido pela experiência comum, de acordo com a apresentação do produto ou instruções e advertências; a possibilidade de o produtor repartir a carga dos riscos por meio do preço dos produtos ou contratar um seguro.

Ao questionar se a magnitude do risco criado pela condição perigosa do produto é compensada pela sua utilidade social, a doutrina observa que o teste dos riscos-utilidades recorre à famosa fórmula algébrica ($B < P \times L$) utilizada por *Learned Hand* em *United States v. Carroll Towing Co.*²⁴⁴ para tratar da *negligence*²⁴⁵.

Ainda assim, para Wade, o seu novo standard para avaliação da defectibilidade em nada alterava a constatação de que o regime era da responsabilidade objetiva. Isto é, a *strict liability* continuava a reger a *products liability*, independentemente do tipo de defeito que se está a aferir²⁴⁶.

²⁴³ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 837.

²⁴⁴ United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

²⁴⁵ Em *Carroll Towing*, *Judge Hand* adotou a fórmula $PL > B$ para expressar quando um agente pode ser considerado negligente. "Thus, a person is negligent when the magnitude of the foreseeable danger (L) discounted by the probability (P) that it will occur is greater than the burden (B) of taking precaution to prevent the harm from occurring". GREEN, Michael, The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation..., p. 613. A fórmula Hand costuma ser encontrada e bem explicada em obras de análise econômica do direito no Brasil: "Segundo Hand, o potencial causador de um dano terá agido com culpa se não houver adotado determinada medida de precaução cujos custos marginais de adoção sejam menores que a conseqüente redução do dano marginal esperado" TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183-184.

²⁴⁶ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 826.

Muitas vezes se mostra difícil, ou mesmo impossível, comprovar a negligência por parte do produtor. A *res ipsa loquitur*, em algumas hipóteses, pode servir de apoio para a vítima, porém nem sempre isso é possível. Por se tratar de uma forma de evidência circunstancial, a *res ipsa* depende da verificação de uma inferência lógica suficientemente robusta no caso concreto para liberar a vítima da comprovação da culpa. A *strict liability*, lembra Wade, dispensa tal comprovação²⁴⁷.

Ademais, a ideia da socialização dos riscos, em termos gerais, leva em conta que os prejuízos não podem recair exclusivamente nas vítimas, mas sim serem transferidos para o fabricante que, por meio da precificação do produto, consegue repassar os custos com todos os consumidores²⁴⁸.

No entanto, em certa medida, reconhece que a verdadeira responsabilidade objetiva se aplicava aos defeitos de fabricação, o que, por corolário, aproximava o regime da *negligence* dos defeitos de concepção e de informação²⁴⁹.

2.6.2.1. Pontos positivos do *risk-utility test*

O teste dos riscos-utilidades foi desenvolvido após a adoção da Seção 402 A como resposta à agressividade daqueles que buscavam empurrar os limites da *strict liability* para processos que envolviam a avaliação do grau de segurança projetado em um produto. Como se sabe, produtos duráveis podem, na maioria das vezes, ser mais seguros, adicionando dispositivos de segurança (por meio de custos adicionais) ou reduzindo os riscos (eventualmente em troca de alguma utilidade)²⁵⁰.

²⁴⁷ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 826.

²⁴⁸ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 826. E continua: “*Also similar is the argument regarding availability of insurance. That type of first-party insurance for automobile accidents, which is sometimes called no-fault insurance, is less available here, since the injured party would need to take out accident insurance in general; on the other hand, the manufacturer can more easily obtain appropriate liability insurance coverage. Another argument involves the deterrent effect. Experience seems to demonstrate that if a manufacturer knows he will be held liable for injuries inflicted by his product, that the product will be safer than if he understands that he can avoid liability by demonstrating the exercise of due care. There is also no good analogy to automobile accidents here, since a driver who is not deterred by thought of injury to himself is hardly likely to be deterred by the thought of financial loss, especially if it would be covered by insurance*”.

²⁴⁹ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 839-841; GREEN, Michael, The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation..., p. 612.

²⁵⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 586-587.

Assim, automóveis poderiam ser muito mais seguros se projetados como tanques que se deslocam a dez quilômetros por hora. Entretanto, é claro que ninguém defende que os automóveis devem chegar a esse nível de segurança, pois existiriam outros problemas decorrentes de tal modificação (aumento do preço, deslocamento mais demorado e aumento do consumo de gasolina, por exemplo). Na realidade, os processos que chegam aos Tribunais precisam discutir a difícil questão sobre quão seguros devem ser os produtos para fins de responsabilidade civil²⁵¹.

O *risk-utility test*, também nominado *danger versus utility balancing test*, tem como pressuposto o fato de que praticamente todos os produtos possuem riscos e benefícios. Nesse sentido, a literatura jurídica e gradualmente as Cortes passaram a propor que não existe outra maneira de se avaliar os defeitos de concepção sem levar em conta tais fatores²⁵².

Chama-se atenção, assim, para as consequências de se imputar responsabilidade prescindindo da presença do defeito:

*If a court wishes to depart from the requirement of a defect – and as stated heretofore, some may think that this should be done – then it is submitted that a maker could be held liable for harm resulting to anyone in any case even in the absence of a defect if, but only if, proper care was exercised in the use of the product and no one else can be found who could be regarded as culpably responsible for the damaging event. That would be a rather far-reaching step, but it would be a method for risk-spreading when no one could be found who was culpably responsible*²⁵³.

Keeton, escrevendo sobre os defeitos de concepção de automóveis, defende sempre a necessidade de se avaliar efetivamente o defeito, evitando estender a responsabilidade para produtores por danos inevitáveis de produtos considerados desejáveis (“bom” cigarro, “boa” penicilina, “bom” whisky)²⁵⁴.

Nessa linha, lembrando-se o caso *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*, já mencionado nesta pesquisa, em que a Corte da Califórnia deixou de se debruçar efetivamente sobre

²⁵¹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 587.

²⁵² KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law*..., p. 592.

²⁵³ KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile*..., p. 9.

²⁵⁴ KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile*..., p. 2.

o conceito de defeito, mostra-se convincente, por ser mais técnica e apurada, a utilização do teste dos riscos e utilidades.

Naquele caso, a peça de alumínio presente no caminhão não era adequada ao seu propósito e ao que foi planejado para o seu funcionamento; tampouco a peça se mostrou tão segura quanto deveria. Percebe-se, sem maiores dificuldades, que o perigo era razoavelmente previsível na escolha de tal peça, e não havia qualquer elemento salvador, ou razão econômica, para redimir tal opção. Em suma, não se extrai nenhum benefício de se ter um metal poroso, com buracos e cavidades. Nesse sentido, o produto era *unreasonably dangerous* em sua acepção jurídica. Para Keeton, sendo o defeito um imprescindível requisito, não há maneira de se evitar a análise do risco-benefício ao falar de defeitos de concepção²⁵⁵.

No mais, a doutrina costuma sistematizar os aspectos positivos da teoria dos riscos e utilidades por meio de três considerações.

A primeira alegação parte do princípio de que esta teoria leva em conta as necessidades, as vontades e os desejos que são atendidos pelo produto. Por exemplo, um medicamento frequentemente satisfaz importantes necessidades; por isso, o mero fato de possuir alguns efeitos colaterais geradores de dano não significa automaticamente que os perigos sobressaem aos seus benefícios²⁵⁶.

O segundo argumento indica que a análise da utilidade de sua concepção é influenciada pela viabilidade econômica e tecnológica de atender as mesmas necessidades por meio de produtos alternativos. Estudos indicam que três por cento da população possui alguma alergia a cosméticos. Se for possível elaborar um cosmético que atendesse às mesmas necessidades e que apenas um por cento da população sofresse com alergia, poder-se-ia concluir que se está diante de defeito de concepção. Nota-se, assim, que a extensão da satisfação das necessidades e vontades por meio de produtos alternativos é medida relevante para aferição da defectibilidade²⁵⁷.

²⁵⁵ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 9.

²⁵⁶ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 593. O autor ainda complementa: *"I mentioned to a student in class that cigarettes are probably the worst product on the market. I was challenged on that, and rightly so. I had overlooked the fact that many people derive considerable pleasure and satisfaction from smoking. The needs, wants, or desires that a product serves should always be taken into account in evaluating defectiveness. Even breathing has its hazards, but it has not yet been declared defective"*.

²⁵⁷ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 593.

Por fim, a utilidade do *design* é influenciada pela viabilidade econômica e tecnológica de se atender às necessidades da sociedade por produtos mais seguros. Veja-se o exemplo de uma máquina cortadora de carnes projetada com um dispositivo de segurança que tornasse praticamente impossível atingir a mão de quem a operasse. Tal design, entretanto, prejudica o manuseio da máquina, fator que certamente deve ser avaliado no âmbito de utilidade da máquina. Na opinião de Keeton, oitenta por cento dos casos relacionados a defeitos de concepção giram em torno dessa questão: se seria viável, econômica e tecnologicamente, elaborar um novo projeto para o produto²⁵⁸.

Sobre o assunto, *McCormack v. Hanksraft Company*²⁵⁹ ilustra bem o trabalho das Cortes ao precisarem avaliar o balanço entre a utilidade e os riscos dos produtos lançados no mercado de consumo. No caso, uma criança, após acordar no meio da noite, tropeçou no fio de um vaporizador (umidificador de ar) que estava posicionado próximo de sua cama fazendo com que o produto caísse sobre si, causando queimaduras de terceiro grau em razão da água escaldante. A discussão no processo girou em torno do design defeituoso do produto, que permitia o derramamento da água quente em caso de queda.

A utilidade de um umidificador é inquestionável, entretanto, partiu-se da premissa de que é previsível e esperado que tais produtos sejam posicionados próximos de crianças em quartos escuros enquanto dormem. Por isso, há uma boa chance de que crianças ou mesmo adultos acabem inadvertidamente tropeçando e derrubando tal produto, de modo que devem ser verificados os riscos de a água quente de seu interior vir a sair do compartimento do produto.

A pergunta do processo girou em torno sobre se seria possível eliminar tal risco do produto sem prejudicar a sua funcionalidade e sem torná-lo significativamente mais caro, o que foi respondido positivamente pelos experts ouvidos. A colocação de uma tampa de rosca com pequena vazão de ar para evitar o aumento da pressão reduziria significativamente a quantidade de líquido vazado em caso de queda do produto, minimizando eventuais danos sofridos.

²⁵⁸ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 593.

²⁵⁹ *McCormack v. Hanksraft Company*. Minnesota Supreme Court, 154 N.W.2d 488 (1967).

De todo modo, vale acrescentar que o teste dos riscos-utilidades passou a se mostrar cada vez mais importante quando se tornou mais preciso, mais estreito. Trata-se de avaliação de um design razoável alternativo. Dando conta da importância desse teste, que será melhor explicado oportunamente, Gary Schwartz defende que não se pode falar verdadeiramente em análise dos riscos e benefícios sem identificar alguma espécie de design alternativo²⁶⁰.

Diante dos inconvenientes decorrentes da utilização do teste dos riscos-utilidades de maneira genérica, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram testes alternativos, a exemplo do *Reasonable alternative design*, que consiste na premissa de que o produto só será considerado defeituoso se o autor comprovar que uma concepção alternativa razoável e realizável é possível de ser lançada no mercado. Trata-se de teste mais restritivo, com abordagem marginalista, que não se confunde com a visão global dos riscos e benefícios do produto²⁶¹.

2.6.2.2. *Metal Window Products v. Magnussen*

Uma boa ilustração se deu com o caso *Metal Window Products v. Magnussen*²⁶², em que o produto alegado defeituoso consistia numa porta de correr – de vidro – instalada num apartamento, em um condomínio. A porta ficava na parte de trás do apartamento e era a mesma instalada em outras unidades do prédio. A requerente participava de um churrasco no apartamento e passou algumas vezes pela porta quando estava aberta. Na última vez, a porta se encontrava fechada e o requerente nela

²⁶⁰ “The heart of the problem is this: one simply cannot talk meaningfully about a risk-benefit defect in a product design until and unless one has identified some design alternative (including any design omission) that can serve as the basis for a risk-benefit analysis”. SCHWARTZ, Gary T. Foreword: Understanding Products Liability. *California Law Review*. Vol. 67. 1979, p. 468.

²⁶¹ BORGHETTI. Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait de produits...*, p. 57-58.

²⁶² *Metal Window Products Co. v. Magnusen*, 485 S.W.2d 355, 356 (Tex. Civ. App. 1972). *On March 13, 1971, appellee attended a cookout at an apartment in the same apartment complex in which she lived. She arrived at the apartment at approximately 5:00 p.m., while the sun was still shining. The sliding glass door in question constituted the rear entrance to the apartment, and when appellee first arrived the door was already open. Appellee testified that during the succeeding hour she traveled through the doorway several times and on each occasion the glass door was open. At approximately 6:15 p.m. appellee approached the doorway to reenter the apartment, unaware that the door had been closed. A light was on within and appellee testified that she could see the breakfast area and various objects in the kitchen beyond very distinctly. As she attempted to pass through the doorway appellee struck the glass door, bruising her face and damaging her front teeth. The glass door did not break, shatter or fracture at the impact.*

esbarrou, quebrando o seu dente. A sua tese partia do pressuposto de que a porta era defeituosa em razão da ausência de um decalque ou aviso, que poderia colocar em alerta a pessoa quando estivesse fechada.

Utilizando-se de critérios relacionados aos riscos e benefícios de se produzir uma porta de correr de vidro (transparente), a Corte entendeu que não se tratava de produto defeituoso. Em termos gerais, três fatores foram indicados para sustentar o entendimento: a utilidade da transparência, a obviedade do perigo e a facilidade com que a pessoa poderia colocar alertas para evitar o óbvio risco²⁶³.

Por um lado, uma porta transparente, em razão da ilusão de espaço que mantém mesmo quando fechada, representa um certo risco de que as pessoas podem nela esbarrar. E dada a grande popularidade dessas portas, vendidas em larga escala, o produtor pode de fato prever que alguns desatentos não perceberão a porta fechada e irão ao encontro do vidro. No entanto, portas de vidro são propositalmente projetadas sem barras, gravuras ou decalques justamente para ampliar a sensação de espaço e luminosidade.

A Corte, assim, levou em consideração os aspectos positivos óbvios de se ter uma porta transparente, como o desejo por uma vista, o conforto e a sensação agradável do aumento do espaço do cômodo e até o sentimento que a transparência confere de se estar no lado de fora, e não no interior do apartamento. Tais questões estéticas se mostraram suficientes para pessoas escolherem uma porta de vidro, mesmo que suas características acarretem algum risco inerente²⁶⁴.

2.6.3. O movimento de retração da *Products Liability*

O *Restatement (Second)* e seus comentários foram idealizados e construídos pelas mãos de uma parcela pequena de juristas entusiastas da teoria da *enterprise liability*, que se valeram de casos pontuais referentes, sobretudo, a defeitos de fabricação. Por alguns anos, o entusiasmo com a nova teoria ganhou corpo e o tema da *products liability* passou a ser uma realidade nas Cortes Americanas.

²⁶³ Metal Window Products Co. v. Magnusen, 485 S.W.2d 355, 356 (Tex. Civ. App. 1972).

²⁶⁴ KEETON, W. Page. Product liability and the automobile..., p. 9.

Convém dizer que, além do entusiasmo da época com o regime da responsabilidade objetiva, que dava ampla proteção às vítimas e pouca atenção para os efetivos testes de defectibilidade, as particularidades do sistema norte-americano acarretavam altas quantidades de indenização.

Por exemplo, cite-se *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, mais conhecido como o famoso “*Ford Pinto case*”, em que o passageiro sofreu seríssimas queimaduras em noventa por cento do seu corpo quando o automóvel entrou em chamas após uma colisão traseira. Na já conhecida e trágica história, reputou-se defeituoso o design do Ford Pinto, posto que o tanque de combustível não possuía proteção suficiente em caso de colisão, fato conhecido pela montadora. Nesse julgado, a vítima receberia \$125.000.000 (cento e vinte e cinco milhões de dólares a título de *punitive damages*²⁶⁵), quantia que foi reduzida posteriormente, em grau de apelação, a \$3.500.000 (três milhões e quinhentos mil dólares)²⁶⁶.

Assim, eram muitas as indenizações milionárias, encaradas como um exagero por muitos, fato que inclusive foi levado em consideração pelos europeus quando da importação da *products liability*. Buscando evitar tal situação e proteger os fabricantes, os elaboradores da Diretiva optaram por escolher um meio termo²⁶⁷.

O primeiro período *prodefendant* na era moderna da *Products liability* pode ser atribuído ao início dos anos 1980, posto que os Tribunais, com alguma frequência, passaram a reconhecer que o período anterior – de expansão – foi longe demais²⁶⁸.

Assim, a percepção – ou o sentimento – segundo a qual a responsabilidade objetiva do fato do produto era absolutamente positiva foi substituída por *mixed feelings*, já que a

²⁶⁵ Para uma visão sobre os *punitive damages*, ver PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG, Guilherme Henrique Lima; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista De Direito Do Consumidor*, v. 12, p. 169-204, 2018.

²⁶⁶ *Grimshaw v. Ford Motor Company* (119 Cal.App.3d 757, 174 Cal.Rptr. 348).

²⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. “A Reparação de Danos Causados ao Consumidor no Anteprojeto do Código do Consumidor”, in **EIDC**, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2006, p. 66. Nesse mesmo sentido ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**, Coimbra, Almedina, 2005, pp.169 a 170, que acrescenta que a Diretiva foi também preparada porque havia algum receio que o “estilo norte americano” provocasse o pagamento de altas indemnizações.

²⁶⁸ HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. *Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect...*, p. 1271.

expansão, quase que explosiva, da responsabilidade objetiva gerou riscos para a economia e para a sociedade americana²⁶⁹.

No que diz respeito aos defeitos de fabricação, o significado de defeito não parece criar maiores dificuldades, já que o produto em questão pode ser avaliado e comparado com os próprios *standards* de produção do fabricante. O defeito se caracterizaria pela manifestação indesejada em relação com aquilo que se encontra na linha de produção²⁷⁰.

Já a determinação sobre como avaliar a aceitabilidade ou a defectibilidade do *design* de um produto é tarefa sobremaneira difícil em razão de se tratar do cerne sobre o que o fabricante decidiu produzir e vender. O defeito de fabricação é verdadeiramente um engano, que resulta de alguma falha no processo produtivo, posto que um produto acaba por desviar-se das especificações contidas no plano e nas intenções do fabricante. Ao contrário, a alegação de que há defeito de concepção do produto faz confrontar as próprias especificações definidas pelo fabricante, indicando que os seus especialistas falharam em entregar um produto adequado e seguro²⁷¹.

Por consequência, contestar o design do produto desafia a decisão dos gestores do fabricante de desenvolver e vender produtos que guardam certos tipos e níveis de perigo. Assim, ao contrário dos defeitos de fabricação, que retratam uma ou algumas unidades do produto, os casos envolvendo defeitos de concepção ameaçam a integridade de uma linha inteira de produção, mirando no negócio principal da empresa. Por essa razão, litígios sobre defeitos de concepção são motivo de grande preocupação para produtores, pois a declaração judicial de sua defectibilidade pode condenar em significativa monta de seu negócio²⁷².

Quanto à busca do conceito de defeito de concepção, verifica-se a necessidade de se atacar a própria concepção do produto, alegando que seu *design* cria um risco não razoável de dano. Ao fazer isso, o requerente está impugnando o produto do fabricante tanto quanto a escolha do próprio design do produto. Portanto, o uso do termo "*defective condition unreasonably dangerous*" cria alguns problemas²⁷³.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**..., p. 232-233.

²⁷⁰ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 599.

²⁷¹ OWEN, David G. Design defects..., p. 296.

²⁷² OWEN, David G. Design defects..., p. 296.

²⁷³ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 599-600.

Birnbaum complementa:

In adjusting to a theory of liability and recovery based on defect rather than fault, courts have made the uneasy journey from negligence to warranty to strict products liability without fashioning a uniform set of definitions and rules that can be relied on with any consistency by consumers and users of products as injured plaintiffs, by manufacturers and retailers as besieged defendants, and by lay jurors as arbiters of the conflict. The problem inheres not so much in the conceptual subtleties of the notion of strict liability, as it does in creating a uniform approach to the issue of defectiveness that will rationally accommodate the interests of both injured consumers and product sellers²⁷⁴.

Quanto aos padrões para avaliação do defeito de concepção, a doutrina já alerta há tempos sobre a dificuldade encontrada pelas Cortes.

Confusão, controvérsia e incerteza são as expressões mais utilizadas pela doutrina da época para retratar o cenário entre juízes e jurados a respeito do âmbito de aplicação e do modo de funcionamento dos casos relacionados aos defeitos de concepção. As decisões das Cortes de Apelação se mostravam vagas e imprecisas sobre os standards de avaliação do design dos produtos e sobre o modo como deveriam se comportar os juízes e os jurados ao determinarem se o produto é mais perigoso do que deveria ser²⁷⁵.

Segundo Keeton, boa parte das dificuldades em relação aos defeitos de concepção é consequência do fato de a responsabilidade ter, em suas origens, também uma base vinculada à teoria da *breach of warranty*. Os primeiros casos, como visto, trataram de afastar as exonerações, tornando as isenções de responsabilidade inaplicáveis e inconcebíveis, bem como afastaram o princípio da *privity of contract*²⁷⁶. Assim, a mistura das linguagens utilizadas para definir a *breach of warranty* e para expressar os tipos de perigos e condições para definir o significado de defeito se mostrou fonte da considerável confusão encontrada nos Tribunais²⁷⁷.

Nessa perspectiva, existem basicamente duas abordagens diferentes a respeito de como se deve aferir e avaliar os riscos decorrentes do projeto do produto e assim se

²⁷⁴ BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 600.

²⁷⁵ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 588.

²⁷⁶ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 588.

²⁷⁷ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 588.

determinar se eles poderiam ou não ser mais perigosos do que a sua concepção. Trata-se do teste das expectativas dos consumidores e do teste dos riscos e utilidades²⁷⁸.

2.6.3.1. Entre juízes e engenheiros

Após o movimento de expansão da *products liability*, alguns doutrinadores também passaram a questionar o próprio papel das Cortes em relação aos defeitos de concepção, alegando que os júris, ao aferirem a defectibilidade do projeto, acabam por contradizer a análise feita pelo fabricante a respeito das preferências de mercado. Isto é, as decisões tomadas pelos especialistas (engenheiros e diretores) do fabricante acabam sendo suplantadas por decretos judiciais²⁷⁹.

Em *Chaulk v. Murphy v. Volkswagen of America*, os fatos diziam respeito a um acidente de trânsito. Após colisão lateral, a vítima foi lançada para fora do seu automóvel tendo sofrido sérias lesões. O processo foi direcionado contra o causador do dano – o condutor do outro automóvel – e também contra a montadora do seu veículo sob a alegação de que o sistema de fecho da porta seria defeituoso. Para a autora da ação, e de acordo com o testemunho de um expert ouvido no processo, o sistema foi projetado de modo que a força de um impacto lateral acaba destravando o fecho, falha que teria levado a vítima a ser ejetada do automóvel²⁸⁰.

Os jurados não se convenceram da tese da vítima e deram ganho de causa à montadora. Na Apelação, a maioria dos juízes decidiu pela necessidade de novo julgamento fundamentando a decisão no relato do expert, fato que não passou despercebido pelo *Judge Posner*, que apresentou voto dissidente.

No interessante voto, apesar de considerado demasiadamente agressivo por atacar diretamente o expert ouvido em juízo²⁸¹, *Judge Posner* alertou que o Sistema de Justiça

²⁷⁸ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 588.

²⁷⁹ EPSTEIN, Richard A. The risks of Risk/Utility, 8 Ohio State Law Journal 469 (1987), 474-475.

²⁸⁰ *Chaulk v. Murphy v. Volkswagen of America*, 808 F.2d 639 (7th Cir. 1986).

²⁸¹ "Posner mounted a cutting ad hominem attack on the plaintiff's expert". BLOMQUIST, Robert F. Dissent, Posner-Style: Judge Richard A. Posner's First Decade of Dissenting Opinions, 1981-1991 - Toward an Aesthetics of Judicial Dissenting Style, 69 **MO. L. REV.** (2004), p. 129-130 e 156.

não poderia permitir que seis pessoas leigas pudessem condenar uma atividade industrial inteira com base no testemunho de único expert²⁸².

De modo similar a *Posner*, outro voto dissidente, dessa vez oriundo da Suprema Corte da Pensilvânia, resolveu chamar a atenção quanto à expansão da responsabilidade. Em *Lewis v. Coffing Hoist Div.* foi colocado em pauta o design de um guincho elétrico de elevação de carga manuseável por meio de controle remoto.

Em determinado dia, ao tentar resolver um problema na corrente que havia se prendido, o operador se deslocou até o local da carga suspensa, mas no meio do

²⁸² Convém transcrever o alerta de Posner: “*All Chaulk has is the testimony of Martens, whose involvement in the design of automobile door latches had ended in 1972, thirteen years before the trial. He had gone to work that year for an insurance company, and later he became and he remains a professional expert witness against automobile companies in cases involving issues of door-latch design. On direct examination he testified that other automobile companies had safer latch designs which Volkswagen easily could have adopted and in subsequent model years did adopt. It would have been a jury question whether this evidence outweighed Volkswagen's contrary evidence. But on cross-examination Martens made clear that his position, whether reflecting a genuine and disinterested conviction or pecuniary self-interest, is that almost all door latches, including one for which he holds a patent and Volkswagen's subsequent latch design, are unreasonably dangerous: specifically, all door latches that can be sprung by inward rather than downward pressure; perhaps all automobile door latches, period, except that of Mercedes-Benz; at the very least, the door latches found in 30 million cars now on American roads. Martens was unwilling to concede that any automobile door latch except that of the Mercedes-Benz, including latches he himself had designed, is reasonably safe. Although he believes that some are safer than the one on the 1977 Rabbit, he presented no statistical or other evidence indicating that an accident (with the possible exception of the one in this case) had ever occurred that a safer door latch would have prevented. Martens' was the testimony either of a crank or, what is more likely, of a man who is making a career out of testifying for plaintiffs in automobile accident cases in which a door may have opened; at the time of trial he was involved in 10 such cases. His testimony illustrates the age-old problem of expert witnesses who are "often the mere paid advocates or partisans of those who employ and pay them, as much so as the attorneys who conduct the suit. There is hardly anything, not palpably absurd on its face, that cannot now be proved by some so-called 'experts.'*” *Keegan v. Minneapolis & St. Louis R.R.*, 76 Minn. 90, 95, 78 N.W. 965, 966 (1899). It is not the law, in Wisconsin or anywhere else, that the standard of care is set by the designers of \$60,000 automobiles, so that the omission of any safety device found in such automobiles is negligent. “It is boilerplate law that, merely because a product or an operation is not as safe as possible, because there are better methods of manufacture or performing an operation does not lead to the conclusion that the method employed was undertaken with a lack of ordinary care or the product was defective.” *Greiten v. LaDow*, supra, 70 Wis.2d at 602, 235 N.W.2d at 685. The buyer of a Mercedes 560 may be willing to pay extra for minuscule, perhaps wholly theoretical, improvements in safety, but such a buyer's willingness to buy the ultimate refinement in safety technology does not define the standard of care for the whole industry. Ours is not a system of people's justice, where six laymen are allowed to condemn an entire industry on the basis of absurd testimony by a professional witness. If Martens had testified that the Rabbit in which Chaulk was riding should have been equipped with radar or a force field or an ejection seat, my brethren would agree that the directed verdict was proper. Judge Reynolds was entitled to conclude that Martens' actual testimony, which amounts to a wholesale condemnation of the automobile industry for failing to adopt safety precautions that so far as the evidence shows would not have prevented a single accident in the history of transportation, likewise did not provide a rational basis for finding Volkswagen negligent. Compliance with industry custom is not a defense in a tort suit; but something more than a professional witness's conclusion, offered without substantiation, that a whole industry is lagging behind the standard of due care is necessary to create a jury issue”. 808 F.2d 639, 644 (7th Cir. 1986).

caminho acabou tropeçando e caindo. Na queda, sem querer, apertou o botão “descer” no controle e como resultado a carga suspensa despencou em suas pernas, causando graves lesões.

A alegação do autor partia da tese de que o controle de operação da máquina possuía um defeito de concepção por não conter um dispositivo de proteção sobre os botões para prevenir acionamentos acidentais. A tese convenceu os jurados e a maioria dos juízes no recurso de apelação. No recurso, definiu-se que o fabricante não poderia se valer da tese defensiva de que o produto estaria dentro dos padrões estabelecidos pelo mercado e pela Sociedade Americana de Engenheiros Mecânicos - *American Society of Mechanical Engineers* (“ASME”), posto que isso atrairia o regime da *negligence*. Tampouco seria cabível a prova de que o controle sem dispositivo de segurança era usado por noventa por cento das empresas americanas.). Entretanto, mais uma vez o voto dissidente vale ser transcrito. Eis as palavras de Justice Hutchinson:

I am compelled, in the words of a popular song, to "speak out against the madness." The instant madness is a creeping consensus among us judges and lawyers that we are more capable of designing products than engineers. A courtroom is a poor substitute for a design office²⁸³.

Hutchinson reconhece que para decidir tal tipo de questão toda ajuda é necessária e por isso discorda do entendimento de que os standards da ASME são irrelevantes para definir o caráter defeituoso do produto. Para ele, é muito estreita a visão de que os standards industriais só seriam relevantes para estabelecer um dever de cuidado no regime da *negligence*, sendo despiciendos no modelo da *strict liability*.

Standards industriais são escritos por indivíduos respeitados por seus pares na indústria, na academia e no campo da pesquisa. Tais standards contêm o conhecimento coletivo em determinada área técnica específica e, apesar de não serem determinantes para o resultado do processo, possuem relevância e competência para auxiliar na decisão.

Hutchinson critica os votos majoritários e aponta a inconsistência de se impedir a aplicação dos standards industriais sob a justificativa de que necessariamente

²⁸³ Lewis v. Coffing Hoist Div., Duff-Norton, 515 Pa. 334 (1987), 528 A.2d 590

introduziriam conceitos ligados ao sistema da *negligence* e permitir, ao mesmo tempo, que experts individuais contratados pelos autores sejam ouvidos em juízo.

Por isso, ao determinar se um produto foi mal projetado, defende que deveria ser permitida a oitiva de outros experts que trabalham no mercado, onde a atmosfera parece mais objetiva do que no Tribunal. Por fim, *Hutchinson* relembra que já existia naquela época respeitáveis opiniões sobre a imprescindibilidade de se aferir o dever de cuidado em casos sobre defeitos de concepção²⁸⁴.

Assim, os dois votos servem a ilustrar o movimento inicial destinado a trazer novas reflexões sobre o regime da *products liability* estadunidense e preocupações de ordem econômica e social.

Os critérios dos standards industriais ou governamentais serão melhor avaliados oportunamente nesta pesquisa, entretanto, vale ressaltar desde já a interpretação de que tais normativas podem servir apenas como padrões mínimos de segurança. Quer dizer, não se mostra correta a conclusão de que o juiz deve necessariamente se ater às normas técnicas. De fato, como princípio, os padrões de engenharia devem, na maioria das vezes, ser o referencial para avaliação da segurança do projeto ou design do produto, entretanto, a avaliação do contexto é essencial, sobretudo porque fatores externos (como lobby ou interesses de classe) podem por vezes influenciar o cenário e demonstrar que determinadas normas técnicas não são puramente técnicas.

2.6.3.2. Crise dos seguros e o MUPLA

Relembre-se que a crise na responsabilidade civil norte-americana ocorrida em meados da década de 1980²⁸⁵, bastante visível nos anos de 1984 a 1987, se fundou no aumento vertiginoso do preço dos seguros e no número de processos judiciais. A escalada no número de processos envolvendo produtos defeituosos chama, de fato,

²⁸⁴ Lewis v. Coffing Hoist Div., Duff-Norton, 515 Pa. 334 (1987).

²⁸⁵ Já em 1980 Sheila Birnbaum escreveu que sem a imposição de um limite indenizatório para indenizações, a ideia da distribuição dos riscos do negócio, que se aproxima de uma “absolute liability”, não se mostra mais sustentável, sobretudo se se levar em consideração o número de casos que chegam aos Tribunais e os valores alcançados em condenações e acordos. Foram esses fatores que criaram um sério problema entre as fabricantes e as seguradoras, pois algumas atividades deixaram de ser asseguradas ou se tornaram impagáveis. BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect..., p. 644-645.

atenção: em nível federal, o número de 2.393 processos em 1975 saltou para 13.408 no ano de 1989, com uma média de crescimento anual de 33%, acima da média dos litígios em geral²⁸⁶.

Os preços dos seguros de responsabilidade civil aumentavam vertiginosamente, muito embora outras hipóteses – que não os custos ou riscos dos processos judiciais – fossem levantadas para justificar o aumento do preço desses seguros. Na época, empresas farmacêuticas e pequenas produtoras domésticas de avião passaram a se recusar a vender determinados produtos no mercado com vistas a evitar potenciais processos de responsabilidade²⁸⁷.

Críticos do sistema de responsabilidade pelo fato do produto alegavam que o já mencionado aumento dos custos ou a própria a recusa das operadoras de seguro e, de modo geral, a possibilidade de perdas catastróficas em processos judiciais, acabavam por sufocar a inovação tecnológica, forçando a pesquisa e o desenvolvimento à criação de produtos excessivamente seguros. No seio político, o Vice-Presidente Dan Quayle se mostrava particularmente incomodado com as consequências dos custos da *product liability* ao sistema de concorrência das empresas americanas²⁸⁸. A doutrina também relata que o Senador *Malcolm Bridge*, então Secretário do Comércio, chegou a afirmar em uma revista, no ano de 1981: “*product liability problems are affecting both the nation’s productivity and its ability to compete with exports*”²⁸⁹.

Nesse contexto, o Presidente *Gerald Ford* nomeou uma força tarefa, encabeçada por *Victor Schwartz*²⁹⁰, para lidar com os problemas relacionados com a crise da *Products Liability*²⁹¹. Produto final dessa força tarefa, o governo federal estadunidense redigiu o *Model Uniform Product Liability Act (MUPLA)*, publicado no ano de 1979, que não se

²⁸⁶ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective**..., p. 10.

²⁸⁷ Há também outros fatores que podem ter justificado o aumento do preço do seguro. MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective**..., p. 10-13.

²⁸⁸ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century: the U.S. Perspective**..., p. 3.

²⁸⁹ CLARK, Alistair M. **Product liability (modern legal studies)**..., p. 19.

²⁹⁰ Chairman of the United States Department of Commerce Task Force on Product Liability and Accident Compensation

²⁹¹ VAN KIRK, Robert A. The Evolution of Useful Life Statutes in the Products Liability Reform Effort, 1989 **Duke Law Journal**. 1989, p. 1691.

tratava de uma lei federal, mas de uma lei-tipo dedicada à possível adoção dos diferentes Estados. O *MUPLA*, portanto, tinha por objetivo estabilizar, unificar e clarificar algumas noções da *products liability*²⁹².

Refletindo a visão da corrente doutrinária já dominante na época, o *MUPLA* submeteu os produtores a uma responsabilidade objetiva por defeitos de fabricação e, em relação aos defeitos de concepção e de informação, aplicou o regime da *negligence*. Para esses casos, rejeitando totalmente o teste das legítimas expectativas²⁹³, considerado muito subjetivo, adotou explicitamente o critério dos riscos e benefícios²⁹⁴.

Diga-se o *MUPLA* não encontrou o sucesso esperado nas legislações estaduais, mas é certo que variadas mudanças nas leis estaduais também serviram a reduzir o âmbito de aplicação da *Products liability*²⁹⁵.

Contemporaneamente, na seara jurídica, reconhece-se que o paradigma de interpretação das normas foi pensado a partir da noção dos defeitos de fabricação e que, com o tempo, surgiram diversos casos ligados a defeitos de projeto, apontando o design do produto como defeituoso. Ao se debruçar sobre o caráter excessivamente perigoso dos defeitos de concepção, as Cortes enfrentaram a difícil tarefa de aplicar as disposições previstas no *Restatement (Second)* e, com o tempo, precisaram revisar alguns posicionamentos.

Assim, pedidos de indenização baseados na defectibilidade da concepção do produto passaram a ser frequentes. O fundamento, via de regra, era a ausência de algum dispositivo de segurança, como nos exemplos da máquina de cortar grama que não conta com proteção suficiente para proteger os membros do corpo; de produto perigoso que

²⁹² SCHWARTZ, Victor E. The Uniform Product Liability Act - A Brief Overview, 33 Vanderbilt Law Review 579, (1980). TWERSKI, Aaron D. From Risk-Utility to Consumer Expectations..., p. 864-869. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 71.

²⁹³ *The consumer expectation test takes subjectivity to its most extreme end. Each trier of fact is likely to have a diferente understanding of abstract consumer expectations. Moreover, most consumers are not familiar with the details of the manufacturing process and cannot abstractly evaluate conscious design alternatives.* Model Uniform Product Liability Act, 44 Fed. Reg. 62,714 (1979), §104 analysis.

²⁹⁴ SCHWARTZ, Victor E. The Uniform Product Liability Act - A Brief Overview..., p. 585-586.

²⁹⁵ HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect..., p. 1272. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 72. Para maiores detalhes acerca do impacto do *MUPLA*: CULHANE, John G. The Limits of Product Liability Reform within a Consumer Expectation Model: A Comparison of Approaches Taken by the United States and the European Union, 19 **HastingsInt'l & Comp. L. Rev.** 1 (1995); VAN KIRK, Robert A. The Evolution of Useful Life Statutes in the Products Liability Reform Effort..., p. 1720-1723.

não dispõe de dispositivo para desligar e interromper o seu funcionamento rapidamente; ou mesmo da ausência da trava em uma arma de fogo. Ao lado desses casos mais complexos convém apontar ainda os inúmeros pedidos de indenização envolvendo acidentes automobilísticos e o debate sobre como devem se comportar os carros nas colisões (*crashworthy test*)²⁹⁶.

Diante desses novos e intrincados problemas, começou-se a tomar consciência da necessidade da aplicação de outros testes para a identificação correta da noção de defeito, ganhando corpo o risk-utility test de Wade, sobretudo para defeitos de concepção e de informação.

2.6.3.3. Críticas ao teste das legítimas expectativas

Não são poucas as críticas dirigidas ao *Restatement (Second)*, em razão da adoção genérica do teste das expectativas dos consumidores, e sobretudo ao seu patrocinador, a *American Law Institute*. De todo modo, não há maiores objeções quanto à sua aplicação aos defeitos de fabricação. Nessas situações – uma roda deteriorada (como no caso *MacPherson*), uma bolha no pneu do carro causadora de sua explosão, um elemento estranho em um remédio tornando-o tóxico ou venenoso, um vidro quebrado ou mesmo um rato em decomposição dentro de uma garrafa de Coca-Cola – o teste parece funcionar adequadamente²⁹⁷.

Em sua abordagem, o produto é reputado defeituoso se o perigo, haja vista o conhecimento geral da comunidade acerca das características do produto, extrapola aquilo que os consumidores ordinários teriam contemplado quando da sua aquisição. Em outras palavras, se o produto se mostra mais perigoso do que aquilo que o consumidor esperava em algum aspecto, pode-se considerá-lo defeituoso naquele aspecto²⁹⁸.

²⁹⁶ OWEN, David G. Design Defects. 2008, p. 294-295: “In addition to such typical design danger claims, numerous other forms of design hazards may give rise to claims of defectiveness - such as allergenic latex gloves, fabrics not treated with flame-retardant chemicals, drain cleaners comprised of unnecessarily caustic chemicals, products whose moving parts are made of metal too soft to last throughout the product's useful life, tampons that are too absorbent, coffee that is too hot, raw asbestos comprised of toxic fibers, and tell-tale mechanical heart valves that emit excessive noise”.

²⁹⁷ Todos os exemplos são contados por KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 586.

²⁹⁸ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 588-589.

De todo modo, tal padrão para determinar a defectibilidade de produtos não é imune a críticas. Pode-se, de modo geral, elencar três razões para afastar o teste das expectativas dos consumidores na ambiência do sistema jurídico estadunidense. Esclarece-se que as críticas aqui apresentadas devem ser contextualizadas ao modelo da *products liability* norte-americana e à roupagem conferida ao teste das legítimas expectativas²⁹⁹.

A primeira crítica se baseia no fato de que a vítima não poderia buscar indenização por danos sofridos em decorrência de perigos óbvios ou que dizem respeito a aspecto no qual o consumidor foi adequadamente informado. Nessas situações, não seria possível dizer que o consumidor foi enganado quando da aquisição, posto que recebeu aquilo que comprou, sendo indiferente o resultado da lesão. Esse raciocínio, explica a doutrina, foi muitas vezes o veredito adotado pelas Cortes³⁰⁰.

Se o fornecedor prestasse as devidas informações, deixando claro aos interessados o que estava sendo comprado, a responsabilidade do fabricante era afastada pelo argumento de que havia um ‘comprador informado’. Por essa lógica, juízes e jurados não deveriam ser instados a determinar quão seguro deve ser o produto, ou mesmo avaliar os seus designs, contanto que o consumidor estivesse a par dos riscos³⁰¹.

Apesar de considerar esse um argumento razoável, Keeton rechaça a premissa de que o mercado por si só conseguiria oferecer aos consumidores o tipo de segurança necessário. A alegação de que o produto não se mostra defeituoso porque o consumidor sabe o que está levando e que, por isso, é responsável em evitar seus acidentes, deve ser avaliada com cautela, sobretudo se o acréscimo de um dispositivo a um preço módico consegue incrementar o nível de segurança do produto e evitar novos acidentes³⁰².

O teste das legítimas expectativas parece indicar que, se o consumidor ordinário toma conhecimento do perigo, então o produto não é *unreasonably dangerous*. Ou seja,

²⁹⁹ Como se tentará demonstrar ao longo da pesquisa, a rígida oposição entre o teste das legítimas expectativas e o teste dos riscos-utilidades constitui problema tipicamente estadunidense, podendo, em termos gerais, ser abordados de modo diferenciado no modelo brasileiro.

³⁰⁰ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 589-590; WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product...**, p. 45-46.

³⁰¹ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 590.

³⁰² KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 590.

a dificuldade desse teste consiste no fato de sugerir que o fabricante cumpriu todas as suas obrigações com o consumidor se os perigos do produto são evidentes³⁰³.

A utilidade do teste das expectativas dos consumidores pode, portanto, ser comprometida quando se está a tratar de perigos óbvios do *design* do produto. Isto é, como os consumidores obtêm a expectativa sobre os riscos e sobre a segurança diretamente a partir da aparência do produto, perigos óbvios (pois evidentes) são quase sempre contemplados pelos consumidores e usuários. É o caso, por exemplo, do notório risco de perder membros do corpo ao utilizar uma máquina de cortar grama sem proteção. Não importa o quão provável e grave o perigo, ou quão barata e fácil seria a maneira de evitá-lo³⁰⁴.

Nesses casos, ou o comprador recebe por aquilo que pagou, ou o usuário do produto se envolve com perigos já esperados, de modo que o risco de dano se transfere para aqueles que o aceitaram ou para terceiros que não tiveram qualquer participação em tal escolha. Logo, enquanto o teste das expectativas dos consumidores protege a autonomia de compradores e usuários, resguardando-os contra danos imprevistos e inesperados, seu lado negativo se refere à necessária vigilância e responsabilidade pelas consequências da aceitação do risco³⁰⁵.

Nessa linha, segundo a doutrina, a consequência mais desastrosa do teste das legítimas expectativas se revela no fato de que o fabricante acaba sendo premiado por não adotar medidas mais eficientes e econômicas para corrigir perigos óbvios desnecessários para a integridade física do usuário³⁰⁶.

Nota-se, assim, que o teste das expectativas dos consumidores pode se mostrar inadequado por não levar em conta tal situação. Em sua aplicação, o produtor não é considerado responsável pelo fato de não ter adicionado um mecanismo de segurança relativamente barato se o consumidor souber de sua inexistência e do possível resultado perigoso³⁰⁷.

³⁰³ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product**..., p. 45-46.

³⁰⁴ OWEN, David G. *Design defects*..., p. 304; MYERS, Gary. *Dean John Wade and the Law*..., p. 33.

³⁰⁵ OWEN, David G. *Design defects*..., p. 304

³⁰⁶ OWEN, David G. *Design defects*..., p. 304-305.

³⁰⁷ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law*..., p. 590.

Muito embora tal crítica parta da constatação de que muitos Tribunais deixaram de condenar produtores justamente em razão de estes terem informado seus consumidores a respeito dos riscos óbvios, convém registrar que, como se verá mais adiante, a melhor aplicação do teste das legítimas expectativas toma como referência a coletividade, e não o consumidor em sentido concreto. Nesse sentido, ainda que um consumidor tenha adquirido o produto e recebido a devida informação, o teste das legítimas expectativas poderia indicar que a coletividade não considera seguro determinado produto com risco elevado. Quer dizer, o fato de o produtor ter informado sobre o risco não eximiria necessariamente a sua responsabilidade mesmo no teste das expectativas dos consumidores. De todo modo, reconhece-se que não é simples, em muitos casos, compreensão da expectativa coletiva quanto à segurança do produto.

A segunda razão levantada para se rejeitar o teste das expectativas dos consumidores se lastreia no fato de que a sua utilização pode resultar na identificação da defectibilidade em situações que claramente não deveriam assim ser enquadradas. É o exemplo de um medicamento que produz efeitos colaterais então desconhecidos pelo produtor e pelo consumidor³⁰⁸.

There is hardly any drug that does not have side effects which are unknown when it first is put on the market. So there is an unknown risk, a hazard that is not contemplated. Penicillin was that kind of a product, but it was also a great benefit to humanity. Was it a bad product? By any reasonable definition it was not, but it had a risk about it-now knowable-which made it more dangerous than contemplated, and some people were victimized by this danger. The danger still exists, only now we are aware of it. One can argue that we ought to have liability in such cases, but that is a rather far reaching argument to which I do not subscribe³⁰⁹.

Isto é, o teste das expectativas dos consumidores impõe responsabilidade para um produto com significativa utilidade, mas que apresente um pequeno e inevitável risco desconhecido dos consumidores³¹⁰. Vê-se, assim, que o difícil e controverso tema dos riscos do desenvolvimento, no contexto norte-americano, tende a ser enquadrado até os dias atuais como hipótese de ausência de defectibilidade do produto. Essa objeção ao

³⁰⁸ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 590.

³⁰⁹ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 590-591.

³¹⁰ MYERS, Gary. *Dean John Wade and the Law...*, p. 33.

teste das legítimas expectativas certamente não serviria como fundamento suficiente para abandoná-lo na Europa e no Brasil.

Por fim, a terceira razão para se negar o teste das expectativas dos consumidores para os defeitos de concepção parte da premissa de que é falaciosa a suposição de que o consumidor sabe o que está comprando. Na maioria dos casos, o consumidor não tem noção sobre a segurança e os perigos do produto adquirido. De modo geral, o consumidor decide suas compras por conta do preço, de questões estéticas e de sua funcionalidade³¹¹.

A sua utilidade como parâmetro para defeitos de concepção, portanto, se mostra frágil em razão da vagueza das expectativas dos consumidores para a maioria dos *designs* mais complexos. Os consumidores sabem que os automóveis não são completamente resistentes a possíveis danos, isto é, não são totalmente seguros em caso de colisões. No entanto, não possuem uma significativa expectativa quanto à medida em que o automóvel pode ser comprometido em razão de uma colisão em alta velocidade³¹².

Logo, uma grande falha do teste das expectativas dos consumidores se justifica no fato de que, por vezes, consumidores não possuem expectativas definidas sobre o que estão comprando, e nessas situações os Tribunais podem apenas especular sobre a defectibilidade do produto³¹³.

Há situações, portanto, em que o usuário de um veículo simplesmente não tem ideia sobre como o carro deve se comportar. Por essa razão, algumas Cortes limitaram a aplicação do teste para casos simples de defeitos de concepção, afastando-se do parâmetro para questões complexas³¹⁴.

³¹¹ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 591.

³¹² OWEN, David G. Design defects..., p. 305.

³¹³ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 591.

³¹⁴ O teste das expectativas dos consumidores também foi afastado no caso em que o airbag foi acionado numa colisão em baixa velocidade e quebrou o maxilar da motorista, uma idosa de 75 anos de idade. Segundo a Corte, o teste das legítimas expectativas se restringiria a situações que envolvem a experiência do dia-a-dia, e os padrões mínimos de segurança dos air-bags não estão dentro da seara de conhecimento dos leigos. A partir do teste dos riscos e utilidades, bem como das frágeis condições biológicas da autora, a Corte deu ganho de causa à fabricante. *Pruitt v. General Motors Corp.*, 72 Cal. App. 4th 1480, 86 Cal. Rptr. 2d 4 (1999), citado por OWEN, David G. Design defects..., p. 306.

Nessas hipóteses, ademais, pode-se buscar o testemunho de experts, como no caso do aro que desprende da roda, para assistir a Corte sobre a determinação da defectibilidade da concepção do produto³¹⁵.

Registre-se assim que, a contar do fim dos anos 1970, a maior parte das jurisdições americanas que adotaram o critério das expectativas dos consumidores acabou por abandoná-lo e o substituiu por uma forma simples do teste dos riscos e utilidades. Parte-se então da premissa de que o produto defeituoso se revela excessivamente perigoso, pois a amplitude dos riscos que apresenta é superior à sua utilidade. Isso quer dizer que o produto é defeituoso quando sua contribuição ao bem da sociedade se mostra globalmente negativa, tendo sido tal critério aplicado para medicamentos, automóveis, motos, aviões, roupas, piscinas, etc.³¹⁶.

2.6.3.3.1. *Heaton v. Ford Motor Co.*

O célebre caso *Heaton v. Ford Motor Co.*, julgado em 1967 pela Suprema Corte do Oregon, definiu que o consumidor pode buscar indenização em razão de o produto ter se comportado de maneira menos segura em relação às suas expectativas, mesmo que não conseguisse apontar de que forma o produto se mostrava defeituoso³¹⁷. No caso, Heaton, autor da ação, adquiriu uma pick-up da marca Ford com expectativa de usá-lo em situações “off-road” para caçar e também para atividades regulares em estradas pavimentadas. Certo dia, enquanto dirigia, o veículo se chocou com uma pedra de aproximadamente dez centímetros que, num primeiro momento, não teve efeito imediato no caminhão. Aproximadamente 50 quilômetros depois, o carro guinou subitamente para fora da estrada e capotou, tendo sido apontado como causa o fato de que uma das rodas se desprende da peça que a sustentava. No processo, Heaton alegou que o veículo se mostrou um produto defeituoso, tendo obtido veredicto contrário do júri, pois a discussão probatória não ficou clara.

³¹⁵ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 591.

³¹⁶ BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait de produits...*, p. 55.

³¹⁷ PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 522; *Heaton v. Ford Motor Co.*, 248 Or. 467, 435 P.2d 806 (Or. 1967).

Em recurso, a Suprema Corte do Oregon definiu que, mesmo quando o requerente não consegue trazer uma evidência direta ou circunstancial do defeito de concepção do produto, ainda é possível receber indenização se comprovar que o produto não atingiu as expectativas razoáveis do consumidor³¹⁸. Entretanto, a Corte reconheceu que o júri – naquele caso concreto – não seria capaz de identificar quais seriam as expectativas dos consumidores, afinal, colisões em alta velocidade com pedras não ocorrem com frequência, de modo que o consumidor médio não teria condições de se posicionar somente por sua experiência pessoal³¹⁹.

Comentando o julgado, Octávio Luiz Motta Ferraz explica:

A corte iniciou a abordagem por verificar se o produto era mais perigoso do que “seria contemplado por um comprador médio”, ou seja, o teste da expectativa do consumidor. Logo ficou evidente, no entanto, que o consumidor médio não poderia possuir nenhuma expectativa quanto à razoabilidade de um veículo atingido por uma pedra suportar tal impacto e não capotar. A corte aplicou, então, o outro critério, ou seja, o do risco-benefício (*risk-utility*), e deu ganho de causa ao réu por insuficiência de provas quanto aos custos e possibilidade técnica de um produto mais seguro. Em nosso sistema, como o ônus da proa da inexistência do defeito é do fornecedor, o resultado da ação poderia ter sido diverso³²⁰.

Desse modo, a Suprema Corte afirmou que o teste para identificar o defeito se pautava nas expectativas dos consumidores em relação à resistência da roda do veículo, mas o autor da ação não conseguiu trazer dados suficientes em relação aos custos ou viabilidade de se projetar um produto mais seguro. Sem referência a esses dados, que trazem elementos próprios dos riscos-utilidade, o júri não teria capacidade de decidir com segurança³²¹.

³¹⁸ Heaton v. Ford Motor Co., 248 Or. 467, 435 P.2d 806 (Or. 1967): “A plaintiff may still recover monetary damages when he or she fails to provide any evidence, whether direct or circumstantial, if the plaintiff can prove the product did not meet the reasonable expectations of a user of the product”.

³¹⁹ High-speed collisions with large rocks are not so common, however, that the average person would know from personal experience what to expect under the circumstances. Nor does anything in the record cast any light upon this issue. The jury would therefore be unequipped, either by general background or by facts supplied in the record, to decide whether this wheel failed to perform as safely as an ordinary consumer would have expected. To allow the jury to decide purely on its own intuition how strong a truck wheel should be would convert the concept of strict liability into the absolute liability of an insurer. Heaton v. Ford Motor Co., 248 Or. 467, 473 (Or. 1967)

³²⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 30-31.

³²¹ The Supreme Court affirmed, asserting that the test for defect was what reasonable consumers expect in the way of wheel strength and concluding that the plaintiff had failed to introduce “data concerning the cost or feasibility of designing and building stronger products. The court concluded: “Without reference to relevant factual data, the jury has no special qualifications for deciding what is reasonable”. TWERSKI,

Apesar de ter negado o pedido da vítima e se valido de questões relacionadas ao teste dos riscos-utilidades, a crítica da doutrina estadunidense ao caso Heaton se volta ao fato de que a Corte deixou de recusar expressamente a aplicação do teste das legítimas expectativas nessas situações. Ao contrário, o julgado sugere que o testemunho de um expert seria necessário e suficiente para confirmar as expectativas dos consumidores. Com isso alertou a doutrina a existência de um paradoxo: se um expert é necessário para indicar quais são as expectativas dos consumidores, isso é verdadeiramente a expectativa legítima de um consumidor comum?³²²

2.6.3.3.2. *General Motors Corp. v. Simmons*

Em 1976, um caso do Texas tratou da perda da visão do requerente em razão de acidente automobilístico. Na colisão, a janela lateral do automóvel, feita de vidro temperado, se quebrou em pequenos pedaços e atingiu o olho da vítima. Registre-se que, à época, praticamente todos os carros produzidos utilizavam tal material, e não vidro laminado, que não se parte em pequenos pedaços quando da colisão³²³.

No julgamento, o júri foi instruído pela Corte a utilizar o teste das expectativas dos consumidores, o que acarretou a condenação do fabricante na quantia de um milhão de dólares. A Corte de apelação reduziu a quantia para quinhentos mil dólares, mas confirmou o veredito, tendo concluído que os jurados, pessoas razoáveis, se valeram da premissa de que a fabricante tomou a decisão de projetar o seu modelo de carro utilizando do vidro temperado em vez do vidro laminado em todas as portas de seus automóveis produzidos³²⁴.

Aaron; HENDERSON Jr., James A. Product Design Liability in Oregon and the New Restatement. **Oregon Law Review**, vol. 78, no. 1 (Spring 1999).

³²² “Unfortunately, the Heaton court ultimately refused to acknowledge that the consumer expectations test simply did not apply in this situation, but instead seemed to suggest that expert testimony would be required to establish the consumer expectations. The paradox is obvious: if an expert is required to tell the consumer what to expect, is that truly the expectation of an ordinary consumer”. FRASCAROLI, Emily; SOUTHERLAND John I.; DAVIS, Elizabeth; PARKER, Woods. Let’s Be Reasonable: The Consumer Expectations Test is Simply Not Viable to Determine Design Defect for Complex Autonomous Vehicle Technology, 2019 **J. L. & MOB.** 53

³²³ *General Motors Corp. v. Simmons*, 558 S.W.2d 855 (1977)

³²⁴ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 591.

No mais, o Tribunal salientou: "*the jury could have concluded that as a result of a slight collision the tempered glass shattered and flew about in the car with sufficient force to penetrate Mr. Simmons' eyes.*"³²⁵.

Resta claro que as lesões sofridas pela vítima não aconteceriam se o fabricante tivesse utilizado vidros laminados. O júri, assim, concluiu que a existência do vidro temperado do carro não seria de conhecimento dos consumidores comuns e, por isso, tal risco não se encontraria nas suas legítimas expectativas. Em outras palavras, bastaria à vítima comprovar que tal fato – o acidente em decorrência do vidro temperado – não teria sido contemplado em suas expectativas para ter direito à indenização³²⁶.

Por certo, a opção do fabricante em utilizar vidro temperado em vez de vidro laminado parte dos custos de produção. Nesse aspecto, quanto mais seguro o vidro, mais caro representará o produto final. E tal apontamento levanta uma boa questão: quanto os consumidores estão dispostos a pagar para obter dispositivos de segurança mais eficientes em seus produtos? Nesse cenário, o teste das expectativas dos consumidores falha ao não levar em conta tais fatores, sobretudo o custo adicional dos mecanismos de segurança, tornando-se inadequado aos seus propósitos³²⁷.

Ademais, convém lembrar que, no início, o *Restatement (Second)* restringia a *strict liability* a consumidores, partindo do pressuposto de que o dano deveria decorrer da frustração das expectativas dos consumidores e guardar relação com a periculosidade do produto. A doutrina, no entanto, passou a considerá-lo um teste nebuloso, vago e impreciso, sob o fundamento de que não se pode precisar que consumidores ordinários possuem expectativas quanto à segurança com relação às particularidades e complexidade dos produtos, como o risco de fogo pela instalação do tanque de gasolina, ou de uma capotagem³²⁸.

2.6.3.3.3. *Turner v. General Motors Corp.*

³²⁵ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 592.

³²⁶ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 592. O autor chama a atenção para o fato de que a Corte do Texas, em julgados mais recentes, teria afastado o dever de indenizar nestes casos.

³²⁷ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 592.

³²⁸ KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile...*, p. 8.

Percebendo a fragilidade do teste das legítimas expectativas dos consumidores para casos difíceis envolvendo defeitos de concepção, a Suprema Corte do Texas, no ano de 1979, passou a rejeitar sua posição inicial.

Em *Turner v. General Motors*³²⁹, também um caso envolvendo acidentes automobilísticos, a vítima sofreu sérias lesões quando seu Chevrolet Impala capotou após realizar manobra para evitar colisão com um caminhão. Na capotagem, o teto afundou ao bater no chão e causou danos ao motorista. Mesmo com o cinto afivelado, a sua cabeça foi atingida, causando-lhe sérias lesões.

A tese do autor partiu do pressuposto de que havia defeito de concepção na estrutura do teto do veículo, posto que inadequada para aguentar uma colisão com capotagem. No longo julgado, que se iniciou em 1971, o júri estabeleceu a quantia de \$1,140,000³³⁰.

A Corte de Apelação reverteu a decisão, estabelecendo que o júri deveria ter sido instruído a ponderar fatores específicos ao identificar o eventual caráter defeituoso do produto³³¹:

Nós estamos convencidos do fato de que é inconclusiva a ideia de que jurados saberiam o que consumidores ordinários esperam quando da aquisição ou utilização de um produto, ou mesmo que jurados poderiam aplicar qualquer standard ou teste além daquele relacionado às suas próprias experiências ou expectativas³³².

O design do teto de um automóvel envolve considerações técnicas cruciais e o teste das legítimas expectativas dos consumidores não fornece uma base racional para

³²⁹ *Turner v. General Motors Corp.*, 584 S.W.2d 844 (Tex. 1979).

³³⁰ *Turner v. General Motors Corp.*, 584 S.W.2d 844, 846 (Tex. 1979)

³³¹ "(1) the utility of the product to the user and to the public as a whole weighed against the gravity and likelihood of injury from its use; (2) the availability of a substitute product which would meet the same need and not be unsafe or unreasonably expensive; (3) the manufacturer's ability to eliminate the unsafe character of the product without seriously impairing its usefulness or significantly increasing its costs; (4) the user's anticipated awareness of the dangers inherent in the product and their avoidability because of general public knowledge of the obvious condition of the product, or of the existence of suitable warnings or instructions". *General Motors Corp. v. Turner*, 567 S.W.2d 812, 818 (Tex. Civ. App. 1978)

³³² *We are persuaded to this conclusion by the inconclusiveness of the idea that jurors would know what ordinary consumers would expect in the consumption or use of a product, or that jurors would or could apply any standard or test outside that of their own experiences and expectations*

determinar se o design é desarrazoadamente perigoso. Os consumidores podem ter expectativas altas ou baixas ou mesmo não terem qualquer expectativa³³³.

2.6.3.3.4. *Soule v. General Motors Corp*

Como visto, algumas Cortes e algumas leis estaduais passaram a adotar de forma mais ampla uma mistura dos testes das expectativas dos consumidores e dos riscos e utilidades, ou mesmo substituir o primeiro pelo segundo para a determinação da defectibilidade dos projetos e designs dos produtos³³⁴.

No entanto, mesmo Estados que tentaram se manter mais alinhados às vítimas dos danos acabaram cedendo em determinado momento.

Na Califórnia, berço do “two-prong test”³³⁵, também se verificou, posteriormente, a necessidade de limitar o âmbito de incidência do teste das expectativas dos consumidores. Em *Soule v. General Motors Corp.*, a requerente teve os seus tornozelos fraturados quando colidiu o seu automóvel com outro veículo numa velocidade de aproximadamente cem quilômetros por hora. Ela processou o fabricante porque a roda dianteira de seu carro se desprende, quebrando a parte traseira do carro, esmagando parte do carro em seu pé. Em particular, alegou que a configuração da estrutura do carro, e o suporte que prendia a roda eram defeituosas em sua concepção, pois não limitavam a forma como a roda se comportava em caso de uma colisão³³⁶.

³³³ “[t]he design of an automobile roof involves technical considerations and that actual consumer expectations provide no rational basis for determining whether a design is unreasonably dangerous. The consumer may expect too much or too little, or have no expectations at all”. *Turner v. General Motors Corp.*, 584 S.W.2d 844 (Tex. 1979).

³³⁴ “The consumer expectations standard is still widely accepted as the most appropriate test for certain limited types of cases. Finally, the consumer expectations test still plays some role as a liability standard for design defectiveness in roughly half of all the American states, and a related standard, at least in name, exists in Europe”. OWEN, David G. *Design defects...*, p. 306

³³⁵ *Barker v. Lull Engineering Co.*, 573 P.2d 443 (Cal. 1978).

³³⁶ “At trial, the parties disagreed on the angle and force of the impact and the extent to which the toe pan had actually deformed. Design defectiveness and causation were addressed by numerous experts on biomechanics, metallurgy, orthopedics, design engineering, crash-test simulation, and other matters. The plaintiff’s experts, relying on crash tests, metallurgical analysis, and other evidence, explained how the damage to her car would have been minimized had it been properly designed. The defendant’s experts attempted to refute these claims and explained how the plaintiff’s ankle injuries were caused by the force of the collision and her failure to wear a seatbelt rather than any defect in the car. The trial court instructed the jury on the consumer expectations test, and the jury returned a verdict for the plaintiff” OWEN, David G. *Design defects...*, p. 348.

Revertendo o julgamento que, lastreando-se no teste das expectativas dos consumidores, foi favorável à vítima, assim a Corte se manifestou:

As we have seen, the consumer expectations test is reserved for cases in which the everyday experience of the product's users permits a conclusion that the product's design violated minimum safety assumptions, and is thus defective regardless of expert opinion about the merits of the design. . . . ' [T]he jury may not be left free to find a violation of ordinary consumer expectations whenever it chooses. Unless the facts actually permit an inference that the product's performance did not meet the minimum safety expectations of its ordinary users, the jury must engage in the balancing of risks and benefits required by the second prong of Barker³³⁷.

Consumidores de automóveis podem e devem esperar que seus veículos sejam projetados de modo a não explodir quando parados nos semáforos, bem como é legítimo que tenham a expectativa de que o sistema de freios não quebre logo após saírem da concessionária ou que o carro capote e pegue fogo após uma colisão em baixíssima velocidade. Se o consumidor provar que o design do automóvel deu causa a tais resultados, pode o júri concluir que o produto não oferece a segurança que dele legitimamente se espera e se mostra, portanto, defeituoso³³⁸.

Entretanto, a ampliação do escopo do teste das expectativas dos consumidores deve ser analisada com cautela. Neste mesmo julgado,

Plaintiff insists that manufacturers should be forced to design their products to meet the "objective" safety demands of a "hypothetical" reasonable consumer who is fully informed about what he or she should expect. Hence, plaintiff reasons, the jury may receive expert advice on "reasonable" safety expectations for the product. However, this function is better served by the risk-benefit prong of Barker. There, juries receive expert advice, apply clear guidelines, and decide accordingly whether the product's design is an acceptable compromise of competing considerations³³⁹.

Desse modo, pode-se dizer que a vertente das expectativas dos consumidores prevista no famoso *Barker v. Lull Engineering .Co. Inc.* é apropriada em casos envolvendo

³³⁷ Soule v. General Motors Corp, 882 P.2d 298 (Cal. 1994).

³³⁸ Soule v. General Motors Corp, 882 P.2d 298 (Cal. 1994). at308, nota de rodapé n.3.

³³⁹ Soule v. General Motors Corp, 882 P.2d 298 (Cal. 1994). at308, nota de rodapé n.4.

questões simples pelas quais consumidores e jurados têm um entendimento comum a respeito dos requisitos mínimos de segurança de certos produtos³⁴⁰.

Portanto, em casos mais complexos, deve ser abandonado o teste das expectativas dos consumidores e, por consequência, adotada a outra via do critério bifurcado: a análise dos riscos-utilidades. Esse ajuste californiano, que ocorreu mesmo antes da publicação do *Restatement (Third)*, foi seguido por outros Estados que preferem seguir a adotar o “*two-prong test*” e denegar formalmente a aplicação do *Restatement (Third)*³⁴¹.

2.6.3.4. O desenvolvimento do *risk-utility test* e o *reasonable alternative design*

Colocados em pauta na doutrina e na jurisprudência americana apenas ao final da década de 1960, os defeitos de concepção não pareciam ser bons objetos de aplicação do critério das expectativas dos consumidores. A doutrina entendia que tal padrão de referência era impreciso, por vezes inútil, e até perigoso. Isso por considerar que a referência às expectativas dos consumidores não permitiria ao fornecedor escapar de qualquer responsabilidade em caso de perigo de seu produto³⁴².

Além disso, os fornecedores não seriam dissuadidos a melhorar a segurança de seus produtos, pois os consumidores estariam acostumados e habituados aos riscos que apresentavam. Tal imprecisão, segundo alguns autores, deixava o júri carente face a situações complexas e abria a possibilidade a decisões imprevisíveis e arbitrárias. Assim, a quase totalidade da doutrina rejeitou as expectativas dos consumidores como critério universal do defeito³⁴³.

Desse modo, já se pode perceber que o teste das legítimas expectativas está sujeito a críticas tanto dos consumidores quanto dos fornecedores. De um lado, as vítimas podem vir a encontrar dificuldades de obter indenizações caso se entenda que as informações sobre os riscos do produto servem como obstáculo para eventual

³⁴⁰ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 349.

³⁴¹ Quanto aos Estados de Connecticut (*Hartford Fire Ins. Co. v. DENT-X Int'l, Inc.*, No. 3:05CV1019 (TPS), 2007 U.S. Dist. LEXIS 20858 (D. Conn. Mar. 23, 2007) e Tennessee (*Jackson v. General Motors Corp.*, 60 S.W.3d 800 (Tenn. 2001), ver TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1102-1103.

³⁴² BORGHETTI. *Jéan-Sébastien. La responsabilité du fait de produits...*, p. 51.

³⁴³ BORGHETTI. *Jéan-Sébastien. La responsabilité du fait de produits...*, p. 51.

indenização. De outro lado, a vagueza do teste e de seus elementos pode colocar o fornecedor em maus lençóis, sobretudo em razão de decisões arbitrárias dos jurados. Em outras palavras, dependendo do caso, o teste das legítimas expectativas pode se mostrar prejudicial a consumidores ou fornecedores. De todo modo, se colocado na balança, o teste das expectativas na maioria dos casos tende a ser visto como mais inclinado à proteção dos consumidores.

Os critérios de apreciação dos defeitos de concepção sempre foram bastante controversos, havendo vozes que defendiam a utilização do critério padrão das legítimas expectativas dos consumidores, e outras que buscavam o critério da segurança por meio da avaliação dos custos de soluções alternativas possíveis³⁴⁴.

Veja-se ademais que, por muitos anos, os sete fatores de Wade foram considerados o teste majoritariamente utilizado pelas Cortes para a aferição dos defeitos de concepção³⁴⁵. No entanto, as lições de Wade não são imunes a críticas. As queixas se voltam ao fato de o júri não ter capacidade e competência para analisar tantas questões complexas³⁴⁶, bem como pelo fato de que o balanço genérico dos riscos e utilidades pode acarretar a condenação de categorias inteiras de produtos (*category liability*)³⁴⁷.

Assim, o teste genérico dos riscos e utilidades, com o tempo, passou a ser aprimorado, tornando-se mais preciso, posto que deixou de avaliar os benefícios sociais globais do produto, mas sim na utilidade marginal do design existente.

Veja-se a ilustração de Green:

Imagine-se que cientistas descobrem uma vacina cem por cento eficaz contra a AIDS. Suponha-se que tal vacina cause uma leve reação autoimune – um em um milhão de pessoas vacinadas terá irritações e erupções cutâneas que durarão por uma semana. Esse efeito colateral pode ser eliminado se for substituído um ingrediente inerte que faz parte da vacina por outro ingrediente inerte de mesmo valor e que atenderá aos mesmos propósitos. Nesse caso, apesar da enorme utilidade social da vacina, o produto pode ser considerado defeituoso em sua concepção. A análise dos riscos e benefícios opera na utilidade marginal do

³⁴⁴ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux...**, p. 232.

³⁴⁵ MYERS, Gary. Dean John Wade and the Law..., p. 32.

³⁴⁶ EPSTEIN, Richard A. The risks of Risk/Utility..., p. 474-475.

³⁴⁷ HENDERSON, J. A.; TWERSKI, A. D. Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect..., p. 1297 e ss; GREEN, Michael, The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation..., p. 609-629.

produto existente em comparação com a sua alternativa, não levando em conta a análise global do produto³⁴⁸.

Em tom crítico, diz-se que, após a publicação do *Restatement (Second)*, navegando em mares obscuros, as Cortes rapidamente aproveitaram as orientações de Wade por entenderem relevantes para aferição do defeito de concepção. Entretanto, enquanto muitas Cortes, de maneira autoritária, segundo Owen, passaram a citar os famosos fatores de Wade por décadas, raramente os critérios eram, de fato, aplicados. E ainda de maneira mais rara a aplicação desses fatores realmente ajudou na determinação da defectibilidade. Geralmente, ao tentar aplicar um desses fatores, a Corte acaba caindo em uma de suas muitas armadilhas³⁴⁹.

Mostra-se, assim, compreensível que, no princípio da *products liability*, as Cortes seguiram as orientações de Wade, que possuíam uma aura de lógica, justiça e bom senso. Não se nega que a *products liability* absorveu as lições de Wade de diversas maneiras, no entanto, a jurisprudência dos *design defects* mudou bastante de lugar desde que Wade concebeu os seus fatores, sob a lógica da Seção 402 A³⁵⁰.

Dessarte, pode-se dizer que as Cortes passaram a somente declarar os fatores de Wade, que já não estão mais no auge de seu desempenho. Geralmente, as Cortes apenas recitam os referidos fatores e então mudam o foco para uma análise muito mais restrita e apropriada: a análise dos custos e benefícios se restringe a um dispositivo particular do design do produto que poderia ser incrementado. Mostra-se, assim, um design alternativo mais seguro e preferível àquele apontado como defeituoso³⁵¹.

Note-se como esse método seria aplicável na prática em casos de automóveis. Os litigantes iriam focar suas atenções na periculosidade de determinado elemento do carro, na utilidade, se existente, de tal elemento comparada com outro possível design do carro, e na impossibilidade de projetar e fabricar tal carro de um jeito diferente, ou de uma maneira menos perigosa, sem sacrificar sua funcionalidade. Assim, por exemplo, se for

³⁴⁸ GREEN, Michael, *The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation...*, p. 619.

³⁴⁹ OWEN, David G. *Design defects...*, 2008, p. 317-318. As críticas aos sete fatores de Wade podem ser encontradas às páginas 319-320.

³⁵⁰ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 321.

³⁵¹ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 321. E complementa: "In short, the design defect bus long ago left the 'catalogue of factors' station and now rides comfortably on the wheels of costs and benefits of alternative designs"

alegado que o *design* do tanque de gasolina traz um perigo inerente de fogo, o testemunho de especialistas será utilizado para o propósito de se verificar a questão básica de uma pessoa razoável poder concluir que a magnitude do perigo que decorre do projeto compensa os seus benefícios. Da mesma forma, nos casos de acidentes em decorrência do ponto cego em razão do design do carro, a questão a ser levada em questão é a praticabilidade de se fazer carros sem ponto cego para o motorista e sem sacrifício de outras funcionalidades desejadas por compradores de carro³⁵².

2.6.3.5. A reaproximação com a *negligence*

De meados de 1960 a 1980, a *strict liability* prevista no *Restatement (Second)* se difundiu de Estado para Estado, por meio das Cortes e por vezes de legislações estaduais, dando corpo para essa nova doutrina. Nesse período, a *strict liability*, pode-se dizer, parecia enraizada no sistema da *products liability*. Entretanto, na medida em que as Cortes aplicavam essa doutrina, fraquezas então latentes despertaram dúvidas e algumas fissuras no modelo, passando-se a questionar a verdadeira natureza “*strict*” da *products liability*³⁵³.

A grande preocupação dizia respeito à imputação de responsabilidade ao fabricante de produtos nas situações em que os riscos fossem considerados imprevisíveis. Lentamente, ao longo da década de 1970 e 1980, Cortes e legislações estaduais iniciaram a mudança de uma responsabilidade verdadeiramente objetiva para padrões pautados em princípios da *fault*³⁵⁴.

Esse movimento de volta aos princípios da *negligence* pode ser atribuído a uma série de fatores coincidentes e até sobrepostos no âmbito judicial e legislativo: (1) O declínio da ideia de um dever de informar perigos desconhecidos, refletindo uma revitalização compatível com a previsibilidade dos riscos; (2) O declínio do teste das legítimas expectativas; (3) o crescimento da defesa do “estado da arte”; e, mais tarde, (4) a promulgação do *Restatement (Third)*. Todos esses fatores decorrem, segundo

³⁵² KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile...*, p. 9-10.

³⁵³ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 179-180.

³⁵⁴ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 179-180.

Owen, de uma ideia geral de que as pessoas, incluindo os produtores e fabricantes, não podem ser responsabilizados por riscos que fogem do seu controle³⁵⁵.

Nesta pesquisa, já se apresentou o declínio – ainda que parcial – do teste das legítimas expectativas e, nos próximos tópicos, serão analisadas as principais características do *Restatement (Third)*. Resta, portanto, reforçar a guinada da jurisprudência estadunidense no que diz respeito ao dever de informações sobre riscos imprevisíveis (ou desconhecidos) e à defesa do estado da arte.

O produto pode ser considerado defeituoso porque deixou de alertar adequadamente sobre os riscos ou porque falhou em se valer do meios próprios para avisar sobre os riscos e perigos relacionados ao próprio design do produto³⁵⁶. E apesar de tal descrição envolver questões relacionadas aos perigos da própria concepção do produto, a responsabilidade se baseia no fato de o produtor falhar em efetivamente alertar sobre os seus riscos, ou falhar em instruir os compradores sobre como evitar os riscos de sofrerem lesões. Nessa abordagem, o produto é reputado defeituoso porque houve alguma falha em sua adequada apresentação aos compradores e usuários³⁵⁷.

Como visto anteriormente, a Suprema Corte de Nova Jersey, no apogeu da *strict liability* estadunidense, anunciou em *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.* que a responsabilidade era verdadeiramente “*strict*”. Naquele caso, relacionado a absesto, a Corte definiu que um produto comercializado sem a advertência de um risco desconhecido pode ser reputado defeituoso, sujeitando-se o fabricante ao dever de indenizar pelos danos sofridos, independentemente de os riscos serem imprevisíveis. Em outras palavras, o fabricante possuía o dever de informar sobre os perigos, conhecidos ou não, ou arcar com as consequências danosas³⁵⁸.

Apesar da coerência lógica dos fundamentos do julgado, a doutrina majoritária manteve firme o posicionamento de considerar absurda a imposição de deveres de

³⁵⁵ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 179-180.

³⁵⁶ “A product may be defective as marketed because of a failure to adequately warn, or a failure to use proper means to warn about a risk or hazard related to the way the product was designed”. KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law*..., p. 586.

³⁵⁷ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law*..., p. 586: “Although this begins to involve design hazards, liability is imposed on the ground that the seller or manufacturer failed adequately to warn about some risk or hazard, or failed adequately to instruct about how to avoid the risk or harm. Under this approach, the product is allegedly defective as marketed because of the failure to properly present it to purchasers and users”.

³⁵⁸ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 181.

informação sobre danos desconhecidos, reputando injusta e incorreta a conclusão de *Beshada*³⁵⁹. O argumento de que o fornecedor se encontra em melhores condições para alocar os custos não resolve a celeuma a respeito da identificação do caráter defeituoso do produto e tampouco sobre quais custos devem ser repassados. Muito embora se reconheça que o fabricante, na maioria das vezes, consiga alocar os custos no preço ou por meio da contratação de seguro, esse raciocínio também poderia justificar a imposição de responsabilidade por danos conhecidos e desconhecidos, razoáveis ou irrazoáveis, o que acarretaria espécie de *ultra-strict liability*³⁶⁰.

Dois anos após o célebre julgamento, a Suprema Corte de Nova Jersey modificou a sua posição. Em *Feldman v. Lederle Laboratories*³⁶¹, a autora da ação alegou que o seu pai (médico e farmacêutico) lhe prescreveu a droga *Declomycin* para o tratamento de infecções respiratórias quando criança. Tal medicamento, que continha tetraciclina em sua fórmula, deixou os seus dentes escuros (“*gray teeth*”) e tal efeito colateral não havia sido devidamente informado pela fabricante. No processo contra a farmacêutica, pugnou-se pelo caráter defeituoso do produto, não em razão da ineficiência do antibiótico, mas sim pela ausência de advertências sobre a descoloração dos dentes.

A tese da empresa farmacêutica partia da linha de que os efeitos colaterais sofridos pela vítima não eram conhecidos pela literatura médica, de modo que seria impossível alertar sobre tais riscos. A “*state of the art defense*”³⁶² foi acolhida pelos jurados e pela

³⁵⁹ WADE, John W. On the Effect in Product Liability of Knowledge Unavailable Prior to Marketing, 58 N.Y.U. L. Rev. 734, 758-59 (1983); PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability...; SCHWARTZ, Victor. The Post-Sale Duty to Warn: Two Unfortunate Forks in the Road to a Reasonable Doctrine, 58 N.Y.U. L. REV. 892, 896-97 (1983). OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 181.

³⁶⁰ PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability..., p. 878: “Compared with plaintiffs who are injured by products, manufacturers are almost always better able to bear risks by spreading losses through price adjustments and insurance. This rationale would therefore justify imposing liability for harm from risks known as well as unknown, reasonable as well as unreasonable, and ultimately would lead to “ultra-strict” liability. Because it proves too much, this rationale provides only weak justification for a narrower rule of strict liability”. Em língua portuguesa, veja-se DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil: pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 129-130.

³⁶¹ *Feldman v. Lederle Laboratories*, 97 N.J. 429 (1984).

³⁶² Reinig explica que “a defesa do state of the art abrange: (i) o atendimento dos padrões técnicos usuais de produção e/ou o cumprimento de normas legais e administrativas, (ii) a limitação dos conhecimentos científicos e técnicos, e (iii) a impossibilidade econômica de se colocarem em prática tais conhecimentos”. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

Corte de Apelação, que isentaram de responsabilidade a farmacêutica. A Suprema Corte de Nova Jersey, deixando de seguir o precedente de *Beshada* – que descartava essa defensiva – levou em consideração o estado da arte, e determinou a realização de um novo julgamento por júri por questões relacionadas ao momento em que os efeitos coletarais passaram a ser de conhecimento da ciência³⁶³. Mesmo que a Corte tenha alegado ainda estar em terreno de *strict liability*, denota-se o início do afastamento da *strict liability* e do revolvimento de debates sobre princípios relacionados com a *negligence* e a *fault*³⁶⁴, como se pode inferir também de outros casos.

No célebre *Brown v. Superior Court*, ação proposta por sessenta e nove mulheres contra diferentes farmacêuticas por danos sofridos por dietilstilbestrol - DES, a Suprema Corte da Califórnia assentou que as empresas não podem ser responsáveis por danos causados por fármaco que foi devidamente testado e acompanhado das devidas advertências sobre os riscos ou propensões conhecidas pela ciência à época da sua distribuição³⁶⁵. A Corte firmou posição no sentido de que medicamentos não se confundem com outros tipos de produtos, elencando três razões para justificar a não aplicação da *strict liability*. Em primeiro lugar, a preocupação de que farmacêuticas poderiam parar de produzir medicamentos importantes por conta dos prejuízos resultantes de processos judiciais ou mesmo da impossibilidade de obter seguros de responsabilidade civil. Em segundo lugar, os consumidores têm interesse em obter novos medicamentos no mercado o mais rápido possível e impor a *strict liability* poderia incentivar os fabricantes a adiarem a colocação de novos medicamentos no mercado. Por fim, as despesas adicionais decorrentes da contratação de seguros em razão da responsabilidade objetiva acarretariam o aumento do preço dos medicamentos, o que poderia tornar impagáveis a alguns consumidores³⁶⁶.

³⁶³ Feldman v. Lederle Laboratories, 97 N.J. 429 (1984).

³⁶⁴ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 181.

³⁶⁵ Brown v. Superior Court - 44 Cal. 3d 1049, 245 Cal. Rptr. 412, 751 P.2d 470 (1988): "A manufacturer is not strictly liable for injuries caused by a prescription drug so long as the drug was properly prepared and accompanied by warnings of its dangerous propensities that were either known or reasonably scientifically knowable at the time of distribution"

³⁶⁶ BRODIE, Terrie Bialostok. Brown v. Superior Court: Drug Manufacturers get Immunized from Strict Liability for Design Defects, 19 **Golden Gate U. L. Rev.** (1989), p. 440-441.

Por conta desses fatores, a Suprema Corte se valeu do comentário “k” do *Restatement (Second)*, que faz referência aos produtos “*unavoidably unsafe*”, para aplicar uma espécie de imunidade contra a *strict liability* para produtos farmacêuticos³⁶⁷.

Para Owen, os casos *Feldman* (Nova Jersey) e *Brown* (Califórnia) sinalizam o início de um movimento nacional de repúdio à aplicação da *strict liability* por meio das duas Cortes que encabeçaram a revolução da *product liability* nas décadas de 1960 e 1970³⁶⁸.

Ademais, diga-se que poucos anos antes, em *Woodill v. Parke Davis & Co.*, a Suprema Corte de Illinois se recusou a aplicar a responsabilidade objetiva pela falha do fabricante em alertar sobre riscos então desconhecidos de determinado medicamento. A Corte definiu que o autor da ação deve comprovar que o fabricante sabia ou deveria saber sobre o perigo quando se alega que o produto é defeituoso em razão da ausência de tal advertência³⁶⁹. Assim, por expressamente limitar a indenização sob a teoria da *strict liability* e basear tal decisão no conhecimento do fabricante, o caso *Woodwill* parece incorporar elementos de culpa na responsabilidade objetiva de Illinois³⁷⁰.

Desse modo, verifica-se que não haverá responsabilidade nesses casos se não for demonstrado que o fornecedor sabia ou deveria saber dos riscos e perigos que ele deixou de alertar. Mais do que isso, não haverá responsabilidade a não ser que o produtor falhe em tomar as precauções que uma pessoa razoável teria tomado ao colocar o produto em circulação³⁷¹.

Comentando alguns casos de defeitos de informação, Keeton deixa clara sua posição de que, muito embora alguns digam se tratar de responsabilidade objetiva, em verdade, está-se em terreno de responsabilidade sob o regime da *negligence*: “*Although this ground of recovery is sometimes referred to as strict liability, it is really nothing more than a ground of negligence liability better described as the sale of a product in a defective condition*”³⁷².

³⁶⁷ BRODIE, Terrie Bialostok. *Brown v. Superior Court: Drug Manufacturers get Immunized from Strict Liability for Design Defects...*, p. 441.

³⁶⁸ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 181.

³⁶⁹ *Woodill v. Parke Davis & Co.*, 79 Ill. 2d 26, 402 N.E.2d 194 (1980).

³⁷⁰ MARCOUILLER, Sherly A. *Product Liability after Woodill v. Park Davis: The Failure to Warn as a Basis for Recovery*, 13Loy. U. Chi. L. J.523 (1982)., p. 526.

³⁷¹ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 587.

³⁷² KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 587.

Ademais, o *risk-utility test*, segundo Keeton, é claramente relacionado com o teste da *negligence*, mas não é idêntico, pois não foca em qual design o engenheiro deveria saber ou ter antecipado e se precavido, mas apenas no “perigo de fato” que se mostra no caso³⁷³. Anos depois, Keeton manteve a mesma linha, chamando a atenção de que o teste dos riscos e utilidades leva em consideração o perigo de fato, e não se o fabricante percebeu o perigo, porque o propósito é a avaliação do produto em si, e não da conduta do fabricante³⁷⁴.

Essa conclusão – de que a *strict liability* tem seu foco na condição do produto e não na conduta do produtor³⁷⁵ – pode ser interpretada como uma tentativa de se desvincular o teste do regime da *negligence* e, por isso, costuma ser questionada pela doutrina³⁷⁶. Como explica Owen, no que diz respeito aos defeitos de concepção e de informação, pouquíssimas são as diferenças entre os regimes, posto que a vítima acaba precisando comprovar efetivamente a mesma coisa: o produto contém um perigo previsível que de alguma forma o torna excessivamente perigoso e o fornecedor deveria ter agido para evitar tal risco³⁷⁷.

Nota-se que o argumento de que o requerente teria uma imensa desvantagem ao ter que comprovar a negligência do produtor foi originalmente pensado em conexão aos defeitos de fabricação. E, de fato, o requerente teria uma enorme dificuldade e, por vezes, impossibilidade de comprovar a conduta negligente do produtor que levou, por exemplo, ao estouro de uma garrafa nicada de refrigerante e causou danos ao consumidor³⁷⁸.

³⁷³ KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile...*, p. 10.

³⁷⁴ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 592.

³⁷⁵ Essa premissa também foi reverberada em *Feldman v. Lederle Labs.*, julgado que, como visto, utilizou da *state-of-the-art* defense como critério para aferição da defectibilidade.

³⁷⁶ “*Some courts in failure-to-warn cases distinguish between strict liability and negligence on the ground that the former focuses on the quality of the product, while the later focuses on the conduct of the defendant. Courts that speak in these terms employ such delphic language that is often difficult to identify the point they are trying to make*”. HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. *Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn* (1990). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 883., p. 275.

³⁷⁷ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 173.

³⁷⁸ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 647. E complementa: “*At some particular moment in time on an otherwise uneventful day, a worker on the assembly line might have been distracted and careless or some slight malfunction in the plant equipment may have damaged a few bottles that somehow managed to slip through the quality-control check points undetected. To be sure, manufacturing defects are an inevitable by-product of mass production, which may or may not even be attributable to negligence. Because of the random and unpredictable nature of the occurrence of a manufacturing flaw, however, a plaintiff cannot be expected to be able to pinpoint the negligence, if any, that was involved. Manufacturing defects are almost always, by definition, accidents, and so in these cases*”

Já o defeito de concepção, por sua vez, apresenta uma configuração bem diferente de seus elementos. Não se trata de algo aleatório ou fortuito, muito menos imprevisível ou inevitável. Trata-se do resultado desejado das deliberações e vontades do produtor. Nesse caso, o requerente não se esforça para encontrar algum indício de conduta negligente; em vez disso, busca confrontar uma linha inteira de produção, denunciando a própria decisão do produtor na avaliação de suas escolhas³⁷⁹.

Registre-se que mesmo *Prosser, Reporter do Restatement (Second)*, constatou já no ano de 1971 que, em se tratando de análise do defeito de concepção, o regime da *strict liability* pouco ou nada adiantaria, já que seria necessário avaliar questões ligadas tipicamente ao modelo da *negligence*³⁸⁰.

Os Tribunais, convém dizer, inicialmente tentaram conservar o regime da *strict liability* para todos os pedidos, mas, com o tempo, passaram em sua maioria a se valer de princípios e abordagens da *negligence* para decidirem sobre os defeitos de concepção e de informação, deixando o regime da *strict liability* apenas para casos que envolvessem defeitos de fabricação³⁸¹. Por essa lógica, tal distinção acabou por polarizar a categorização dos defeitos, já que aplicou diferentes standards às categorias, reservando o regime da responsabilidade objetiva para os defeitos de fabricação³⁸².

2.7. O *Restatement (Third)* e a noção atual de defeito nos Estados Unidos:

A *products liability* nos anos 1980 se torna objeto de lutas políticas em escala nacional. De um lado, sindicatos dos médicos e associações profissionais patronais buscam modificações legislativas com o intento de serem estabelecidas balizas mais objetivas para aferição da defectibilidade, criando tetos indenizatórios e reduzindo todos

the goal of deterrence is not as prominent as the need for compensating the victims of these assemblyline errors" (BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 647-648).

³⁷⁹ BIRNBAUM, Sheila. *Unmasking the Test for Design Defect...*, p. 648.

³⁸⁰ "Since proper design is a matter of reasonable fitness, the strict liability adds little or nothing to negligence on the part of the manufacturer" PROSSER, William L. **The Law of Torts** (West Publishing Co.). 4th Edition. (1971), §99, 659 n. 72.

³⁸¹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 806.

³⁸² HOWELLS, Geraint; BORGHETTI, Jean-Sébastien. *Product Liability*. In: **Cases, materials and text on Consumer Law**. DROSHOUT, Dimitri (Coord. Editor). MICKLITZ, Hans-W; STUYCK, Jules; TERRY, Evelyne (General Editors). Oxford: Hart, 2010, p. 461.

os riscos que representa um processo judicial. O Partido Republicano, nos anos 1992 e 1994, inclusive explorou tal assunto como tema de campanha³⁸³.

De outro lado, as associações dos consumidores, os sindicatos dos trabalhadores e sobretudo a poderosa Association of Trial Lawyers of American (ATLA) pregavam a manutenção do regime protetivo da *products liability* e contavam com o apoio do Partido Democrata. Segundo Borghetti, tal politização não permitiu resolver o impasse e projetos de lei na Câmara e no Congresso, com diferentes versões e propostas, não foram votados³⁸⁴.

Dada a incapacidade dos políticos, coube à jurisprudência alterar o rumo da *products liability*. Após o entusiasmo dos casos *Greenman* e da Seção 402 A do *Restatement (Second)*, como visto ao longo desta pesquisa, a doutrina se tornou cética quanto à justificação da *strict liability*. De maneira geral, a partir do meio dos anos 1980 a jurisprudência se tornou menos favorável aos consumidores e se recusou a estender o domínio da *products liability*³⁸⁵.

Por conta dessas mudanças, iniciou-se no ano de 1992 o processo de elaboração de um novo *Restatement*, mais robusto e detalhado, pelo qual a American Law Institute anunciou que um grupo de vinte experts serviriam como *advisory committee*³⁸⁶. No seletivo grupo, havia professores³⁸⁷, advogados (*practitioners*)³⁸⁸ e juízes³⁸⁹

³⁸³ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 72.

³⁸⁴ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 73.

³⁸⁵ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 73-74.

³⁸⁶ Institute Announces Advisory Committee for Restatement Product Liability Revision, PROD. LIAB. DAILY (BNA) (June 11, 1992), available in WESTLAW, BNA file; HENDERSON, James A. Jr., "Revising Section 402A: The Limits of Tort as Social Insurance" (1993). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 853.

³⁸⁷ Kenneth S. Abraham, University of Virginia School of Law; Paul Weiler, Harvard Law School; Oscar S. Gray, University of Maryland School of Law; Robert L. Rabin, Stanford Law School; Gary T. Schwartz, University of California at Los Angeles School of Law; Marshall S. Shapo, Northwestern University School of Law; Roger C. Cramton, Cornell Law School; Michael D. Green, University of Iowa Law School. TWERSKI, Aaron; HENDERSON Jr. James. The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability: A Reply to Geistfeld. 67 **N.Y.U. L. Rev.** 1174 (1992), p. 6.

³⁸⁸ Sheila L. Birnbaum, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom (New York); Robert L. Habush, Habush, Habush, Habush & Davis (Milwaukee); Paul D. Rheingold, Rheingold & McGowan, P.C. (New York); Victor E. Schwartz, Crowell & Moring (Washington, D.C.); Michael Traynor, Sierra Club Legal Defense Fund (San Francisco); Bill Wagner, Wagner, Cunningham, Baughan & McLaughlin (Tampa); Conrad K. Harper, Simpson, Thatcher & Bartlett (New York); John W. Martin Jr., Vice President and General Counsel, Ford Motor Co. (Detroit), TWERSKI, Aaron; HENDERSON Jr. James. The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability..., p. 6-7.

³⁸⁹ Hon. Dineen King (U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit); Hon. Hans A. Linde (Oregon Supreme Court); Hon. Vincent L. McKusick (Supreme Judicial Court of Maine); Hon. Robert E. Keeton (U.S. District

Coube a Aaron Twerski e James Henderson Jr. o papel de *Reportes* do *Restatement (Third)*, que não foram recebidos com entusiasmo por alguns setores. Algumas Associações, como a *American Trial Lawyers Association*³⁹⁰, e também alguns doutrinadores criticaram as propensões conservadoras dos *Reporters*, inclinadas ao regime da *negligence*, bem como teceram críticas ao fato de o *Restatement (Third)* configurar não um texto consolidado da jurisprudência atual, mas sim uma reforma no campo da *Products Liability*³⁹¹. De certa maneira, tais comentários fazem lembrar as críticas dirigidas a *Prosser* quando da elaboração do *Restatement (Second)*.

De modo geral, as críticas foram consideradas injustas por outros juristas, que defenderam a isenção dos *Reporters* e a sua capacidade de liderar os trabalhos:

*A review of all of their written works indicates that neither scholar could be pigeonholed as "pro-plaintiff" or "pro-defendant. The ALI also knew that there was a need for persons with maturity and leadership abilities that would command respect. Twerski and Henderson were the right people*³⁹².

Desde o início, Henderson alegou que sua revisão não pretendia se transformar numa reforma do direito, mas na leitura dos casos e na conformidade da tendência atual, buscando sempre mais a clareza e, na medida do possível, a precisão³⁹³.

Court for the District of Massachusetts). HENDERSON Jr. James. The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability..., p. 7.

³⁹⁰ "When I was first appointed [as co-reporter with Twerski for the *Restatement (Third)*], Plaintiff's Bar had, collectively, what might pass for an aneurysm", escreveu Henderson em 1993. HENDERSON, James A. Jr., "Revising Section 402A: The Limits of Tort as Social Insurance...", p. 111-112.

³⁹¹ PHILLIPS, Jerry J. Achilles' Heel, 61, **Tenn. L. Rev.** 1265, 1265 (1994); CUPP JR, Richard L. Believing in Products Liability: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and a David Owen's Products Liability Law. 40 **U.C. DAVIS L. REV.** 511 (2006), p. 517. VANDALL, Frank J. Constructing a Roof Before the Foundation Is Prepared: The *Restatement (Third)* of Torts: Products Liability, Section 2(b) Design Defect, 30. **University of Michigan Journal of Law Reform**, p. 261-279.

³⁹² SCHWARTZ, Victor E. The *Restatement (Third)* of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 752.

³⁹³ "The revision which we are undertaking is not a reform measure. We are trying to read the cases and by and large conform to the trends that we see in them. Where there is no trend visible, we are going to call the shots because that is an integral part of the project. We cannot be as precise as a statute. Earlier Mr. Crofton talked about precision. I would distinguish between precision and clarity. Precision implies detail. However, for a *Restatement* to work, it cannot be full of detail. IT has to be clear so that the reader will not be confused. At the same time it has to leave breathing room; space for the courts to make their own versions of the themes. Therefore, this revision will contain more details in the comments and a great deal of detail in the reporter's notes, in which we will put our research". HENDERSON, James A. Jr., "Revising Section 402A: The Limits of Tort as Social Insurance...", p. 111.

Toda essa evolução movimentou a discussão sobre as teorias aplicadas para cada tipo de defeito, quer seja *strict liability*, quer seja *negligence*, e colocou em pauta diferentes testes para identificar a noção precisa de defeito.

O *Restatement (Second)*, relembre-se, não traçou qualquer distinção entre os tipos de defeito. No entanto, após a sua promulgação, Tribunais e estudiosos passaram a distinguir três tipos de defeito. Os defeitos de fabricação (*manufacturing defects*) ou falhas de produção (*production flaws*); os defeitos de concepção (*design defects*) e os defeitos de informação ou advertência (*information or warning defects*), também chamado de *marketing defects*.

Tal distinção, já consagrada na doutrina e na jurisprudência, entre os diferentes tipos de defeito, foi descrita no *Restatement (Third) of Torts: Product Liability* da seguinte maneira:

Categories of Product Defects.

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;

(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe

Feita essa breve apresentação, vale dizer que, no âmbito europeu, muita embora a Diretiva não tenha formalmente adotado a mesma tipologia, pode-se encontrar a

distinção entre os diferentes tipos de defeito nas legislações nacionais de alguns países, bem como nos estudos da doutrina especializada³⁹⁴.

A linguagem da Diretiva europeia, assim como a legislação prevista no CDC, parece se inclinar em favor da abordagem das expectativas dos consumidores. Em contraste, ainda em âmbito europeu, a *General Product Safety Directive*, que trata da regulamentação da segurança dos produtos, pode ser interpretada como favorável à análise dos riscos e utilidades³⁹⁵.

De acordo com Reinig, a influência da *products liability* do direito norte-americano na Europa, e sobretudo na Alemanha, foi significativa, principalmente no que diz respeito à identificação de critérios para a identificação dos chamados *design defects*³⁹⁶.

No Brasil, convém adiantar que o *Restatement (Third)* não parece ter chamado a atenção da doutrina. Até hoje, pouco ou quase nada foi escrito sobre as suas vinte e uma seções.

Este tópico, em termos gerais, apresenta a noção contemporânea do defeito a partir da sua tipologia (defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de informação). Muito embora o foco seja o momento atual da *products liability*, serão citados alguns casos anteriores ao *Restatement (Third)* para fins de aferição e comparação dos diferentes testes de defectibilidade.

2.7.1. Defeito de fabricação

O *Restatement (Third)* se valeu do termo “*manufacturing defects*”, muito embora alguns autores prefiram a expressão “*contruction defects*” por sua conotação mais ampla, já que os defeitos não surgem só no processo de produção, mas também pelo manuseio incorreto ao longo da cadeia de produção³⁹⁷.

³⁹⁴ HOWELLS, Geraint; BORGHETTI, Jean-Sébastien. Product Liability. In: **Cases, materials and text on Consumer Law**..., p. 461. Vale registrar, de todo modo, que a distinção entre defeitos de fabricação e de concepção foi rejeitada em importante julgado da UK High Court, que preferiu usar terminologia outra: produtos padronizados e produtos não padronizados.

³⁹⁵ HOWELLS, Geraint; BORGHETTI, Jean-Sébastien. Product Liability. In: **Cases, materials and text on Consumer Law**..., p. 463.

³⁹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010., p. 94.

³⁹⁷ WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability**..., p. 1072-1073.

Caracterizado por uma falha, o defeito de fabricação pode ser definido como uma condição não desejada, isto é, uma anormalidade que torna o produto mais perigoso do que aquilo que foi pretendido. Essa falha torna o produto defeituoso; logo, perigoso por si só.

Da análise do *Restatement* (Third), nota-se a preferência por não utilizar a expressão *unreasonably dangerous* no que tange aos defeitos de fabricação:

A “manufacturing defect” is said to exist “when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product.” §2(a). So a manufacturing defect exists whenever the product does not live up to the design, and there is no need for the plaintiff to show that the product was “unreasonably dangerous” (or even “dangerous” at all), as the Second Restatement required³⁹⁸.

De todo modo, até hoje, o defeito de fabricação constitui hipótese em que a exigência da defectibilidade e o perigo desarrazoado se conciliam facilmente. Para alguns, trata-se do único caso típico de responsabilidade objetiva pura em matéria extracontratual³⁹⁹.

Com exceção de algumas poucas jurisdições que não adotaram qualquer forma de responsabilidade objetiva, há um consenso geral de que a responsabilidade por defeitos de fabricação (construção) é objetiva, prescindindo da prova da negligência⁴⁰⁰. Assim, muito embora não precise comprovar a negligência, o autor deve trazer fortes evidências de que o produto era defeituoso quando colocado em circulação pelo fornecedor e que, sem sofrer posteriores modificações, causou danos à vítima⁴⁰¹.

No caso concreto, o autor pode comprovar o defeito por meio de uma prova direta que evidencie o desvio do design desejado pelo fabricante, demonstrando, por exemplo, que as medidas de alguns componentes do produto estão em desacordo com aquilo que foi previsto.

³⁹⁸ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**. Thirteenth Edition. Wolters Kluwer, 2016, p. 506-507.

³⁹⁹ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 48. Nota de rodapé 161

⁴⁰⁰ WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability...**, p. 1073.

⁴⁰¹ However, the plaintiff must prove by a preponderance of the evidence that (a) the product was defective (b) at the time it left the defendant's hands, (c) that it was expected to and did reach the consumer without change, and (d) the product caused harm. DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 810

A comprovação do defeito também pode se dar por meio de testemunhos de especialistas ou da própria observação direta dos fatos, como o aparecimento de rachaduras ou fissuras que provavelmente levaram o produto a quebrar⁴⁰².

Em muitos casos, entretanto, o autor buscará provar o defeito por meio das circunstâncias do evento, indicando que o produto não funcionou adequadamente ou, em outras palavras, se comportou de modo que provavelmente não ocorreria se tivesse sido fabricado da maneira correta⁴⁰³.

Sometimes courts say that a mere malfunction does not itself prove a defect. Dozens of other opinions have said that the plaintiff need not prove a specific or identifiable defect but may rely upon circumstantial evidence somewhat analogous to the evidence presented in a good res ipsa loquitur case. Neither statement is to be taken as a rule of law for all manufacturing defect cases⁴⁰⁴.

Assim, como nem sempre o mau funcionamento do produto revela o seu caráter defeituoso, as consequências devem ser analisadas caso a caso. Por exemplo, se um pneu novo de um automóvel explode ao ser calibrado na pressão correta pela primeira vez e causa danos, pode-se concluir que o produto é defeituoso. Isso porque as circunstâncias do caso e a experiência comum revelam que o mau funcionamento – a explosão – não é compatível com a sua fabricação regular. De outro lado, se o produto foi submetido a outros fatores que podem ter causado o mau funcionamento de um produto adequado e seguro, não se pode inferir desses fatos a defectibilidade⁴⁰⁵.

Essa situação foi prevista na seção 3 do *Restatement (Third)*, que permite a utilização do mecanismo do *res ipsa* nas situações em que o defeito pode ser aferido facilmente pela mera ocorrência do acidente⁴⁰⁶. Eis o texto:

*§ 3. Circumstantial Evidence Supporting Inference of Product Defect
It may be inferred that the harm sustained by the plaintiff was caused by a product defect existing at the time of sale or distribution, without proof of a specific defect, when the incident that harmed the plaintiff:*

⁴⁰² “Similarly, the plaintiff might show that a hand tool or a scaffolding plank had unintended cracks likely to cause it to break, or that food contained dangerous foreign matter” DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 810.

⁴⁰³ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 810.

⁴⁰⁴ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 810.

⁴⁰⁵ “ladder welded to truck broke, but it could have been weakened over time by impacts; jury verdict for defendant affirmed”. DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 810.

⁴⁰⁶ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective*..., p. 1075.

- (a) Was of a kind that ordinarily occurs as a result of product defect; and
- (b) Was not, in the particular case, solely the result of causes other than product defect existing at the time of sale or distribution.

Assim, se um automóvel novo, recém retirado da concessionária, subitamente vira à esquerda por conta própria e causa um acidente, a Seção 3 pode ser invocada para permitir que o júri entenda pela defectibilidade do produto. Tal constatação provavelmente pode ser resultado de um defeito de fabricação, mas, como será visto mais adiante, não há limitação a tal tipo de defeito⁴⁰⁷.

Muito embora algumas Cortes, na tentativa de manter uma separação fundamental entre *negligence* e *strict liability*, tenham reputado tecnicamente inaplicável a doutrina da *res ipsa loquitur*, prevalece a sua plena aplicação. Em verdade tal distinção é desnecessária, pois, segundo Owen, os pedidos baseados na *negligence* acabam por exigir a prova de todos os elementos da *strict liability*, incluindo a defectibilidade⁴⁰⁸. Desse modo, a prova da negligência do produtor por meio da doutrina *res ipsa* inclui em seu contexto a comprovação do caráter defeituoso do produto.

Mas para além das hipóteses previstas na seção 3 do *Restatement (Third)*, pode-se dizer que o teste das expectativas dos consumidores funciona adequadamente em relação aos defeitos de fabricação.

Relembre-se que o teste das legítimas expectativas dos consumidores reflete o lado contratual da responsabilidade objetiva, derivada de sua história relacionada às garantias (*warranty*). O teste também pode refletir o fato de que produtores fazem uma boa imagem de seus produtos, por vezes diretamente, por vezes pela própria aparência do produto ou por palavras que inspirem confiança⁴⁰⁹.

Trata-se, portanto, de teste já previsto nos comentários da Seção 402 A, escrita nos primeiros estágios do desenvolvimento da *strict liability* e numa época em que as Cortes

⁴⁰⁷ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 589.

⁴⁰⁸ Além do element culpa. OWEN, David G., Manufacturing Defects, 53 S.C.L.Rev. 851 (2002), p. 872. JOHNSON, Matthew R.. Rolling the "Barrel" a Little Further: Allowing Res Ipsa Loquitur To Assist in Proving Strict Liability in Tort Manufacturing Defects, 38 **Wm. & Mary L. Rev.** 1197 (1997), "More importantly, allowing the use of the doctrine would ensure a level of strictness in strict liability manufacturing claims that would further the policy goals of safety and enterprise liability at the core of strict liability for products that fail to perform as intended", p. 1255.

⁴⁰⁹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 808.

se baseavam em conceitos utilizados para chegar à responsabilidade por meio da teoria da *warranty*.

Veja-se a curiosa exemplificação de Dobbs: se a vitrine de uma mercearia exhibe caixas de leite, o comprador tem todo o direito de pensar que está comprando leite e, por certo, que não encontrará dedos humanos no seu interior. O vendedor, por outro lado, sabe as expectativas do comprador. As duas partes, assim, compreendem que o vendedor deve disponibilizar leite puro, e não que simplesmente bastará exercitar cuidado para tanto. Desse modo, mesmo que o produtor não pudesse descobrir a referida impureza, estará sujeito à responsabilização⁴¹⁰.

Assim, um produto possui um defeito de fabricação quando frustra as expectativas dos consumidores ao deixar de seguir o seu propósito inicial. O defeito de fabricação é normalmente uma falha aleatória ou uma imperfeição, uma vez que o defeito reside na produção ou distribuição daquele item particular, e não no design de toda a linha produtiva. Exemplos de defeitos de fabricação incluem garrafas de refrigerante que explodem em razão de rachaduras microscópicas; lâminas de serras elétricas que se despedaçam em razão de os metais não estarem completamente ligados; e comidas ou bebidas contaminadas com material estranho ou perigoso⁴¹¹.

O produtor e outros distribuidores⁴¹² poderão ser considerados responsáveis por danos causados por defeitos de fabricação. Em tais casos, o produto é examinado de acordo com as legítimas expectativas de segurança dos consumidores. Por exemplo, consumidores razoavelmente esperam que a sua comida não esteja contaminada, por isso, aplica-se o regime da *strict liability* se isso acontecer. Os produtos com algum defeito de fabricação demandam a aplicação do regime da *strict liability* com maior facilidade porque o produto defeituoso acaba por violar a intenção tanto do produtor

⁴¹⁰ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 808.

⁴¹¹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 806.

⁴¹² O Restatement (Third) consolidou o entendimento majoritário de que comerciantes e vendedores se submetem ao modelo da *strict liability* (§1, cmt. “c” e “d”), muito embora alguns Estados tenham legislado em sentido diverso, justamente em razão de ausência de controle pelos defeitos dos produtos vendidos. A respeito do “sealed-container defense”. KLEIN, Robert D. A Comparison of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability and the Maryland Law of Products Liability. **University of Baltimore Law Review**: Vol. 30: Iss. 2, Article 3. 2001 p. 289; OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 451; WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability**..., p. 1067.

quanto do consumidor de vender e comprar um determinado produto com padrões adequados de valor, utilidade e segurança⁴¹³.

Com relação aos produtos alimentícios, vale mencionar o *foreign-natural test*, mencionado pela primeira vez nessa pesquisa por dizer respeito somente a casos de comidas e bebidas. Utilizado por algumas Cortes mesmo antes do *Restatement (Second)*, o teste traça uma distinção entre corpos estranhos encontrados no produto e materiais ligados à própria natureza do produto.

Nessa perspectiva, encontrar um pedaço de metal numa lata de atum se submete à responsabilidade objetiva; mas se o vendedor falhar na remoção de um material natural do produto, como fragmentos de ossos/espinhas no atum enlatado, ou mesmo caroços de cerejas, não há que se falar em responsabilidade⁴¹⁴. Muito simplista, o teste levou a alguns resultados injustos quando, por exemplo, ficaram sem indenização consumidores que quebraram ou lascaram seus dentes ao abocanharem um caroço de cereja no seu sorvete ou mesmo um pedaço de osso no hambúrguer⁴¹⁵.

Nos dias atuais, a maioria das Cortes aplica o teste das expectativas dos consumidores, e não mais o *foreign-natural test*, na linha do que prevê o *Restatement (Third)*: “A harm-causing ingredient of the food product constitutes a defect if a reasonable consumer would not expect the food product to contain that ingredient”⁴¹⁶.

Para traçar a diferenciação entre os testes, os comentários do *Restatement (Third)* se valeram de uma “*chicken enchilada*”. Imagine-se uma panqueca de frango que contém um pequeno pedaço de osso (de frango). Se determinado consumidor se engasgar com o osso e processar o fabricante do produto alegando sua defectibilidade, uma Corte que partir do *foreign-natural test* pode acabar denegando o pedido. Isso porque o osso de frango é um elemento que “naturalmente” pode ser encontrado em um produto que contém frango. Já o teste das legítimas expectativas do *Restatement (Third)* permite chegar em outro resultado, pois, apesar de o pedaço de osso de frango poder ser encarado como algo “natural” numa chicken enchilada, dependendo do contexto, o osso

⁴¹³ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 806.

⁴¹⁴ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 506-509-510. GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law**. Wolster Kluwer. Aspen Casebook series. 2012, p. 134.

⁴¹⁵ CANTU, Charles. Fattening Foods: Under Products Liability Litigation Is the Big Mac Defective? (2005). **Journal of Food Law and Policy**, Vol. 1, 2005, p. 170-171.

⁴¹⁶ Restatement (Third), §7°.

pode configurar elemento inesperado para consumidores ordinários. Por isso, incapazes de se precaver das lesões sofridas, o produto pode ser ser reputado “*unreasonably dangerous*”⁴¹⁷.

Em termos gerais, deve-se questionar se o consumidor ou usuário teria a razoável expectativa de encontrar determinada substância em seu alimento ou bebida. Se a resposta for afirmativa, o produto não será reputado defeituoso⁴¹⁸.

Veja-se que é possível se falar num objeto natural não previsto, como um osso de galinha numa sopa de galinha, capaz de causar tantos danos quanto um objeto estranho, como um pedaço de vidro na referida sopa⁴¹⁹. Via de regra, se está a falar de um pedaço completamente estranho ao produto desejado, seja um inseto, seja uma pedra. Entretanto, por vezes, o elemento estranho encontrado no alimento guarda alguma relação com o próprio produto. Veja-se o caso de um consumidor que comprou um doce de chocolate e nozes fabricado pela Nestlé, vindo a quebrar um dente ao morder uma casca do produto⁴²⁰.

Curioso também é o caso de um consumidor que adquiriu um *sanduíche de peru desossado* que continha um pedaço de osso. O peru foi “fabricado” pela empresa Cargill, Inc. e o evento causou uma ruptura no esôfago do consumidor, que precisou se submeter a procedimento cirúrgico⁴²¹.

O *Restatement (Third)*, portanto, reserva um tratamento específico para os produtos alimentares na seção 7. De modo geral, os alimentos não se distinguem da regra geral quanto aos defeitos de fabricação. A presença de ingrediente outro que o consumidor razoavelmente não esperava configura defeito de fabricação. Segundo os comentários, na hipótese particular dos produtos alimentares, a existência de standards culturais bastante compartilhados pela população permite apreciar a existência do defeito recorrendo às expectativas dos consumidores⁴²².

⁴¹⁷ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 506-510.

⁴¹⁸ CANTU, Charles. **Fattening Foods: Under Products Liability Litigation**..., p. 171-172.

⁴¹⁹ GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law**..., p. 135-136.

⁴²⁰ Jackson v. Nestle-Beich, Inc., 147 Ill. 2d 408, 168 Ill. Dec. 147, 589 N.E.2d 547 (1992); Restatement (Third) §7°, cmt. “b”.

⁴²¹ Estate of Pinkham v. Cargill, Inc., 55 A.3d 1 (Me 2012)

⁴²² GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law**..., p. 135.

A doutrina e a jurisprudência preferem, portanto, utilizar o critério das legítimas expectativas dos consumidores, da mesma forma como acontece no Brasil, evitando-se adotar distinções arbitrárias entre o teste pouco utilizado do *natural-foreign*. Nesse sentido, como a aferição da defectibilidade no âmbito da Seção 402 A do *Restatement (Second)* também partia do teste das expectativas dos consumidores, pode-se concluir que, em relação aos *food cases*, mantém-se constante a aplicação da jurisprudência americana.

2.7.2. Defeito de concepção

“Elusive as an elf, the true meaning of ‘design defect’ has largely escaped capture by court or commentator, and the search therefor leads inexorably to consternation and confusion”⁴²³.

Se a definição do conceito de defeito não guarda maiores dificuldades quando se está a tratar de defeito de fabricação, o mesmo não pode se dizer quando se cuida de defeito de concepção.

O seu conceito é, segundo a doutrina, o cerne do regime da *products liability law*⁴²⁴.

Como visto, o começo do século XX não experimentou muitos litígios envolvendo defeitos de concepção. Somente nas últimas décadas as Cortes passaram a julgar com alguma frequência a adequação e segurança dos *designs* dos produtos em casos envolvendo acidentes de consumo. Trata-se, portanto, de um fenômeno relativamente recente⁴²⁵.

Ao contrário dos defeitos de fabricação – caracterizados pelo aparecimento não intencional e ocasional das falhas nos produtos – os defeitos de concepção ocorrem quando o design desejado da linha do produto se mostra inadequado e

⁴²³ OWEN, David G. Design defects..., p. 291.

⁴²⁴ OWEN, David G. Design defects..., p. 291.

⁴²⁵ OWEN, David G. Design defects..., p. 291: “A product’s design concept predetermines the extent to which use of the product will result in human injury, and modern products liability law rests fundamentally on the premise that manufacturers are fairly held to answer in the courts for the basic safety of their products’ designs. Yet judicial oversight of a manufacturer’s design choices is a relatively new phenomenon. Design defect claims under any theory of liability were infrequently entertained by courts early in the twentieth century, and only in recent decades have courts begun to adjudicate with any frequency the reasonableness of product designs in accident litigation”.

desnecessariamente perigoso. Se um automóvel é projetado de modo inseguro e de maneira defeituosa, toda a linha produtiva está comprometida, o potencial de responsabilização em defeitos de concepção pode ser bastante significativo⁴²⁶.

Os defeitos de concepção incluem a análise de fórmulas químicas e naturais, a avaliação das características inerentes do produto, como a presença de amianto em sua composição. No caso de fármacos e medicamentos que podem causar câncer – se existirem outras drogas que conseguem proporcionar os mesmos benefícios com menos riscos – é possível se cogitar de eventual defeito de concepção⁴²⁷.

Portanto, o produto mal concebido que carrega em si um perigo desnecessário possui um defeito de concepção, a exemplo de uma máquina acionada a motor sem um pronto e adequado dispositivo de segurança⁴²⁸.

As decisões do produtor quanto à concepção do produto envolvem uma grande variedade de escolhas relativas à segurança, como os tipos e as vantagens dos materiais e componentes utilizados, a maneira pela qual tais materiais e partes são combinadas, se dispositivos de segurança serão incluídos e, de modo geral, o *design* do produto⁴²⁹.

Questão frequente relacionada ao defeito de concepção diz respeito à ausência de algum dispositivo adequado de segurança, como um envoltório de segurança num cortador de grama, um dispositivo de segurança para desligar uma máquina perigosa, ou até uma trava – ou bloqueador – de gatilho para armas de fogo. Muitos processos também contestam o projeto dos automóveis, sobretudo a sua capacidade de resistência e minimização de danos em colisões, com vistas a conferir aos seus ocupantes proteção adequada⁴³⁰.

No que diz respeito aos produtos com periculosidade inerente, de modo geral, pode-se dizer que não há direito à indenização pelos danos decorrentes de sua concepção porque o autor não conseguirá comprovar a viabilidade de um design razoável alternativo. Como visto, o *Restatement (Second)* isentou de responsabilidade esses produtos, dando como exemplos o açúcar (que pode causar diabetes); o óleo de rícino

⁴²⁶ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts...*, p. 806.

⁴²⁷ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts...*, p. 806.

⁴²⁸ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts...*, p. 806-807.

⁴²⁹ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 294.

⁴³⁰ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 294.

(instrumento de tortura usado por Mussolini), o whisky adequado, o cigarro adequado, a manteiga adequada (que contém colesterol e pode causar infartos), ovos e morangos (alergênicos para algumas pessoas) e medicamentos, como a vacina para raiva, que pode gerar sérias reações adversas⁴³¹.

O *Restatement (Third)* adota postura similar, dispondo que "common and widely distributed products such as alcoholic beverages, firearms, and above-ground swimming pools may be found to be defective" in design only if the plaintiff proves a reasonable alternative design under subsection 2(b)⁴³².

A doutrina chama a atenção para o fato de que o *Restatement (Third)* não mencionou o tabaco como produto com periculosidade inerente. O produto, que estava na lista até pouco antes da publicação do *Restatement (Third)*, foi retirado pela ALI do rol de produtos protegidos, sobretudo em razão do intenso debate em torno dos casos que estavam sendo julgados na época. Desse modo, o *Restatement (Third)* não assume postura expressa a respeito da periculosidade do cigarro⁴³³.

Já os medicamentos e dispositivos médicos receberam tratamento especial no que diz à avaliação dos defeitos de concepção e quantidade necessária de advertências. Quanto aos standards para avaliação dos defeitos de fabricação, não há qualquer diferença de tratamento.

Seguindo a linha já traçada no famoso *comment k* do *Restatement (Second)*, que tratava dos *unavoidably unsafe products*, os medicamentos não estão sujeitos às mesmas regras dos demais produtos, sobretudo porque os fármacos não podem, na maior parte das vezes, ser produzidos de maneira diferente⁴³⁴.

Drugs are biologically active chemicals that provide therapeutic benefits but also come with adverse effects. Unlike durable goods, there is not a way to add a safety guard or otherwise eliminate the adverse effects attached to that specific chemical compound. As a result, a risk-benefit test for determining defectiveness

⁴³¹ OWEN, David G. Design defects..., p. 365.

⁴³² Restatement (Third) cmt. "d".

⁴³³ OWEN, David G. Design defects..., p. 365-366.

⁴³⁴ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 590-591; HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. Drug Designs Are Different (2001). **Cornell Law Faculty Publications**. 820, p. 180-181.

*cannot be employed with drugs, unlike durable goods, because of the lack of an alternative design*⁴³⁵.

Desse modo, como o *Restatement (Third)* adotou um fundamento bastante limitado para aferir a defectibilidade da concepção do medicamento, costuma-se dizer que “*for drugs, the liability game is with the warnings candle, not with design*”⁴³⁶.

2.7.2.1. A eliminação dos testes das expectativas dos consumidores

Conforme já destacado, o teste das expectativas dos consumidores remonta aos Comentários da Seção 402 A do *Restatement (Second)*, época em que as Cortes se baseavam em conceitos utilizados para chegar à responsabilidade objetiva por meio da teoria da *warranty*.

Mesmo que a grande maioria das Cortes tenha abandonado o teste das expectativas dos consumidores como predominante para aferir a defectibilidade do próprio projeto do produto, algumas Cortes ainda o utilizam⁴³⁷. E ainda que a referência às expectativas dos consumidores fosse vista como um teste mais favorável às vítimas, nota-se que as Cortes o têm utilizado com frequência para denegar o pedido dos autores em casos envolvendo *obvious design hazards*⁴³⁸. Twerski e Henderson Jr. seguem a mesma linha:

Apesar de o teste das expectativas dos consumidores ser considerado como aquele mais favorável às vítimas, a sua aplicação rigorosa como única base para identificação do defeito de concepção pode resultar em derrotas em processos judiciais quando o produto, apesar de poder ter sido fabricado com um design

⁴³⁵ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 591.

⁴³⁶ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 591.

⁴³⁷ Atualmente, cinco Estados adotam unicamente o teste das expectativas dos consumidores como standard para a defeito de concepção: Kansas, Maryland, Nebraska, Oklahoma e Wisconsin. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1105.

⁴³⁸ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 302-303. Veja-se os exemplos trazidos pelo autor: 1) Traves de alumínio de futebol - rompimento e queda após comemoração da vitória (*Bourne v. Marty Gilman, Inc.*, 452 F.3d 632, 7th Cir. 2006); 2) Cortador de Grama - perigo relacionado à utilização de cortador de grama em sentido reverso por uma criança (*Brown v. Sears, Roebuck & Co.*, 328 F.3d 1274, 1282-83 - 10th Cir. 2003); 3) Trampolim – design que serve justamente para pular (*Crosswhite v. Jumpking, Inc.*, 411 F. Supp. 2d 1228, 1231, D. Or. 2006); 4) Arminha de pressão - “BB gun” e lesão ao olho de uma criança (*Menard v. Newhall*, 373 A.2d 505, 507).

razoável alternativo mais seguro, apresenta riscos óbvios e, de modo geral, cumpre com as expectativas dos consumidores⁴³⁹.

Diga-se que o teste das expectativas dos consumidores é um teste objetivo, baseado na média das expectativas de um usuário ou consumidor razoável. Usualmente tal pessoa, usuário ou consumidor, será exposta ao risco pelo *design* do produto. Entretanto, compradores e usuários por vezes controlam os riscos em relação a terceiros. Em tais casos, quando a pessoa (seja um parente ou médico) adquire um produto com certo risco, ou usa tal produto de maneira que possa causar danos àqueles que estão sob seu controle (a exemplo dos filhos em relação aos pais ou dos pacientes do médico), normalmente leva-se em conta as expectativas do controlador do risco, e não da vítima⁴⁴⁰.

Assim, um dos aspectos mais controversos do *Restatement (Third)* diz respeito à eliminação formal do teste das expectativas dos consumidores para a definição do defeito de concepção. Conforme dispõe o comentário “g” do *Restatement (Third)*, “*consumer expectations do not constitute an independent standard for judging the defectiveness of product designs*”⁴⁴¹. Foram assim relegadas as expectativas dos consumidores a meros fatores nas considerações dos riscos e utilidades⁴⁴².

Curioso mencionar que a Suprema Corte de Illinois continua a alegar que se vale do teste das expectativas dos consumidores, muito embora a doutrina aponte corretamente que se trata de mera retórica. No caso *Mikolajczyk v. Ford Motor Co.*, de 2008, ainda que tenha a Corte declinado a aplicação da seção 2 do *Restatement (Third)*,

⁴³⁹ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1106.

⁴⁴⁰ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 303-304. Assim, no caso *Calles v. Scripto-Tokai Corp.*, em que uma criança de três anos veio a óbito após acionar um isqueiro utilitário (utility lighter), entendeu-se que o produto não era defeituoso em sua concepção. Em termos gerais, não prosperou a alegação de que a ausência de um dispositivo de segurança para crianças o tornasse defeituoso por se tratar de um produto voltado ao público adulto (*Calles v. Scripto-Tokai Corp.*, 864 N.E.2d 249, 2007).

⁴⁴¹ *Restatement (Third)* § 2 cmt. “g”.

⁴⁴² OWEN, David G. *Design defects...*, p. 364. E mais: “*Although not determinative in most cases, if consumer safety expectations are implicated by a particular design, they factor into an evaluation of whether the manufacturer should have adopted a reasonable alternative design. Moreover, the Restatement makes clear that manufacturers and other sellers may not use consumer expectations as a defense when a product contains substantial hazards, even if obvious, which may reasonably be designed away*”.

acabou por adotar a formulação, por meio do teste dos riscos-utilidades, por considerá-lo instrutivo⁴⁴³

Se o requerente se valer desse teste e o réu basear sua defesa na análise dos riscos-utilidades, o que é de se esperar, será aceita a aplicação dos fatores previstos no *Restatement*. De uma perspectiva operacional, parece que o teste das expectativas dos consumidores é letra morta em Illinois⁴⁴⁴.

2.7.2.2. A Seção 3 e a sua afinidade com o mecanismo *da res ipsa loquitur*

A seção 3 do *Restatement (Third)*, conforme já adiantado, explica que a existência do defeito pode ser inferida, em certos casos, pelas próprias circunstâncias do acidente. Tal disposição é intimamente ligada com a *res ipsa loquitur*, clássica doutrina da *negligence*, que reconhece a possibilidade de se inferir a *carelessness* a partir de algumas evidências, mesmo que não se consiga precisar quais atos específicos causaram o dano⁴⁴⁶.

Eis o que dispõe o comentário b desta Seção:

*Quando o acidente é um daqueles que normalmente ocorrem como resultado de um defeito do produto, e as evidências do caso concreto demonstram que os danos sofridos não decorrem de outra causa, a vítima não precisará comprovar a efetiva falha decorrente de defeito de fabricação ou de concepção*⁴⁴⁷.

⁴⁴³ *Mikolajczyk v. Ford Motor Co.*, n. 104983, 2008: “This formulation of the risk-utility test is an “integrated” test of the kind envisioned by the appellate court in *Mele and Besse*. Under this formulation, consumer expectations are included within the scope of the broader risk-utility test. In addition, the test refines the consumer-expectation factor by specifically allowing for advertising and marketing messages to be used to assess consumer expectations. We adopt this formulation of the risk-utility test and hold that when the evidence presented by either or both parties supports the application of this integrated test, an appropriate instruction is to be given at the request of either party. If, however, both parties’ theories of the case are framed entirely in terms of consumer expectations, including those based on advertising and marketing messages, and/or whether the product was being put to a reasonably foreseeable use at the time of the injury, the jury should be instructed only on the consumer-expectation test. Adoption of this integrated test resolves the question of whether the answer to the risk-utility test “trumps” the answer to the consumer-expectation test because the latter is incorporated into the former and is but one factor among many for the jury to consider”.

⁴⁴⁴ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1075.

⁴⁴⁶ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 588-589.

⁴⁴⁷ “When the incident ... is one that ordinarily occurs as a result of product defect, and evidence in the particular case establishes that the harm was not solely the result of causes other than product defect..., it should not be necessary for the plaintiff to incur the cost of proving whether the failure resulted from a manufacturer defect or from a defect in the design of the product”. *Restatement (Third)*, § 3 cmt. “b”.

Importante notar que não há limitação a determinado tipo de defeito. Muito embora tais casos apareçam no contexto de defeitos de fabricação, a seção 3 também pode ser aplicável aos defeitos de concepção⁴⁴⁸.

Assim, nas situações em que os produtos não se comportam da maneira esperada, isto é, nos casos em que a sua defectibilidade pode ser inferida do próprio dano, o teste dos riscos-utilidades não entrará em cena.

Como não há fundamentação válida para utilização do teste dos riscos-utilidades nos casos de produtos que simplesmente não conseguem fazer o que foram projetados a fazer, resolve-se o problema por meio da seção 3 do *Restatement (Third)*, que permite a utilização do mecanismo do *res ipsa* nas situações em que o defeito pode ser aferido facilmente pela mera ocorrência do acidente⁴⁴⁹.

Também conhecida como “*the malfunction doctrine*” ou “indeterminate defect theory”⁴⁵⁰, tal utilização da inteligência da *res ipsa loquitur* não afasta expressamente o requisito do defeito, mas sim permite que o requerente evite tal requisito quando as circunstâncias indiquem que o mau funcionamento do produto muito provavelmente é resultado de um defeito⁴⁵¹.

De todo modo, não há falar na eliminação dos testes das expectativas dos consumidores por completo. Em verdade, as legítimas expectativas são relevantes para a análise dos riscos-utilidades, posto que o modo como um produto é compreendido pelo consumidor implica avaliar como o produto será razoavelmente utilizado. Por consequência, afetará a probabilidade de que venha a causar danos. Portanto, trata-se de um fator entre muitos para aferir se o produto é excessivamente perigoso⁴⁵².

O produto que venha a violar as expectativas dos consumidores pode, ainda assim, se ajustar às normas dos riscos-utilidades. Os consumidores podem ter a expectativa de que o banco de um automóvel não se quebrará numa colisão traseira em alta velocidade.

⁴⁴⁸ KLEIN, Robert D. A Comparison of the Restatement (Third) of Torts..., p. 289.

⁴⁴⁹ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1075.

⁴⁵⁰ KLEIN, Robert D. A Comparison of the Restatement (Third) of Torts..., p. 291.

⁴⁵¹ No sentido de que esse raciocínio parece restringir a seção 3 aos defeitos de fabricação. AUSNESS, Richard C. Products Liability in the Twenty-First Century: A Review of Owen's Products Liability Law, 58 S. C. L. Rev. No. 443. (2006), p. 449.

⁴⁵² TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1075.

Entretanto, é possível conceber que tal assento que se quebrou se mostre o melhor possível em termos de segurança em termos gerais. Eventual design alternativo, inquebrável para colisões traseiras, pode se mostrar menos eficiente e mais perigoso para outros tipos de colisão, que acontecem com mais frequência⁴⁵³.

Portanto, percebe-se que a rejeição nominal ao teste dos riscos-utilidades configura mera retórica, pois, substancialmente, as Cortes inevitavelmente se valem dos seus fatores para avaliar a defectibilidade do produto⁴⁵⁴.

2.7.2.3. *Risk-Utility test*

Considerando que o teste das expectativas dos consumidores não se mostrou apto a conferir segurança e precisão aos julgamentos, pois, em termos gerais, reputado nebuloso, vago e impreciso, a literatura jurídica passou a defender alternativas, sobretudo para os defeitos de concepção.

Sob essa perspectiva, o produto mostra-se defeituoso em seu projeto, ou em sua concepção, se uma pessoa razoável puder concluir que a magnitude do perigo de fato, conforme comprovado no Tribunal, acaba por superar a sua própria utilidade.

Parte-se da premissa de que o produto é defeituoso se considerado *not reasonably safe* quando comercializado. O teste para identificação do caráter excessivamente perigoso do produto passa, portanto, pela compensação e comprovação da magnitude do perigo percebível com relação aos benefícios e utilidades extraídos a partir do seu design.

Com uma abordagem um pouco diferente do *Restatement (Second)* no que diz respeito aos *unavoidably unsafe products*⁴⁵⁵, o *Restatement (Third)* não traz os produtos inevitavelmente perigosos como paradigma, utilizando, de modo geral, o teste dos riscos-

⁴⁵³ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1076.

⁴⁵⁴ A experiência do Estado do Missouri, que parece negar as estruturas teóricas de quaisquer teorias, também é contada por Twerski e Henderson Jr. Os autores reafirmam que também nesse Estado, inevitavelmente, as Cortes acabam por aplicar o teste do design alternativo. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1077-1079.

⁴⁵⁵ "*The Second Restatement, in the well-known Comment k to §402A, effectively exempted unavoidably-unsafe products from the general rule of strict liability. Under Comment k, so long as a product could not be made safe without changing its fundamental characteristics, sale of the product would not lead to product liability if the seller supplied an adequate warning of the dangers*". EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 507.

utilidade para avaliar se o produto é razoavelmente seguro⁴⁵⁶. Veja-se o exemplo da doutrina:

Determinada pessoa sofre lesões ao mergulhar numa piscina de plástico (montada acima da superfície). O acidente ocorreu porque o fundo da piscina é escorregadio: ao mergulhar, as mãos da nadadora escorregam (se separam) quando encontram o fundo, fazendo com que venha a bater a cabeça. Pressupõe-se que esse tipo de piscina tenha a superfície esgordadia como material inerente e que não seja possível projetá-la de outro modo utilizando plástico. Um Tribunal americano, valendo-se da lógica do Restatement Third, questionaria se a utilidade desse tipo de plástico se sobrepõe aos riscos inerentes do design do produto. Se for o caso, a vítima não teria direito à indenização por defeitos de concepção, já que o produto não seria considerado defeituoso (presumindo-se que todas as advertências foram repassadas aos consumidores). De outro lado, se o Tribunal decidir que os benefícios desse tipo de piscina são pequenos se comparados aos riscos decorrentes dos acidentes, então o design seria considerado defeituoso, mesmo que os riscos sejam inevitáveis para esse tipo de produto (piscinas de plástico acima da superfície)⁴⁵⁷.

Vale insistir que não é possível atribuir a análise dos riscos-utilidades como teste necessariamente pior para o consumidor. Em algumas situações, esse processo para identificação do defeito se mostra mais favorável ao consumidor do que o próprio teste das legítimas expectativas.

O exemplo da piscina quer diferenciar a abordagem utilizada pelos *Restatements*. Na busca pela identificação do caráter defeituoso, o *Restatement (Second)* dá mais atenção à identificação dos *unavoidably unsafe products*. Uma piscina de plástico é necessariamente escorregadia e o consumidor alertado sobre isso nada pode fazer se escorregar e bater a cabeça. Em princípio, não terá direito à indenização (tal qual a 'good' whisky, a 'good' cigar). Em termos gerais, trata-se da noção de periculosidade inerente.

Já a abordagem do *Restatement (Third)* foca menos nessa categoria (*unavoidably unsafe products*) e mais na própria análise dos riscos-utilidades (sobretudo se há um design mais seguro). Por essa via, acaba-se por ampliar o debate sobre o caráter defeituoso do produto (confirmando que, por vezes, o produtor poderá ser responsabilizado). Isso não significa que a ideia da periculosidade inerente deixou de existir, mas apenas que a intensidade da abordagem foi alterada.

⁴⁵⁶ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 508.

⁴⁵⁷ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 508.

Sob o título dos benefícios, poderia se incluir qualquer coisa que dê utilidade de algum tipo ao produto; poderia se incluir, ainda, a impraticabilidade e custo adicional de se produzir um produto mais seguro. A análise, portanto, gira em torno de se avaliar a utilidade e o valor do produto quando se pensa em *defectibilidade*.

Para Owen, o design de um produto é defeituoso pelo teste dos riscos e utilidades se os custos para se evitar um particular perigo são previsivelmente menores do que os decorrentes benefícios para a segurança. Em outras palavras, se os custos de prevenção forem menores do que os benefícios de segurança, o produto projetado sem tal precaução de segurança se mostra defeituoso sob o teste dos riscos e utilidades⁴⁵⁸.

Os custos e benefícios devem se restringir àqueles previsíveis e ambos devem ser calculados para inteira linha de produção por um período de tempo substancial. Desse modo, ao contrapor os benefícios de se evitar um risco determinado e os custos de tal prevenção, percebe-se que o teste é particularmente adequado para estabelecer a defectibilidade do design dos produtos. O grau de segurança exigido em qualquer situação depende do tipo, da probabilidade e do tamanho do dano (vistos de forma global como a magnitude do risco) que um determinado meio de precaução seja capaz de prevenir⁴⁵⁹.

2.7.2.4. *Reasonable alternative design*

“Just as design defectiveness lies at the center of products liability law, cost-benefit analysis of an alternative design lies at the heart of design defectiveness”⁴⁶⁰

Conforme já destacado, o teste global da análise dos riscos e utilidades do produto possui alguns inconvenientes, como o fato de reputar que o júri não tem capacidade e competência de analisar racionalmente tantos fatores e questões complexas⁴⁶¹, gerando

⁴⁵⁸ OWEN, David G. Design defects..., p. 311.

⁴⁵⁹ OWEN, David G. Design defects..., p. 311-313: *“If the risk posed by the design of a product in a certain manner is great, greater precautions must be taken to avert the risk; if the risk is small, less precaution is required. This principle of balance, inherent in tort law generally, is sometimes referred to as the “calculus of risk.”*

⁴⁶⁰ OWEN, David G. Design defects..., p. 322.

⁴⁶¹ EPSTEIN, Richard A. The risks of Risk/Utility..., p. 474-476.

decisões arbitrárias e irracionais. Além disso, o balanço genérico dos riscos e utilidades poderia acarretar a condenação de categorias inteiras de produtos (*category liability*)⁴⁶².

Para atenuar tais inconvenientes, a jurisprudência desenvolveu um teste de riscos e utilidades alternativo. De acordo com esse teste, chamado *reasonable alternative design*, o produto só pode ser considerado defeituoso se o autor comprovar que existe uma concepção alternativa razoável. Tal concepção não precisa estar disponível no mercado. É suficiente que seja realizável. O Tribunal, no lugar de calcular um balanço global, adota abordagem mais restrita, mais simples, devendo apenas comparar a concepção atual com a concepção proposta. Por essa lógica, em vez de estudar o produto em seu conjunto, a Corte é chamada a se concentrar sobre a transformação necessária do produto existente ao produto proposto⁴⁶³.

Em multicitada passagem sobre o tema, explica Gary Schwartz:

The heart of the problem is this: one simply cannot talk meaningfully about a risk-benefit defect in a product design until and unless one has identified some design alternative (including any design omission) that can serve as the basis for a risk-benefit analysis⁴⁶⁴.

Na prática, a distinção entre os dois testes parece delicada. No entanto, a diferença de abordagem é real, pois num caso a existência de um produto substituto não é mais que um fator no meio de tantos que são levados em conta; no outro, o fato de um diferente produto ter adotado uma concepção alternativa constitui o critério da própria defectibilidade. Isso mostra precisamente no que o produto é defeituoso e como ele poderia não ser. Embora se aproxime da *negligence*, permite de uma certa maneira manter a insistência da *products liability* sobre o próprio produto⁴⁶⁵. Leva-se em conta, assim, o perigo de fato, e não se o fabricante percebeu o perigo, porque o propósito é a avaliação do produto em si, e não da conduta do fabricante.

O *Restatement (Third)* adotou explicitamente o teste da análise entre os riscos e utilidades para aferir a defectibilidade do design dos produtos. O §2(b) classifica o design

⁴⁶² HENDERSON, J. A.; TWERSKI, A. D. Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect..., p. 1297 e ss.

⁴⁶³ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 57-58.

⁴⁶⁴ SCHWARTZ, Gary T. Foreword: Understanding Products Liability..., p. 468

⁴⁶⁵ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 58.

como defeituoso se a vítima sofreu um dano previsível que poderia ter sido prevenido por um design alternativo. A seção 2(b), assim, adota “a *reasonableness* (*risk-utility balancing*) test as the standard for judging the defectiveness of products designs”⁴⁶⁶.

Para tanto, diversos fatores podem ser relevantes para verificar se um design alternativo é razoável e se tal omissão torna o produto *not reasonably safe*, a exemplo da probabilidade e seriedade de um dano em decorrência do design escolhido.

As advertências que acompanham o produto, bem como os custos e os benefícios do design alternativo são levados em conta para aferir a defectibilidade do produto⁴⁶⁷. Owen explica que também as consequências do design alternativo importam, como os custos de produção do novo design, a sua longevidade, manutenção, consertos, estética e a gama de escolhas do consumidor⁴⁶⁸.

Ademais, reitera-se que, apesar de o teste das expectativas dos consumidores não constituir um standard independente para julgar a defectibilidade dos designs dos produtos, as próprias expectativas dos consumidores se configuram em fatores no cálculo das considerações dos riscos e utilidades⁴⁶⁹.

A grande maioria dos casos sobre defeitos de concepção envolvem a comprovação, pelo autor, de um design alternativo viável, eficaz em termos de custo, que não foi adotado pelo fabricante e que teria evitado os danos sofridos. Vejam-se alguns exemplos trazidos por Owen⁴⁷⁰: um dispositivo intrauterino contraceptivo com multifilamentos que facilitava a migração de bactérias para o útero, enquanto que um único filamento minimizaria consideravelmente o risco de dano⁴⁷¹; uma máquina industrial com uma ponta afiada que lesionou um trabalhador, que poderia ter sido arredondada e alisada, pois não tinha qualquer propósito⁴⁷²; um caminhão propenso a tombar por ter apenas um cilindro hidráulico em seu painel traseiro, sendo que um segundo cilindro eliminaria o risco de tombamento⁴⁷³.

⁴⁶⁶ Restatement (Third) §2(b) cmt. “d”.

⁴⁶⁷ Restatement (Third) §2(b) cmt. “f”.

⁴⁶⁸ OWEN, David G. Design defects..., p. 322.

⁴⁶⁹ Restatement (Third) §2(b) cmt. “g”.

⁴⁷⁰ OWEN, David G. Design defects..., p. 324.

⁴⁷¹ Hilliard v. A.H. Robins Co., 196 Cal. Rptr. 117 (Ct. App. 1983).

⁴⁷² Stazenski v. Tennant Co., 617 So. 2d 344 (Fla. Dist. Ct. App. 1993);

⁴⁷³ Warner Fruehauf Trailer Co. v. Boston, 654 A.2d 1272 (D.C. 1995).

A avaliação gira em torno de saber se os benefícios decorrentes do aumento da segurança – por meio de dispositivos que encareceriam o produto – compensam os riscos de se evitar certos tipos de acidentes. Se o design alternativo for muito mais caro e se mostrar pouco eficiente em tornar o produto mais seguro, o resultado parece revelar que a alteração é desnecessária. Ao contrário, se o dispositivo de segurança a ser acrescentado é barato e agregar considerável grau de segurança ao produto, pode-se cogitar de um defeito de concepção.

Assim, foram considerados defeituosos alguns produtos pela ausência de um melhor dispositivo de segurança⁴⁷⁴: deixar de incorporar um dispositivo de resistência para manuseio de crianças em um acendedor ao preço de cinco centavos por produto⁴⁷⁵; deixar de instalar uma válvula de interrupção automática por cinco dólares em caso de superaquecimento de um aquecedor de água⁴⁷⁶.

Desse modo, sem comprovação da viabilidade de um design alternativo, o requerente não consegue estabelecer que o produto é defeituoso. Em outras palavras, não há nada de errado com relação a produtos com periculosidade inerente que não possam ser projetados de outro modo⁴⁷⁷.

Reconhecendo, assim, o papel central do design alternativo para os casos de defeito de concepção, quase a totalidade das Cortes definem que a prova do design alternativo viável é geralmente, ou sempre, um elemento necessário para aferição da defectibilidade. Isto é, para comprovar o defeito de concepção, deve o autor demonstrar que existe um design alternativo, exequível e mais seguro, que poderia ser fabricado pelo fabricante⁴⁷⁸.

Não pode, portanto, o design alternativo criar novos perigos não previstos no projeto original. Veja-se o que dispõe o *Restatement (Third)*:

Quando se avalia a razoabilidade do design alternativo, deve-se considerar a segurança global do produto. Não se mostra suficiente concluir que o design

⁴⁷⁴ Os exemplos mais recentes também foram extraídos de OWEN, David G. Design defects..., p. 327.

⁴⁷⁵ Flock v. Scripto-Tokai Corp., 319 F.3d 231, 240 (5th Cir. 2003) (Tex. law)

⁴⁷⁶ A.O. Smith Corp. v. Settlement Inv. Mgmt., No. 2-04-270-CV, 2006 WL 176815, at *3 (Tex. App. Jan. 26, 2006). O produto final, que custava nove mil dólares, superaqueceu e causou um incêndio.

⁴⁷⁷ OWEN, David G. Design defects..., p. 324.

⁴⁷⁸ OWEN, David G. Design defects..., p. 324.

alternativo poderia ter reduzido ou prevenido os danos sofridos se ao mesmo tempo acabar introduzindo novos perigos de igual ou maior magnitude⁴⁷⁹.

No caso de acidentes aquáticos, em que banhistas são atingidos pela hélice dos barcos a motor, se questionou se tal importante peça do motor deveria ser protegida por uma barreira de segurança. O benefício de tal novo dispositivo seria a segurança de banhistas, que escapariam dos danos, mas os custos da instalação são evidentes: redução da velocidade, redução da eficiência do combustível e redução da capacidade de manobra do barco. Além disso, a proteção da hélice acarreta novos riscos, como o aumento do tamanho do motor, que também pode atingir banhistas, e criar uma espécie de armadilha na qual os membros do corpo ficam presos dentro enquanto as hélices se movem⁴⁸⁰.

Na atualidade, o *reasonable alternative design* é o teste mais aplicado para análise dos defeitos de concepção do produto. Mesmo que exista alguma confusão retórica, os requerentes não procuram o Judiciário em casos clássicos de defeitos de concepção sem oferecer prova de um design razoável alternativo. Alguns Estados passaram a adotar tal teste por meio legislativo, mas a grande maioria o fez por meio de decisões judiciais.

Twerski e Henderson Jr. se debruçaram sobre todas as jurisdições para avaliar o impacto do *Restatement (Third)* e analisar a utilização do teste que está sendo aplicado. Do seu estudo, contabilizam vinte e cinco Estados que adotam explicitamente tal critério⁴⁸¹; outros estados reverberam que a análise do design alternativo é mero fator, entre outros fatores, para análise da defectibilidade. Essa premissa é questionada por Twerski e Henderson Jr., visto que, em todos os casos levados às Cortes, a possibilidade de um design alternativo foi acabou também sendo elemento comprovado pelos demandantes⁴⁸².

⁴⁷⁹ Restatement Third § 2(b) cmt. “f”: “When evaluating the reasonableness of a design alternative, the overall safety of the product must be considered. It is not sufficient that the alternative design would have reduced or prevented the harm suffered by the plaintiff if it would also have introduced into the product other dangers of equal or greater magnitude”

⁴⁸⁰ OWEN, David G. Design defects..., p. 329, faz referência Fitzpatrick v. Madonna, 623 A.2d 322 (Pa. Super. Ct. 1993).

⁴⁸¹ Para uma análise dos casos, TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer’s Liability for Defective..., p. 1079-1094.

⁴⁸² Colorado, Illinois, New Hampshire, e Nevada parece dizerem que o design razoavelmente alternativo não é uma condição sine qua non para decifrar um caso de defeito de concepção. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer’s Liability for Defective..., p. 1094-1095.

Os autores apontam que tal erro teórico das Cortes pode ser atribuído à forte influência do artigo *On the Nature of Strict Tort Liability for Products*, publicado por John Wade em 1973, que, como visto anteriormente, se vale de sete fatores que devem ser levados em conta para se analisar se o produto é excessivamente perigoso. Um desses fatores, convém lembrar, consiste na disponibilidade de um produto substituto suprir as mesmas necessidades e não se mostrar inseguro⁴⁸³.

Twerski e Henderson Jr. criticam a colocação do design alternativo como mero fator entre tantos outros, posto que, se não houver design alternativo possível, então se estará questionando a própria categoria do produto (*category liability*), fato supostamente não antevisto por Wade⁴⁸⁴.

Outra possibilidade pela qual algumas Cortes não adotam explicitamente o teste do design alternativo pode ser a linguagem prevista na seção 2(b), que poderia parecer autorizar tal teste para todos os casos ligados ao design do produto, o que não é verdade, sobretudo pelo que consta dos comentários 2(f)⁴⁸⁵ e 3(b)⁴⁸⁶.

⁴⁸³ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1095.

⁴⁸⁴ "However, that just makes the problem worse. How can the technological feasibility of an alternative design simply be a factor in deciding whether a product is defectively designed? As noted earlier, if there is no technologically feasible alternative, then the plaintiff perforce is attacking the product category. We are constrained to conclude that Wade was simply wrong in listing the availability of an alternative design as one factor among many in deciding whether a product design is unreasonably dangerous. A partial defense for Wade may be that in 1973 the issue of product category liability, although an early concern of products liability scholars at the time section 402A was adopted, was not on his radar screen. We reinvigorated the issue and popularized the phrase "category liability" in an article published in 1991; since then, scholars' and courts have discussed the subject. Wade could not have been sensitive to the possibility that his formulation might lead to category liability" TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1096.

⁴⁸⁵ "While a plaintiff must prove that a reasonable alternative design would have reduced the foreseeable risks of harm, Subsection (b) does not require the plaintiff to produce expert testimony in every case. Cases arise in which the feasibility of a reasonable alternative design is obvious and understandable to laypersons and therefore expert testimony is unnecessary to support a finding that the product should have been designed differently and more safely. For example, when a manufacturer sells a soft stuffed toy with hard plastic buttons that are easily removable and likely to choke and suffocate a small child who foreseeably attempts to swallow them, the plaintiff should be able to reach the trier of fact with a claim that buttons on such a toy should be an integral part of the toy's fabric itself (or otherwise be unremovable by an infant) without hiring an expert to demonstrate the feasibility of an alternative safer design. Furthermore, other products already available on the market may serve the same or very similar function at lower risk and at comparable cost. Such products may serve as reasonable alternatives to the product in question".

⁴⁸⁶ "Although the rules in this Section, for the reasons just stated, most often apply to manufacturing defects, occasionally a product design causes the product to malfunction in a manner identical to that which would ordinarily be caused by a manufacturing defect. Thus, an aircraft may inadvertently be designed in such a way that, in new condition and while flying within its intended performance parameters, the wings suddenly and unexpectedly fall off, causing harm. In theory, of course, the plaintiff in such a case would be able to show how other units in the same production line were designed, leading to a showing of a reasonable

Prosseguindo, outras jurisdições aplicam o “*two-prong test*”, pelo qual o requerente pode tratar de defeitos de concepção demonstrando que (1) o produto violou as expectativas dos consumidores ou (2) falhou em alcançar os padrões dos riscos-utilidades⁴⁸⁷. Quando se valem da segunda opção, seguindo a linha dominante, sempre condicionam o veredito à inevitável comprovação de um design alternativo do produto⁴⁸⁸.

Mas o ponto mais interessante para esta pesquisa reside na identificação da forma como é usado o teste das expectativas dos consumidores. Daí a pergunta: quais são os parâmetros utilizados para medir as expectativas desapontadas? A menos que seja cuidadosamente executada, a sua aplicação está sujeita a críticas⁴⁸⁹:

First, for many products, consumers do not have clear expectations as to how the product will perform when subjected to a broad range of uses. Second, under the consumer expectations test, defect and causation are merged. Plaintiffs need only allege disappointment of expectations and injury. Third, since risk-utility is not an issue, the product as designed may provide greater overall safety than an alternative product that would meet consumer expectations and would have avoided a particular plaintiffs harm. Fourth, consumer expectations may vary; thus placing the manufacturer in the impossible position of being subject to liability no matter how the product is designed⁴⁹⁰.

Por essas razões, as Cortes que se valem do “*two-prong test*” têm se mostrado bastante sensíveis às limitações das expectativas dos consumidores, confinando a sua aplicação aos produtos que não conseguem atingir o fim a que foram destinados, isto é, aqueles casos em que é comum a aplicação da teoria do *res ipsa*⁴⁹¹.

alternative design under § 2(b). As a practical matter, however, when the incident involving the aircraft is one that ordinarily occurs as a result of product defect, and evidence in the particular case establishes that the harm was not solely the result of causes other than product defect existing at time of sale, it should not be necessary for the plaintiff to incur the cost of proving whether the failure resulted from a manufacturing defect or from a defect in the design of the product. Section 3 allows the trier of fact to draw the inference that the product was defective whether due to a manufacturing defect or a design defect. Under those circumstances, the plaintiff need not specify the type of defect responsible for the product malfunction”.

⁴⁸⁷ Arizona, Alaska, California, Connecticut, Florida, Hawaii, Ohio, Oregon, Puerto Rico, Tennessee, e Washington parecem se situar nesse domínio. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1098; OWEN, David G. *Design defects...*, p. 342.

⁴⁸⁸ OWEN, David G. *Design defects...*, p. 342.

⁴⁸⁹ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1100.

⁴⁹⁰ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1100-1101.

⁴⁹¹ § 3. *Circumstantial Evidence Supporting Inference of Product Defect.* It may be inferred that the harm sustained by the plaintiff was caused by a product defect existing at the time of sale or distribution, without proof of a specific defect, when the incident that harmed the plaintiff: (a) was of a kind that ordinarily occurs as a result of product defect; and (b) was not, in the particular case, solely the result of causes other than product defect existing at the time of sale or distribution .

Assim, se a Corte reconhece que determinado caso não se submete à seção 3 e passa a se valer do teste dos riscos-utilidades, trata-se de entendimento perfeitamente congruente com os ditames do *Restatement (Third)*.

Desse modo, analisando os julgados das Cortes que adotam o “*two-prong test*”, a doutrina aponta tal semelhança. A Suprema Corte do Arizona, ao julgar o leading case *Dart v. Wiebe Mfg.*, anotou que o teste das expectativas dos consumidores é adequado para os defeitos de fabricação, mas somente “por vezes funciona adequadamente” em casos de defeitos de concepção, já que consumidores muitas vezes não sabem o que esperar de produtos complexos ou de designs pouco familiares⁴⁹².

Relembre-se, ademais, que a Califórnia também precisou adequar a aplicação de tal teste, conforme consta de tópico anterior dessa pesquisa (caso *Soule v. General Motors Corp.*).

Twerski e Henderson Jr. acham difícil responder se os vereditos desses processos judiciais que adotaram uma visão larga dos testes das expectativas dos consumidores teriam o mesmo resultado caso fosse aplicada a seção 3 do *Restatement (Third)*, mas é inegável que a doutrina da *res ipsa* guarda similaridade com tais situações e, por vezes, é compreendida de maneira bastante ampla⁴⁹³.

De todo modo, em publicação recente, *Tiffany Colt* demonstra que as Supremas Cortes de Nevada e da Flórida voltaram a adotar o teste das expectativas dos consumidores, rejeitando expressamente o teste dos riscos-utilidades previsto no *Restatement (Third)*.

Em *Aubin v. Union Carbide Corp.*, o autor da ação alegou ter contraído doença grave em razão de ter mantido contato com produtos com amianto em sua fórmula. Nesse julgado, a Suprema Corte da Flórida definiu que o teste dos riscos-utilidades

⁴⁹² “More recently in *Golonka v. General Motors Corp.*, the Arizona Court of Appeals reiterated that the consumer expectations test works well for manufacturing defect cases and has “limited utility” in design defect cases where risk-utility standards must govern”. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1101.

⁴⁹³ “Would results in those states that have given a broader reading to consumer expectations than is to our liking have been different had the court applied the language of section 3? That is hard to tell. The *res ipsa* doctrine has had an accordion-like quality to it and courts have at times given it an expansive reading. One fact is undeniable. Those courts that have opted for a two-prong test for design defect manifest by that doctrinal choice that they understand that the consumer expectations test has serious limitations and cannot be the exclusive test for design liability”. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1101.

previsto no *Restatement (Third)* é inconsistente com os fundamentos da *strict liability*. Por isso, reverteu o julgado da Corte Distrital e alegou: “*in approaching design defect claims, we adhere to the consumer expectations test, as set forth in the Second Restatement, and reject the categorical adoption of the Third Restatement and its reasonable alternative design*”⁴⁹⁴.

Em *Ford Motor Company v. Trejo*, que tratou do defeito do design do teto de um automóvel Ford Excursion, a Suprema Corte de Nevada assentou não estar convencida que o teste dos riscos-utilidade ofereceria uma abordagem superior para análise dos defeitos de concepção e concluiu que “*design defect in Nevada will continue to be governed by the consumer-expectation test*”⁴⁹⁵.

Assim, muito embora esses dois Estados pareçam escapar da regra⁴⁹⁶, a maioria dos casos em que essas Cortes utilizaram o teste das expectativas dos consumidores e negaram os riscos-utilidades dizem respeito a situações que se encaixam na previsão da seção 3 do *Restatement (Third)*. Poucos casos, é verdade, ampliaram excessivamente o teste das expectativas dos consumidores, mas a maioria o adota para situações limitadas.

Em ainda mais recente publicação Twerski reitera a sua constatação de que mesmo os Estados que alegam se valer exclusivamente do teste das legítimas expectativas para a identificação dos defeitos de concepção acabam inevitavelmente inserindo a discussão sobre o design razoável alternativo no debate⁴⁹⁷, o que se repete também naqueles Estados que mesclam a utilização dos testes das expectativas com os riscos-

⁴⁹⁴ *Aubin v. Union Carbide Corp.* - 177 So. 3d 489 (Fla. 2015).

⁴⁹⁵ *Ford Motor Company v. Trejo* 402 P.3d 649 (Nev. 2017), at 657.

⁴⁹⁶ Para uma análise crítica, ver COLT, Tiffany. The resurrection of the consumer expectations test: a regression in american products liability. 26 *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 525 (2019) e WILKOV, Scott J. EGGSPUEHLER, Chad M. Why the customer can't always be right in product liability litigation. March 20, 2018, edition of *Westlaw Journal Medical Devices*.

⁴⁹⁷ Em suas palavras: “In these jurisdictions in each reported state case the plaintiff introduced a RAD into evidence and there was no mention in the case that the introduction of a RAD was improper. Although the cases often say that the plaintiff need not introduce a RAD, the trier of fact had before it the RAD”. TWERSKI, Aaron D. An Essay on the Quieting of Products Liability Law (June 10, 2020). *Cornell Law Review*, Vol. 105, p. 101, 2020, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper N°. 641, p. 1222-1223. Comparando-se com o estudo apresentado em 2009, Twerski inseriu o Estado de Nevada entre aqueles que adotam exclusivamente o teste das legítimas expectativas.

utilidades⁴⁹⁸. De acordo com a sua análise apenas dois Estados – Califórnia e Flórida – por vezes se valem do teste das legítimas expectativas sem introduzir a análise do *reasonable alternative design*, sobretudo em casos relacionados a asbestos⁴⁹⁹.

2.7.2.5. A estratégia dos *Reporters*

We did not want to be remembered, fairly or not, as “the guys who tried to kill strict liability”⁵⁰⁰

A frase que dá início a este tópico revela a preocupação dos redatores a respeito dos fundamentos dos defeitos de concepção que seriam previstos no *Restatement (Third)*. Como se verá, foi preciso traçar estratégia na escolha do texto para agradar, ou ao menos não desagradar, parte da doutrina e dos Tribunais.

Sob a égide da Seção 402 A do *Restatement (Second)*, e de muitos casos que o seguiram, era objetiva a responsabilidade decorrente de danos causados seja por defeitos de fabricação seja por defeitos de concepção. O requerente, assim, não precisava comprovar a *negligence*. No entanto, como também já destacado, as Cortes passaram a adotar o teste dos riscos e utilidades para determinar se há defeito de concepção. Nesse cenário, quando o teste dos riscos e utilidades é usado, os Tribunais parecem estar a exigir elementos da *negligence* ou ao menos espécies similares de culpa. O ponto, de fato, é controverso, mas o *Products Restatement* adota o *risk-utility test* para aferir a defectibilidade e descarta a visão da *strict liability* para os defeitos de concepção⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ “Here, too, almost without exception, plaintiffs introduced a RAD in every reported state case”. TWERSKI, Aaron D. An Essay on the Quieting of Products Liability Law..., p. 1223-1228. Pelas suas contas, doze Estados atualmente seguem essa abordagem.

⁴⁹⁹ “In two states, California and Florida, there are indeed several cases where plaintiffs did not introduce a RAD where there was an allegation of design defect. Many of these cases involved asbestos. It does not require extensive citation to make the point that asbestos is not just another products liability case. Courts have held manufacturers of asbestos to a standard that is sui generis”. TWERSKI, Aaron D. An Essay on the Quieting of Products Liability Law..., p. 1229.

⁵⁰⁰ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer’s Liability for Defective Product..., p. 1064.

⁵⁰¹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 807.

A análise dos riscos e utilidades é amplamente usada para definir a responsabilidade por defeitos de concepção, tanto no regime da *negligence*, quanto no regime da *strict liability in tort*⁵⁰².

Na visão de Owen, o teste dos riscos e utilidades para definir a defectibilidade do design do produto não é afetado seja qual for a teoria subjacente. Não importa se está em terreno de *negligence*, *strict liability*, ou mesmo *implied warranty*, já que a análise apropriada do design do dispositivo de segurança, dos custos, e dos efeitos, permanece a mesma⁵⁰³. Contudo, para Green, o *Restatement (Third)*, ao estabelecer o standard dos riscos-utilidades, adota um padrão ligado à teoria pura e simples da *negligence*, uma vez que exige serem os riscos previsíveis⁵⁰⁴.

Os *co-Reportes* do *Restatement (Third)* tinham consciência de que diversos assuntos colocados a termo desencadeariam grandes debates na doutrina e na jurisprudência (a exemplo da responsabilidade dos vendedores de produtos usados, de produtores de partes componentes, etc.). No entanto, sabiam que nenhum destes temas se compararia em intensidade e controvérsia ao standard adequado para aferir os defeitos de concepção⁵⁰⁵.

A razão, segundo eles, tem mais a ver com questões retóricas do que efetivamente substanciais. Note-se que, por trinta anos, as Cortes americanas vinham aplicando o *risk-utility test* baseado no regime da culpa para defeitos de concepção. Mas, no mesmo período, muitas Cortes se referiam expressamente à Seção 402 A do *Restatement (Second) of Torts*, o que parecia apregoar o regime da responsabilidade objetiva como pano de fundo⁵⁰⁶. Tal contradição foi demonstrada, ainda que brevemente, em tópico anterior; de todo modo, veja-se a preocupação manifestada:

So long as the inherent contradiction between applying a fault standard to determine liability and using a strict liability rhetoric to explain the outcome continued unchallenged, all had gone smoothly enough. But to come along in a

⁵⁰² OWEN, David G. Design defects..., p. 310.

⁵⁰³ OWEN, David G. Design defects..., p. 311-312.

⁵⁰⁴ GREEN, Michael D. The Unappreciated Congruity..., p. 834.

⁵⁰⁵ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1062-1063.

⁵⁰⁶ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1062-1063. Em *Thibault v. Sears, Roebuck & Co.*, 395 A. 2d 843, 846, 1978, aplicou-se o *risk-utility test* para defeitos de design, mas a Corte insistiu em aplicar a *strict liability* prevista no *Restatement (Second)*.

*new Restatement and point out the obvious inconsistency would seem, to those who truly believed in the myth of strict liability, nothing short of heresy*⁵⁰⁷.

O receio dos autores era justificável. Conforme já explicado, como o *Restatement (Second)* levou em conta preponderantemente os defeitos de fabricação, não se fez qualquer distinção entre os tipos de defeito. Mais do que isso, os redatores da Seção 402 A podem também ter se baseado em uma subcategoria especial de defeitos de concepção: produtos que não funcionam adequadamente. Nessas situações, os *design defects* se resolviam da mesma forma que os *manufacturing defects*, de modo que a responsabilidade objetiva funcionava em ambos os casos. De fato, pode-se dizer que defeitos de fabricação e de concepção violam as expectativas dos consumidores, por isso, podem ser reputados defeituosos⁵⁰⁸.

Entretanto, o grande erro que as Cortes cometeram no desenvolvimento da Seção 402 A foi utilizar a responsabilidade objetiva como teoria para análise da defectibilidade do design de produtos que se mostravam excessivamente perigosos, mas não eram contraproducentes (*self-defeating*) ou mesmo propensos a não funcionar⁵⁰⁹.

Isto é, a responsabilidade objetiva funciona bem para os defeitos de fabricação e para os casos em que o design do produto faz com que ele não funcione adequadamente. Ao contrário, nos casos em que design do produto permita a sua utilização adequada, mas se discuta se, por sua natureza, é excessivamente oneroso, a pauta deve ser o modelo da responsabilidade ligada à *negligence*⁵¹⁰.

Nessa linha, eis a explanação de Green:

*We should observe that the risk-utility test draws on the famous Carroll Towing algebraic formulation for negligence: $B < P \times L$. Although juries are not routinely instructed in these algebraic terms, the factors contained in the Hand Formula play an important and often determinative role in jury determinations of negligence in some cases and in appellate review, such as it exists, of these jury determinations. Thus, today, in many, but by no means all, US jurisdictions, design defects are determined by a negligence standard or something closely akin to a negligence standard*⁵¹¹.

⁵⁰⁷ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1063.

⁵⁰⁸ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1063-1064.

⁵⁰⁹ Os autores se referem a "demonstrably design defects" em artigo anterior. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Achievin Achieving Consensus on Defective Product Design*". 83 *Cornell L. Rev.* 867 (1998), p. 898-899.

⁵¹⁰ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1064.

⁵¹¹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 588.

Na doutrina brasileira, Marcelo Calixto lança dúvidas sobre o acerto da jurisprudência americana ao utilizar expressões como “razoável concepção alternativa” ou “razoáveis instruções”. Sem destrinchar o assunto, Calixto questiona se a necessidade de os riscos serem previsíveis não termina por reintroduzir critérios muito próximos de uma responsabilidade subjetiva ao invés de uma *strict liability*⁵¹².

Com a aparição dos *mainstream design cases* – os casos clássicos de defeitos de concepção que não envolvem o mau funcionamento do próprio produto –, muitas Cortes passaram a definir que a responsabilidade dos defeitos de concepção se situava em campo próprio da *negligence*, a partir do standard da *reasonableness*. Como quer que seja, a retórica da *strict liability* permaneceu, não obstante a realidade subjacente de que a aferição da *negligence* se mostre uma consideração determinante⁵¹³.

Assim, quando do início da elaboração do *Restatement (Third)*, os redatores se mostraram tentados a reconhecer que os casos clássicos de defeitos de concepção se submetiam ao regime da *negligence*. Entretanto, por saberem que muitas Cortes estavam comprometidas com a lógica da “responsabilidade objetiva retórica”⁵¹⁴, e poderiam acabar rejeitando o novo *Restatement* por esse motivo, optou-se por um outro caminho.

Parte da doutrina, inclusive, considera um mito reputar que o defeito de concepção pode ser baseado na *strict liability in tort*. A aplicação dos corretos padrões de aferição da defectibilidade tornará um pedido baseado em responsabilidade objetiva lastreado praticamente nos mesmos elementos da *negligence*⁵¹⁵.

Por conta desses fatores, o comentário “n” do *Restatement (Third)* dá conta da importância de se definir o defeito de concepção e de informação sem se ater ao rótulo

⁵¹² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138.

⁵¹³ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1063-1064.

⁵¹⁴ “*strict liability rhetoric*”. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p.1063-1064.

⁵¹⁵ A design claim focuses on the manufacturer's care in selecting or adopting a particular design choice. Whether defect is defined in terms of consumer expectations, risk-utility or a hybrid of the two formulations, a negligence analysis is particularly appropriate when a design is at issue. REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...*, p. 560. No mesmo sentido: KEETON, W. Page. *Product liability and the automobile...*, p. 3. OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 173

ou teoria utilizada, quer seja a *strict liability*, *negligence* ou *breach of warranty*. Para evitar confusão, somente uma teoria deve ser submetida ao júri⁵¹⁶.

Por isso é que a doutrina chega a afirmar que, em relação aos defeitos de concepção e de informação, o *Restatement (Third)* reconhece ser pequena, ou nenhuma, a diferença entre as três teorias – *strict liability*, *negligence* e *warranty* – que justificam a *Products Liability*⁵¹⁷. Assim, é compreensível que o autor da ação busque submeter o seu pleito ao júri por meio de diferentes teorias com vistas a ter mais de uma chance de ver reconhecida a defectibilidade do produto, entretanto, instruir o júri com diferentes teorias que são praticamente indistinguíveis acabando causando confusão e incertezas⁵¹⁸.

2.7.3. Defeitos de Informação

Os defeitos de informação estão entre as principais alegações levadas às Cortes estadunidenses no regime da *products liability*⁵¹⁹. A sua frequência e também o seu sucesso pode ser atribuído a uma série de fatores.

Em primeiro lugar, não se cuida de processo judicial com alto grau de tecnicidade, tampouco os seus custos costumam ser elevados, como costumeiramente ocorre em lides sobre defeitos de fabricação ou de concepção. Em segundo lugar, há uma noção intuitiva, atraente a juízes e jurados, de que praticamente todos os produtos que acarretem sérios danos às pessoas podem ser menos perigosos por meio do fornecimento de informações adicionais ou mais advertências mais eficazes. Em terceiro

⁵¹⁶ “Design and failure-to-warn claims may be combined in the same case because they rest on different factual allegations and distinct legal concepts. However, two or more factually identical defective-design claims or two or more factually identical failure-to-warn claims should not be submitted to the trier of fact in the same case under different doctrinal labels. Regardless of a doctrinal label attached to a particular claim, design and warning claims rest on a risk-utility assessment. To allow two or more factually identical risk-utility claims to go to the jury under different labels, whether “strict liability,” “negligence,” or “implied warranty of merchantability,” would generate confusion and may well result in inconsistent verdicts”. *Restatement (Third) § 2 cmt. “n”*.

⁵¹⁷ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...*, p. 553.

⁵¹⁸ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...*, p. 558. CUPP JR. Richard L.; POLAGE, Danielle. *The rhetoric of strict products liability versus negligence: an empirical analysis*. **New York University Law Review**. October 2002 , p. 887.

⁵¹⁹ RICHMOND, Douglas R. *Renewed Look at the Duty to Warn and Affirmative Defenses*, 61 **DEF. COUNS. J.** 205, (1994).

lugar, o produtor tem sérias dificuldades de rebater o argumento de que o fornecimento de informações adicionais torna o produto menos perigoso⁵²⁰.

Atualmente os defeitos de informação constam da Seção 2(c) do *Restatement (Third)*, que assim dispõe:

*[a product is] “defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings . . . and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe”*⁵²¹.

Seguindo a tendência da jurisprudência majoritária, o *Restatement (Third)* acaba por aplicar princípios muito próximos ao sistema tradicional da *negligence*. Assim, ao avaliar se determinado acidente poderia ter sido evitado por uma advertência no produto, as Cortes se valem do teste dos riscos-utilidades, comparando tais fatores com a previsibilidade do dano, sua gravidade, os custos relacionados à colocação da advertência, assim como a probabilidade de que o alerta seria levado em conta pelos consumidores⁵²².

De certa forma, o *Restatement (Third)* não fornece aos Tribunais um guia mais preciso do que a própria noção de *reasonableness*, concedendo grande margem de liberdade para ser caracterizado o defeito de informação⁵²³. Por isso, a posição amplamente majoritária da doutrina e aplicada pelos Tribunais dá conta de que a responsabilidade por defeitos de informação pressupõe a prova da negligência, a partir da avaliação tradicional da *reasonableness*⁵²⁴.

⁵²⁰ BOWBEER, Hildy; LUMISH, Wendy F.; COHEN, Jeffrey A. Warning! Failure to Read this Article May Be Hazardous to Your Failure to Warn Defense. **William Mitchell Law Review**: Vol. 27: Iss. 1, Article 3, 2000, p. 439-441.

⁵²¹ Restatement (Third) § 2(c).

⁵²² EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 529. BOWBEER, Hildy; LUMISH, Wendy F.; COHEN, Jeffrey A. Warning! Failure to Read this Article May Be Hazardous to Your Failure to Warn Defense..., p. 441-444.

⁵²³ Assim dispõe o comentário “i”: “No easy guideline exists for courts to adopt in assessing the adequacy of product warnings and instructions. In making their assessments, courts must focus on many factors, such as content and comprehensibility, intensity of expression, and the characteristics of expected user groups”. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 83.

⁵²⁴ WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability**..., p. 1073.

O pressuposto é determinar que o produto poderia ter sido fabricado de modo razoavelmente mais seguro por meio de uma melhor instrução ou advertência⁵²⁵. O teste para tal aferição, de acordo com o *Restatement (Third)*, se dá por meio dos riscos-utilidades, de maneira a criar incentivos aos fabricantes no sentido de atingir melhores índices de segurança na produção e venda de produtos⁵²⁶.

Essas advertências devem ser amigáveis aos consumidores, levando em conta a necessidade de facilitar a sua compreensão. Não podem ser muito extensas, pois isso não necessariamente as torna mais eficazes, visto que o detalhamento das informações pode diminuir a capacidade de os consumidores focarem nos seus aspectos mais relevantes⁵²⁷.

Vale anotar que o fabricante de um produto defeituoso não pode querer torná-lo não defeituoso por meio de uma advertência sobre os riscos. Imagine-se que, por meio de inspeções de controle de qualidade, um fabricante de sopas descobre que existe reduzido risco de contaminação em seus produtos. A cada um milhão de latas de sopas produzidas, uma conterà pequeno pedaço de vidro em seu interior. Tal risco poderia ser eliminado pelo fabricante se ele adquirisse novos equipamentos de alto custo, mas, como a empresa não tem caixa para tamanho investimento, decide continuar a produção e alertar os consumidores. Assim, em cada lata de sopa passa a constar o seguinte e estranho aviso: “Existe 0,0001% de chance desta lata conter pequenos pedaços de vidro ou outros objetos estranhos”⁵²⁸.

Nesse cenário, caso um azarado consumidor adquira a lata com vidro e sofra danos em sua boca e gengiva, o alerta previsto no produto não surtirá efeitos para a responsabilidade civil. Como se trata de típico defeito de fabricação, visto que a lata contendo vidro está em desconforme com o padrão desejado pela produtora, aplica-se o regime da responsabilidade objetiva e a advertência na lata não funciona como tese defensiva⁵²⁹.

⁵²⁵ Restatement (Third). § 1 cmt. “a”.

⁵²⁶ Restatement (Third). § 2 cmt. “a”. e cmt. “n”.

⁵²⁷ Restatement (Third). §2, cmtt. “i”.

⁵²⁸ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 527.

⁵²⁹ “If no amount of money today could eliminate this risk, D might be able to argue that the product was “unavoidably unsafe,” but this argument has rarely been accepted outside of the prescription-drug context”. EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 527.

A mesma lógica se aplica aos defeitos de concepção. Imagine-se que um fabricante projeta uma torradeira desprovida de isolamento em seus fios elétricos ao preço de sete dólares. Na caixa, informa claramente que, para manter o preço baixo do produto, deixou de proteger os fios e orientou os consumidores a usarem luvas de borracha. Se determinada pessoa falhar em seguir tais instruções e for eletrocutada, haverá dever de indenizar?⁵³⁰.

Em primeiro lugar, diga-se que muitos produtos se submetem a padrões mínimos de segurança impostos pela regulação administrativa, de modo que o exemplo dificilmente representaria caso real, ao menos nos dias atuais. De todo modo, convém colocar o problema em pauta para se aferir a defectibilidade do produto.

O argumento de que o fornecedor alerta sobre os riscos decorrentes do produto, mesmo que evidentes, não é insuperável. Valendo-se dos testes das legítimas expectativas, nota-se que a comunidade em geral não admitiria tal grau de periculosidade do produto, ainda que determinado consumidor tenha aceitado o risco adquirindo o produto. O padrão de referência das legítimas expectativas não é o consumidor concreto, mas uma coletividade abstrata. É a partir desse parâmetro que se pode aferir se a coletividade considera ou não seguro produto com algum grau de risco. Ainda que por vezes se mostre vago, impreciso e inseguro, parece que é suficiente para resolver a questão.

De todo modo, o teste dos riscos e utilidades, notadamente a partir do vetor do design razoável alternativo, também resolveria a questão em desfavor do fabricante, posto que o acréscimo de determinado dispositivo de segurança não prejudicaria a utilidade do produto e não representaria preço significativo.

Para a doutrina, basta demonstrar que uma torradeira convencional não possuiria tais riscos e que, por isso, a advertência sobre o manuseio com luvas não eximirá a responsabilidade do fabricante⁵³¹.

Nota-se, portanto, que a mera aposição de advertências ou avisos nos rótulos, embalagens ou instruções não é barreira impeditiva de decretação nos casos de defeitos de fabricação ou defeitos de concepção evidentes (como no caso da torradeira). Por isso

⁵³⁰ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 528

⁵³¹ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**..., p. 528.

é que o *Restatement (Third)* dispõe que, em relação aos defeitos de concepção, as advertências não são um substituto para o eventual design razoável alternativo⁵³².

Por outro lado, um produto que não é defeituoso em seu projeto ou não possui um defeito de fabricação pode vir a ser reputado defeituoso se alertas e advertências sobre a sua segurança não colocados se mostrarem necessários. Se, apesar de bem projetado e bem fabricado, existirem riscos não óbvios aos consumidores, ou mesmo que o usuário possa previsivelmente usar o produto de forma inadequada, instruções e advertências devem ser repassadas de forma eficaz⁵³³.

Alguns produtos são razoavelmente seguros e não defeituosos se acompanhados de advertências de seus riscos ou de informações necessárias para a sua utilização. Esses mesmos produtos poderão se tornar desarrazoadamente perigosos (logo defeituosos) se nenhuma informação der conta do modo de utilização e não houver advertência sobre os riscos⁵³⁴.

Em *Ross Laboratories v. Thies*⁵³⁵, a Suprema Corte do Alaska se debruçou sobre o Polycose, produto destinado a aumentar a energia e consistente em uma solução de água e alta concentração de glicose. À época, o produto era vendido pronto para ser ingerido e num recipiente parecido com o de uma mamadeira, o que levou a família Thies a acreditar que também poderia servir para a filha, ainda infante. Ocorre que tal produto, com grande concentração de glicose, é perigoso para crianças se não for diluído em maior quantidade de água. Como não havia tal informação no rótulo, a criança sofreu grave desidratação e motivou a Corte a confirmar o veredicto contra a fabricante por defeito de informação. Dessa forma, não é proibido vender produtos com grande concentração de glicose, mas como isso é perigoso para bebês se não for diluído, o produtor não pode vender tal produto numa mamadeira. Se o fizer, deve dar o aviso necessário aos pais⁵³⁶.

Diga-se que o *Restatement (Second)* adotava uma espécie de presunção de cuidado e atenção por parte dos consumidores. Assim, quando o produto continha uma

⁵³² “Warnings are not, however, a substitute for the provision of a reasonably safe design”. *Restatement (Third)*, §2°, cmt. “I”.

⁵³³ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 527.

⁵³⁴ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 807.

⁵³⁵ *Ross Laboratories v. Thies*, 725 P.2d 1076 (Alaska 1986)

⁵³⁶ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 807.

advertência sobre os seus riscos, o fabricante poderia razoável supor que o texto seria lido e compreendido pelo consumidor de modo que, mostrando-se seguro quando utilizado da forma correta, não seria considerado defeituoso⁵³⁷. Tal presunção tinha por objetivo eximir a responsabilidade do fornecedor nos casos de perigos evidentes e produtos que continham devidas advertências.

Entretanto, muitas Cortes passaram a adotar a presunção de modo inverso, indicando a desnecessidade de se provar a causalidade nos casos em que houve defeito de informação. Essa interpretação – contrária ao intento original do *Restatement (Second)* de afastar a responsabilidade daqueles que devidamente alertaram sobre os riscos dos produtos – acabou por permitir ao requerente eliminar um elemento crucial no processo, a causalidade. Percebendo essa iniquidade, os redatores do *Restatement (Third)* prefeririam eliminar a presunção de atenção e cuidado de maneira geral⁵³⁸.

Nota-se, portanto, que a abordagem do *Restatement (Second)* no que diz respeito a perigos óbvios foi alterada. Pela Seção 402 A, se o consumidor consegue compreender que aquele produto é perigoso de modo particular, o fabricante possui um argumento forte de que tal produto não se mostrava defeituoso. Valendo-se do teste das expectativas dos consumidores, muitas Cortes definiram que perigos óbvios – como, nos tempos recentes, os decorrentes do uso dos cigarros – não caracterizavam os produtos como defeituosos⁵³⁹.

Essa lógica foi seguida pelo *Restatement (Third)*, pois, em termos gerais, o produtor não será responsável por danos decorrentes de perigos que são ou deveriam ser evidentes para consumidores ou possíveis usuários do produto⁵⁴⁰. No entanto, convém lembrar que a análise dos riscos óbvios e evidentes também pode partir do próprio design do produto, vez que a definição do defeito de concepção não reconhece a obviedade do risco como elemento que serve a precluir eventual defectibilidade. Portanto, o fato de um perigo ser conhecido e óbvio constitui fator relevante para a aferição da defectibilidade,

⁵³⁷ “Where warning is given, the seller may reasonably assume that it will be read and heeded; and a product bearing such a warning, which is safe for use if it is followed, is not in defective condition, nor is it unreasonably dangerous”. *Restatement (Second) of Torts* § 402A, cmt. “j”.

⁵³⁸ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...*, p. 577.

⁵³⁹ EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 511-512.

⁵⁴⁰ “In general, a product seller is not subject to liability for failing to warn or instruct regarding risks and risk-avoidance measures that should be obvious to, or generally known by, foreseeable product users”. *Restatement (Third)*. §2, cmt. “j”.

mas não necessariamente impede o requerente de estabelecer a viabilidade de um design alternativo razoável⁵⁴¹.

Cogite-se do exemplo de consumidor que fumou cigarros de determinada marca por vinte anos e acabou contraindo câncer de pulmão. De acordo com a abordagem do *Restatement (Third)*, mesmo que a empresa fumígena comprove que o consumidor sabia desde sempre que cigarros provavelmente causam câncer, o consumidor não necessariamente perderá a discussão sobre o caráter defeituoso do cigarro. Imagine-se que o consumidor consiga comprovar que o fabricante sabia como desenvolver um cigarro com o mesmo sabor, com menor probabilidade de causar câncer e pelo mesmo preço de mercado. Nesse cenário, de acordo com o *Restatement (Third)*, o consumidor tem a possibilidade de convencer os jurados de que os cigarros eram defeituosos apesar dos riscos óbvios de causarem doenças⁵⁴².

O fato de um perigo ser inerente ao uso do produto não significa que a advertência se mostre despicienda. Pelo contrário, em produtos com periculosidade inerente, tais advertências permitem aos usuários e consumidores evitar o risco presente tomando decisões racionais, como não comprar o produto⁵⁴³.

No mais, se os co-Reporters do *Restatement (Third)* encontraram dificuldades para escancarar os verdadeiros fundamentos da responsabilidade por defeitos de concepção, já no que diz respeito ao modelo da *strict liability* ou da *negligence*, quanto aos defeitos de informação, tal problema não foi verdadeiramente sentido.

Nos defeitos de fabricação e de design houve rico debate sobre a aplicação ou não de diferentes sistemas de responsabilidade civil. Mas em relação aos defeitos de informação as Cortes geralmente se valem da rubrica da *negligence*, por vezes fora dos limites da Seção 402 A do *Restatement (Second)*. Isso porque, “*the defendant’s ‘failure’*

⁵⁴¹ Restatement (Third). §2, cmt. “d”; EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 512.

⁵⁴² “Suppose that P smokes cigarettes made by D for 20 years, then gets lung cancer as a result. Under the Third Restatement approach, even if D can show that at all times P knew that cigarettes frequently cause lung cancer, P would not necessarily lose on the issue of whether the cigarettes were defective. For instance, suppose P can show that D knew that a cigarette with satisfactory taste could be developed that would be much less likely to cause cancer and that could be manufactured for the same price. If so, under the Third Restatement P might be able to convince the court that D’s standard cigarettes were defective despite the obvious risk they posed”. EMANUEL, Steven L. **Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz...**, p. 512.

⁵⁴³ Restatement (Third), cmt. “i”.

*to provide adequate warnings carried with it a built-in negligent quality not involving any shortcoming inherent in the product itself*⁵⁴⁴.

Vítimas de produtos costumam basear seus pedidos de indenização em razão de defeitos de informação tanto no regime da *strict liability* quanto no regime da *negligence*. Tal postura revela a mesma duplicidade desnecessária e inapropriada já comentada a respeito dos defeitos de concepção⁵⁴⁵. Nesse sentido, vale lembrar do comentário “n” do *Restatement (Third)*, que diz ser redundante e inapropriado permitir ao autor da ação buscar indenização com base na *negligence* e na *strict liability*⁵⁴⁶.

2.7.4. Conclusões parciais sobre o *Restatement (Third)*

Após quase uma década de debates e discussões, surgiu em 1998 o *Restatement of Torts (Third)*, dedicado, em princípio, a harmonizar a inteligência da *products liability*. Muito mais detalhista, sedimenta o abandono de uma cláusula geral e adota a distinção de três princípios particulares à responsabilidade pelo fato do produto.

Nessa linha, quanto aos defeitos de fabricação, segue-se a responsabilidade objetiva, sem culpa. Já em relação aos defeitos de concepção e de informação, tem-se uma aproximação com o regime da *negligence*. Ao explicar o modelo americano, Nuno Manuel Pinto Oliveira reconhece a dificuldade de rotular e segmentar tais tipos de defeito, mas parece indicar que acarretam uma responsabilidade – quase – subjetiva, calcada na “faute”⁵⁴⁷.

Nesse sentido, veja-se a passagem de David Owen:

Neither liability standard is stated in traditional strict liability or negligence terms. Instead, both are formulated in terms of the availability of some ‘reasonable alternative’ design or warning. The Reporters chose this rather peculiar, ‘functional’ method of refashioning the basic liability tests because of the

⁵⁴⁴ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1064.

⁵⁴⁵ REYNOLDS, Kevin; Kirschman, Richard J. *The Ten Myths of Product Liability...*, p. 563.

⁵⁴⁶ “A fair number of courts have taken the position that in a design or failure to warn case, it is redundant (and thus is inappropriate) to allow the plaintiff to go to the jury on both negligence and strict liability”. *Restatement (Third)*. § 2, cmt. “n”

⁵⁴⁷ “[...] posent le principe d’une responsabilité (presque ?) subjective, « pour faute », pour les défauts de conception et pour les défauts d’information”. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain*. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux...**, p. 234.

*schizophrenic nature of designs and warnings liability law which, in doctrine, speaks the language of 'strict liability' but which, in practice, bespeaks the law of negligence. Products liability judicial opinions are simply stuck in a no-man's-land somewhere between negligence and true strict liability*⁵⁴⁸.

Da análise da doutrina e da jurisprudência atuais, mostra-se incorreto caracterizar o *Restatement (Third)* como um texto voltado para valorizar a defesa ou para proteger os autores dos processos. De um lado, o texto trata de seguir os passos da Seção 402 A do *Restatement (Second)*, pois impôs responsabilidade objetiva para os defeitos de fabricação. De outro lado, segue os passos da jurisprudência majoritária dos últimos trinta anos, vez que definiu a utilização do teste dos riscos-utilidades para defeitos de concepção e de informação⁵⁴⁹.

Como já ressaltado, a doutrina brasileira pouco menciona o *Restatement (Third)*. Em sua análise, Reinig defende que o trabalho da *American Law Institute* de 1998, embora não afaste o princípio da responsabilidade estrita, limita-o aos defeitos de fabricação. Isto é, para os defeitos de concepção e de informação prevalece o critério de um *reasonableness standard*:

Nestas hipóteses, o produtor somente responde se os riscos pudessem ser eliminados ou reduzidos por um *design* ou por uma informação ou alerta alternativo. A seção 2 do capítulo 1 do *restatement* prevê que um produto é defeituoso em seu *design* se os riscos previsíveis de lesão apresentados pelo produto poderiam ter sido reduzidos ou evitados pela adoção de uma alternativa de *design* razoável. Quanto ao defeito de informação, determina que um produto é defeituoso por causa de instruções ou alertas inadequados quando o risco previsível de lesão apresentado pelo produto poderia ter sido reduzido ou evitado através de instruções ou alertas razoáveis⁵⁵⁰.

Repise-se que o *Restatement of Products Liability* não usa a terminologia da *strict liability* e tampouco da *negligence*⁵⁵¹.

O *risk-utility test*, no cenário atual, é o principal standard para o julgamento sobre a segurança e a defectibilidade do design dos produtos. Enquanto a responsabilidade por defeitos de concepção era comumente regida pelo teste das expectativas dos

⁵⁴⁸ OWEN, David. Products Liability Restated, *South Carolina Law Review*, 1997-1998, vol. 49, p. 284.

⁵⁴⁹ SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 756.

⁵⁵⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia**..., p. 117.

⁵⁵¹ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts*..., p. 805.

consumidores na década de 1960 e começo de 1970, mesmo durante essa época algumas Cortes já reconheciam a sensatez de se avaliar a defectibilidade por meio dos benefícios e dos custos envolvidos. Quando as Cortes reduziram a utilização do critério das expectativas dos consumidores no que tange aos perigos da concepção do produto, passaram então a substituí-lo por um padrão de custos e benefícios (*risk-utility, risk-benefit, benefit-risk*), adotada pelo *Restatement (Third) of Torts*⁵⁵².

Com a chegada do novo milênio, apesar da tenacidade do teste das expectativas dos consumidores num decrescente número de jurisdições, o teste dos riscos e utilidades se tornou o mais dominante nos Estados Unidos para aferir os defeitos de concepção⁵⁵³.

O debate fundamental sobre o padrão de defectibilidade gira em torno das expectativas dos consumidores (por vezes chamado de legítimas expectativas) ou da análise dos riscos e utilidades⁵⁵⁴.

Muito embora o teste dos riscos-utilidades em casos de defeitos de concepção seja frequentemente aplicado de maneira vaga, balanceando os riscos e os benefícios do produto, o verdadeiro ponto central do teste é muito mais restrito: se os benefícios de segurança do proposto design alternativo superam os custos da alteração do projeto original⁵⁵⁵.

Em outras palavras, a análise dos riscos e utilidades se foca nos custos e nos benefícios de um específico dispositivo possível no design alternativo demonstrado pelo autor:

A análise dos riscos-utilidades foca, em outras palavras, nos custos e nos benefícios de um design alternativo de um dispositivo específico proposto pelo requerente. Tais benefícios relevantes do design alternativo se limitam às vantagens agregadas na segurança daqueles que sofrem acidentes similares com o do requerente. Já os custos de um design alternativo, de modo mais diversificado, podem incluir: (1) os custos monetários de se adotar o design alternativo para todos os produtos; (2) qualquer perda de utilidade que a alteração possa causar; e (3) quaisquer novos perigos que o design alternativo possam introduzir⁵⁵⁶.

⁵⁵² OWEN, David G. Design defects..., p. 307-308.

⁵⁵³ OWEN, David G. Design defects..., p. 309.

⁵⁵⁴ HOWELLS, Geraint; BORGHETTI, Jean-Sébastien. Product Liability. In: **Cases, materials and text on Consumer Law**..., p. 463.

⁵⁵⁵ OWEN, David G. Design defects..., p. 327.

⁵⁵⁶ OWEN, David G. Design defects..., p. 327.

A não ser que se esteja preparado para adotar a *category liability*, a conclusão inevitável de se utilizar do teste dos riscos-utilidades é que o autor deve comprovar o design alternativo razoável do produto. Quando se analisam os riscos e utilidade de um produto, deve-se compará-lo com um design hipotético que poderia ter sido adotado. O *Reasonable alternative design* é a resposta para esse processo comparativo, não se tratando de um mero fator na equação sobre se o produto foi devidamente projetado⁵⁵⁷.

Como visto, os únicos casos em que os requerentes podem se esquivar de comprovar o design razoável alternativo ocorrem quando da aplicação do mecanismo da *res ipsa*, que permite inferir o caráter defeituoso quando o produto falha em atender a sua intenção manifesta (inteligência da Seção 3)⁵⁵⁸.

Assim, apesar de a doutrina não contabilizar os Estados que dizem negar o *Restatement (Third)*, a realidade é que, consideradas as seções 2 e 3 conjuntamente e a divisão entre (1) Estados que condicionam à existência do design alternativo; (2) Estados que professam a análise dos riscos-utilidades; e (3) Estados que adotam a teoria bifurcada (two-prong), o consenso que dá suporte à abordagem geral do *Restatement (Third)* é irrefutável. Arrematam os co-reporters: “*We never anticipated that we would persuade states to speak in the same dialect. But they are, in fact, speaking in one common language*”⁵⁵⁹.

2.8. Considerações finais do capítulo

Founding fathers. Essa expressão costuma ser atribuída a três dos pais fundadores da *Products Liability: Justice Benjamin Cardozo*, por *MacPherson v. Buick Motor Co.*; *Justice Roger Traynor*, por sua opinião dissidente em *Escola v. Coca-Cola Bottling Corp.* e pelo julgado unânime em *Greenmann v. Yuba Power Products*; e *Professor William Prosser*, *Reporter* da Seção 402 A do *Restatement (Second)*. Tais figuras, entretanto, não

⁵⁵⁷ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1094.

⁵⁵⁸ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1096.

⁵⁵⁹ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1104.

levaram a *products liability* para a sua maturidade como um ramo autônomo do direito. Tal tarefa foi cumprida pela segunda geração de juristas⁵⁶⁰.

Foi a partir da década de 1960 e 1970 que o entusiasmo judicial e legislativo da *Products Liability* atingiu boa parte do seu clímax. Pode-se atribuir tal euforia à superação dos obstáculos presentes na *warranty law* e na aplicação substancial da *strict liability*, inspirada na *enterprise liability*. Essa época marca, portanto, a infância da visão moderna da *Products Liability* e a sua excitação com os ideais de proteção dos consumidores e dos aspectos sociais da internalização dos custos.

Com suas raízes em diferentes fontes do direito – sobretudo *tort law* e *contract law* – a *Products Liability* passa a desenvolver as suas estruturas aos poucos, especialmente a partir dos trabalhos de *John Wade*, *Page Keeton* e *David Owen*⁵⁶¹, que contribuíram sobremaneira para a identificação de um ramo autônomo do direito, com particularidades próprias.

O *Restatement (Second)*, assim, vem a atender corretamente à necessidade social de sua época ao conferir maior proteção aos consumidores e vítimas de produtos defeituosos. Resultado de uma exigência social e político-jurídica, a imposição de maiores rigores aos critérios de imputação buscou elevar os níveis de segurança dos produtos e apertar o grau de responsabilidade dos produtores.

O requisito do defeito, como elemento distinto da responsabilidade objetiva, foi inserido ainda no *Restatement (Second)* para servir como uma função predeterminada e adequada à noção “*unreasonably dangerous*”. A questão, como visto, não é mais de saber se o produto deve ser defeituoso ou desarrazoadamente perigoso, mas de determinar a partir de quando ele é suficientemente perigoso para ser considerado defeituoso⁵⁶².

Desse modo, nota-se que, mesmo sob a égide do *Restatement (Second)* e com a utilização do teste das legítimas expectativas, o fundamento da *products liability* é o defeito e não a teoria do risco criado. Como sempre se admitiu a exoneração de

⁵⁶⁰ CUPP JR, Richard L. Believing in Products Liability: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and David Owen's Products Liability Law. 40 **U.C. DAVIS L. REV.** 511 (2006), p. 512.

⁵⁶¹ Dando especial relevo ao papel de Owen: CUPP JR, Richard L. Believing in Products Liability..., p. 512-513.

⁵⁶² BORGHETTI. J  an-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 45.

responsabilidade dos produtos de risco inerente, o modelo americano se afastou de uma utilização mais dura da teoria da responsabilidade objetiva⁵⁶³.

A *products liability* estadunidense experimentou grande fase de crescimento e expansão até que, por circunstâncias econômicas, sociais e jurídicas, passou por um refluxo em sua aplicação, mas não deixou de ter na avaliação da defectibilidade do produto a sua questão nodal. Estabeleceu-se rígida oposição entre os testes das legítimas expectativas e dos riscos-utilidades, sobretudo em relação aos defeitos de concepção.

O *Restatement (Third)* indica que a responsabilidade, quer se considere objetiva ou não, pressupõe a presença do defeito do produto⁵⁶⁴.

O êxito do *Restatement (Third)* pode ser medido pela comemoração dos próprios *co-Reporters Aaron D. Twerski e James A. Henderson Jr.* quando da publicação de artigo sobre o triunfo do teste dos riscos e utilidades, no aniversário de dez anos do *Restatement*. Ao analisar a jurisprudência desse período, os autores revelam o sucesso do teste dos designs alternativos, dando conta de que a esmagadora maioria das Cortes passaram a adotá-lo, muito embora com pequenas, e cada vez menores, variações⁵⁶⁵.

Atualmente, os próprios *Reporters* do *Restatement (Third)* reconhecem que exageraram nos termos de sua publicação quando afirmaram haver espécie de consenso nas Cortes americanas a respeito da utilização do teste dos riscos e utilidades para os *design defects*⁵⁶⁶. Em estudo mais amplo e mais aprofundado sobre o impacto do *Restatement (Third)* nas diferentes jurisdições, os autores enaltecem o teste do design alternativo, mas reconhecem que, ainda hoje, não se trata de unanimidade. Mesmo que de forma meramente retórica, ainda podem ser encontrados julgados que se valem do teste das legítimas expectativas para análise dos defeitos de concepção⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Restatement (Second) Of Torts § 402A Comments 'l' 'k' (1965). AUSNESS, Richard C. Product Category Liability..., p. 423-428. OWEN, David G. Design defects..., p. 365-366; PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability..., p. 859-872; SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 748. CANTU, Charles. Reflections on Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: A Mirror Crack'd ..., p. 218-235.

⁵⁶⁴ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. *Hornbook on Torts*..., p. 804.

⁵⁶⁵ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1061-1062.

⁵⁶⁶ Autocrítica a trechos do artigo "Achieving Consensus on Defective Product Design". 83 Cornell L. Rev. 867 (1998)

⁵⁶⁷ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1071.

Mesmo que sejam deixadas de lado as teorias, a realidade é que o requerente baseia os casos de produtos com defeito de concepção na disponibilidade de um design razoável alternativo. As vítimas são compelidas pela lógica a assim proceder, pois devem demonstrar ao júri o que há de errado com o produto e a única maneira de fazer isso é indicar um design melhor e mais seguro⁵⁶⁸:

Where plaintiffs cannot establish product malfunction they must establish that the product failed to meet the risk-utility standard. They live or die by their ability to establish a reasonable alternative design. The test for design defect set forth in the Products Liability Restatement merges sound legal theory and actual litigation practice. It will stand the test of time⁵⁶⁹.

Desse modo, se não é possível estabelecer o mau funcionamento do produto, o que aproximaria do instrumento da *res ipsa loquitur*, acaba-se inevitavelmente utilizando o teste dos riscos-utilidades. Nesse cenário, a verificação da viabilidade de um design alternativo razoável é o ponto central dos defeitos de concepção.

⁵⁶⁸ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1108.

⁵⁶⁹ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1108.

3. A RESPONSABILIDADE POR PRODUTOS DEFEITUOSOS NO BRASIL

O segundo capítulo apresentará uma abordagem geral sobre evolução da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro e se dedicará a analisar o desenvolvimento do regime da responsabilidade pelo fato do produto. O enfoque será a investigação do seu fundamento e a apresentação de diferentes testes e critérios para a identificação do caráter defeituoso do produto.

3.1. Visão panorâmica do Brasil e a proposta do capítulo

O Brasil demorou a experimentar as enormes mudanças decorrentes da Revolução Industrial iniciada no século XVIII, na Inglaterra. Diferentemente da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos da América, dotados das pré-condições necessárias para o rápido desenvolvimento de sua economia e de sua sociedade, o Brasil precisou de mais algumas décadas para alcançar o estágio atual de amadurecimento socioeconômico.

Se o surgimento da sociedade de consumo costuma ser atribuído a inúmeros fatores – como o crescimento populacional, a urbanização das cidades, a Revolução Industrial, a estruturação das empresas, a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, a massificação dos contratos, entre outros⁵⁷⁰ – pode-se dizer que o Brasil viu a sua sociedade de consumo florescer com mais vigor somente na segunda metade do século XX.

Assim, seja pelo lento processo de industrialização⁵⁷¹, marcado pela presença do Estado em setores específicos (indústria siderúrgica, petrolífera, etc.), seja pelo tardio fenômeno da urbanização, que passou a ocorrer de modo mais consistente apenas a

⁵⁷⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiologicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9-22.

⁵⁷¹ “O processo de industrialização da América Latina é fenômeno recente. A aprovação de leis protegendo o consumidor e sua implementação é ainda mais recente e está em formação. Enquanto a invenção da sociedade de consumo ocorreu na Europa e nos Estados Unidos, como já vimos, no decorrer dos séculos XVIII e XIX, nos países da América Latina é somente no início do século XX que se estabelecem de forma significativa as primeiras indústrias de produtos de massa. E é depois da Segunda Guerra Mundial que se acelera o processo de desenvolvimento industrial. Por mais de 400 anos a América Latina foi um mero depositário de produtos industrializados vindos da Europa, enquanto sua produção era, sobretudo, agrícola”. SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, p. 32).

partir das décadas de 1950 e 1960, os fatores históricos e econômicos comprovam que o Brasil não exerceu – nem conseguiria exercer – papel de destaque no início do desenvolvimento da responsabilidade por produtos defeituosos. É que, não reunindo os fatores estruturais e econômicos necessários de uma economia forte, com muitos produtos lançados no mercado de consumo, deixou de concorrer para que o Poder Judiciário se deparasse, por exemplo, com o *boom* de pedidos de indenização levados às Cortes norte-americanas a contar da década de 1960.

Costuma-se dizer, numa visão global, que foi a contar dos anos 1960 que os consumidores suscitaram questões de maior interesse social, numa época em que o desenvolvimento econômico se mostrou sem precedentes, dada a multiplicação de produtos e serviços que melhoraram substancialmente a qualidade de vida das pessoas. Na Europa, a eclosão e multiplicação das organizações de defesa dos consumidores se deram a partir dos anos 1970 e 1980. Desde então, tornou-se o direito do consumidor uma disciplina nova e em constante desenvolvimento⁵⁷².

No Brasil, que viveu períodos de ditaduras nos anos 1970 e 1980, com repressão às liberdades individuais e sonegação de direitos fundamentais, diz-se que foi o subsequente processo democrático que exerceu influência na organização do movimento civil de defesa do consumidor. Isto é, com menos liberdades, mais difícil se mostrou fazer prosperar a organização do movimento civil de defesa do consumidor⁵⁷³.

Diferentemente dos Estados Unidos, o Brasil não enfrentou o problema da torrente de pedidos de indenização por defeitos de projeto ou concepção dos produtos lançados no mercado de consumo e tampouco experimentou uma crise nos contratos de seguro.

Como visto no primeiro capítulo, a análise dos defeitos de design constitui o ponto central do regime da *products liability*; em terras brasileiras, a doutrina e a jurisprudência mais se depararam com problemas relacionados aos defeitos de fabricação e de informação, e menos com defeitos relacionados à própria essência do produto.

⁵⁷² CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. **Droit de la consommation**. 9ª ed. Paris: Dalloz, 2015, p. 2-3.

⁵⁷³ “O caso do Brasil é patente: as primeiras organizações civis surgiram no início da década de 70, porém não conseguiram se manter na ativa. Foi preciso aguardar mais de 15 anos para que organizações civis fortes surgissem. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) vai ser fundado apenas no final da década de 1980. Enquanto isto, a partir de 1975, surgem por todo o país entidades públicas, os Procons, que são órgãos de defesa do consumidor da própria administração direta dos Estados-membros. As distorções são patentes”. SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 190-191.

No campo legislativo, com quase vinte anos de atraso em relação ao desenvolvimento do direito do consumidor nos países de primeiro mundo, os países da América Latina consolidaram a opção de aprovar leis gerais de defesa do consumidor na década de 90⁵⁷⁴. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), entrou em vigor no dia 11 de março de 1991.

Quanto ao direito à reparação de danos, como se verá, o Brasil se inspirou diretamente na Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, de modo que várias das disposições ali previstas foram transcritas integralmente no Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990)⁵⁷⁵.

Em certos pontos, convém adiantar, teria a legislação brasileira ido além da sua inspiração europeia, como no caso da prova do defeito dos produtos. Para a comunidade europeia, cabe ao consumidor comprovar o defeito, enquanto no Brasil haveria uma inversão legal do ônus da prova do defeito, recaindo sobre o fornecedor a prova do não-defeito⁵⁷⁶.

Da análise comparativa entre os modelos norte-americano e brasileiro, chama a atenção o fato de que o regime da *products liability* norte-americana se desenvolveu muito a partir de acidentes do trabalho. Isto é, trabalhadores e empregados que sofreram lesões enquanto manejavam certas máquinas ou produtos se valiam das noções previstas no regime da *products liability* para buscar indenizações. No Brasil, onde são muitos os acidentes de trabalho, a responsabilidade pelo fato do produto costuma se restringir a consumidores e terceiros (*bystanders*, vítimas do produto), não sendo comum a busca pela responsabilização do empregado diretamente contra o fabricante.

Quando do auge da evolução da *products liability* norte-americana, muitas das decisões judiciais eram motivadas pelo baixo nível de proteção social nos EUA, que incitou muitos juízes e litigantes a usar da responsabilidade civil como papel que exerce a seguridade social na Europa. A respeito disso, muitos julgados tratavam de empregados machucados por máquinas que processavam o fabricante, valendo-se da *products liability*. Na Europa, tais ações não tinham razão de existir, em razão da melhor

⁵⁷⁴ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 40.

⁵⁷⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 156-159.

⁵⁷⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 251.

cobertura de acidentes de trabalho. De modo geral, pode-se dizer que, por algum tempo, a responsabilidade civil nos EUA não servia a promover a justiça comutativa, mas sim a justiça distributiva⁵⁷⁷.

Assim, feita essa brevíssima introdução sobre o cenário brasileiro, eis a proposta desta segunda parte da pesquisa: avaliação da responsabilidade pelo fato do produto no Brasil, com enfoque no seu fundamento e na noção de produtos defeituosos.

Seguindo-se estruturação similar àquela adotada no capítulo primeiro – voltado ao regime da *Products Liability* nos Estados Unidos – a abordagem inicial servirá à apresentação genérica da teoria do risco no ordenamento jurídico brasileiro. Quer-se verificar, com isso, a evolução histórica do regime da culpa ao risco, sobretudo no que diz respeito a acidentes de consumo. Não se trata de apanhado histórico geral sobre tais modelos, mas tão somente de busca relativa à identificação da mudança de paradigma do dever de indenizar. Mais do que isso, necessário desvelar o significado e alcance de alguns dispositivos presentes no Código Civil brasileiro, sabidamente posterior ao regime do fato do produto do Código de Defesa do Consumidor, e verificar se há conflito entre os diplomas legais.

O capítulo também se dedicará a identificar os elementos do regime do fato do produto (dano, nexo de causalidade e defeito) de modo a delimitar o âmbito de aplicação da norma e estabelecer alguns paradigmas – como as conexões e dessemelhanças entre os elementos do defeito, do nexo de causalidade e do dano – para o necessário prosseguimento da pesquisa.

Tema central deste trabalho, a ênfase no estudo do significado de defeito se pautará pela tentativa de maior clareza na delimitação do seu âmbito de incidência em relação a outros requisitos, haja vista o reconhecimento de sua fundamental importância para o regime da responsabilidade.

Uma vez verificada a relevância do defeito como pressuposto inexorável para aplicação da responsabilidade pelo fato do produto, a pesquisa se voltará à investigação dos fundamentos da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. A partir da literatura jurídica brasileira, inspirada nos modelos europeus e

⁵⁷⁷ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 69.

norte-americano, serão abordados os argumentos comumente utilizados para justificar a eleição da teoria do risco.

A investigação detalhará os contrapontos a essa teoria majoritária, defendendo-se que não só há uma errônea correlação entre defeito e responsabilidade pelo risco, bem como que a responsabilidade pelo fato do produto tem como fundamento jurídico o próprio defeito do produto, e não o risco.

Na sequência, diante da tipologia já tradicional do defeito de fabricação, concepção e informação, a pesquisa desenvolverá estudo comparativo com o direito norte-americano, sobretudo quanto às pautas ou critérios de aferição da defectibilidade do produto. Pretende-se, por fim, na tentativa de contribuir para a formulação teórica do conceito de defeito no Brasil, apresentar uma noção de defeito consentânea com o regime jurídico do CDC, em condições de aprimorar os critérios decisórios. Nesse cenário, o derradeiro passo será cotejar a identificação do defeito com a aplicação jurisprudencial brasileira.

3.2. Responsabilidade civil pelo risco

O capítulo inicial da presente pesquisa buscou demonstrar, de maneira descritiva, a relevância do desenvolvimento dos estudos norte-americanos sobre a responsabilidade por produtos colocados em circulação. A importância dessa evolução, conforme já ressaltado neste trabalho, é reconhecida em nível mundial, e a literatura jurídica nacional não foge à regra.

Como visto, a jurisprudência norte-americana se caracteriza por um desenvolvimento contínuo dos critérios de imputação, tendo, num primeiro momento, seguido as linhas dos tribunais ingleses, para, em seguida, adquirir contornos inteiramente novos, ainda não atingidos no direito britânico⁵⁷⁸. No common law e, sobretudo, no direito norte-americano, os precedentes que delinearão o perfil da responsabilidade civil do fabricante foram surgindo *pari passu* com o desenvolvimento

⁵⁷⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 41.

industrial, o que reforça a necessidade que a ciência jurídica encontrou para acompanhar as grandes mudanças sociais⁵⁷⁹.

Da análise do direito comparado, digno de registro é o trabalho de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, publicado no ano de 1987. Assinala que a evolução do direito norte-americano não passou por uma progressão unilinear, podendo-se dizer que foram três as áreas em que a responsabilidade civil do fabricante em face de terceiros, com os quais não se encontra ligado por vínculos contratuais, simultaneamente ganhou corpo em terras americanas:

1.^a) na superação do princípio da *privity of contract* e no estabelecimento da responsabilidade do fabricante como hipótese integrante do *tort of negligence*; 2.^a) na extensão da eficácia protetora do contrato (*warranty*); 3.^a) na crescente afirmação de uma *strict liability in tort* por parte do *manufacturer*.

Essa evolução da *product liability* no direito norte-americano, que, insiste-se, não pode ser encarada como uma progressão serial, não foi repetida em território nacional. Como visto, o modelo americano é resultado de uma complexa maturação plural e diacrônica, de vários critérios, com migração de modelos de uma área para outra. Desse influxo, passaram a coexistir distintas estruturas de responsabilidade que se influenciam reciprocamente, dando lugar a complexos de significados que participam de duas ou mais valências⁵⁸⁰.

Já o sistema brasileiro de responsabilidade civil do fabricante não precisou superar todos esses obstáculos existentes no modelo americano para alcançar o estágio atual, notadamente porque a importação e experimentação desse modelo se deu em momento posterior. Em verdade, como se verá, a evolução desse tópico da responsabilidade civil parece ter seguido os mesmos passos das demais áreas que giram em torno do dever de indenizar, especialmente a migração do regime da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva.

Para Leães, a *strict liability* (ou *liability without fault*) corresponde exatamente à responsabilidade objetiva, tal como concebida na *civil law*. Como se sabe, a imputação

⁵⁷⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 20, outubro 2001, p. 7-8.

⁵⁸⁰ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 41-42.

de obrigação de reparar, por força do risco criado, na Europa e no Brasil, se desenvolveu com diversas versões, em diferentes graus, desde a inescusabilidade de todo dano atribuível à coisa ou à atividade desempenhada até por meio de formas de imputação condicionadas a certos pressupostos especiais, admitindo-se excludentes de responsabilidade⁵⁸¹.

Tais variações da teoria do risco, e suas eventuais conexões com o elemento defeito, serão avaliadas neste tópico. O objetivo desta breve apresentação voltada às diferentes versões da teoria do risco é posicionar o modelo do fato do produto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, muito embora o foco da pesquisa esteja no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, mostra-se imprescindível traçar os contornos e as interconexões com o Código Civil, especialmente os artigos 927, parágrafo único e 931. Mais do que isso, tendo em vista que a tese desta pesquisa gira em torno dos fundamentos da responsabilidade pelo fato do produto, é preciso esclarecer o que se entende por teoria do risco, ou seja, estabelecer o seu conceito operacional no contexto de um possível acerto semântico sobre a mencionada teoria.

3.2.1. Da culpa ao risco

Antes de adentrar efetivamente nos dispositivos do Código Civil de 2002 que gravitam em torno do modelo da responsabilidade pelo fato do produto, necessário apresentar, ainda que brevemente, a evolução da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que diz respeito à evolução da culpa em direção à teoria do risco.

Precursor objetivista no cenário nacional, Alvino Lima apresentou sua tese no concurso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1938, com o título *Da culpa ao risco*. O trabalho foi reeditado em 1960 sob nova epígrafe (Culpa e risco), em que não apenas defende a doutrina objetivista, como também responde aos argumentos dos adversários⁵⁸².

⁵⁸¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 58-59.

⁵⁸² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 325. Também propugnador da teoria da responsabilidade objetiva, Wilson Melo da Silva apresentou tese para concurso na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas

Alvino Lima, ao discorrer sobre a redução da utilização do conceito clássico de culpa e do surgimento da teoria do risco, explica que o entrecchoque cada vez mais crescente de interesses aumenta as lesões de direitos em virtude de algumas razões. Cita a densidade progressiva das populações e a diversidade múltipla das atividades humanas; por consequência, a multiplicação indefinida das causas produtoras de danos, advindas das invenções tecnológicas geradoras de riscos e perigos⁵⁸³.

A variação da culpa para o risco também se justifica

na necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores de provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, o radium, os raios X e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista.⁵⁸⁴

Mostrava-se imprescindível, pois, identificar um novo fundamento para a responsabilidade extracontratual, que melhor lidasse com o grave problema da reparação dos danos, evitando injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam⁵⁸⁵.

Foi, portanto, a partir da teoria do risco – e a conseqüente redução da importância da culpa – que se passou a impor um novo olhar sobre a responsabilidade civil.

De acordo com Peteffi da Silva, é com “base nesta perspectiva, desenvolvida após a Revolução Industrial, que os autores asseveraram que houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposos da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano”⁵⁸⁶.

Gerais, com proposição básica que é o próprio objeto do livro: Responsabilidade sem culpa. Caio Mario cita ainda “o grande mestre Da responsabilidade civil em nosso direito, Aguiar Dias, trazendo ao conhecimento do público especializado a obra sistemática e segura de G. Marton – Les fondements de la responsabilité civile. Paris, 1938 – que é apontado como o campeão da doutrina objetiva em nosso direito”. Idem, p. 325.

⁵⁸³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. rev. e atual. Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

⁵⁸⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco...**, p. 113-114.

⁵⁸⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco...**, p. 113-114.

⁵⁸⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

Por sua vez, Orlando Gomes explica que “a necessidade de substituir o fundamento da responsabilidade civil manifestou-se em face de novas situações nas quais a fidelidade ao subjetivismo importaria em flagrante injustiça”⁵⁸⁷.

No lugar da teoria subjetiva da responsabilidade (construída a partir da noção de culpa), surgem as doutrinas objetivistas, que deslocam para o risco o fundamento da responsabilidade. Em resumo, “não indagam se a ação do causador do dano foi imprudente, negligente ou intencional. Obrigam-no a indenizar o prejuízo causado, desde que tenha criado o risco”⁵⁸⁸.

Veja-se a lição de Caio Mario:

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro na doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação denexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada⁵⁸⁹.

Começa assim a ser deixado de lado, pouco a pouco, o antigo dogma da inexistência de responsabilidade sem culpa. O direito, com uma concepção ressarcitória e de justiça distributiva, passa a se preocupar com a vítima do dano, elemento cada vez mais valorizado no âmbito da responsabilidade civil. A partir de então, em algumas situações resulta inconcebível que alguém sofra um prejuízo e que o deva suportar por não ter condições de apontar a conduta culposa do agente ofensor⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70.

⁵⁸⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil...**, p. 70.

⁵⁸⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino..., p. 319.

⁵⁹⁰ CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 50. João Calvão da Silva apresenta dois fatores para explicar a tendência de ampliação da responsabilidade civil objetiva: o ethos do Estado de Direito Social (Welfare State ou État-Providence – dominado pelo sentimento democrático de uma sociedade solidária de ampla justiça social) e o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da técnica do seguro, seu efeito e fato propulsor. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor...**, p. 373.

Portanto, o elemento específico da doutrina do risco criado se localiza na eliminação do elemento subjetivo. Se na teoria da culpa é fundamental verificar a existência do erro de conduta ou infração de norma preexistente, na teoria do risco tal fato é inexistente e desnecessário. Sem se cogitar do bom ou mau comportamento do agente, evidencia-se o próprio fato do agente causador do prejuízo⁵⁹¹.

Por consequência, o estudo do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente mostra-se campo essencial para a avaliação do dever de indenizar. Desloca-se para esse importante elemento da responsabilidade civil o desenvolvimento de rico debate sobre a responsabilidade objetiva.

No mais, na síntese de Maria Celina Bodin de Moraes, a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocar o eixo da obrigação do ofensor de responder por sua culpa para focar no direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. A mudança de perspectiva, portanto, configura deixar de se focar na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionando-se a mira à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços⁵⁹².

Esse novo cenário, convém repetir, revela a importância ímpar do dano no estudo da responsabilidade civil, voltada – atualmente – não mais para a apuração do ato ilícito, mas sim para a reparação do dano sofrido pela vítima. Tal mudança de paradigma representa importante alteração no campo da ciência do direito, demandando ainda mais atenção do intérprete quando da análise dos conceitos dogmáticos.

3.2.2. O risco no Código Civil de 1916

A responsabilidade civil costuma ser conceituada como um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁵⁹³, ocupando-se das obrigações decorrentes da quebra de um dever preexistente, tanto de origem negocial quanto extranegocial⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino..., p. 344.

⁵⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

⁵⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

⁵⁹⁴ PETTEFI DA SILVA, 2013, p. 1-2.

Como explica Antunes Varela, “a responsabilidade civil não tem por fim a punição do devedor faltoso, mas a reparação do prejuízo sofrido pelo credor. Porém, na generalidade dos casos, a violação da obrigação acarreta prejuízos para o credor”⁵⁹⁵.

Constituiu, a responsabilidade civil, o ramo do direito das obrigações que mais se submeteu a alterações ao longo do tempo, pois levado e forçado a acompanhar as mudanças sociais, ideológicas e econômicas⁵⁹⁶.

Isso porque, com o passar dos anos, a sociedade muito se alterou. Diante da nova realidade decorrente da revolução industrial, ligada à migração do campo para as cidades, e da alteração dos meios de interrelação da humanidade – contratações padronizadas e produção em massa –, a responsabilidade civil teve de se ajustar aos tempos contemporâneos.

No âmbito das relações de consumo, sempre houve, na vida em sociedade, danos provocados por defeitos de produtos ou de serviços. Tal massificação das relações de consumo ocorrida no século XX, decorrente dos fenômenos da industrialização (produção em série e novas tecnologias), da urbanização (impessoalização das relações de consumo) e, mais recentemente, da globalização (formação de mercados internacionais), incrementou o surgimento de novos acidentes de consumo causadores de danos, que ficavam sem reparação quando tentadas soluções pelas regras tradicionais da responsabilidade civil⁵⁹⁷.

Para tentar compreender o sistema brasileiro de responsabilidade civil (extracontratual), necessário demonstrar que a teoria da responsabilidade civil no Código Civil de 1916 é totalmente derivada do Código de Napoleão. As lições de Josserand levaram os professores brasileiros à doutrina da responsabilidade objetiva⁵⁹⁸.

Capanema de Souza indica que o Código Napoleão serviu de indiscutível modelo para o sistema brasileiro de responsabilidade civil. Menciona o art. 159⁵⁹⁹ do Código Civil de 1916 como exemplo de adoção da teoria subjetiva da culpa provada para se aferir a

⁵⁹⁵ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 127.

⁵⁹⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance...**, p. 73.

⁵⁹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

⁵⁹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Influência do direito francês sobre o direito brasileiro**. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris, p. 193.

⁵⁹⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

responsabilidade civil extracontratual, que até hoje se mantém no Código Civil de 2002, ainda que de forma atenuada, no art. 927⁶⁰⁰, parágrafo único⁶⁰¹.

Diz-se, assim, que a cláusula geral do artigo 159 é cravada por um modelo de legislação em que a responsabilidade civil era individualizada, assentada no critério da culpa do ofensor, a quem afeta uma obrigação eminentemente ressarcitória. Dos termos do artigo 159, infere-se com clareza a disposição de uma regra genérica de responsabilidade subjetiva, na medida em que carrega a obrigação de indenizar a quem, por conduta voluntária, negligente ou imprudente, violasse direito alheio ou causasse prejuízo a outrem⁶⁰².

O sistema jurídico brasileiro é, assim, fruto de uma história colonial portuguesa, e foi sempre permeável a conceitos e ideias jurídicas estrangeiras. Autores alemães classificam o direito brasileiro como pertencente à chamada família romana de direitos, a quem se conferiu importância ao grande modelo legislativo do *Code Civil* francês de 1804⁶⁰³.

Tipicamente oitocentista, o Código Civil de 1916 trazia a ideia de que toda responsabilidade deve ter como fundamento último a culpa, permitindo, no máximo, a criação de presunções desta:

[...] como quando se responsabilizava o dono do edifício pelos danos resultantes da sua ruína (art. 1.528, correspondente, no Código de 2002, ao art. 937), ou quando se declarava que o dono do animal ressarciria o dano por este causado (art. 1.527, correspondente, no Código novo, ao art. 936)⁶⁰⁴.

No que diz respeito à responsabilidade do dono do animal, passou-se a entender, em interpretação evolutiva, que se o animal houvesse provocado qualquer dano, sem que por culpa da vítima ou fortuito, então necessariamente seria porque o dono não o

⁶⁰⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶⁰¹ SOUZA, Sylvio Capanema. O código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 26, 2004, p. 47.

⁶⁰² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

⁶⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 772.

⁶⁰⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 559.

guardava ou o vigiava com o cuidado devido. Desse modo, passou-se a caminhar para o campo da teoria do risco⁶⁰⁵.

De todo modo, alerta a doutrina que, mesmo na sistemática acolhida no Código de 1916, permaneceram alguns casos que se mantiveram alheios a qualquer ideia de culpa: a “obrigação de indenizar do morador de casa donde caíam ou tenham sido lançadas coisas, mesmo que neste caso ainda fosse possível sustentar que também aqui existia uma presunção de culpa”⁶⁰⁶. Noronha também cita outros casos que prescindem da ideia de culpa, como aqueles em que, no exercício da legítima defesa ou quando da prática de atos de necessidade, eram causados danos a pessoa diversa do agressor ou criador do estado de perigo⁶⁰⁷.

3.2.3. O risco no Código Civil de 2002

No século XX, as concepções oitocentistas foram atropeladas pelo processo histórico. As rápidas transformações da sociedade, nunca antes experimentadas, tornaram ultrapassadas e anacrônicas as disposições do Código Civil de 1916, apontando-se como principais causas para tal mudança a revolução industrial, a urbanização, a concentração capitalista e a massificação da sociedade⁶⁰⁸.

Ao se cuidar da responsabilidade civil numa perspectiva histórica, também é possível enxergar a evolução do âmbito de proteção da norma. Em tempos passados, só eram reparáveis os danos que fossem designados na norma em vigor. A partir do Código Civil de 1916 (art. 159), verificou-se uma primeira grande ampliação, com o princípio segundo o qual todo dano causado com culpa deveria ser reparado. Já a redação dada

⁶⁰⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 27. Da mesma maneira ocorreu a interpretação da previsão do artigo 1.528 acerca da responsabilidade pela ruína de edifício ou construção indicava: “Com efeito, a disposição era e é a de que responde o dono do edifício pelos danos resultantes de sua ruína, mas desde que atribuíveis à falta de reparos cuja necessidade seja manifesta. Ora, de novo uma responsabilidade originalmente subjetiva, malgrado com culpa presumida, que a jurisprudência se encarregou de interpretar objetiva, ao argumento de que, se a ruína não deriva do fortuito ou culpa de terceiro, então só pode ser imputada à falta de reparos de necessidade manifesta”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 28.

⁶⁰⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações...**, p. 560; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 28.

⁶⁰⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações...**, p. 560.

⁶⁰⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações...**, p. 560-564.

pelo Código de 2002 ao art. 186 significou a consagração de uma nova ampliação do âmbito de proteção das normas⁶⁰⁹.

Trata-se da adoção do método das cláusulas gerais, pelo qual se “constitui uma disposição normativa que utiliza em seu enunciado uma linguagem tessitura, intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de campo semântico”⁶¹⁰. Mais do que isso, “a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”⁶¹¹.

Apesar de a doutrina criticar o fato de o Código Civil de 2002 ter sido pouco inovador em relação à responsabilidade civil, pois deixou de trazer regulamentação para algumas situações que eram deixadas para a jurisprudência, reconhece-se que algumas cláusulas gerais, com conteúdo mais elástico, permitem suprir eventuais lacunas deixadas pelo legislador⁶¹².

No âmbito da responsabilidade civil, a opção do legislador de 2002 foi de fazer uso generoso das cláusulas gerais. Para parte da doutrina, tal fato representa grande vantagem ao ordenamento jurídico brasileiro, porque permite ao sistema acompanhar a evolução da realidade social a partir da mudança de interpretação dos dispositivos legislativos⁶¹³.

Por consequência dessas cláusulas gerais, o Código Civil de 2002 modificou o modelo jurídico da responsabilidade civil vigente no Código de 1916, que era baseado num único paradigma da responsabilidade, fundado na culpa, e acrescido por regimes de responsabilidade excepcionais. A legislação atual instituiu quatro novos paradigmas disciplinados nos arts. 186, 187, 927, parágrafo único, e 931, que são equivalentes por estarem estruturados sob a forma de cláusulas gerais, mas que têm âmbitos de incidência distintos⁶¹⁴.

Em verdade, como visto, muito embora o Código Civil de 2002 tenha trazido a lume previsão antes inexistente ao consagrar uma genérica responsabilidade sem culpa, é

⁶⁰⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**..., p. 644.

⁶¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303

⁶¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**..., p. 299.

⁶¹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**..., 2013, p. 574.

⁶¹³ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação**..., p. 171-172.

⁶¹⁴ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação**..., p. 171-172.

certo que tal evolução já se fazia sentir no âmbito das legislações especiais, da doutrina, no direito comparado, e especialmente na jurisprudência⁶¹⁵.

O *caput* do artigo 927 assim dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Mas o legislador, após definir tal cláusula geral vinculada à responsabilidade subjetiva, tratou de apresentar no parágrafo único uma outra norma de caráter geral, ligada ao regime da responsabilidade objetiva:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Muito embora prevista em parágrafo único, costuma-se apontar que a norma poderia consagrar artigo autônomo, dada a sua relevância por introduzir uma nova disciplina. Não há dúvidas de que o parágrafo único comporta uma cláusula geral de responsabilidade civil mais abrangente do que a prevista no *caput*⁶¹⁶.

A opção pelo regime da responsabilidade objetiva é facilmente extraída da norma. Fugindo da necessidade de se comprovar a culpa, pode-se cogitar da obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa” em duas hipóteses: nos casos assim especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Norma inspirada na diretriz da socialidade⁶¹⁷, o artigo 927, parágrafo único, ensejou uma apreciação diferente da responsabilidade civil, isto é, uma cláusula geral de responsabilidade civil pelo risco, permitindo que o juiz, na apreciação de casos concretos, identifique novas hipóteses além daquelas previstas em leis esparsas⁶¹⁸.

Algumas leis esparsas já trataram de definir a responsabilidade objetiva para algumas situações específicas: transporte ferroviário, ambiental, etc. Desde o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990) o regime de responsabilidade

⁶¹⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 17. Tal evolução do tratamento da responsabilidade civil foi chamada por Caio Mario de “o triunfo da jurisprudência”. PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁶¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 39.

⁶¹⁷ REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10.

⁶¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 50.

objetiva é amplamente aceite para os acidentes de consumo. O Código Civil de 2002, lei posterior, nesse quesito, nada acrescentou.

Problemas maiores são encontrados na segunda hipótese, em que não há lei específica definindo o modelo da responsabilidade objetiva. Por isso, mostra-se necessário identificar o conteúdo previsto na norma, traçando os limites da responsabilidade objetiva decorrente da atividade normalmente desenvolvida que implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Ao comentar o Projeto de Revisão do Código, Aguiar Dias já em 1975 adiantou que o dispositivo concede espaço à responsabilidade civil baseada no risco e merece louvores por ser baseado no princípio romano *neminem laedere*. O autor esclarece que não se está a definir obrigação de indenizar para todo e qualquer dano, mas somente quando este se mostra injusto e tenha certa relevância⁶¹⁹.

De todo modo, na atualização de sua obra, há críticas ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois considerado “uma cópia equivocada de dispositivos da legislação italiana e portuguesa”⁶²⁰.

No Código Civil italiano, o art. 2050 dispõe: “Quem causa dano a outra pessoa no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pelo meio empregado, é obrigado a ressarcir, se não provar que tenha utilizado todos os meios idôneos para evitar o dano”⁶²¹.

Malgrado se imponha a responsabilidade pelo risco decorrente de atividade perigosa, faculta-se ao lesante a possibilidade de se eximir do dever de indenizar se comprovar que adotou todas as medidas idôneas, segundo as circunstâncias, para evitar a produção do dano⁶²².

Desse modo, o preceito italiano trata da noção da exposição ao risco decorrente de atividade, mas, ao mesmo tempo, mantém a discussão adstrita à má conduta, à conduta

⁶¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 31

⁶²⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil...**, p 540. Quanto à problemática do Código Civil Português, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 62-64.

⁶²¹ Tradução livre de “chiungue cagiona danno ad altri nello svolgimento di um ‘attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, é tenuto al risarcimento, se nom prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare li danno”

⁶²² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 60.

diligente, conforme as medidas possíveis e esperadas do dano causado, revelando a permanência no campo da responsabilidade subjetiva⁶²³.

No mesmo sentido:

No art. 2.050 do Código Civil da Itália, diz-se que o demandado somente se eximirá de responsabilidade se demonstrar que adotou todas as medidas necessárias para evitar a consumação do dano. Isso significa que naquela nação não há propriamente uma responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, porém uma presunção de culpa, pois o agente pode se valer de uma prova liberatória, demonstrado que as medidas de prevenção preconizadas em lei ou em regulamentos próprios da atividade foram efetivamente adotadas, mas infelizmente o dano se concretizou. Enfim, mesmo que os juízes sejam extremamente rigorosos na admissão dessa prova quanto à tomada das cautelas devidas, de alguma forma o sistema – que em tese deveria prestigiar o risco criado – aceita a discussão dos elementos subjetivos da culpa do agente como fator de exoneração de responsabilidade⁶²⁴.

Para a doutrina, das duas uma: ou o redator do dispositivo do Código Civil não percebeu a sutil diferença de tratamento que vinha sendo dado à matéria pela legislação italiana e portuguesa, ou efetivamente optou pela adoção da responsabilidade objetiva para as atividades perigosas⁶²⁵. Como quer que seja, fato é que o parágrafo único do artigo 927 não dá margem a essa abertura para a doutrina subjetiva, pois a norma revela-se “adequada a um esquema de imputação objetiva de danos, pois aquele que desenvolve a atividade reputada como de particular potencialidade lesiva só poderá se eximir da obrigação de indenizar se demonstrar uma das excludentes do nexos causal”⁶²⁶.

Veja-se a seguinte passagem de Venosa, que pode representar o entendimento de parcela significativa da doutrina:

Nesse texto a lei brasileira foi mais além do código italiano, que lhe serviu de inspiração (art. 2.050), ao optar abertamente pela responsabilidade objetiva, e não por um sistema intermediário de presunção de culpa, como fizeram os estatutos italiano e português. O nosso legislador pretendeu apontar aquelas atividades que acarretam elevado risco ou perigo de dano, o que nem sempre será eficaz e justo no caso concreto.

⁶²³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 60; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 285 e ss.

⁶²⁴ NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 648.

⁶²⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil...**, p. 544.

⁶²⁶ NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil...**, p. 648.

Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do Código deste século em matéria de responsabilidade e requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da nova jurisprudência. Parece-nos, contudo, que o dispositivo do art. 927, parágrafo único, não será usado com muita largueza, pois a maioria das atividades de risco em nosso ordenamento já é regulada pela responsabilidade objetiva⁶²⁷.

É por isso que a doutrina critica a transferência para a jurisprudência da conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que poderia significar perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. Discute-se, assim, a conveniência de uma norma genérica nesse sentido, posto que seria melhor manter ainda nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco⁶²⁸.

Convém, por isso, destrinchar os elementos da responsabilidade pelo risco da atividade e traçar conexões com outras hipóteses de responsabilidade objetiva previstas em leis específicas.

Marcado pela concepção culturalista, assentada na noção de estrutura social, o art. 927, parágrafo único, configura, assim, um dos dispositivos mais importantes – e, igualmente, de maior dificuldade de compreensão e aplicação – do Código Civil. Não se trata, portanto, da comum responsabilidade pelo risco, pois o “legislador estabelece que a aplicação dessa forma de responsabilidade dependerá da análise da ‘atividade normalmente exercida pelo autor do dano que implique risco’, com o que se possibilita ao intérprete definir qual regime de responsabilidade será aplicado”⁶²⁹.

De fato, o parágrafo único do art. 927 do Código tem sido interpretado com reservas, em razão da redação extremamente genérica do dispositivo, bem como pela origem da redação, parcialmente modificada⁶³⁰.

Em princípio, o Código Civil brasileiro não traz a atividade perigosa como requisito para a imputação da responsabilidade. A aplicação do artigo 927, parágrafo único, é mais

⁶²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 442-443.

⁶²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil...**, p. 444. Em sentido contrário, tecem elogios à opção metodológica do Código Civil: NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil...**, p. 597.

⁶²⁹ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação...**, p. 85.

⁶³⁰ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação...**, p. 86.

ampla, referindo-se aos riscos da atividade (riscos possíveis), e não às atividades de risco, o que exigiria a noção de perigo, como descrito nos Códigos italiano e português⁶³¹.

Nesse sentido, a teoria do risco criado revela um conceito mais amplo do que a teoria do risco proveito, pois aumenta os encargos do agente e se mostra mais equitativa para a vítima, que não terá de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. O agente, portanto, deve assumir as consequências de sua atividade⁶³².

Todavia, nem todo dano é indenizável pelo fato de alguém desenvolver uma atividade, recaindo como elemento básico a investigação sobre a relação de causalidade. Assim como ocorre na doutrina subjetiva, o elemento causal se mostra indispensável na determinação da responsabilidade civil. Assim, a obrigação de indenizar existirá como decorrência natural entre o dano e a atividade criada pelo agente e o vínculo causal estabelecer-se-á entre uma e outro⁶³³.

3.2.3.1. O artigo 927, parágrafo único, e a atividade normalmente desenvolvida

A cláusula geral prevista no artigo 927, parágrafo único, traz como pressuposto da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, que o dano decorra de uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor. Isto é, necessário que a causa do dano ocorrido seja oriunda do exercício de uma atividade.

Tal ressalva se mostra importante porque, em princípio, não se sujeita à responsabilização sem culpa quem apenas pratique um ato, ainda que de caráter perigoso ou de extremo risco. Por certo, tal ato, ou sua prática, pode bem subsumir-se a alguma outra previsão específica de responsabilidade sem culpa, no entanto, em se tratando de ato e não de atividade, não há que se cogitar da utilização do artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁶³⁴.

⁶³¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 613; WESENDONCK, Tula. **O Regime Da Responsabilidade Civil Pelo Fato Dos Produtos Postos Em Circulação: Uma Proposta De Interpretação Do Artigo 931 Do Código Civil Sob A Perspectiva Do Direito Comparado**. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87.

⁶³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino..., p. 343.

⁶³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino..., p. 347.

⁶³⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**..., p. 72; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 40.

Nas palavras de Fernando Noronha:

Uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com vista à realização de determinado objetivo. Atividade jurídica é aquela que visa realizar um objetivo juridicamente relevante e, por isso, objeto de tratamento unitário. Na atividade, o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem produzir consequências jurídicas que não aconteceriam, se não fosse estarem integrados no conjunto⁶³⁵.

Deve-se, portanto, avaliar se se trata de atividade costumeira do ofensor e não de uma atividade esporádica. A norma do parágrafo único do artigo 927, desse modo, não se aplica para atividade eventual, qual seja, “aquela que, por um momento ou por uma circunstância, possa ser um ato de risco. Não sendo levado em conta esse aspecto, poder-se-á transformar em regra o que o legislador colocou como exceção”⁶³⁶.

Nesse cenário, a carona, ou transporte de cortesia, ainda que conduta recoberta de risco, configura ato esparso, e não uma efetiva atividade, não preenchendo o pressuposto para aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Isto é, “não se configuraria a atividade pela ausência de uma sequência coordenada de atos, ou organizados para alcance de uma dada finalidade, de um escopo, de um objetivo único juridicamente considerado”⁶³⁷.

Tem-se, assim, que o conceito de atividade pressupõe uma série de atos coordenados, de modo contínuo e organizado, voltados ao mesmo escopo, não se confundindo com a prática episódica e eventual de um simples ato⁶³⁸.

Alguns autores defendem que o Código utilizou a expressão “atividade normalmente desenvolvida” para abranger a atividade que importa em serviço de qualquer natureza⁶³⁹, enquanto outros, como Godoy, discordam da equivalência com os serviços. Na sua visão, a atividade não se reduz apenas à prestação de serviços, isto é,

⁶³⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 339.

⁶³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**..., p. 445.

⁶³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**..., p. 73.

⁶³⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade..., p. 339; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**..., p. 72-73.

⁶³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 41.

o serviço não deixa de ser uma atividade, mas nem toda atividade enseja propriamente a prestação de um serviço⁶⁴⁰.

3.2.3.2. O artigo 927, parágrafo único, e a noção de risco criado

Estabelecida a noção de atividade e os seus contornos para fins de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, imprescindível analisar se a norma é extensível a qualquer tipo de atividade ou se, ao contrário, a imposição da responsabilidade objetiva se restringe a determinadas hipóteses.

De acordo com o dispositivo, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com Cavalieri Filho, risco é perigo, risco é probabilidade de dano. E isso não significa dizer que pelo mero fato de alguém exercer uma atividade perigosa haverá dever de indenizar, pois existem diversas atividades perigosas com riscos inerentes que se mostrariam inviáveis caso fosse adotada interpretação tão rigorosa, como a atividade médica. Para o autor, o risco é apenas a teoria que justifica a responsabilidade objetiva, mas não o seu fato gerador, que se concretiza com o dano decorrente da violação de um dever jurídico⁶⁴¹.

Descarta-se, assim, qualquer interpretação do dispositivo que o retrate como a adoção da teoria do risco integral, de modo que o legislador tenha atribuído a responsabilidade tão somente em decorrência do exercício de uma atividade:

Seria então admitir que quem organiza uma atividade e desencadeia uma estrutura, provocando com isso danos a outrem, deve responder pelo risco em si que há nessa escolha, na prática dessa sucessão de atos coordenados à obtenção de um resultado, de um objetivo. É a adstrição da responsabilidade sem culpa prevista na cláusula genérica a um conteúdo que se procura ligar tão somente ao desempenho de uma atividade organizada, dirigida e controlada pelo responsável, sem nenhum dado qualificativo do nexo de imputação, o que significa, dessarte, considerar integral o risco que lhe imputa. Ou seja, uma

⁶⁴⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 75.

⁶⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 42.

hipótese de causalidade pura, conforme se analisou nesse item, ao menos não vinculada a responsabilidade a mais que o desempenho de uma atividade⁶⁴².

Assim, não se pode concordar com a interpretação que dispensaria conferir alguma qualificação da atividade desempenhada de que oriundo um dano. Ao contrário, mostra-se relevante identificar se a norma pressupõe um elemento qualificador que se agrega ao nexo de causalidade para dar nascimento a uma responsabilidade sem culpa, isto é, um risco especial criado, um perigo intrínseco ou um defeito⁶⁴³.

Quanto ao âmbito de aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, Venosa opina que o dispositivo, apesar de configurar norma aberta, não será usado com muita largueza, pois a maioria das atividades sociais de risco já possuem normas especiais coroando a responsabilidade objetiva. Por essa razão, entende que existirá pouca margem ao julgador no caso concreto⁶⁴⁴.

Na doutrina, há aqueles que defendem a correlação entre o artigo 927, parágrafo único e a noção de defeito presente no diploma consumerista. Quem exercer atividade de risco terá o dever de indenizar se o fizer de forma insegura. E assim é porque a lei criou esse dever de segurança em contraposição ao risco da atividade, tornando aquele que a exerce em garante da sua segurança. Segundo parcela da doutrina, o artigo 927, parágrafo único deve ser interpretado conjuntamente com os dispositivos que tratam do regime do fato do produto e do serviço do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a norma civil também exigiria a presença do defeito. Em outras palavras, deve-se visualizar no artigo 927, parágrafo único, a mesma disciplina jurídica do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que seria aplicável apenas para questões que não envolvem relação de consumo⁶⁴⁵.

Muito embora restrinjam a expressão “atividade” à noção de serviços, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho também definem que o parágrafo único do art. 927 demanda a presença do defeito de segurança. Atividades de risco, ou de

⁶⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 85.

⁶⁴³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 85-86.

⁶⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil...**, p. 443-447. Em sentido contrário, defendendo que a ‘cláusula geral do risco da atividade’ possui enorme potencial de renovação do modelo da responsabilidade civil. NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil...**, 2019.

⁶⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 42-43.

perigo – o que reputam expressões sinônimas – geram apenas uma potencialidade danosa, mas não a violação de um dever jurídico, o que somente ocorre se, assumida uma obrigação de resultado, se frustra o dever jurídico de segurança⁶⁴⁶.

Em sentido contrário, há aqueles que restringem a sua aplicação para a atividade que puder ser considerada perigosa por natureza, como seria o caso da explosão de um botijão de gás, havendo ou não defeito, armazenado pelo fabricante antes da sua introdução no mercado⁶⁴⁷:

Por outro lado, se explodirem os botijões de gás armazenados pelo fabricante, antes de sua introdução no mercado, havendo ou não defeito, o produtor (pressupondo-se que a atividade de engarrafamento de gás seja considerada perigosa por natureza) será responsabilizado também objetivamente, mas com base no CC⁶⁴⁸.

Godoy se posiciona entre essas duas correntes, isto é, entre aquilo que convencionou chamar de causalidade pura e exigência da presença do defeito. Para o autor, a opção da legislação brasileira não foi de reduzir a norma ao perigo intrínseco, mesmo que especial, da atividade desenvolvida. Em verdade, erigiu-se uma cláusula que não aludiu ao perigo, mas ao risco induzido pelo exercício de certa atividade⁶⁴⁹.

Nesse sentido, evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilização sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc.), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152-153.

⁶⁴⁷ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 98.

⁶⁴⁸ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 98.

⁶⁴⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 113. E complementa: “O que, se para muitos, inclusive conforme adianta-se se referirá, não implica nenhuma relevante diferenciação, entende-se empresta maior alcance à incidência do que afinal é uma norma geral de responsabilidade sem culpa, dado que [...] atividades há que podem não ser reputadas essencialmente perigosas, as atividades de risco, que, todavia bem podem ser móvel de risco particular, especial”.

⁶⁵⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 113. Ver ainda: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho, São Paulo, n. 30, p. 38-48, 2014.

Prefere-se, nesta pesquisa, não utilizar tal dicotomia, posto que a causalidade estará presente em quaisquer das situações. A noção jurídica de defeito não serve para qualificar o nexo de causalidade, mas sim como elemento autônomo que se opõe à ideia de risco puro, e não de “causalidade pura”.

Conclui-se, assim, que a identificação concreta da estrutura econômica de risco extraída da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco deverá ser feita em cada caso concreto, pelo juiz, pela doutrina e pela jurisprudência⁶⁵¹.

Nessa perspectiva, a teoria do risco criado, projetada no Código Civil, dispensaria a constatação de qualquer defeito e se contentaria com o maior risco da atividade desenvolvida. O artigo 927, parágrafo único, estaria, assim, “um passo adiante da teoria do defeito do produto e do serviço, esposada pelo CDC”⁶⁵².

3.2.3.3. O artigo 931 do Código Civil

Dispõe o artigo 931 do Código Civil: “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

Trata-se de inovação trazida pelo Código Civil de 2002, não havendo precedente específico no Código de Beviláqua ou mesmo na legislação estrangeira⁶⁵³.

Curioso mencionar que o texto original do artigo (tanto no Anteprojeto, quanto no Projeto) se destinava somente à responsabilidade do farmacêutico ou da empresa farmacêutica, que responderiam solidariamente pelos danos causados por produtos postos em circulação. Posteriormente, foram propostas alterações à redação do artigo,

⁶⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 50.

⁶⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Néelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 452-453.

⁶⁵³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, vol. 21. Rio de Janeiro, jan.-mar. 2005, p. 59; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** [recurso eletrônico]. São Paulo, n.22, jan./mar. 2020. p. 205; WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação...**, p. 191.

passando a configurar uma regra geral da responsabilidade civil pela circulação de produtos⁶⁵⁴.

Em verdade, a inserção da responsabilidade objetiva se deu de maneira, no mínimo, atécnica. É que a expressão “independentemente de culpa” acabou sendo inserida na legislação na fase final de tramitação do projeto, dando a impressão, segundo Wesendonck, de integrar o dispositivo pelo toque da varinha de condão do legislador⁶⁵⁵.

Como quer que seja, apesar do aparente desrespeito ao processo legislativo e da provável inconstitucionalidade formal, é fácil notar que a norma retrata hipótese de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa. Difícil, no entanto, se mostra a identificação da extensão de tal responsabilidade, isto é, em qual medida as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Ainda que as primeiras linhas do seu anteprojeto tenham se iniciado há muito tempo, nos idos de 1960, o Código Civil é doze anos mais novo que o Código de Defesa do Consumidor, diploma que já tratou de regular a responsabilidade pelo fato do produto no artigo 12 e seguintes. Deve-se, por isso, identificar o papel do já não tão novo dispositivo civil em contraponto à disciplina específica consumerista.

3.2.3.3.1. Alcance restrito da norma

Na doutrina, há divergências sobre o alcance da norma. Alguns defendem que o artigo 931 do Código Civil deve ser interpretado no sentido de que não trouxe maiores novidades para o ordenamento, somente repetindo as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, que tratam da proteção dos consumidores. Não haveria, assim, qualquer incompatibilidade entre o Código de Defesa do Consumidor e o referido diploma⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ A respeito da evolução do processo legislativo do referido dispositivo: WESENDONCK, Tula. Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015, n. 2. v. 3. p. 141-160.

⁶⁵⁵ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 197.

⁶⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil...**, p. 625; NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 146.

Afinado com o CDC, o dispositivo em questão teria sua aplicação restrita aos poucos casos em que a atividade empresarial não configurar relação de consumo⁶⁵⁷, valendo citar a lição de Ruy Rosado, para quem o artigo 931 não se aplica às relações de consumo “porque a própria disposição legal esclarece que ela será usada se não houver disposição específica de outra norma. Como temos uma legislação específica para o consumo, ela em princípio não se estende à relação de consumo”⁶⁵⁸.

Boa parte da doutrina segue este entendimento, no sentido de que o artigo 931 se refere à hipótese de dano causado fora das relações de consumo, atingindo, portanto, acidentes entre empresários no fornecimento de produtos⁶⁵⁹. Seria a hipótese de um fabricante de geladeiras que transfere ao comerciante a tarefa de distribuição de seus bens. Caso um refrigerador exploda no interior da loja, eventuais danos serão objetivamente imputados ao empresário fornecedor, mesmo que a vítima não se constitua em consumidor *stricto sensu*, eis que não se coloca na posição de destinatário final do produto⁶⁶⁰.

Mesmo em face da referida argumentação poderiam alguns insistir que esse papel expansivo já era efetivado pelo próprio CDC ao dispor sobre o *bystander* no art. 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Porém, se o objetivo do microsistema consumerista é o de proteger e promover direitos fundamentais de um sujeito assimétrico de relações negociais, “vítimas do evento” necessariamente serão todas aquelas pessoas atingidas reflexamente por um fato do produto que não possuam prévia relação jurídica com o fornecedor. Vale dizer, serão os consumidores lato sensu ou por equiparação. Se entre as vítimas figurar um empresário que fazia parte da cadeia de produção e distribuição do produto, deveremos aplicar o Código Civil, regramento básico das relações interempresariais e interindividuais⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro..., p. 167. Em sentido contrário, entendendo que qualquer indivíduo atingido por um dano provocado na circulação do produto passa a ter direito à reparação dos danos de forma objetiva, seja consumidor ou não. WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 69.

⁶⁵⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003, p. 26.

⁶⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 825.

⁶⁶⁰ NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil...**, p. 661.

⁶⁶¹ NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil...**, p. 662.

Em sentido diverso, Daniel Carnaúba defende que o regime do fato do produto implementado pelo Código do Consumidor tem abrangência ampla e protege indistintamente consumidores e não-consumidores. Isto é, o art. 17 do CDC, ao tratar das vítimas do evento (*bystanders*), concede um forte viés universalista ao regime do fato do produto, não deixando margem para a existência de um regime legal residual. Por conta disso, a subsidiariedade conduziria à total inaplicabilidade do art. 931 do Código Civil⁶⁶².

Veja-se a sua análise:

Assim, é infundada a assertiva de que a função do art. 931 seria a de ampliar a regra da responsabilidade objetiva por danos provocados por produtos, para que ela passasse a incidir também sobre as relações civis e empresariais. O regime previsto nos arts. 12 e subsequentes do Código de Defesa do Consumidor sempre pode ser aplicado a esse tipo de relação, porque nenhum dos dispositivos em questão exige que a vítima seja um consumidor. A tese da subsidiariedade é, na verdade, uma tentativa artificial de salvar o art. 931. Ela reduz arbitrariamente a abrangência do modelo consumerista do fato do produto, para então abrir espaço para uma suposta “aplicação útil” do dispositivo do Código Civil⁶⁶³.

Essa corrente parece estar alinhada com a posição do Superior Tribunal de Justiça, que vem conferindo interpretação ampliativa ao artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, de modo a estender o seu âmbito de aplicação para acidentes sofridos por profissionais empresários em decorrência de produtos defeituosos⁶⁶⁴.

Entretanto, alguns casos, como o próprio exemplo da geladeira, parecem extrapolar o âmbito de aplicação do artigo 17 do CDC, o que permitiria conferir utilização prática da norma prevista no artigo 931 do Código Civil. Nesse cenário, o artigo 931 será aplicado quando não houver incidência da disciplina consumerista, o que costumeiramente ocorre nas relações interprivadas entre duas pessoas jurídicas⁶⁶⁵.

3.2.3.3.2. Inovação legal e a posição minoritária

⁶⁶² CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?... , p. 210.

⁶⁶³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?... , p. 211.

⁶⁶⁴ STJ, REsp 1.288.008/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., DJe 11.04.2013.

⁶⁶⁵ Calixto cita, como exemplo, os danos sofridos pelo armazenador ou pelo transportador. CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento..., p. 64.

Outra discussão doutrinária gira em torno da eventual ampliação da responsabilidade civil pelo artigo 931 do Código Civil.

Tula Wesendonck defende que o artigo define regra de responsabilidade objetiva sem vinculação com o defeito, isto é, sequer a prova da qualidade do produto afasta a responsabilidade civil do fabricante. Inovador, o artigo 931 acabaria por distanciar o Código Civil do Código de Defesa do Consumidor, posto que a responsabilidade é imputada por colocar o produto em circulação que causa danos⁶⁶⁶.

Possuindo configuração própria, e até mesmo mais eficaz, no tratamento da responsabilidade por danos, a autora chega a afirmar que a inovação trazida pelo art. 931 do Código Civil brasileiro estabelece

a indenização de todos os danos decorrentes da circulação do produto, seja ele destinado a uma relação de consumo ou não. Se for considerado que a atribuição da responsabilidade ao produtor é positiva para a construção de um mercado com produtos de melhor qualidade (com o produtor suportando os custos e os riscos da circulação), certamente essa estrutura normativa do art. 931 do Código Civil brasileiro é avançada comparativamente com a legislação europeia⁶⁶⁷.

Sob essa perspectiva, Wesendonck traça o artigo 931 como uma figura inovadora, inclusive no que se refere aos legitimados para responder no caso de acidente de consumo. Isto é, a autora sustenta a possibilidade de o comerciante deixar de ser responsável subsidiário, como dispõe o artigo 13 do CDC, para passar a ser responsável solidário⁶⁶⁸.

Ao cotejar o regime previsto no artigo 931 do Código Civil e as normas do Código de Defesa do Consumidor, entende que o afastamento do requisito do defeito seria um ponto positivo em relação à legislação consumerista, pois a possibilidade de o fabricante esquivar-se da responsabilidade civil acabaria sendo mais difícil no regime civil do que no regime adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, já que as causas de exclusão da responsabilidade não estão previstas de forma expressa⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ CRUZ, Guilherme Ferreira da. Teoria geral das relações de consumo. São Paulo: Saraiva, 2014; WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 67-75.

⁶⁶⁷ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 78.

⁶⁶⁸ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 179.

⁶⁶⁹ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 201.

No entanto, muito embora alegue o dever de indenizar todos os danos decorrentes da circulação do produto, a autora afasta a responsabilização para situações em que o risco é inerente⁶⁷⁰, o que, como denuncia a doutrina, acabaria por aproximar o regime da norma civil do artigo 12 do CDC⁶⁷¹.

Acerca da utilização da norma cível para produtos com periculosidade inerente, por vezes a jurisprudência parece usar o artigo 931 como válvula de escape em situações difíceis envolvendo pleitos indenizatórios entre consumidores e produtores. Na decisão proferida nos autos 70059502898, a Nona Câmara Cível, por meio de seu relator, Eugênio Facchini Neto, dedicou mais de uma centena de páginas para decidir sobre a responsabilidade civil da indústria do fumo e fez brevíssima menção ao artigo 931 do Código Civil⁶⁷².

Em certa altura do julgado, debruçando-se sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, lançou-se um argumento autônomo, sem maiores fundamentações e, de certo modo, incoerente com o ordenamento jurídico. Veja-se:

Além disso, mesmo que fosse descartada a aplicação do estatuto consumerista e se aplicasse apenas a legislação civil, não se pode olvidar que há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único) e que o art. 931 do Código Civil prevê que “os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

⁶⁷⁰ WESENDONCK, Tula. **O Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos...**, p. 201.

⁶⁷¹ De acordo com Carnaúba: “Colocado nesses termos, o argumento acaba perdendo grande parte de sua coerência. De um lado, a autora não aponta qual seria, na ausência do critério do defeito, o fundamento que permitiria afastar a responsabilidade do empresário pelos danos decorrentes de produtos com risco inerente (força maior? Culpa da vítima?). De outro, a afirmação de que o empresário não responde pelos danos provocados por produtos de riscos inerente contradiz a própria tese defendida por ela de que o art. 931 não depende da análise do defeito do produto. O defeito é justamente o critério que permite separar os riscos inerentes dos riscos adquiridos, de sorte que é impossível sustentar que o empresário não responde pelos riscos inerentes ao produto, sem, com isso, recorrer a esse parâmetro”. CARNAÚBA, Daniel. Para que serve o art. 931 do Código Civil?..., p. 215.

⁶⁷² TJRS. Apelação Cível, Nº 70059502898, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 18-12-2018. Diga-se que Facchini Neto já escreveu diversos artigos científicos sobre a responsabilidade da indústria do fumo: FACCHINI NETO, Eugênio. A Revitalização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo - a aceitação lógica da probabilidade. **Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2016, v. 1, p. 1-41; FACCHINI NETO, Eugenio. A relatividade do livre-arbítrio e a responsabilização da indústria do cigarro - a desconstrução de um mito. **Revista de Derecho Privado (BOGOTA)**, v. 31, p. 189-225, 2016; FACCHINI NETO, Eugenio; BARBOSA, Fernanda Nunes (org.). **Direito e Saúde – o caso do tabaco**. Belo Horizonte: Ed. Letramento, 2018, p. 133-196. FACCHINI NETO, Eugênio. Há via do meio na responsabilidade civil pelos danos à saúde do fumante? **Revista IBERC**. v.2, n.1, p. 01-27, jan.-abr./2019.

Aqui, neste último dispositivo, não se alude a *defeito* do produto, como o faz a legislação consumerista. Ainda que não se possa interpretá-lo literalmente, fato é que, a rigor, há base legal expressa para a responsabilização das indústrias fumageiras. Diante do claríssimo enquadramento da situação delas na moldura do art. 931 do CC, elas é que teriam o ônus de afastar a incidência da norma, demonstrando que seu produto não causou o dano em questão ou demonstrar alguma outra causa de exclusão da responsabilidade⁶⁷³.

No longo e rico julgado pode-se verificar a vagueza do sentido atribuído ao art. 931 do Código Civil. De um lado, parte-se do pressuposto de que a investigação sobre o conceito de defeito é despicienda, posto que ausente na redação, o que é curioso, pois todo os demais fundamentos do julgamento se lastrearam na norma consumerista. De outro lado, reconhece-se que não se pode interpretar o dispositivo de maneira literal, ao pé da letra, mas, ainda assim, se afirma que as atividades das indústrias do tabaco se submeteriam à norma, cabendo a elas provar alguma excludente de responsabilidade.

Tal entendimento encontra algum respaldo na doutrina que entende que o artigo 931 do Código Civil, dispensando a caracterização do defeito, poderia justificar direito à indenização por danos sofridos por fumantes⁶⁷⁴.

A impressão, portanto, é a de que o artigo 931 do Código Civil foi utilizado como válvula de escape, espécie de fundamento lateral autônomo para justificar o intento de condenar a empresa, mas sem detalhar os requisitos da norma⁶⁷⁵. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo sua remansosa jurisprudência, reverteu a decisão do Tribunal Gaúcho sob o fundamento de que o cigarro possui periculosidade inerente e não caráter defeituoso⁶⁷⁶.

3.2.3.3.3. O defeito e a coerência sistemática do ordenamento

⁶⁷³ Apelação Cível, Nº 70059502898, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 18-12-2018.

⁶⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. **Revista Jurídica**, n. 370, p. 29-41, ago. 2008; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O direito dos fumantes à indenização. **Revista da AJURIS**, volume 41, n. 133, 2014, p. 31-33; TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.

⁶⁷⁵ Como alerta Carnaúba, “passados mais de quinze anos de vigência do Código Civil, foram poucos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça recorreu ao art. 931 para fundamentar suas decisões. E mesmo nessas raras ocasiões, o dispositivo foi evocado apenas como fundamento secundário para corroborar as condenações proferidas com base no Código do Consumidor, tendo pouca ou nenhuma utilidade concreta”. CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?..., p. 209.

⁶⁷⁶ AgInt no Resp 1843850/RS, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJ 10/08/2020.

O raciocínio adotado pela posição minoritária não merece prosperar. Ainda que o tema seja polêmico e as construções doutrinárias divergentes, o artigo 931 não guarda incompatibilidade com o modelo consumerista. Sem trazer maiores novidades para o ordenamento, somente repetindo as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, que tratam da proteção dos consumidores, o artigo 931 tem, como visto, aplicação residual, limitada ao âmbito empresarial⁶⁷⁷.

Isto é, sendo a vítima consumidora, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor; sendo a obrigação empresarial, ou estiver fora do alcance consumerista, prevalece o dispositivo do Código Civil. Restrito à circulação de produtos, o artigo 931 também está baseado na necessidade de comprovação de defeito nos mesmos moldes constantes no Código de Defesa do Consumidor⁶⁷⁸.

Didáticas são as considerações de Menezes Direito e Cavalieri Filho:

- 1) O dispositivo em exame contém uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abarca todos os produtos cujo fornecimento cria risco para o usuário e a sociedade.
- 2) Tal responsabilidade, embora ancorada na teoria do risco do empreendimento, tem por fato gerador o defeito do produto, que se configura quando este não oferece a segurança legitimamente esperada, noção que se extrai do artigo 12 e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.
- 3) Embora comuns as áreas de incidência do artigo 12 e a do artigo 931, as disciplinas jurídicas de ambos estão em perfeita sintonia, fundadas nos mesmos princípios e com vistas aos mesmos objetivos. A disciplina do primeiro, todavia, por sua especialidade, só tem incidência quando há relação de consumo, reservando-se ao Código Civil, muito mais abrangente, a aplicação de sua cláusula geral nas demais relações jurídicas, contratuais e extracontratuais⁶⁷⁹.

Alerta parte da doutrina que, se o artigo 931 for literalmente interpretado, acaba-se por estender demasiadamente a responsabilidade ali prevista, uma vez que deflagrada

⁶⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro...**, p. 167; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil...**, p. 625; NADER, Paulo. **Curso de direito civil...**, p. 146.

⁶⁷⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade...**, p. 100-106; GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 327-329; MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 809, mar. 2003, p. 11; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 194-201. Lado outro, assim ficou assentado o Enunciado 378 da IV Jornada de Direito Civil "Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo".

⁶⁷⁹ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários novo Código Civil...**, p. 182; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil...**, p. 200-201

pela simples ocorrência do dano. Como o Código Civil prevê pouquíssimas excludentes de responsabilidade, seria praticamente uma hipótese de responsabilidade integral, em que o fabricante será responsável pelo simples fato de que o seu produto causou um dano⁶⁸⁰. Tal interpretação já havia sido conferida por Leães quando da elaboração da norma, oportunidade em que o autor considerou sua redação, no mínimo, curiosa, e a situação acolhida como exótica, pois adotada a tese da responsabilidade civil do fabricante como responsabilidade objetiva por mera causação material, sem quaisquer excludentes⁶⁸¹.

Para evitar tal situação, a doutrina acertadamente passou a interpretar que o artigo 931 também exige a presença do defeito para acionar a responsabilidade civil, nos mesmos moldes do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸².

Por consequência, exigindo-se a presença do defeito como requisito da norma, o comerciante continuaria a responder somente em situações específicas, na forma do artigo 13 do CDC⁶⁸³.

Como alerta a doutrina, parece claro, portanto, que ainda não se observa uma interpretação estável no direito brasileiro sobre a eficácia e aplicação do artigo 931 do CC/2002⁶⁸⁴.

Para os fins desta pesquisa, no anseio de se estabelecer um conceito operacional da teoria do risco, parte-se da premissa de que o artigo 931 do Código Civil não exerce influência no regime da responsabilidade pelo fato do produto previsto no Código de Defesa do Consumidor. Atécnica em sua formulação e lacônica em seus termos, tal figura genérica da teoria do risco do empreendimento não deve ser interpretada como inovação, mas mera repetição daquilo que já se extrai de outras normas.

A estrutura do Código Civil e a própria coerência do sistema jurídico impedem que o dispositivo seja interpretado como mera criação da teoria do risco, despida de

⁶⁸⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento..., p. 60-61.

⁶⁸¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 153-154.

⁶⁸² CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento..., p. 61-62; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003, p. 45.

⁶⁸³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento..., p. 62. CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?..., p. 216.

⁶⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

quaisquer outros requisitos, como o defeito do Código de Defesa do Consumidor ou mesmo os elementos integrantes do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

É por esse motivo que Sanseverino pugna que a interpretação do artigo 931 do Código Civil deve ser conjugada com o artigo 12, §1º, do CDC, quando este estabelece o conceito de defeito do produto, relacionando-o à segurança legitimamente esperada pelo consumidor. Do contrário, uma interpretação ampla e irrestrita do art. 931 do CC, que fixou um regime de responsabilidade objetiva aos empresários pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, praticamente inviabilizaria alguns setores empresariais, a exemplo do fabricante de facas⁶⁸⁵.

Por coerência sistemática, o Código Civil não pode ser mais benéfico para o empresário-vítima do que o CDC para o consumidor-vítima. Partindo dessa lógica, e da dificuldade de conter e limitar a interpretação conferida à norma civil, pode-se dizer que o defeito é também uma necessidade – ou requisito – exigido pelo artigo 931 do Código Civil.

Esse tópico – dedicado às normas do Código Civil – serviu para que se possa concluir que não há conflito entre a responsabilidade por defeitos do produto, na forma do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, e a responsabilidade civil objetiva prevista nos artigos 927, parágrafo único, e 931, do Código Civil, desde que haja interpretação conjunta do ordenamento jurídico. Isto é, quanto aos danos oriundos de produtos lançados no mercado, deve-se seguir a lógica do CDC, tendo no defeito o elemento deflagrador da responsabilidade civil.

3.3. O CDC e a eleição da responsabilidade objetiva

Estabelecidas as premissas necessárias quanto à interpretação dos dispositivos do Código Civil de 2002 que poderiam influenciar no regime do fato do produto, passa-se a investigar o modelo adotado pelo Brasil no Código de Defesa do Consumidor, desde o seu advento, no ano de 1990.

A expressão “responsabilidade pelo fato do produto” retrata simples tradução da fórmula americana da *products liability*, transportada para a Europa na década de 1970.

⁶⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 57.

Ainda assim, não designa nenhuma novidade. Trata tão somente de apresentar as soluções concernentes à responsabilidade dos fabricantes pelo defeito de segurança dos produtos que, nos países do Velho Continente, estavam genericamente integradas no “direito comum” (no âmbito da responsabilidade contratual e delitual). Ainda assim, a sua utilização – que rapidamente se generalizou – acabou por provocar a tomada de consciência das particularidades que merecem afetar tal responsabilidade a um regime autónomo⁶⁸⁶.

Diga-se que o regime previsto na Diretiva não é mero reflexo da *products liability* norte-americana. Em verdade, a normativa é o resultado de um longo processo de negociação bastante debatido com vistas a harmonizar as regras, tendo sofrido influências diretas de diversos países europeus⁶⁸⁷.

Como visto, tanto a responsabilidade contratual quanto a responsabilidade extracontratual estavam inadaptaadas à indenização pelos prejuízos causados pelos produtos. Seus esquemas conceituais não eram integrados pelos elementos que caracterizam os danos, posto que as regras estavam amarradas à importância do comportamento do réu, à utilidade do produto vendido ou à execução do contrato, e não mencionavam a falta de segurança ou o fato de que o dano havia sido causado por um intermediário do produto. Além disso, a responsabilidade contratual não havia sido concebida para assegurar a reparação dos danos habitualmente causados por produtos perigosos, algo bastante alheio e estranho à esfera dos interesses protegidos pelo contrato⁶⁸⁸.

As novas estruturas econômicas e sociais colocavam em questão e suscitavam dúvidas sobre a construção dos modelos de responsabilidade, vez que, de modo geral, os danos causados pelos produtos ignoravam a distinção entre contratante e não contratante. Além disso, as relações bilaterais (pessoa com pessoa), que deram forma às regras tradicionais, tendiam a ser substituídas por relações multilaterais entre

⁶⁸⁶ VINEY, Geneviève. Prefácio. In: BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits: étude de droit compare**. Paris: L.G.D.J., 2004, p. VI.

⁶⁸⁷ Quanto à origem da noção de legítimas expectativas, eis a impressão de BORGHETTI: “Les commentateurs de la directive sont assez discrets sur l’origine exacte de cette notion d’attente légitime. Pour notre part, il nous paraît très vraisemblable qu’elle est directement inspirée du droit américain de la *products liability* et de ses développements au tournant des années 1960 e 1970”. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 434.

⁶⁸⁸ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 10.

organizações e múltiplas vítimas. Quer dizer, o contato direto entre vítima e causador do dano cedeu espaço às cadeias de produção e de comercialização⁶⁸⁹.

A Seção II, do Capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, parece não deixar dúvidas: o legislador optou pela adoção do regime da responsabilidade civil objetiva, independentemente da existência de culpa, ao fato do produto. Quanto ao fato do serviço, há apenas uma exceção em relação aos profissionais liberais, pois, na forma do art. 14, §4º, suas responsabilidades são aferidas mediante culpa (opção legislativa pela responsabilidade subjetiva).

Muito embora costume se pregar que a dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não se mostrou apta a proteger adequadamente o consumidor, justificando-se a existência de uma unicidade teórica chamada teoria da qualidade⁶⁹⁰, deve-se estabelecer que o modelo da responsabilidade pelo fato do produto aqui estudado tem natureza de responsabilidade puramente extracontratual⁶⁹¹, aproximando-se, assim, da Diretiva e do modelo norte-americano⁶⁹².

Diga-se que o regime do fato do produto, previsto no diploma consumerista, não é verdadeiramente um instrumento de proteção específico do consumidor, vez que o seu foco está na figura do fornecedor e na segurança dos produtos que ele coloca em circulação⁶⁹³:

Trata-se de um sistema legal de regulação da atividade produtiva, que exige que os produtos introduzidos no mercado apresentem um padrão mínimo de segurança, sob pena de responsabilização do fornecedor perante todos os atingidos, sejam eles consumidores ou não.

Esse fato pode ser explicado pela origem do regime da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço previsto no Código do Consumidor. É notório que, na elaboração desse regramento, o legislador brasileiro buscou inspiração na Diretiva 85/374 da Comunidade Europeia, relativa à responsabilidade decorrente

⁶⁸⁹ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 10.

⁶⁹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148 e ss.

⁶⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, 2016, p. 1346-1407. Mesmo o Restatement (Second) posicionou claramente o regime da products liability na seara extracontratual. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 34.

⁶⁹² Quando da análise do Decreto-Lei n° 383/89, norma que introduziu e executou em Portugal a Directiva 85/374, João Calvão da Silva chegou à mesma conclusão, isto é, trata-se de matéria atinente à responsabilidade extracontratual, já que é independente de qualquer relação contratual entre o produtor e o lesado. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor...**, p. 478.

⁶⁹³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?..., p. 212.

de produtos defeituosos. Ocorre que a referida Diretiva em momento algum afirma que esse regime especial de responsabilidade beneficia apenas os consumidores. O termo “consumidor” foi propositalmente omitido nos artigos da Diretiva que instituem regras de responsabilidade, para permitir a reparação de toda e qualquer vítima de acidentes corporais – lesões corporais ou morte – provocados por produtos defeituosos. Trata-se de um regime geral de responsabilidade e, até por isso, na França, a responsabilidade pelo defeito do produto foi incorporada, não ao Código do Consumo, mas ao Código Civil⁶⁹⁴.

Desse modo, percebe-se que a temática da responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos não deve ser limitada às relações consumeristas. Pelo contrário, a origem europeia, como afirmado por Carnaúba, bem como o desenvolvimento da *products liability* norte-americana dão conta de que o tema é mais amplo, aplicando-se a casos que muitas vezes não envolvem consumidor e fornecedor.

Em termos gerais, prevalece na doutrina que a eleição do regime mais protetivo ao consumidor, da responsabilidade sem culpa, se deve à complexidade tecnológica da sociedade de consumo, à dificuldade de o consumidor comprovar a culpa do fornecedor e da insuficiência da responsabilidade subjetiva para atender aos interesses dos consumidores.

Como consequência da opção legal pela responsabilidade objetiva, não seria sequer relevante tenha o fornecedor sido o mais cuidadoso possível quando da elaboração do produto. Não se está a tratar de mera presunção de culpa, em que bastaria ao fornecedor comprovar que atuou com diligência, tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. Logo, o Código de Defesa do Consumidor define que o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia⁶⁹⁵.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, solucionou-se um vácuo legislativo a respeito da responsabilidade do produtor, permitindo-se que seja estabelecida uma linha direta entre a vítima e o fabricante, muito embora haja alguma

⁶⁹⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?..., p. 213.

⁶⁹⁵ Foi essa a tese defendida por Nelson Nery Jr. e que acabou vencedora no seio da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do anteprojeto. BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 163.

discussão sobre as fontes e manutenção da dicotomia dos planos da responsabilidade civil⁶⁹⁶.

Quanto ao direito à reparação de danos, o Brasil se inspirou diretamente na Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, de modo que várias das disposições ali previstas foram transcritas integralmente no Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990)⁶⁹⁷.

Por sua vez, como alerta a doutrina, a inspiração maior da comissão que elaborou o projeto da diretiva proveio do direito norte-americano, particularmente do *Second Restatement of Torts* de 1965. Muito embora tenha adaptado a Diretiva em certos pontos, buscando evitar os excessos encontrados no modelo americano, a essência do *Restatement (Second)* se encontra na disposição europeia⁶⁹⁸:

[...] deve-se reconhecer que o sistema brasileiro, embora inspirado no direito comunitário europeu, aproxima-se mais, em muitos pontos, do sistema americano, que, curiosamente, serviu de ponto de partida para os juristas europeus. O caminho percorrido pela responsabilidade por acidente de consumo, iniciando nos Estados Unidos, passando pela Europa e chegando ao Brasil, formou uma interessante ferradura não apenas geográfica, mas também jurídica⁶⁹⁹.

A percepção de Sanseverino é correta se levado em conta o regime da *products liability* do *Restatement (Second)*. Como visto, o sistema americano foi se adaptando ao longo de sua história e o modelo atual, previsto no *Restatement (Third)*, possui menos afinidades com a disciplina jurídica brasileira.

Interessante mencionar a percepção doutrinária de que a Diretiva se afastou da técnica largamente utilizada à época nos Estados Unidos que consiste em comparar os

⁶⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade por acidentes de consumo. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 36, 1995, p. 74. A respeito do contato social de consumo como fonte da responsabilidade civil no CDC, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 211-220.

⁶⁹⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 156-159. Para maiores aprofundamentos sobre a aplicação da Diretiva do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (85/374/EEC), veja-se o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Económico e Social Europeu, publicado no ano de 2018. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/35306d2c-51d5-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-118533576>.

⁶⁹⁸ BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 13-14; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 51-52 e 241.

⁶⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 28.

riscos potenciais presentes com as vantagens ou utilidades do produto. Tal técnica de análise dos custos e benefícios, que também era muito usada na Inglaterra antes da transposição da Diretiva, não foi acolhida expressamente no texto da Diretiva⁷⁰⁰.

Desse modo, pode-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro, ao importar a Diretiva, acabou também se aproximando de alguns pontos da lógica prevista no *Restatement (Second)*.

Na doutrina brasileira, costuma-se encontrar referências aos casos mais célebres do desenvolvimento histórico da *products liability* dos Estados Unidos⁷⁰¹, no entanto, são praticamente inexistentes as menções ao *Restatement (Third)*, datado de 1998. Mesmo as edições mais recentes das obras consumeristas brasileiras ainda fazem referência ao *Restatement (Second)*, sem mencionar as substanciais modificações sofridas ao longo das últimas décadas no modelo norte-americano⁷⁰².

Em raras oportunidades, a doutrina cita expressamente que a *products liability* norte-americana se vale do teste dos riscos e utilidades para defeitos de concepção, mas não chega a expender ou traçar maiores detalhes⁷⁰³.

Com razão, Reinig salienta que a doutrina brasileira, apesar de se concentrar no desenvolvimento das discussões norte-americanas da década de sessenta, deixa de mencionar o início dos debates acerca da necessidade de definição de critérios para a identificação do defeito, sobretudo no que tange aos defeitos de concepção⁷⁰⁴.

Mas não é só. A *common law* norte-americana, como visto no primeiro capítulo, se mostra exemplo persuasivo de que, embora inicialmente tenha se afastado de qualquer

⁷⁰⁰ SLIM, Hadi. Le défaut dans la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. In: In: La responsabilité du fait des produits défectueux: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance. Paris: IRJS, 2013, p. 17-19.

⁷⁰¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Risco do Desenvolvimento: estudo comparado entre o direito do consumidor brasileiro e o direito norte-americano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 2, n.V, p. 302-319, 2004; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 13-18.

⁷⁰² BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 160; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 491; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 13-32; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1429

⁷⁰³ Veja-se que Pasqualotto afirma: "No Direito norte-americano, o defeito de design pode ser inferido do balanço entre as vantagens e desvantagens do produto. Por esse critério, ao impor a indenização dos danos, a responsabilidade civil assume uma função dissuasória (deterrence)". PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **O direito dos fumantes à indenização...**, p. 30.

⁷⁰⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 109.

avaliação de culpa (especialmente na fase de expansão da *products liability*), o problema da análise da conduta do produtor teve que ser enfrentado pelas cortes quando da concretização do conceito de defeito⁷⁰⁵.

Assim, é de se questionar o silêncio da doutrina brasileira a respeito do desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência norte-americanas nas últimas décadas, principalmente porque foram significativas as mudanças na *products liability*. Aquele leitor desconfiado pode levantar a hipótese de uma espécie de cegueira deliberada, já que tradicionalmente o direito do consumidor brasileiro tende a ser altamente protetivo ao vulnerável, e como houve verdadeiro refluxo da responsabilidade objetiva nas jurisdições americanas, não interessaria ao consumerista trazer ao debate questões que supostamente enfraqueceriam o direito à indenização dos consumidores.

Outra hipótese seria a perda do interesse de se estudar a *common law* e o modelo norte-americano, pressupondo-se que o modelo nacional seria autossuficiente e satisfatório e que os olhos da doutrina estariam somente voltados à Europa. De qualquer forma, é no mínimo incompleto contar a história do desenvolvimento da *products liability* norte-americana até o advento do *Restatement (Second)*, como se as jurisdições americanas ainda estivessem a adotar o modelo inicial da *strict liability*. Convém, por isso, aprofundar os estudos e colocar em pauta o desenvolvimento da *products liability* estadunidense até o seu cenário atual, pois tal debate pode auxiliar na construção teórica dos conceitos nacionais, contribuindo para aprimorar os critérios decisórios do modelo brasileiro de responsabilidade pelo fato do produto.

3.4. Os elementos do fato do produto

Previsto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o modelo da responsabilidade pelo fato do produto não se confunde com o regime da responsabilidade pelo vício do produto, previsto no artigo 18 e seguintes⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 109.

⁷⁰⁶ Para distinguir vício e defeito, vício do produto e fato do produto, veja-se: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1343 e ss.; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense,

Em verdade, o fato do produto não corresponde estritamente ao dano, nem ao defeito, mas sim conjunto dos elementos conectados por meio do nexu causal⁷⁰⁷. São esses elementos que serão apresentados brevemente neste tópico.

3.4.1. Dano

De modo geral, o modelo brasileiro segue a lógica dos direitos de família romano-germânica. Atualmente, pode-se afirmar que quase todos os danos são reparáveis (pessoais ou a coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, diretos ou indiretos) quando causados com culpa. Também os mais importantes danos causados são objeto de reparação mesmo quando não se verifique culpa⁷⁰⁸.

No sistema de responsabilidade por fato do produto, exige-se que tenha havido um dano e que este tenha sido causado por um defeito. Tal dano causado por um defeito também costuma ser chamado de acidente de consumo. Desse modo, sem o acidente de consumo, que é o dano causado por um defeito, não há de se falar em fato do produto⁷⁰⁹.

Nesse sentido, eis a lição de Eduardo Arruda Alvim:

Fato do produto significa dano causado por defeito apto a ensejar a responsabilidade do fornecedor pelo sistema do Código. O fato do produto, de consequente, não se confunde com o mero defeito. Sem dano, não há fato do produto, mas mero vício do produto. Doutra parte, o fato do produto também não se confunde com o dano, pois para que haja fato do produto, este deve ter sido

2017, p. 187 e ss.; PASQUALOTTO, Adalberto. Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *civilistica.com*, v. 9, n. 2, p. 1-23, 9 set. 2020.

⁷⁰⁷ “O fato do produto, desta forma, não corresponde estritamente ao dano nem ao defeito. Em primeiro lugar porque ‘o mero defeito constatado não caracteriza fato do produto, mas apenas vício, regulado na forma dos arts. 18 e ss., somente configurando-se fato do produto quando do defeito decorrerem prejuízos, danos, que não a mera desvalorização ou a impossibilidade de uso, estando estes vícios regulados na seção subsequente’, não autorizando a reparação nos termos do art. 12 que não pode prescindir do dano e do nexu causal. Em segundo, porque o dano, mesmo causado pelo produto, igualmente, de modo isolado, não se confunde com o fato do produto, e também, per se, não possibilita a responsabilização sem que cumulado com a comprovação da existência do defeito e da relação de causalidade”. (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, p. 141).

⁷⁰⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**..., p. 564-567.

⁷⁰⁹ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. In: *Direito do Consumidor: a visão da empresa e da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código, de ensejar a responsabilidade do fornecedor⁷¹⁰.

O regime instituído no Código de Defesa do Consumidor, seguindo a tradição do ordenamento jurídico brasileiro, não admite qualquer restrição quanto à natureza do dano indenizável. Deve o fornecedor, com base no princípio da reparação integral, compensar todos os danos causados ao consumidor, incluindo-se tanto os danos patrimoniais quanto os extrapatrimoniais.

Assim, diferentemente da Diretiva 85/374/CEE, o regime instituído pelo CDC não admite qualquer limitação ao *quantum indenizatório*. Uma vez configurados os pressupostos e requisitos da responsabilidade, todas as espécies de dano devem ser reparadas. A única exceção decorre da própria distinção entre responsabilidade pelo vício do produto (adstritos às hipóteses de inadequação do produto, nos termos do art. 18 do CDC) e responsabilidade por defeito do produto (ligada à tutela de interesse de integridade do consumidor)⁷¹¹.

Diga-se que a reparação dos danos patrimoniais no direito brasileiro também inclui o prejuízo decorrente da destruição do próprio produto, desde que se configure verdadeiro acidente de consumo e não mero vício do produto⁷¹².

Portanto, embora significativas as influências da legislação comunitária europeia, o Código de Defesa do Consumidor, ao prever como direitos básico do consumidor, entre outros, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, distanciou-se neste ponto da Diretiva 85/374/CEE⁷¹³.

Do direito norte-americano, infere-se da seção 2 do *Restatement (Third)* que a *products liability* somente se atém aos danos causados a pessoas e à propriedade, sem

⁷¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 134.

⁷¹¹ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 142; REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 21.

⁷¹² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 150-151.

⁷¹³ [...]. O Código não recepcionou as normas limitadoras no valor indenizatório, bem como tutelou os danos decorrentes de abalos extrapatrimoniais. O legislador seguiu a tradição civilista de nosso ordenamento jurídico, acolhendo o princípio da reparação integral do dano à luz do artigo 1.059 do CC/1916, positivado atualmente no artigo 944 do CC/2002. Ainda, a codificação sofreu fortes influências do direito norte-americano, em especial do Second Restatement of Torts. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 235-237).

autorizar reparação pelos danos acarretados ao próprio produto defeituoso, nem danos puramente econômicos⁷¹⁴.

Sobre esse ponto, vale registrar que a categoria dos danos puramente econômicos ou danos puramente patrimoniais – que, em termos gerais, corresponde a um grupo de prejuízos que não encontra reparação em determinados ordenamentos jurídicos, sobretudo por não violarem um bem jurídico – é pouco estudada no Brasil, onde nem mesmo o seu termo é amplamente conhecido⁷¹⁵.

3.4.2. Nexo de causalidade entre o dano e o defeito

Sem a comprovação do nexo de causalidade não há ressarcimento. O Código de Defesa do Consumidor não apresenta uma definição precisa de tal elemento, como também o Código Civil de 2002. Na literatura jurídica e na jurisprudência, as teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causa direta e imediata são comumente citadas como adotadas pelo ordenamento jurídico nacional⁷¹⁶.

A respeito da necessária diferenciação entre os elementos do regime do fato do produto, Reinig lança o exemplo de consumidor de produto defeituoso que sofre uma lesão leve, como um pequeno corte no braço. Levado para se tratar no hospital, a vítima acaba por contrair cólera. Esse cenário, segundo a teoria da equivalência das condições, faria o produtor responder pelos danos sofridos. No entanto, como essa solução é questionável, mostra-se necessária uma limitação à fórmula da *conditio sine qua non*⁷¹⁷.

⁷¹⁴ For Purposes of this Restatement, harm to persons or property includes economic loss if caused by harm to: (a) the plaintiff's person; (b) the person of another when harm to another interferes with a legally protected interest of the plaintiff; or (c) the plaintiff's property other than the product itself. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 88-89.

⁷¹⁵ Para maiores aprofundamentos sobre os "pure economic losses", PETEFFI DA SILVA, Rafael; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael; CELLA, José Renato Graziere. (Org). **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito Do Consumidor E Novas Tecnologias**. 1ª ed. Barcelona. Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 1-30.

⁷¹⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto: acidente de consumo em decorrência do uso de medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 29, vol. 127, jan-fev. 2020, p. 338.

⁷¹⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**..., p. 24.

A teoria da causalidade adequada tem uma característica que a une com a teoria da equivalência das condições: a necessidade de que as possíveis causas analisadas possuam a característica de se constituírem em *conditio sine qua non*. Entretanto, a grande novidade introduzida pela teoria refere que as causas, além de necessárias, devem estar revestidas de um critério de adequação⁷¹⁸.

Assim, um fato pode ser considerado causa de um dano se, de acordo com os dados da ciência e da experiência, no momento da sua produção, fosse possível prever que seria capaz de gerar o dano. Trata-se da busca, entre as diversas causas do dano, por aquelas que apresentam a possibilidade objetiva do resultado⁷¹⁹.

Por isso, voltando ao exemplo do paciente infectado por cólera no hospital, nota-se que tal acidente não é causa adequada à lesão à sua saúde. O defeito do produto torna-se condição da lesão em razão da circunstância extraordinária de o consumidor ter ido se tratar num hospital que não atendia às condições básicas de higiene. A contaminação pela cólera decorre, isto sim, de circunstâncias outras, que não foram consideradas do ponto de vista do curso natural das coisas⁷²⁰.

Como quer que seja, a doutrina costuma deixar clara a necessidade de se aferir não só a existência de um defeito no produto, mas também um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor. Isto é, não basta o nexo causal entre o dano e o produto, ou a mera comprovação de que a lesão resultou como consequência do uso ou consumo do produto, fazendo-se imprescindível comprovar que o dano foi ocasionado por defeito do produto e que tal defeito teve origem na fábrica ou no estabelecimento comercial⁷²¹.

Entretanto, muito embora partam desse discurso, por vezes a doutrina e a jurisprudência confundem o requisito do defeito com o nexo de causalidade, como se

⁷¹⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda da chance...**, p. 23.

⁷¹⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda da chance...**, p. 24.

⁷²⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 24-25. O autor cita, ainda, a teoria da finalidade da norma para solucionar o problema (p. 25 e seguintes).

⁷²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1424; MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 144.

verá detidamente em tópico sobre a responsabilidade do fabricante por atos do comerciante⁷²².

Prevalece o entendimento, ademais, da desnecessidade de o consumidor comprovar a comercialização do produto ou de sua defectibilidade, haja vista a presunção legal de que o fornecedor introduziu um produto defeituoso no mercado de consumo⁷²³. Conforme consta do §3º do artigo 12 do CDC, cabe ao fornecedor comprovar uma das excludentes de responsabilidade - a não colocação do produto no mercado; a ausência de defeito; ou o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro⁷²⁴ - para romper o nexo de causalidade e, como corolário, afastar o dever de indenizar⁷²⁵. Sobre esse ponto, vale consignar que a inexistência de defeito pode não quebrar o nexo de causalidade obrigatoriamente, como no caso do cigarro, que, por suas características, pode ter sido a causa do dano, mas, por inexistir defeito de concepção, não dá direito à indenização.

3.4.3. Defeito

O defeito constitui elemento central do suporte fático do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor⁷²⁶, por isso, a sua definição é da maior importância para definir o regime de responsabilidade do fato do produto. Sua natureza está relacionada a alguma situação mais grave do que o regime dos vícios, pois os defeitos são capazes de causar danos à saúde ou segurança do consumidor⁷²⁷.

⁷²² Para maiores esclarecimentos, ver REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 89, 2013.

⁷²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 280; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT: 2013, p. 435; e MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 530.

⁷²⁴ Art. 12. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁷²⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 338.

⁷²⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 27.

⁷²⁷ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 110.

Por isso é que recai sobre a doutrina e sobre a jurisprudência⁷²⁸, a partir da cláusula geral prevista na norma, a difícil tarefa de estabelecer uma definição do que seja defeito, indicando os devidos critérios para a sua concretização⁷²⁹.

Da análise dos elementos da responsabilidade civil por acidentes de consumo, a doutrina costuma indicar que o defeito é uma manifestação de ilicitude, isto é, o conceito de ilicitude tem íntima relação com a noção de defeito⁷³⁰, posto que a colocação pelo fornecedor de um produto defeituoso no mercado constitui um ato antijurídico, contrário ao inerente dever de segurança que rege as relações de consumo⁷³¹. Apesar dessa aproximação com a ilicitude, a doutrina ainda diverge sobre o fundamento da responsabilidade civil por acidentes de consumo e sobre a eventual adoção da teoria do risco pelo CDC⁷³².

Muito embora a legislação não tenha previsto expressamente a tipologia clássica dos defeitos – de fabricação, de concepção e de informação – já há muito tempo é utilizada pela doutrina nacional para dissertar sobre os seus requisitos e circundar o tema da responsabilidade pelo fato do produto.

O capítulo final desta pesquisa se debruçará sobre a noção de defeito a partir dessa tipologia. Como quer que seja, desde já, adianta-se que os defeitos de fabricação e de concepção se sustentam em vícios materiais ou intrínsecos, enquanto os defeitos de informação dizem respeito a aspectos formais ou extrínsecos. Em todos, há um ponto em comum: trata-se de defeitos que carregam para o produto uma potencialidade danosa, que pode se revelar em todo e qualquer produto, mesmo nos mais mezinhos e inofensivos até os mais perigosos (explosivos, materiais inflamáveis, venenos)⁷³³.

Menos comum é a distinção entre defeitos juridicamente relevantes para responsabilidade civil e defeitos juridicamente irrelevantes para responsabilidade civil. Essa proposta, defendida por Marins, configura os defeitos que não estão previstos no

⁷²⁸ “A noção de defeito dada pelo CDC aparece como verdadeira cláusula geral que deve ser concretizada pela ‘jurisprudência’”. AMARAL JR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 272.

⁷²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 122.

⁷³⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 114.

⁷³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1430.

⁷³² Tal tema será abordado em tópico específico desta pesquisa.

⁷³³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 161; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 150.

artigo 12 do CDC como irrelevantes para responsabilidade civil. Isto é, defeitos que não sejam decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como os que não decorram de informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos. O autor cita como exemplos de defeitos juridicamente irrelevantes aqueles que decorrem da ação exclusivamente culposa do consumidor ou de terceiro, os que decorram de caso fortuito ou força maior, da normal ação deletéria do tempo e dos riscos do desenvolvimento⁷³⁴.

Prefere-se não utilizar tal classificação nesta pesquisa, já que as hipóteses citadas retratam, em verdade, inexistência do caráter defeituoso do produto. Se o dano decorre da conduta exclusiva do consumidor, que, por exemplo, foi imprudente ao manipular determinado produto cosmético, não há razão para considerar o produto como defeituoso.

Em verdade, a noção jurídica de defeito está umbilicalmente ligada ao caráter de perigo do produto decorrente da violação de um dever jurídico de segurança, não se confundindo com a acepção vulgar da palavra. Tal perigo não razoável, é inegável, pode surgir por diferentes razões, inclusive por culpa do consumidor. Assim, ao se buscar um conceito operacional de defeito, parece melhor não confundir os termos, posicionando a defectibilidade do produto para situações antijurídicas diretamente relacionadas à violação ao dever de segurança.

Não se quer, com isso, dizer que o produto só será considerado defeituoso em caso de sentença condenatória procedente em demanda indenizatória.

A responsabilidade pelo fato do produto significa dano causado por defeito apto a ensejar responsabilidade do fornecedor pelo sistema do CDC. O fato do produto, por conseguinte, não se confunde com o mero defeito. Dessa forma, sem dano, não há fato do produto, mas mero vício do produto. Doutra parte, o fato do produto também não se confunde com o dano, pois para que haja fato do produto, este deve ter sido causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código, de ensejar a responsabilidade do fornecedor⁷³⁵. Em outras palavras:

⁷³⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 110

⁷³⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do...**, p. 134.

O dano é consequência que nem sempre se materializa. O defeito constitui ameaça geral. O dano é prejuízo particular trazido à vítima pelo acidente. Havendo defeito sem dano, o bem jurídico em causa é a segurança dos consumidores e como consequência o produto deve ser retirado do mercado. É uma fase de prevenção. Se ocorrer o dano terá que haver a reparação, desde que se constate o defeito⁷³⁶.

Portanto, não há se confundir o caráter defeituoso do produto com a responsabilidade pelo fato, que somente é observada após o dano sofrido pela vítima. Correlação não implica causalidade. O produto reputado defeituoso, por sua vez, prescinde da causação do dano, como costuma ocorrer nos defeitos de concepção, que devem ser submetidos ao *recall*.

Se o defeito é o eixo central da responsabilidade pelo fato do produto, as situações danosas que não configuram dever de indenizar, quer pela atuação do consumidor ou de terceiro, quer pela natureza do produto, deixarão de se amoldar a essa noção conceitual do termo.

O defeito não está jungido à noção de dano, podendo ser assim taxado sem a ocorrência do acidente de consumo. Entretanto, a causação de um dano por um produto não revela necessariamente a ocorrência do defeito. Em outras palavras, se o produto se tornou mais perigoso pelo passar do tempo, extrapolando-se claramente o que se convencionou chamar de sua vida útil, não há violação à expectativa de segurança. Tal produto não se submeterá, por exemplo, ao *recall*. Por consequência, não havendo qualquer ganho operacional na utilização do termo defeito para essas situações, convém não se falar no eventual caráter defeituoso⁷³⁷.

Concorda-se, pois, com a assertiva de que “desgaste natural não é defeito”⁷³⁸.

Para não pairar dúvida, convém repisar que a responsabilidade pelo fato do produto exige o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Pode-se cogitar, assim, de um produto defeituoso (excessivamente perigoso) e de um dano sofrido sem embargo do

⁷³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos..., p. 28.

⁷³⁷ “A ação deletéria do tempo é um bom exemplo de defeito não imputável ao fornecedor” (CAVALIERI FILHO, Op. Cit., p. 328) asseverou Cavalieri Filho. Como não houve violação de qualquer dever jurídico de segurança, pois em verdade o produto se mostrou perigoso pelo mero decurso do tempo, não há razão de utilizar o termo defeito, pois tendente a gerar confusão.

⁷³⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 255. Em sentido similar: REsp 984106 / SC, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJ 04.10.2012.

reconhecimento da ausência de responsabilidade pelo fato do produto, caso se constate, por exemplo, a culpa exclusiva do consumidor.

No mais, a respeito das classificações entre diferentes tipos de defeito, convém trazer a compilação de Sanseverino, que tratou de sistematizar as divergentes nomenclaturas utilizadas pela doutrina nacional para classificar os tipos de defeito:

Observem-se algumas classificações: a) Antônio H. Benjamin divide os defeitos quanto à origem, com base na doutrina de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em três modalidades: fabricação, concepção e comercialização; b) Zelmo Denari classifica-os em defeitos de concepção, de produção e de informação ou comercialização; c) James Marins divide-os conforme a fase do *iter* produtivo em que os defeitos surjam em criação (projeto e fórmula), produção (fabricação, construção, montagem, manipulação, acondicionamento) e informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada); d) Sílvio Luis Ferreira da Rocha classifica-os em defeitos de construção, de fabricação ou de informação; e) José Reinaldo Lima Lopes classifica-os em defeitos de fabricação, de projeto e de instruções inadequadas⁷³⁹.

Acrescente-se, ainda, que Sanseverino prefere classificar os tipos de defeito em quatro grandes modalidades: defeitos de projeto, defeitos de construção, defeitos de informação e defeitos de desenvolvimento. Estes últimos se amoldam à discussão referente ao estágio científico e aos riscos do desenvolvimento⁷⁴⁰.

Nesta pesquisa, opta-se pela divisão tradicional em três grupos de defeitos, com terminologia muito aproximada daquela utilizada por Leães.

Os últimos tópicos dessa pesquisa tratarão de detalhar os defeitos de fabricação, de concepção e de informação.

3.5. A noção de defeito e as suas balizas interpretativas

Para verificar se um produto oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, é necessário atender a um conjunto de circunstâncias múltiplas e heterogêneas.

⁷³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 145.

⁷⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 145.

O fornecedor não é responsável por todo e qualquer dano resultante de um produto seu, mas tão somente por aqueles danos oriundos de produtos defeituosos que tenham sido colocados no mercado⁷⁴¹.

No Brasil, o defeito, muito embora possua conceito jurídico indeterminado, recebeu alguma precisão do Código de Defesa do Consumidor, que também nesse quesito seguiu os passos da Diretiva da Comunidade Econômica Europeia⁷⁴².

Eis o que dispõe o §1º do artigo 12 do CDC:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Compare-se com o artigo 6º da Diretiva 85/374/CEE:

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

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

Inspirado no direito comparado, o CDC se afastou do conceito de culpa e evoluiu para uma responsabilidade objetiva. Da Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, buscou a noção de defeito, pedra angular do regime de responsabilidade por produtos defeituosos⁷⁴³, conforme já reconhecido pelos próprios autores do anteprojeto do Código⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC** – Acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97.

⁷⁴² BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 164.

⁷⁴³ Ainda que não tenha ocorrido uma transcrição pura e simples da Diretiva, havendo algumas diferenças substanciais, o CDC guarda forte parentesco com o diploma europeu. Por essa razão, é importante recorrer à doutrina estrangeira que antecedeu a redação da Diretiva e “preparou o terreno”, como também à doutrina que interpretou a Diretiva após a sua transposição ao direito de cada país. PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC**..., p. 15.

⁷⁴⁴ Livro anteprojeto.

Desse modo, a construção jurídica em torno do conceito de defeito na Europa que, por sua vez, muito se inspirou na *products liability* norte-americana, também pode servir de arrimo para auxiliar na construção teórica brasileira.

Relembre-se que a Seção 402 A do *Restatement (Second)* tratava de produtos “*in a defective condition unreasonably dangerous*”⁷⁴⁵. A noção *unreasonably dangerous*, de origem delitual, comportava certa análise da *reasonableness*, com origem na apreciação da *negligence*. Ao contrário, a noção de defeito invoca questões contratuais, herança particularmente clara no que concerne às legítimas expectativas, que também serviam a verificar os deveres contratuais⁷⁴⁶.

A normativa brasileira a respeito da defectibilidade do produto guarda semelhança também com aquilo que fora previsto no *Restatement (Second)*, notadamente no critério das legítimas expectativas dos consumidores, adotado expressamente no comentário “i”.

Quanto aos aspectos positivos da ausência de precisão do conceito de defeito, assim se manifesta Sanseverino:

A legislação não fornece um conceito preciso de defeito, que tenha abrangência para a totalidade das situações possíveis na vida social, tendo optado por uma cláusula geral. A opção é correta, pois não se mostra conveniente, em face da riqueza da vida social, a adoção de uma fórmula fechada. A multiplicidade de ocorrências possíveis na sociedade de consumo que, em função do incessante avanço tecnológico, se diversifica dia a dia, cada vez mais impossibilita o estabelecimento de um conceito fechado de defeito⁷⁴⁷.

Como bem explica Flaviana Rampazzo Soares, a experiência indica que não há uma situação de segurança absoluta para produtos colocados em circulação. Ao mesmo tempo, a legislação também não indica precisamente quais são os elementos concretos que caracterizem um defeito, o que descortina uma atuação proposital do legislador, que optou por estabelecer um conceito jurídico indeterminado, conferindo certo grau de

⁷⁴⁵ “Restatement (Second) § 402 A – (1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold”.

⁷⁴⁶ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 42-43.

⁷⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 122.

fluidez na atividade de construção de seu conteúdo, conforme as circunstâncias do caso concreto e o sistema jurídico vigente⁷⁴⁸.

Parte da doutrina chega a afirmar que o ideal seria que a totalidade dos danos ocorridos na sociedade de consumo fosse indenizada. No entanto, como isso não é possível, sob pena de se inviabilizar a atividade produtiva, estabelecem-se limitações para a responsabilização dos fornecedores⁷⁴⁹.

No Brasil, estabelece-se uma presunção relativa de defeito no produto. Entende a maioria da doutrina que o CDC foi além do que previsto na Diretiva que lhe serviu de inspiração, indicando que, uma vez verificado o dano, caberia ao fornecedor provar que o defeito não existe. Resta, assim, ao consumidor provar o dano e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano⁷⁵⁰, bastando a chamada prova da primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras de experiência comum, que permita um juízo de probabilidade⁷⁵¹.

Eis a premissa adotada pela posição majoritária da doutrina:

Se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor⁷⁵².

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segue-se a linha de que o Código de Defesa do Consumidor – com o objetivo de facilitar em juízo a defesa dos direitos dos consumidores-vítimas dos acidentes de consumo, conferindo-lhes maior proteção, estabeleceu hipótese legal de inversão do ônus da prova, determinando que cabe ao fornecedor, no desiderato de se eximir de responsabilidade, comprovar alguma das excludentes previstas no art. 12, §3º. No caso concreto, “demonstrando o consumidor, na ação por si ajuizada, que o dano sofrido decorreu do produto colocado no mercado

⁷⁴⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 13. ano 4. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017, p. 145.

⁷⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 121.

⁷⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo, na Ótica Civil-Constitucional. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269;

⁷⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 316. Cita por exemplo a repetição de determinado evento em relação a um certo produto.

⁷⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor...**, p. 316. No mesmo sentido: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor...**, p. 605-606.

pelo fornecedor, a esse último compete comprovar, por prova cabal, que o evento danoso não derivou de defeito do produto, mas de outros fatores”⁷⁵³. Para o STJ, não basta a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito, exigindo-se prova taxativa nesse sentido. Há, destarte, presunção *iuris tantum* em favor do consumidor⁷⁵⁴.

Em sentido contrário, James Marins, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, defende que não há se falar em inversão *ope legis* do ônus da prova para a responsabilidade pelo fato do produto. Para o autor, o argumento de que a prova de existência do defeito poderia se tornar exigência demasiado difícil ou insuportavelmente custosa ao consumidor seria de ordem menos jurídica que política e não teria força para afastar o regime do então artigo 333 do CPC. Ademais, a solução para tais casos poderia ser encontrada na regra prevista no artigo 6º, VIII, que trata da inversão do ônus da prova facultativa, ao critério do juiz⁷⁵⁵. Tal posição, minoritária na doutrina brasileira, está em consonância com a normativa da Diretiva e com o modelo encontrado na *Products liability*, posto que, apesar das dificuldades eventualmente sentidas pelo consumidor, recai sobre a vítima do evento a comprovação do defeito. Em diversas situações, é possível a presunção de sua existência, como se dá por meio da utilização do instrumento da *res ipsa loquitur*.

O entendimento dominante passa pela noção de que cabe ao fornecedor comprovar a inexistência do defeito. A doutrina reconhece, inclusive, que com frequência o fornecedor é responsabilizado sem que ocorra qualquer defeito, tendo agido licitamente na colocação do produto no mercado, pois não conseguiu se desincumbir do ônus probatório. Reconhece-se que tal premissa não se prende a mera questão processual, mas a manifestação clara da opção feita pelo legislador pela proteção do consumidor, por meio da socialização e distribuição dos riscos⁷⁵⁶.

De todo modo, “somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem

⁷⁵³ REsp 1656614, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.05.2017.

⁷⁵⁴ REsp 1656614, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.05.2017.

⁷⁵⁵ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 58-59. Com o mesmo raciocínio: ALVIM, Eduardo Arruda. *Responsabilidade civil pelo fato do...*, p. 142.

⁷⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 195.

insuficientes a que o julgador externe com segurança a solução que se lhe afigure a mais acertada”⁷⁵⁷.

Quanto à verificação do dever de indenizar pelo fato do produto, aduz Sanseverino que o primeiro limite encontrado é o estabelecimento de que somente os danos causados por produtos defeituosos devem ser indenizados, isto é, há necessidade de caracterização de um defeito para que surja a obrigação de indenizar⁷⁵⁸.

Como o Código de Defesa do Consumidor define que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, independentemente de culpa, e, ao mesmo tempo, o defeito é pressuposto de extrema importância, o seu conceito aparece como o principal elemento relativizador da obrigação de indenizar⁷⁵⁹.

O elemento central para a construção do conceito de defeito, pode-se dizer, é a carência de segurança. Segundo Benjamin, trata-se – o defeito – de elemento que denota a responsabilidade objetiva, ao causar um acidente de consumo⁷⁶⁰.

Inseguro, por sua vez, é o produto capaz de provocar danos à vida, à integridade físico-psíquica das pessoas, bem como a outros bens, excetuado o dano ao próprio produto em questão, que atrairia o regime da responsabilidade pelo vício (artigo 18, CDC)⁷⁶¹.

Insiste-se, assim, na concepção de que os artigos 12 a 17 do CDC visam a proteger o consumidor em relação a produtos e serviços lançados no mercado de consumo que não apresentam a segurança esperada, causando danos à sua saúde e ao seu patrimônio. Diferentemente do regime jurídico dos vícios no CDC, o bem jurídico tutelado é a segurança ou incolumidade física e patrimonial do consumidor⁷⁶².

No contexto de sua Teoria da Qualidade, Benjamin opta pela utilização da expressão vício de qualidade por insegurança, muito embora reconheça que a expressão seja sinônima de defeito. Quanto a seu conceito, indica que poderia ser concebido como a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos

⁷⁵⁷ REsp 1095271 / RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJ 07.02.2013.

⁷⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 121.

⁷⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 121-122.

⁷⁶⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 180.

⁷⁶¹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 98.

⁷⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 121.

consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo⁷⁶³. Seriam, portanto, dois os elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima e a capacidade de provocar acidentes.

Assim, quando a expectativa legítima dos consumidores existe em relação a uma desconformidade que não tenha o condão de provocar acidentes (a cor ou paladar de um produto), não estamos diante de um vício de qualidade por insegurança (embora se possa estar perante um vício de qualidade por inadequação). Também quando a capacidade de causar acidentes existe, mas não há legítima expectativa dos consumidores em sentido diverso (uma faca ou um pesticida)⁷⁶⁴.

Sabe-se que o CDC não estabelece um sistema de segurança absoluta para produtos e serviços. Quer dizer, não é qualquer insegurança que torna o produto ou serviço defeituoso⁷⁶⁵.

Assim, nem todo produto inseguro é reputado defeituoso. O modelo da responsabilidade pelo fato do produto trata da indenização dos prejuízos decorrentes de uma característica do produto consideravelmente inadequada, isto é, inaceitável⁷⁶⁶.

Para a literatura jurídica brasileira amplamente majoritária, e devidamente escorada no próprio texto legal do Código de Defesa do Consumidor, exige-se que o produto atenda a uma expectativa legítima da sociedade no que se refere à sua segurança.

Puschel chega a afirmar que o CDC adotou um conceito unitário de defeito para os casos que envolvem responsabilidade por acidentes de consumo, configurando-se o defeito na falta de conformidade do produto em relação à legítima expectativa de segurança da sociedade⁷⁶⁷.

Tal expressão (“segurança legitimamente esperada”), cuja ausência caracteriza um produto como defeituoso, revela verdadeiro conceito jurídico indeterminado, devendo ser concretizado pelo juiz com base nas circunstâncias objetivas indicadas pelo legislador⁷⁶⁸.

Os próximos itens deste tópico buscarão revelar os padrões de referência para aferição da defectibilidade do produto, isto é, o patamar a ser alcançado para diferenciar

⁷⁶³ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 154.

⁷⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 154.

⁷⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1405; BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 164-165.

⁷⁶⁶ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 98.

⁷⁶⁷ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 99.

⁷⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 125.

entre o produto seguro e o excessivamente perigoso, bem como elencar os fatores ou circunstâncias relevantes que podem influenciar tal avaliação.

3.5.1. O sujeito das legítimas expectativas

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (artigo 12, §1º, CDC). Esse critério de identificação da defectibilidade do produto foi expressamente positivado no Código de Defesa do Consumidor e, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, configura o principal vetor para todo tipo de defeito (fabricação, concepção ou informação).

Com relação ao sujeito da legítima expectativa de segurança, o padrão para a determinação da defectibilidade não deve ser extraído da expectativa de segurança da vítima ou da própria expectativa de quaisquer consumidores reais. É que as expectativas são, por vezes, altas demais, ou exageradamente baixas, em razão da falta de conhecimento a respeito das condições técnicas de produção, por isso, a doutrina costuma rejeitar a utilização do consumidor (real) como referência⁷⁶⁹.

Prefere-se, ao contrário, identificar a legítima expectativa a partir da avaliação da sociedade, ou seja, da noção de um homem médio (*bonus paterfamilias*), abarcando, inclusive, os *bystanders*⁷⁷⁰.

Nos Estados Unidos, parte da doutrina defendia espécie de abordagem concreta das legítimas expectativas, devendo em cada caso se verificar a expectativa gerada no consumidor por meio da abordagem comportamental e do grau de confiança que foi gerado pela apresentação do produto. Seria necessária análise pontual detalhada do comportamento do mercado para se chegar até a noção de legítimas expectativas⁷⁷¹.

De todo modo, prevaleceu o entendimento de que a análise das legítimas expectativas deve ser objetiva, independente das expectativas particulares da vítima,

⁷⁶⁹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 100-101; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 138-139.

⁷⁷⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 101-102.

⁷⁷¹ BERNACCHI, Michael D. A behavioral model for imposing strict liability in tort: the importance of analyzing product performance in relation to consumer expectation and frustration. 47 **U. Cin. L. Rev.** 43 (1978).

fundando-se no conhecimento ordinário da comunidade. Veja-se a visão norte-americana consagrada desde os tempos do *Restatement (Second)*:

The reasonable consumer will not be just the consumer-plaintiff in the case, whose expectations, after all, may have been farfetched. The Restatement measures the consumer's expectation from the standpoint of the "ordinary knowledge common to the community" as to characteristics of the product in question⁷⁷².

Na mesma linha, eis a opinião de Benjamin:

O que se requer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor; mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo⁷⁷³.

Nesse cenário, evita-se o inconveniente de se adotar o ponto de vista do consumidor, com exclusão dos *bystanders*, ao mesmo tempo em que se toma como medida um sujeito capaz de refletir a expectativa de toda a sociedade. Veja-se que essa expectativa deve ser legítima, isto é, razoável diante da própria realidade existente no campo da produção e circulação do produto avaliado como defeituoso⁷⁷⁴.

Quanto ao padrão da legítima expectativa de segurança, convém verificar a possibilidade e conveniência de se adotarem balizas diferenciadas para produtos que se destinem a um público-alvo específico. Isto é, se seria viável e benéfico modificar a referência de acordo com a aferição de conhecimentos inferiores ou superiores à média geral.

Rocha, apesar de não concordar que o sujeito das legítimas expectativas seja a própria vítima do dano, defende que o parâmetro deve representar a expectativa objetiva do grupo de consumidores a quem se destina o produto⁷⁷⁵. Assim, as exigências de segurança em relação a um brinquedo ou a uma guloseima postos à disposição de crianças em parques de diversões e outros locais públicos são diferentes daquelas

⁷⁷² RHEINGOLD, Paul D. What are the consumer's 'reasonable expectations'? **The Business Lawyer**, vol. 22, no. 3, 1967, pp. 589–600.

⁷⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 165.

⁷⁷⁴ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 102.

⁷⁷⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 93.

relacionadas a objetos consumidos estritamente por adultos, como um medicamento vendido em farmácias⁷⁷⁶.

Nos Estados Unidos, convém citar que um jogo chamado *Jarts ou (lawn darts)*, consistente no arremesso de dardos com pontas de metal em alvos afixados no chão, foi responsável pelo óbito de crianças e milhares de acidentes ao longo dos anos. Em 1998, a *Consumer Product Safety Commission* votou pelo banimento de tal produto do mercado⁷⁷⁷.

Para a doutrina, mesmo nos casos de produtos que se destinam a um público-alvo específico, não devem ser adotados padrões diferenciados, bastando incluir tal fato – a utilização do produto por pessoas com conhecimento e experiência inferiores como analfabetos ou superiores, como técnicos especializados – como fator que influi sobre a expectativa do homem médio⁷⁷⁸.

O homem médio espera, por exemplo, que produtos destinados a crianças ofereçam uma segurança compatível com a falta de conhecimento e de experiência destas. Por outro lado, no caso de produtos cujo público-alvo possui conhecimentos superiores à média, é preciso ter em mente que, como referido acima, a segurança a ser garantida não é apenas a dos consumidores e sim a das pessoas em geral. Disso decorre que a expectativa dos consumidores-alvo do produto não pode servir como padrão para o estabelecimento da legítima expectativa de segurança, mesmo em se tratando de um consumidor-alvo médio ideal⁷⁷⁹.

Prefere-se, assim, não aumentar ou diminuir o nível de exigência em relação aos padrões de segurança esperados a partir da eventual destinação do produto a um público-alvo determinado, mas sim seguir a referência da expectativa a partir do homem-médio.

3.5.2. Os fatores relevantes para a aferição da defectibilidade

Definir se o produto é defeituoso ou não pressupõe a análise cuidadosa a respeito dos patamares de aceitação dos riscos atinentes ao produto. Desse modo, ao se buscar

⁷⁷⁶ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 124.

⁷⁷⁷ Disponível em: <https://www.cpsc.gov/content/following-recent-injury-cpsc-reissues-warning-lawn-darts-are-banned-and-should-be-destroyed>.

⁷⁷⁸ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 103.

⁷⁷⁹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 104.

determinar o grau de segurança para um produto, analisam-se, entre outros fatores, sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e, finalmente, a época em que foi colocado em circulação (requisitos previstos no artigo 12, §1º, do CDC). Os fatores para aferição da defectibilidade de ordem legal, bem como os eventuais standards governamentais eventualmente existentes, serão apresentados nos tópicos seguintes.

3.5.2.1. A sua apresentação

A apresentação do produto está prevista no inciso I do §1º do artigo 12 como a primeira das circunstâncias relevantes a serem levadas em consideração para a análise da defectibilidade do produto.

A apresentação pode ser compreendida como toda atividade do fornecedor destinada a expor seu produto ao público. Inclui-se aí a descrição do produto, com relação às suas características peculiares, e as informações referentes ao seu uso adequado e seguro⁷⁸⁰.

Esse elemento de valoração da defectibilidade, portanto, tem relação com as informações prestadas pelo fornecedor, incluindo desde o anúncio publicitário veiculado pelos meios de comunicação até as informações que acompanham diretamente o produto, como rótulo, bula, instruções ou advertências. Quer-se, assim, valorizar toda a forma externa de apresentação do produto para o público⁷⁸¹.

Portanto, a apresentação do produto, para fins de aferição da sua defectibilidade, também deve levar em conta a publicidade, conforme preceitua o artigo 31 do CDC: “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

⁷⁸⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 105.

⁷⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 126.

Nessa linha, o Código determina expressamente que a publicidade deve assegurar informações ao público sobre os riscos que o produto apresenta à saúde e segurança dos consumidores.

Em alguns casos, a informação repassada aos consumidores exclui a defectibilidade do produto perigoso, sobretudo quando reduz os riscos por ele oferecidos a um grau compatível com a legítima expectativa de segurança da sociedade. Em outros casos, quando, apesar da informação, os riscos oferecidos pelo produto são exageradamente altos, o produto não deixa de ser reputado defeituoso⁷⁸².

Essa problemática, a respeito dos testes específicos de defectibilidade para os eventuais defeitos de informação ou de concepção, será retomada e melhor avaliada na parte final desta pesquisa.

3.5.2.2. O uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam

O artigo 12, §1º, II do CDC prevê expressamente como circunstância relevante para configuração da defectibilidade do produto “o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

O uso e os riscos razoavelmente esperados dizem respeito à utilização normal do produto, concretamente, nos moldes do contexto social. Quer dizer, o uso normal do produto deve ser observado a partir das circunstâncias comumente relacionadas à sua correta utilização, servindo como um fator, entre outros, para aferição da defectibilidade do produto.

Se o martelo de um geólogo, destinado para raspagem de pequenas rochas, é usado para pregar uma parede de concreto e se parte, atingindo o olho do consumidor, não há razão para considerá-lo defeituoso. Foi, portanto, o uso anormal e inapropriado do produto que acarretou o dano sofrido⁷⁸³.

De todo modo, alerta a doutrina que o uso anormal do produto pelo consumidor, quando previsível, sempre deve ser levado em conta quando da fabricação do produto:

⁷⁸² PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106.

⁷⁸³ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product...**, p. 51-52.

“o fabricante de brinquedos ou de canetas deve prever que, além do seu uso normal, esses produtos sejam colocados na boca por crianças, não podendo, por isso, ser tóxicos”⁷⁸⁴. Nessa linha, o dever de cuidado do fornecedor abrange o dever de antever condutas dos consumidores que sejam comuns (previsíveis):

O dever de cuidado também determina, por exemplo, que um fabricante de produtos de limpeza de lentes de contato industrialize um produto que não agrida os olhos do consumidor, pois é possível (“legitimamente esperado”) que o consumidor use esse produto diretamente nos olhos, tanto quanto possa utilizá-lo no asseio das suas lentes de contato.⁷⁸⁵

Além da caneta esferográfica que pode, por vezes, ser levada à boca por adultos ou crianças, a doutrina costuma lembrar o xampu. Mesmo que tal produto seja eficiente para beleza e conservação dos cabelos, deve o fabricante evitar qualquer risco caso esse produto venha a atingir os olhos do consumidor na hora em que lava a cabeça. Isso porque é razoável esperar que o contato do xampu com os olhos possa ocorrer durante o uso normal do produto⁷⁸⁶.

A expectativa legítima do consumidor relaciona-se, assim, com duas outras concepções: a normalidade e a previsibilidade do risco. Reconhecendo-se que a segurança é um conceito relativo, já que não há produto ou serviço totalmente seguro, nota-se que o direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, a consubstanciar verdadeiro defeito⁷⁸⁷.

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 127.

⁷⁸⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos..., p. 146-147.

⁷⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor...**, p. 312. E acrescenta: “Quem lava a cabeça com um xampu pode legitimamente esperar que ele não fará mal algum caso atinja seus olhos. Quem leva inadvertidamente uma caneta à boca também pode esperar não ser intoxicado por ela. É legítimo a mãe esperar que nenhum mal causará ao seu filho o brinquedo de pelúcia que lhe comprou, ainda que ele o leve à boca” Idem, p. 312-313.

⁷⁸⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 155.

⁷⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 156.

De acordo com Gustavo Tepedino, o defeito do produto está na “sua desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço, e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos”⁷⁸⁹.

O elemento normalidade significa que a natureza do produto e o seu modo ordinário de fruição ensejam algum risco para o consumidor. Por outro lado, a previsibilidade diz respeito à adequada informação desses riscos. Assim, o consumidor deve estar ciente da periculosidade e dos riscos do produto que está adquirindo⁷⁹⁰.

O risco ou periculosidade inerente tem primeiramente um requisito objetivo: deve estar de acordo com o tipo específico de produto ou serviço; o requisito subjetivo exige que o consumidor esteja total e perfeitamente apto a prevê-lo. Em suma, *normalidade e previsibilidade* são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe, entretanto, informar o consumidor a respeito desses riscos inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever, hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo⁷⁹¹.

Parte da doutrina considera estapafúrdia a pretensão de se proibir determinados tipos de produtos por meio de ações judiciais, a exemplo de cigarros e bebidas alcoólicas. Muito embora perigosos, sua comercialização é lícita e não há falar em defectibilidade se acompanhados da informação adequada⁷⁹². Relembre-se que a tentativa de se reputar categorias inteiras de produtos como defeituosas já foi objeto de intenso debate na doutrina norte-americana. Salvo situações muito pontuais (como no já mencionado *Jarts ou lawn darts*), não há casos que envolvem *category liability*, considerada medida extremamente intervencionista do Poder Judiciário no mercado de consumo.

No caso de aparelho celular que teria, ao ser utilizado pela consumidora, apresentado grave defeito em seu sistema de alto falante, emitindo som em altíssimo

⁷⁸⁹ (A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo, na Ótica Civil- Constitucional, in Temas de Direito Civil, Renovar, p. 240).

⁷⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 141; e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, 1991, p. 49-50.

⁷⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor...**, p. 317.

⁷⁹² SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 188.

volume, que veio a causar a ela danos no sistema auditivo, entende-se configurado o fato do produto. Por certo, o exagerado volume do alto falante do aparelho celular que vem a causar danos ao sistema auditivo da consumidora não pode ser tido como corriqueiro, normal ou previsível durante a utilização de um telefone celular. Pelo contrário, trata-se da falha anormal e imprevista, capaz de gerar o dever de indenizar⁷⁹³.

A doutrina nota, assim, que a associação entre defeito e falha é decisiva para a exata compreensão do defeito enquanto pressuposto da responsabilidade do fornecedor, posto que nenhum produto ou serviço é isento de riscos ao consumidor⁷⁹⁴:

Deste modo, a falha que caracteriza o defeito está na anormalidade do risco, seja porque passa a existir em razão desta falha, ou em razão dela aumenta sua intensidade. Há, contudo, produtos ou serviços com periculosidade inerente. Ou seja, cujos riscos sejam por si elevados, mas que ainda assim, normalmente em comparação à utilidade que deles se obtém, admite-se que sejam colocados no mercado, determinando-se apenas que haja em relação a eles a advertência de modo ostensivo e adequado. A periculosidade inerente que seja característica do produto ou serviço, e não resulte, portanto, de falha do processo de concepção, fabricação e comercialização ou execução, não caracteriza o defeito, afastando a responsabilidade do fornecedor⁷⁹⁵.

Nessa linha, exige-se que a existência de periculosidade esteja em acordo com o tipo do produto ou serviço (critério objetivo); além disso, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não deve surpreendê-lo (critério subjetivo). Uma vez presentes os dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente, não gerando consequências⁷⁹⁶.

Via de regra, os prejuízos decorrentes de produtos de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar do fornecedor, salvo se houver defeito de informação⁷⁹⁷. O afastamento da responsabilidade do fornecedor exige, ainda, a conjunção dos elementos normalidade e previsibilidade.

⁷⁹³ TJSP. Apelação Nº 9286605- 31.2008.8.26.0000, Quarta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator:Fábio Quadros, Julgado em 16/08/2012.

⁷⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]..., (sem paginação - RB-2.104).

⁷⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]..., (sem paginação - RB-2.104).

⁷⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 156.

⁷⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, 1999, p. 16. No mesmo sentido, veja-se: DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**..., p. 196-198.

Já quando o perigo é latente nas mercadorias chamadas perigosas, não há que se confundir: o defeito, enquanto categoria jurídica, introduz no produto uma potencialidade danosa por ele não possuída, e, assim, inesperada para o consumidor ou usuário comum⁷⁹⁸.

Pode-se dizer que os elementos normalidade e previsibilidade são os parâmetros utilizados pelo teste das legítimas expectativas para justamente identificar a defectibilidade do produto. Nessa toada, “o defeito é justamente o critério que permite separar os riscos inerentes dos riscos adquiridos”⁷⁹⁹.

Com relação aos fármacos, embora possuam finalidades curativas ou preventivas, podem, por vezes, causar danos à saúde de seus consumidores diante de seus efeitos colaterais. Via de regra, por sua natureza, mostra-se impossível fabricá-los sem essas características⁸⁰⁰.

Assim, costuma-se elencar os medicamentos como produtos de periculosidade inerente, pois a periculosidade destes produtos, supostamente, é conhecida e previsível. Por consequência, não surpreenderão o consumidor em sua legítima expectativa de segurança⁸⁰¹.

Quanto à utilização anormal do produto, Sanseverino relata caso julgado pela Corte de Cassação da Itália em que foi condenada a fabricante de uma pistola de brinquedo em razão de uma criança ter aberto o tambor, explodindo uma cápsula de pólvora e atingindo o seu olho. A Corte entendeu que o fabricante “agiu com negligência por não ter previsto a hipótese de uma criança usar de forma anormal o produto, não providenciando mecanismos de segurança para evitar a extração do tambor do revólver de brinquedo”⁸⁰².

É preciso reconhecer que a utilização incorreta do produto, se dentro da esfera daquilo que é legitimamente esperado, pode gerar a responsabilidade do fabricante. Ao contrário, se a utilização incorreta do fabricante não é legitimamente esperada, como o

⁷⁹⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 161.

⁷⁹⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil?... , p. 215.

⁸⁰⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 341; CAVALIERI FILHO, Sérgio, 1999, p. 15.

⁸⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, 1999, p. 15.

⁸⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 141 p. 127.

uso de cola de sapateiro como substância entorpecente, não há que se falar em dever de indenizar⁸⁰³. Foi a partir dessa segunda conclusão que Puschel assentou: “O fornecedor não é responsável quando a periculosidade do bem decorre do seu uso anormal e imprevisível”⁸⁰⁴.

O conceito de periculosidade faz parte da classificação que ainda elenca a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. A primeira é marcada pela sua imprevisibilidade para o consumidor, pois impossível (ou, quando possível, inútil) qualquer modalidade de advertência, já que esta não tem o condão de eliminá-la. Desse modo, tendo-se em vista a causa do mau funcionamento (defeito), é possível identificar três modalidades básicas de periculosidade adquirida: defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização⁸⁰⁵.

A caracterização – nem sempre possível – de um defeito como de fabricação, de concepção ou de comercialização tem grande importância na justificação que se pode formular para eventuais desvios da responsabilização sediada e culpa. Passível de críticas, a tripartição dos defeitos, embora não trazendo benefícios metodológicos fantásticos, tampouco provoca prejuízos à análise da questão. A precisão científica, realmente, sofreria muito mais na ausência de tal diferenciação⁸⁰⁶.

A periculosidade exagerada, a seu turno, seria aquela presente em produtos que não podem, em hipótese alguma, circular em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização. São considerados defeituosos por ficção, a exemplo de um brinquedo que apresenta grandes possibilidades de sufocação da criança. A informação dos perigos é de pouca valia em decorrência dos riscos excessivos dos produtos e serviços⁸⁰⁷.

Por apresentarem uma periculosidade inerente exagerada, sequer podem ser colocados no mercado de consumo, cabendo ao Poder Público, com auxílio técnico, impedir a comercialização de produtos de risco exagerado, ou retirá-los de circulação tão logo seja apurada essa periculosidade⁸⁰⁸.

⁸⁰³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 141 p. 127.

⁸⁰⁴ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 107.

⁸⁰⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Fato do produto e do serviço...**, p. 159.

⁸⁰⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Fato do produto e do serviço...**, p. 159.

⁸⁰⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Fato do produto e do serviço...**, p. 159-160.

⁸⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor...**, p. 320.

Vale mencionar que, ao abordar o conceito de periculosidade exagerada, Benjamin adota expressamente a linguagem econômica que envolve a análise dos riscos e dos benefícios, a lembrar o teste previsto no *Restatement (Third) do risk-utility*, e cita um defeito de concepção. Muito embora previsíveis os riscos, o potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores⁸⁰⁹.

Pode-se concluir, assim, que Benjamin costuma definir os diferentes graus de segurança, de modo que, se a periculosidade inerente não configura defeito, as periculosidades adquirida e exagerada trazem potencial danoso superior ao que legitimamente se espera⁸¹⁰.

3.5.2.3. A época em que foi colocado em circulação

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, a época em que foi colocado em circulação. Essa é a previsão do artigo 12, §1º, III do Código de Defesa do Consumidor.

A análise da defectibilidade do produto, por isso, pressupõe não só a época, mas também o significado de colocar em circulação.

Assim, a fabricação de um produto defeituoso não constitui, por si só, um fato antijurídico. É a colocação no mercado do produto defeituosamente fabricado o ato voluntário do fabricante a que se deve conectar, por meio do nexo causal, o resultado danoso⁸¹¹. Nesse sentido, Leães conclui:

Antes da comercialização, a conduta do titular do processo de fabricação não apresenta nenhuma potencialidade de dano para o consumidor (o produto pode ser rejeitado e permanecer no âmbito da fábrica): a possibilidade de dano surge

⁸⁰⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 159-160: "Por isso mesmo, não podem, em hipótese alguma – em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização – ser colocados no mercado. São considerados defeituosos por ficção. É o caso de um brinquedo que apresente grandes possibilidades de sufocação da criança. A informação, nestes casos, é de pouca valia em decorrência dos riscos excessivos do produto ou serviço. Em linguagem econômica: os riscos não compensam os benefícios".

⁸¹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 164-165.

⁸¹¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 157.

a partir do momento em que o fabricante lança a mercadoria defeituosa no comércio, deslocando-a para a esfera jurídica de outrem⁸¹².

Dada a evolução tecnológica, é natural que os produtos se mostrem mais seguros do que aqueles fornecidos em épocas anteriores. No passado, por exemplo, os automóveis possuíam cintos de duas pontas, menos seguros do que os atuais cintos de três pontas, presentes em todos os automóveis⁸¹³. Esse fato, no entanto, não torna o produto defeituoso, posto que, à luz do artigo 12, §2º do CDC, “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.

Deve-se, assim, aferir a defectibilidade do produto voltando os olhos não somente para a ocorrência do dano, mas para a época em que o produto foi colocado em circulação. Considerando o avanço da inovação tecnológica, a segurança dos produtos não pode ser avaliada somente pelos novos equipamentos colocados em carros modernos (dispositivos de segurança como airbags, freios ABS, etc.), mas pelos mecanismos disponíveis na época em que o veículo foi lançado no mercado⁸¹⁴.

Quer dizer, ainda que a posterior disponibilização de um produto mais seguro implique mudanças no padrão de segurança do mercado, os produtos menos modernos, que já haviam entrado em circulação, não poderão ser considerados defeituosos em razão tão somente dessa circunstância⁸¹⁵.

Mas a época em que o produto foi colocado em circulação como fator para aferição da defectibilidade do produto também pode servir como importante critério para identificar

⁸¹² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 157.

⁸¹³ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. **Responsabilidade civil no Código...**, p. 101.

⁸¹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 141 p. 128. Em complemento, explica Reinig: “A época, ou melhor, o momento em que o produto foi colocado em circulação, é, pois, decisivo para a constatação da segurança que legitimamente dele se espera, consistindo num parâmetro básico para a delimitação dos riscos a serem atribuídos ao produtor. A determinação do art. 12, § 1.º, III, do CDC, explica-se, primeiramente, pela possibilidade de os padrões de segurança exigidos pela sociedade aumentarem ao longo do tempo. Diversos fatores, mas principalmente o progressivo desenvolvimento de novas tecnologias, concorrem para que a segurança que legitimamente se espera do produto não seja constante, sendo, logo, necessária a fixação de um instante para a avaliação da correspondência da segurança oferecida pelo produto com aquela exigida pela sociedade. Como este instante é aquele em que o produto é colocado em circulação, este não poderá ser considerado defeituoso, ainda que haja uma posterior elevação das legítimas expectativas de segurança. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante...**, p. 114.

⁸¹⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante...**, p. 114.

o dever de indenizar das figuras presentes na cadeia produtiva, especialmente quando da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito de eventual configuração da culpa do comerciante (conservação imprópria de produto, por exemplo). Segundo a Corte, tal fato não afasta o direito do consumidor de propor, contra o fabricante, ação indenizatória, pelos danos que sofreu com a ingestão da mercadoria estragada (STJ, AgRg no AREsp 265.586, DJ 25.09.2014).

O STJ, anteriormente, já havia decidido que “o comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito do consumidor de propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante” (REsp 980. 860, DJe 02/06/2009).

Em sentido contrário, considerando que a colocação do produto no mercado de consumo assinala o instante em que este deixa sua esfera de controle para ingressar no mercado, pode-se compreender – como bem pondera Guilherme Reinig – que o produtor se exime de eventual responsabilidade ao demonstrar que a periculosidade do produto surgiu em momento posterior àquele em que colocou o produto em circulação, pois isto decorre da própria natureza da definição de defeito do produto⁸¹⁶.

Nesse cenário, o conceito-chave do regime de responsabilidade pelo fato do produto, que é a correta identificação do defeito, permite considerar que um mesmo produto não seja reputado defeituoso em relação a um produtor, mas sim em relação a outro, dependendo da posição ocupada por eles na cadeia de produção e distribuição⁸¹⁷. Veja-se o seguinte exemplo:

Suponha-se, por exemplo, que o usuário de uma máquina de cortar gramas sofra lesões, pois o parafuso que prendia a lâmina deste se desprende em razão de desgaste precoce de seu material. Evidentemente o consumidor terá direito a exigir indenização do produtor final. O mesmo, todavia, não ocorrerá necessariamente em relação aos fornecedores da parte componente e da matéria prima. Em princípio, o metal vendido ao fabricante de parafusos não

⁸¹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 115.

⁸¹⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 115.

poderá ser considerado defeituoso, pois no momento em que foi transferido a este não apresentava qualquer falha que pudesse caracterizar defeito do produto. Do mesmo modo, não há se falar em defeito do parafuso, a não ser, é claro, que o seu fabricante soubesse ou devesse saber que ele era destinado à construção de um produto que exigisse maior resistência de seu material. Assim, embora o defeito do produto final resida na inadequação do material utilizado na fabricação do parafuso, somente há se falar em defeito do produto em relação ao produtor final e não em relação aos demais fornecedores⁸¹⁸.

Conforme convincente explicação de Reinig, a correta aceção técnico-jurídica do defeito evita confundir tal elemento com o nexos de causalidade entre o dano e a atividade do produtor. Mais do que isso, a evolução da reponsabilidade do produtor visou a evitar que o produtor final não respondesse caso comprovado que o problema de segurança não lhe seria imputável, mas a outro integrante da cadeia produtiva. Desse modo, “uma das principais modificações da responsabilidade civil do produtor em relação ao regime tradicional consistiu na ampliação do círculo de responsáveis e da responsabilidade de cada um deles quanto a danos causados por defeitos originados na órbita de atuação de terceiro”⁸¹⁹.

Anteriormente, o produtor final podia alegar que, embora houvesse colocado em circulação um produto que não atendia às legítimas expectativas de segurança, tal circunstância era imputável exclusivamente ao fornecedor da matéria-prima ou da parte componente, argumento do qual o produtor aparente e o importador também poderiam se valer para escapar de uma responsabilidade solidária com o fabricante real. Sem o estabelecimento de um regime baseado na noção de defeito, bastaria a eles comprovar que a periculosidade originou-se no âmbito de atividade do fabricante real e que, por razões técnicas ou econômicas, não lhes seria exigível que identificassem a falha de segurança⁸²⁰.

Lado outro, “se no momento em que for colocado em circulação, o produto oferecer a segurança legitimamente esperada, o produtor não será responsabilizado pelo posterior surgimento de uma não correspondência com a segurança exigida”⁸²¹.

Na mesma linha de Reinig, Adalberto Pasqualotto assevera:

⁸¹⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 115-116.

⁸¹⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 116.

⁸²⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 116-117

⁸²¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 116-117.

A responsabilidade do fabricante ocorre apenas por defeito do produto originário do processo industrial, compreendidas as informações de segurança necessárias. Nada disso esteve em questão. O defeito do produto foi adquirido no processo de comercialização. Ou o produto foi posto à venda com o prazo de validade esgotado (aparentemente isso ocorreu no caso do alimento infantil) ou foi consumido tardiamente (pode ter sido o caso do bombom, sem excluir que tenha sido vendido fora de prazo). Responsabilizar o fabricante nessas situações implica imputar-lhe riscos que extrapolam a sua atividade típica⁸²².

Assim, cada produtor responde somente pelos defeitos surgidos durante o seu próprio processo de produção ou em fases anteriores da cadeia de produção, mas não por defeitos surgidos em fases posteriores. Na hipótese de conservação inadequada de produtos perecíveis, não há responsabilidade de nenhuma espécie do fabricante, pois o comerciante responderá diretamente pelo defeito que deu causa⁸²³.

E nessa situação mostra-se interessante notar que a discussão sobre a responsabilidade passa necessariamente pela análise da culpa do comerciante. Isto é, o defeito será apurado a partir de um padrão de conduta e cuidado razoavelmente esperado, o que, na prática, equipararia a responsabilidade objetiva à subjetiva, na medida em que o não atendimento a esse padrão de conduta poderá significar uma conduta culposa do comerciante⁸²⁴.

Nessa perspectiva, se o instante da colocação do produto no mercado não pode ser determinado de forma unitária para todos os integrantes da cadeia de produção e distribuição, mas sim ao momento em que o produto sai da órbita de controle do responsável⁸²⁵, não se pode concordar com o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça que condena o produtor por defeitos oriundos do comerciante⁸²⁶. Da

⁸²² PASQUALOTTO, Adalberto. Defeito do produto..., p. 5.

⁸²³ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 92.

⁸²⁴ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 266.

⁸²⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 117.

⁸²⁶ A exemplo do famoso caso "Arrozina Tradicional" - STJ, REsp 980.860/SP, 3.^a T., j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.06.2009. Ao julgar pedido de indenização pelo acometimento de gastroenterite em criança que ingeriu iogurte com prazo de validade vencido quando da aquisição no supermercado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou solidariamente o comerciante e o fabricante do produto. Interessante notar que a condenação do fabricante se justificou no fato de que este não conseguiu provar a venda e entrega ao comerciante, do lote do produto em questão, antes do vencimento da validade, limitando-se a meras arguições, na tentativa de eximir-se de seu dever de reparação. Apelação Cível nº 0009473-89.2010.8.19.0087, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Mônica Feldman de Mattos, Julgado em: 24/04/2015. Tal raciocínio parece indicar que, se o fabricante tivesse comprovado que a transação comercial com o comerciante ocorreu quando o produto ainda estava dentro do prazo de validade, não poderia ser considerado responsável pelo dano sofrido pelo consumidor.

mesma forma, é incorreta a acepção de que o comerciante não pode funcionar como terceiro apto a romper o nexo de causalidade, pois confunde-se o elemento defeito com o nexo de causalidade entre o dano e a atividade do produtor.

Nessa linha, Zelmo Denari defende que o comerciante pode funcionar como terceiro, na forma do artigo 12, §3º, III, citando como exemplos a concessionária que, indevidamente, substitui peça ou componente de veículo novo, sem consulta à montadora; farmácia, drogaria ou hospital que substitui os medicamentos prescritos no receituário médico ou altera os componentes químicos da formulação; ou mesmo o comerciante que adultera a composição dos produtos utilizados por agricultores ou pecuaristas⁸²⁷.

Convém transcrever a conclusão de Reinig:

Destarte, se o produto corresponder com as legítimas expectativas de segurança no instante de sua transferência para um distribuidor ou comerciante, o produtor não poderá ser responsabilizado, segundo o disposto no art. 12 do CDC. De fato, em relação a ele não há se falar em defeito, ainda que, após o instante em que este tenha colocado o produto em circulação, algum fato ou circunstância atribuível ao comerciante implique na posterior não correspondência da segurança oferecida pelo produto com aquela legitimamente esperada. Nesta hipótese, não restará outra alternativa à vítima senão exigir indenização do comerciante, com fundamento no art. 13 do CDC⁸²⁸.

E a impropriedade da perspectiva adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pela maioria da doutrina fica evidente quando se cogita de outros exemplos, como o do pequeno produtor rural que vendeu carne para um frigorífico que, por sua vez, a vendeu para uma rede de supermercados. Caso o supermercado não tenha conservado adequadamente o produto, e tenha sido identificado o pequeno produtor rural, soaria absurda a sua responsabilização, mesmo que se brade pela solidariedade entre os entes da cadeia produtiva. Como a periculosidade excessiva, isto é, o caráter defeituoso, surgiu em momento posterior, por falha do comerciante, somente este deve responder pelos danos causados aos consumidores⁸²⁹.

⁸²⁷ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor...**, p. 204.

⁸²⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 117-118.

⁸²⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 117-118. Outro exemplo: um fabricante de refrigerantes fornece seus produtos a diversos distribuidores e cada um destes os redistribui a centenas ou milhares de comerciantes,

Não se aplica, portanto, a lógica do artigo 7º do CDC, que trata da solidariedade entre os autores do dano, pois não se considera autor do dano aquele que produziu produto que só veio a se tornar defeituoso em momento posterior à sua colocação no mercado⁸³⁰. Quer dizer, “a responsabilidade solidária pressupõe que o produto final, a parte componente ou a matéria-prima, já fosse considerado defeituoso no momento em que deixou a esfera de atividade de cada responsável. Caso contrário, não há se falar em responsabilidade solidária”⁸³¹.

3.5.2.4. Standards governamentais

O Poder Público pode estabelecer critérios de segurança e de qualidade dos produtos por meio de normas administrativas. A intenção é de regulamentar, por meio da normalização, padrões mínimos de segurança aos produtos lançados no mercado. Por isso é que o simples fato de ter sido respeitado o padrão entabulado pelo Poder Público não implica dizer que defeito não há no produto. O dever de segurança dos bens de consumo é do fornecedor, e o Poder Público atua na imposição do controle mínimo necessário⁸³².

Quanto aos medicamentos, importante mencionar que os fornecedores devem observar as regras da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das

abrangendo desde grandes redes de supermercados até bares, restaurantes ou vendedores ambulantes. Suponha-se que um destes comerciantes, ou até mesmo alguém que adquira as bebidas em um dos supermercados, coloque veneno nas garrafas e as venda para centenas de consumidores. O fabricante também seria responsabilizado neste caso?

⁸³⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 93;

⁸³¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante..., p. 119. Em sentido contrário, BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 174-175. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 89.

⁸³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor...**, p. 315-316; REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 44.

tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras⁸³³.

Por certo, a determinação do que é reputado perigoso ou não desemboca também nos Tribunais. A avaliação dos critérios, segundo Sanseverino, perpassa por padrões fixados pela Administração Pública, funcionando como *standards* mínimos de segurança. Quer dizer, a mera inexistência ou inadequação de *standard* de qualidade não autoriza os fornecedores a colocarem produtos e serviços da maneira que bem quiserem⁸³⁴. Complementando, discorre que “se o fornecedor não demonstrar, nos termos do art. 12, § 3º, inc. II, do CDC/1990, a inexistência de defeito, será obrigado a indenizar os danos sofridos pelo consumidor em decorrência da utilização de determinado produto, ainda que, na realidade, não seja defeituoso”⁸³⁵.

Também no cenário estadunidense, fabricantes de diversos tipos de produtos estão sujeitos a diferentes regulamentos de segurança, seja no âmbito federal, seja no estadual. Fabricantes de máquinas industriais, como exemplifica David Owen, devem se conformar aos padrões de segurança da *Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*⁸³⁶, órgão federal vinculado ao United States Department of Labor⁸³⁷.

Se determinado produto causar danos, o fabricante buscará se valer da *government standards defense*, também denominado *regulatory compliance*, vez que cumpridos todos os requisitos exigidos pelas autoridades governamentais administrativas.

Como explica Owen, apesar de tal argumento ter certa aparência de justiça e se aproximar do senso comum, determinados fatores acabam por relativizar a sua aplicação. É que as normas administrativas tendem a ser abstratas, vagas e por vezes se mostram incapazes de atender adequadamente à miríade de situações que surgem em casos específicos. Noutras vezes, as normativas são demasiadamente estreitas e

⁸³³ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 341. Os fornecedores ainda devem respeitar os ditames da Lei n. 5.991/1973 - que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos - e da Lei n. 6.360/1976 - que regra a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e outros produtos.

⁸³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 157.

⁸³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 115-116.

⁸³⁶ Maiores informações podem ser encontradas em <https://www.osha.gov/aboutosha>.

⁸³⁷ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 432. O exemplo de regulação escolhido pelo autor reforça a constatação de que a *products liability* estadunidense tem forte aproximação com a segurança dos empregados e trabalhadores, o que não ocorre no Brasil.

específicas, deixando muitos assuntos sem regulação. Não raro o decurso do tempo torna obsoleta a normativa, sobretudo em razão das mudanças tecnológicas e das dificuldades para a sua correção ou atualização. Ademais, leis e normativas muitas vezes são mais influenciadas pelo lobby das partes reguladas do que pela decisão neutra e independente dos detentores do poder de decisão⁸³⁸.

Por conta desses e outros fatores, as Cortes costumam adotar o entendimento de que a conformidade com os standards de segurança administrativos pode configurar uma evidência inicial de adequação do produto, mas jamais um fundamento suficiente para afastar a sua eventual defectibilidade⁸³⁹.

Dessa forma, na jurisprudência americana tradicionalmente as Cortes adotam a posição de que todos os standards, mesmo os decorrentes de imposições governamentais, fornecem, no mínimo, padrões básicos para aceitação do produto. Isso significa dizer que se um produto não se encontra dentro dos padrões mínimos de segurança do regulador, acabará sendo considerado defeituoso (*unreasonably dangerous per se, negligence per se*)⁸⁴⁰.

Entende a doutrina que não poderia o Poder Judiciário estabelecer um padrão inferior ao definido pelo legislador ou por algum regulador específico:

*Although voluntary or consensus standards are less binding as a matter of law, and a court need not feel bound by such a standard, in practice, if a manufacturer falls below a consensus industry standard, the product will generally be deemed unreasonably dangerous*⁸⁴¹.

Mais complexo, entretanto, é o caso dos produtos reputados defeituosos, mas que respeitam os padrões de segurança governamentais ou do seu ramo industrial.

⁸³⁸ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 432-433

⁸³⁹ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 432-433. Essa lógica foi adotada expressamente no Restatement (Third) § 4: "In connection with liability for defective design or inadequate instructions or warnings: (a) a product's noncompliance with an applicable product safety statute or administrative regulation renders the product defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation; and; (b) a product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether a product is defective with respect to the risks sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect".

⁸⁴⁰ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product...**, p. 57. KLEIN, Robert D. A Comparison of the Restatement (Third) of Torts..., p. 292-295.

⁸⁴¹ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product...**, p. 57.

Em *Berkebile v. Brantly Helicopter Corporation*⁸⁴², um piloto faleceu, pois não conseguiu colocar o helicóptero na função de rotação automática dentro do tempo estipulado – de 1 (um) segundo – pelo fabricante. O fabricante alegou que tal dispositivo cumpria as regulações da Federal Aviation Administration, que aprovou um segundo como tempo de reação adequado para realizar a manobra. Segundo a Corte, a conformidade com a lei ou com a regulação administrativa afasta a tese da *negligence per se*, mas não estabelece que o fabricante agiu com dever de cuidado, podendo o júri decidir pela defectibilidade do produto⁸⁴³.

Alinhados os parâmetros entre a *products liability* estadunidense e a responsabilidade pelo fato do produto no Brasil, pode-se concluir com a doutrina nacional que, ao se avaliar o critério para avaliação do “alto grau de nocividade ou periculosidade”, a resposta nem sempre estará na lei, dada a complexidade e sofisticação do mercado, devendo a literatura jurídica e a jurisprudência buscar, caso a caso, com auxílio técnico, a melhor solução⁸⁴⁴.

3.6. O nexó de imputação/fator de atribuição da responsabilidade do fornecedor

A responsabilidade civil do fornecedor por danos causados por produtos defeituosos no Brasil, de modo geral, se submete ao regime da responsabilidade objetiva. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, estabelece de forma expressa a desnecessidade da presença da culpa para acionar o dever de indenizar.

Quanto aos acidentes de consumo decorrentes de serviços defeituosos, a regra não se altera. O artigo 14 do referido Código adota o modelo da responsabilidade objetiva, impondo aos fornecedores o dever de indenizar, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores.

Fica, assim, em princípio, dispensada a aferição da culpa na conduta do fornecedor de produtos e serviços.

⁸⁴² *Berkebile v. Brantly Helicopter Corp.*, 462 Pa. 83 (1975), 337 A.2d 893, Supreme Court of Pennsylvania.

⁸⁴³ *Berkebile v. Brantly Helicopter Corp.*, 462 Pa. 83 (1975), 337 A.2d 893, Supreme Court of Pennsylvania.

⁸⁴⁴ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 188; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Fato do produto e do serviço...**, p. 160.

Convém registrar, como exceção, que os profissionais liberais respondem mediante culpa, na forma do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Muito embora os serviços defeituosos não sejam objeto específico do presente trabalho, vale repisar tal importante distanciamento do modelo geral da responsabilidade objetiva.

Antes de averiguar o nexo de imputação (ou fator de atribuição) da responsabilidade do fornecedor, necessário, de antemão, esclarecer que é um equívoco pressupor que o sistema jurídico depende de um sistema dicotômico de atribuição de responsabilidade, pautado na culpa ou no risco. Este duplo binário, que sustenta a exegese do artigo 927 e de seu parágrafo único, não comporta todo o potencial do nexo de imputação no âmbito da teoria objetiva⁸⁴⁵.

Sobre o assunto, veja-se interessante passagem de Octávio Luiz Motta Ferraz:

A dicotomia responsabilidade subjetiva-responsabilidade objetiva não capta adequadamente, portanto, outros regimes intermediários de responsabilidade que podem existir. Um autor francês faz uma interessante comparação alegórica entre os regimes de responsabilidade civil e o arco-íris. Entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva extrema, que ele chama de seguro (o responsável pode ser obrigado a reparar danos que não causou), há, como nas cores do arco-íris, várias gradações: 'O juiz ou o legislador, como um pintor, pega certos elementos primários, mistura-os e combina-s a fim de encontrar um nível de responsabilidade que ele considera justo, como o pintor que cria a cor que ele considera bela'⁸⁴⁶.

Ao apresentar os regimes de responsabilidade civil com as diferentes gradações das faixas coloridas do arco-íris, Vernon Palmer⁸⁴⁷ consegue exprimir com exatidão o fato de que são variados os fatores de atribuição no sistema jurídico⁸⁴⁸. Não binário, posto que não se resume à presença ou ausência da culpa, o sistema jurídico de responsabilidade civil comporta diferentes gradações para justificar o nexo de imputação.

Além da cláusula geral do risco, o sistema jurídico brasileiro alberga um leque de hipóteses de reparação objetiva (seja no Código Civil, seja na legislação especial). O

⁸⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil...**, p. 474. USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192.

⁸⁴⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade...**, p. 34.

⁸⁴⁷ Diferentemente do que anotado por Ferraz, Vernon Palmer é natural de Nova Orleans, Louisiana, nos Estados Unidos. Suas contribuições para o direito comparado, especialmente entre sua terra natal e a França podem ser encontradas em <https://law.tulane.edu/faculty/full-time/vernon-palmer>.

⁸⁴⁸ PALMER, Vernon. Trois principes de la responsabilité sans faute. **Revue internationale de droit Compare**. Vol. 39 N°4, Octobre-décembre 1987. pp. 825-838.

ordenamento jurídico confere uma pluralidade de critérios de imputação e essas situações não se resumem a uma responsabilidade por fato próprio, mas também pelo fato de terceiro ou pelo fato da coisa – animada ou inanimada. Cada qual detém um fundamento próprio capaz de justificar um descolamento da teoria subjetiva⁸⁴⁹.

Imputar, em suma, significa determinar se alguém deverá arcar com as conseqüências de ato ou fato, e quem deverá arcar, e em que medida. Essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua conseqüência é, segundo Judith Martins-Costa, informada por critérios normativos, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc)⁸⁵⁰.

De um lado, a responsabilidade subjetiva pauta-se na culpa. De outro lado, a responsabilidade objetiva não se confunde necessariamente com o risco, podendo conviver com mais de um nexo de imputação/fator de atribuição: risco, defeito, equidade ou solidariedade, etc.

A obrigação de reparar por atos de necessidade, por exemplo, se funda na equidade, na solidariedade ou na assistência social, visto que não é justo que o terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra prejuízo, para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido⁸⁵¹. Na literatura jurídica portuguesa, essa temática é abarcada pela responsabilidade pelo sacrifício, que não a confunde com a responsabilidade pelo risco⁸⁵².

Há, portanto, ao lado da atividade de risco, diversas outras hipóteses de incidência da responsabilidade sem culpa, como na responsabilidade do tutor pelos atos do tutelado e do curador pelos do curatelado. Nesses casos,

⁸⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil...**, p. 474.

⁸⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72-73.

⁸⁵¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil...**, p. 780. Na mesma linha, TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 261.

⁸⁵² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das obrigações. 3º t.: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Lisboa: Almedina, 2010, p. 405-406 e 713-719; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações...**, p. 528-530 e 656-660.

a atribuição de responsabilidade a quem exerce função socialmente útil não decorre da identificação de particular risco na atividade desempenhada, mas da necessidade de assegurar reparação pelos danos que, por força da solidariedade social, não devem ser suportados pela vítima"⁸⁵³.

Os tópicos seguintes buscam descrever as diferentes posições doutrinárias a respeito do fundamento da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito ao nexo de imputação (ou fator de atribuição) adotado pelo CDC.

3.6.1. O risco é o nexo de imputação/fator de atribuição da responsabilidade objetiva

Jorge Cesa Ferreira da Silva ensina que o nexo de imputação constitui requisito da obrigação de indenizar distinto do nexo causal: "No suporte fático do dever de indenizar colocam-se, lado a lado, causalidade e imputação, não se confundindo, ainda que atuem sobre uma mesma cadeia de fatos"⁸⁵⁴. Enquanto a causalidade compreende a relação entre um fato e a sua causa, a imputação "decorre de uma dada razão jurídica, que pode ser a culpa do causador, ou o risco por ele produzido, ou uma garantia"⁸⁵⁵.

A responsabilidade pelo risco, de acordo com Sanseverino,

explica aquelas situações em que o ordenamento jurídico, por meio de normas especiais, determina que a simples verificação do dano, mesmo provocado de forma acidental e independentemente da possibilidade de ser imputado à vontade humana, pressupõe a sua reparação por determinada pessoa, seja por ele estar situado dentro da faixa de risco de sua atividade, seja por ter melhores condições de suportar as suas consequências nefastas⁸⁵⁶.

Segundo Benjamin, defensor de que o sistema de responsabilidade civil objetiva é alicerçado no risco de empresa, não haveria outra forma de se implantar, em matéria de acidentes de consumo, a justiça distributiva, aquela que se mostra capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo⁸⁵⁷.

⁸⁵³ TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade Civil...**, p. 111.

⁸⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 178.

⁸⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações..., p. 178.

⁸⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 141 p. 194.

⁸⁵⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 164.

Nelson Nery Junior assevera que “a simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade”⁸⁵⁸. Antônio Herman Benjamin, Roberto Senise Lisboa⁸⁵⁹ e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁸⁶⁰ acompanham o referido entendimento. Para eles, a teoria do risco da atividade ainda é a que melhor explica o regime da responsabilidade objetiva do fornecedor adotado pelo direito brasileiro⁸⁶¹.

De acordo com Bruno Miragem:

No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo –, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. E não se diga que o fornecedor suportará tais custos. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha a suportar⁸⁶².

Nota-se assim que parcela significativa da literatura jurídica consumerista aponta o risco da atividade (risco-proveito ou risco empresarial) como o fundamento da responsabilidade civil nas relações de consumo. Tal qual o artigo 927, parágrafo único, bem como o artigo 931, ambos do Código Civil, a responsabilidade do fornecedor teria como nexos de imputação (ou fator de atribuição) o risco da atividade.

Como quer que seja, mesmo essa doutrina que se ampara na ideia do risco não deixa de considerar o defeito como novo requisito para a responsabilização. Como expõe Sanseverino, na responsabilidade atribuída ao fornecedor imputa-se a reparação dos danos causados por produto ou serviço presumidamente defeituoso, devido a este

⁸⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 56.

⁸⁵⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

⁸⁶⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 13-32, p. 193.

⁸⁶¹ Podem ser citados, ainda, Bruno Miragem e Sérgio Cavalieri Filho.

⁸⁶² MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]..., 2019 (sem paginação - RB-2.100).

agente exercer atividade econômica em seu benefício. Deve, por isso, arcar também com suas consequências (*ubi onus, ibi emolumentum*)⁸⁶³.

Sanseverino apregoa que a exigência de um defeito do produto ou do serviço, como pressuposto da obrigação de indenizar do fornecedor, relativiza a sua responsabilidade com um fato antijurídico (colocação no mercado de um produto inseguro)⁸⁶⁴.

Teria, assim, o legislador do Código de Defesa do Consumidor acolhido uma ideia de risco mitigado quanto à responsabilização objetiva do fornecedor do bem de consumo pelos danos ocasionados aos consumidores. Isso porque condiciona a responsabilidade civil – além, evidentemente, da comprovação dos elementos objetivos do dever de reparar, tais quais a conduta, o dano e o nexo causal – à existência de defeito de qualidade ou de segurança a ser identificado no produto ou na prestação do serviço⁸⁶⁵.

Por certo, não há que se falar na adoção da teoria do risco integral, que desencadearia uma responsabilidade objetiva absoluta. Na imputação pelo risco da atividade, fundamento da responsabilidade objetiva prevista no CDC, o dever de indenizar do fornecedor pode ser mitigado pela possibilidade de exclusão por determinadas causas⁸⁶⁶.

A teoria do risco integral constitui modalidade extremada da teoria do risco, atribuindo responsabilidade ao agente ofensor diante da simples comprovação do dano e de sua vinculação a determinada atividade por ele desenvolvida. Nesse modelo, nem mesmo as excludentes de responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior – seriam aptas a excluir a responsabilidade⁸⁶⁷.

Sem adotar tal visão radical, a doutrina considera que, na imputação pelo risco da atividade, a responsabilidade é mitigada, posto que são admitidas as hipóteses que rompem o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior)⁸⁶⁸.

⁸⁶³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 194-195.

⁸⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 194.

⁸⁶⁵ CABRAL, Marcelo Marques. **Da responsabilidade civil do condutor de veículo automotor: uma abordagem sob as perspectivas da teoria do risco**. São Paulo: Método, 2012, pg. 109

⁸⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 2010, p. 195.

⁸⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 196.

⁸⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 196.

No cenário americano, como visto, é importante enfatizar que a *strict liability* começou a despontar nos anos 1960 e 1970 tendo em mente certos casos específicos, relacionados a defeitos que poderiam ser identificados de maneira relativamente simples, por meio do senso comum (explosões de garrafas durante seu uso ordinário; problemas na direção do automóvel que o forçavam violentamente para fora da rodovia; etc.). Com o passar dos anos, e o aumento da produção de diferentes produtos no mercado, começou-se a questionar se, de fato, ainda se estaria no campo da responsabilidade estrita:

*A key point of contention among judges and scholars is the degree to which genuinely strict product liability has been applied, or should be applied, to less glaring dangers – for example, to products that might have been made less hazardous by designing with an additional safety feature*⁸⁶⁹.

Como se destacou em momento anterior, uma responsabilidade objetiva chamada genuína, em que se mostra desnecessária a aferição da quebra do dever de cuidado, se restringe aos defeitos de fabricação. Já para os casos relacionados aos *design defects*, por levantarem a questão sobre quão seguros devem se comportar os produtos, acabaria sendo aplicado o teste dos riscos-utilidades e, por consequência, se afastando da lógica da responsabilidade estrita fundada nos riscos⁸⁷⁰.

Em abordagem similar, Puschel entende que o CDC não atribui ao fornecedor a responsabilidade objetiva por todos os riscos relacionados com o exercício de sua atividade, mas apenas por determinado tipo de risco – aquele decorrente de produtos defeituosos colocados em circulação. Em sua visão, a colocação de produtos defeituosos no mercado constitui a realização de um risco da atividade do fornecedor, não ficando por esse motivo descaracterizada a adoção do risco da atividade como fundamento do dever de indenizar atribuído pelo CDC. O fundamento, assim, continuaria a ser o risco, entretanto, o CDC, em vez de atribuir ao fornecedor a responsabilidade objetiva por todo e qualquer risco de sua atividade, o faz com relação a um risco determinado⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 586.

⁸⁷⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 586-588. OWEN, David G. *Design defects*..., p. 353.

⁸⁷¹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC**..., p. 97.

Por essa perspectiva, tudo poderia ser atribuído ao “risco”, até mesmo nas hipóteses vinculadas à responsabilidade subjetiva, pois o agente estaria submetido a um risco mitigado, isto é, somente ao risco decorrente de condutas culposas. Muito embora se repute incorreta a corrente que se pauta no risco, é inegável que a visão dos autores é similar, pois se alcança o mesmo resultado ao dizer que o fundamento não é o risco da atividade, mas sim o defeito, ou dizer que o fundamento é o risco de causar o defeito. De todo modo, tal necessária adaptação da ideia do risco não parece revelar a melhor identificação do nexo de imputação da responsabilidade do produtor no CDC, como se verá no tópico a seguir.

3.6.2. O risco não é o nexo de imputação/fator de atribuição da responsabilidade objetiva no CDC

A discussão travada na doutrina em torno do fundamento da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor perpassa pela teoria do risco da atividade e por outras visões divergentes. Como visto no tópico anterior, parcela da doutrina mantém o risco como nexo de imputação da responsabilidade civil, mesmo que não olvide a imprescindibilidade do elemento defeito.

De outro lado, há aqueles que defendem que o fundamento da responsabilidade do fornecedor não se confundiria com a ideia geral relacionada ao risco da atividade (ou risco-proveito). Para essa corrente doutrinária, a responsabilidade objetiva do CDC tem características próprias e o seu nexo de imputação é o próprio defeito do produto.

Ao tratar da responsabilidade (extracontratual) do fornecedor, Cláudia Lima Marques reconhece que o tema é fascinante, já que para se impor a um agente, no caso o fornecedor, a obrigação de reparar os danos causados ao consumidor por um produtor que fabrica, monta ou vende no mercado brasileiro, é necessário definir um fundamento para essa responsabilidade⁸⁷².

Quer dizer, tratando-se de responsabilidade extracontratual, não basta afirmar que a sua origem se dá na violação de um dever legal, e que os deveres legais dos

⁸⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1425.

fornecedores são diferenciados; só se resolve, em princípio, o problema da imputação⁸⁷³. Resta necessário investigar o fundamento dessa responsabilidade.

Marques dedica parte de seus estudos a esse ponto específico, questionando se essa responsabilidade seria baseada na culpa, no risco da atividade ou em um terceiro critério⁸⁷⁴. Em suas palavras:

Seria a culpa do fornecedor ao não agir com a diligência necessário o seu fundamento, como parece exsurgir do inciso III do art. 13? Seria o risco criado pela atividade dos fornecedores, como no caso da responsabilização dos fabricantes? Ou teria essa responsabilidade como base o resultado objetivo da ação do fornecedor, de ter introduzido um produto com defeito e este defeito ter causado dano ao consumidor como parece ser o caso dos importadores, alçados à posição de responsáveis principais?⁸⁷⁵.

A autora observa, já há algum tempo⁸⁷⁶, que o CDC pode ter, consciente ou inconscientemente, adotado um novo tipo de responsabilidade objetiva: a responsabilidade não culposa (objetiva mitigada)⁸⁷⁷. Por influência europeia, no sistema do CDC só haverá violação do dever de segurança quando existir um defeito no produto. Nessa linha, não bastaria a atividade de risco de introduzir o produto no mercado e lucrar com isso, porque também os comerciantes finais o fazem e não são os responsabilizados principais no sistema do CDC⁸⁷⁸.

Concentra-se, assim, a análise na introdução no mercado de produto com defeito para afastar a tese de que a teoria do risco da atividade fundamentaria a responsabilidade do fornecedor prevista no Código de Defesa do Consumidor.

No modelo americano, viu-se que a *strict liability* prescinde da subjetividade do agente e centra o problema da reparação em torno da causalidade material. No entanto, a imputação da obrigação de reparar por risco, convém repisar, não se restringe à

⁸⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1425.

⁸⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1408-1409.

⁸⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1425. Os escritos originais de Marques podem ser encontrados na publicação do artigo "A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor", publicado no ano de 1991 na Revista de informação legislativa.

⁸⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. Responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de defesa do consumidor. In: **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 111, p. 277-294, jul./set. 1991.

⁸⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, 2016, p. 1425.

⁸⁷⁸ MARQUES, idem, p. 1428.

simples verificação do fato danoso e do nexo de causalidade, posto que nem todo evento danoso sofrido pelo consumidor deve ser atribuído à empresa. Em verdade, para que o dano seja imputado ao fabricante, imprescindível é a verificação do pressuposto de que o defeito do produto seja objetivamente atribuído à fabricante⁸⁷⁹.

3.6.2.1. A posição jurídica do comerciante

Relembre-se que, na lista do artigo 12, do CDC, o grande ausente é o comerciante, agente ordinariamente responsável pela reparação dos danos, sobretudo em razão de sua ligação contratual direta com o consumidor e da ideia de uma garantia implícita de qualidade-segurança do produto. Não obstante, o legislador do CDC preferiu uma melhor divisão do ônus econômico, fixando-se nas figuras do fabricante, construtor e importador⁸⁸⁰.

O interessante argumento lançado por Marques para afastar o fundamento da teoria do risco é que não bastaria a atividade de risco de introduzir o produto no mercado e lucrar com isso (*cujus commodum, ejus periculum*), pois também os comerciantes finais o fazem e não são responsáveis principais no sistema do CDC⁸⁸¹.

Assim, na sistemática do CDC, todos os fornecedores que ajudam a introduzir o produto no mercado podem ser potencialmente responsabilizados. No entanto, a figura europeia do defeito concentrou a imputação em alguns fatores não com base no simples risco criado por sua atividade (ou imputaria a todos a responsabilidade, como no sistema norte-americano), mas com base em uma valoração legal específica (apontando responsáveis principais, prováveis causadores do defeito; responsáveis únicos possíveis, como o importador; e até o comerciante, quando único acessível)⁸⁸².

⁸⁷⁹ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 193-194; PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability..., p. 859-872; SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 748; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 58.

⁸⁸⁰ “Diga-se que a tendência, no direito comparado, é atribuir ao fabricante a responsabilidade extracontratual pelos danos causados ao consumidor”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1422-1423.

⁸⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1428.

⁸⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1428.

Mostra-se, portanto, convincente o argumento de que, ao se afastar, em regra, a responsabilidade do comerciante por produtos defeituosos, não houve a adoção plena da teoria do risco da atividade.

Sobre esse ponto, aqueles que defendem a teoria do risco da atividade como fundamento da responsabilidade objetiva chegam a mencionar a situação específica dos comerciantes, mas não discorrem de maneira convincente sobre como ainda se sustentariam as suas convicções.

Eis como se posiciona Herman Benjamin:

A exclusão do comerciante (atacadista ou varejista), por razões de mera política legislativa, não é, contudo, absoluta. Excepcionalmente é ele chamado a responder com base no mesmo regime vigente para aqueles outros agentes econômicos do mercado. Só um fundamento econômico (a não oneração sucessiva de produtos) e outro pragmático (o comerciante, de regra, não tem poder para alterar técnicas de fabricação e produção) é que justificam, de fato, seu afastamento da cadeia de sujeitos responsáveis pelos acidentes de consumo⁸⁸³.

Na sua opinião, toda essa fundamentação teórica, justificadora da isenção do comerciante, faz pouco sentido, pois a percepção majoritária de quem sofreu o dano é a de que o responsável é aquele com quem se contratou. Para Benjamin, somente os consumidores mais bem informados perceberiam que, por trás de cada produto ou marca, há sempre um fabricante⁸⁸⁴.

Tal constatação, sem qualquer base empírica, é questionável, visto que na atual sociedade de consumo, o distanciamento entre o produtor e o consumidor não parece tão grande.

A motivação da decisão do legislador do CDC de imputar a responsabilidade, em princípio, àqueles que poderiam ter evitado o defeito (fabricante, construtor e importador) ou a seus substitutos (importador e comerciante, em hipóteses diferenciadas) parece se justificar pelo fato de que a maioria dos defeitos tem sua origem na própria fabricação, construção ou projeto do bem, e não em sua comercialização⁸⁸⁵.

⁸⁸³ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 174.

⁸⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 174.

⁸⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1424.

Como quer que seja, a defesa de que o regime de responsabilidade do CDC se amolda à modalidade não culposa, em vez da teoria do risco da atividade, não se resume à situação dos comerciantes. A doutrina, em verdade, reforça o fundamento da responsabilidade objetiva na própria existência do defeito, como pressuposto inexorável do regime do fato do produto.

3.6.2.2. O defeito como pressuposto e fundamento lógico

Pasqualotto pondera que o Código de Defesa do Consumidor e a Diretiva europeia não fixaram um regime de responsabilidade objetiva pura, pois o seu fundamento não é o risco, já que, se fosse o caso, bastaria a colocação do produto em circulação para que se ensejasse a responsabilidade do fabricante. Em verdade, as normativas estabeleceram um regime de responsabilidade objetivada, “situada acima do patamar da culpa (responsabilidade subjetiva) e abaixo da responsabilidade objetiva pura (cujo fundamento seria simplesmente o risco da atividade). O fundamento da responsabilidade do fabricante é o defeito do produto. Verificado o defeito como causa de um dano, segue-se o dever de indenizar”⁸⁸⁶.

Marques entende que o CDC, em matéria de responsabilidade civil, ao se afastar do conceito de culpa, evolui, no artigo 12, para uma responsabilidade objetiva do tipo conhecido na Europa como “não culposa”. Veja-se:

Segundo ensina Hans Claudius Taschner, no Mercado Comum Europeu, a opção por uma responsabilidade não culposa, concentrada no defeito, foi um caminho de compromisso entre as pressões das empresas, contrárias à adoção de uma responsabilidade objetiva pura, e as necessidades do mercado de uma maior qualidade dos produtos, reduzindo a reparação às hipóteses de defeito⁸⁸⁷.

A definição de que o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva não culposa, nesse cenário, é extraída do fato de que a Diretiva Europeia teria adotado tal fundamentação. Razões políticas e econômicas, como a intenção de atender

⁸⁸⁶ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, volume 20, n. 59, 1994. Porto Alegre. P. 154.

⁸⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1425. Marques observa que o legislador consumerista pode ter feito tal introdução no Brasil, inclusive, de maneira inconsciente.

às pressões das empresas e às necessidades do mercado, traçaram o caminho para a rejeição de uma “responsabilidade objetiva pura”.

Verifica-se, ademais, que a responsabilidade não culposa procura se distanciar da ideia de teoria do risco da atividade porque pretende reduzir as reparações às hipóteses de defeito. Importante, por isso, perquirir se a teoria do risco da atividade aceita tal suposição, isto é, se a eleição da teoria do risco da atividade permite a condenação de fornecedores prescindindo da noção de defeito.

Em outras palavras, deve-se investigar se se está diante de verdadeiro conflito de fundamentos, que desencadeariam consequências diferentes, ou se há um choque aparente de ideias, recaindo o problema na linguagem a ser utilizada.

Segundo Marques, a aparente mistura dos elementos capazes de justificar a responsabilidade pode ser explicada por meio da análise do direito comparado, que serviu de base para o projeto do CDC. Tem-se, de um lado, o sistema norte-americano que, partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por risco); e, de outro, o sistema da Diretiva da Comunidade Econômica Europeia, que partiu da ideia de defeito dos produtos industrializados (e só destes) introduzidos no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico) para imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-la e dividir os ônus na sociedade⁸⁸⁸.

A respeito do direito norte-americano, vale lembrar que o caminho trilhado pela *products liability* não foi linear, isto é, não se pode dizer que a *strict liability* se pautou somente no regime contratual das *warrantys*. Pelo contrário. O modelo norte-americano recebeu influências tanto da *contract-law* quanto da *tort-negligence* para então alcançar seu apogeu no começo da segunda metade do século XX. Em sua história, sempre se baseou na existência do defeito, afastando-se, portanto, de uma responsabilidade objetiva “pura”⁸⁸⁹.

A legislação brasileira, no artigo 12 do CDC, exige tanto o lançamento no mercado do produto quanto a prova do dano, mas também um terceiro elemento: o defeito do

⁸⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1426.

⁸⁸⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 41-42. OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...** p. 132-138. Restatement (Second) Of Torts § 402A Comments ‘l’ ‘k’ (1965). AUSNESS, Richard C. Product Category Liability..., p. 423-428; PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability..., p. 859-872.

produto lançado. Ainda que o defeito se presuma da ocorrência do dano, esse fato não diminui a importância da inclusão desse novo requisito para a responsabilização⁸⁹⁰.

A efetiva concepção de defeito, como já visto, não se denota clara. De todo modo, fato é que a sua existência não se mostra incompatível com o regime da responsabilidade objetiva:

Não se diga que a ideia do descumprimento de um dever legal de segurança (existência do defeito no produto), isto é, a exigência de um ato antijurídico para que se impute a responsabilidade legal a alguns agentes, não é compatível com a responsabilidade objetiva, que visa, em última análise, regular os efeitos de um ilícito civil (ato valorado como antijurídico) e alcançar uma justiça distributiva⁸⁹¹.

A Diretiva europeia, por sua vez, adotou como fundamento da responsabilidade o defeito, e não a culpa. Deve o consumidor comprovar o defeito, mas não precisa comprovar a culpa do fabricante. A norma brasileira, por influência da Diretiva, funciona como espécie de hipótese-tipo, na qual se prevê uma responsabilidade legal sem culpa dos agentes citados, nos casos e nos limites impostos pela norma. Tal responsabilidade não culposa se afastaria da responsabilidade pelo risco da atividade, pois exige, para caracterizar o ilícito, a existência de um defeito, imputado objetivamente aos fornecedores citados⁸⁹².

Assim, enquanto a teoria do risco se concentra na atividade (lícita, mas perigosa), a responsabilidade prevista no CDC se concentra no resultado, no defeito (ilícito, contrário ao dever de segurança), exigindo seu nexo causal com o dano⁸⁹³.

Já para Rafael Dresch, com uma visão isolada na doutrina, o elemento culpa está inserido em forma presumida através da exigência do defeito para determinação da responsabilidade do produtor. Isso porque a norma determina o caráter defeituoso “somente e, tão somente, quando ‘não oferece a segurança que dele legitimamente se espera’”⁸⁹⁴. O autor defende que, ao se analisar o defeito como falta ao dever de segurança e informação, na forma como prescreve o artigo 12 do CDC, mostra-se

⁸⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1427. Nesse momento, Marques exemplifica a presunção do defeito com o caso do estouro de uma garrafa de refrigerante que cega um jovem de 12 anos

⁸⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1428-1430.

⁸⁹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1428-1430.

⁸⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1428-1430.

⁸⁹⁴ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 116.

indispensável concluir pela manutenção do exame da culpabilidade mesmo que de maneira especial, que se configuraria na mera culpa levíssima presumida⁸⁹⁵.

No tratamento da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, ao não ter sido adotada a teoria da responsabilização com base no risco da atividade, nem a teoria clássica da culpa, a conclusão possível e condizente com a especificidade das normas que disciplinam a matéria é no sentido da adoção da teoria da culpa levíssima presumida, eis que o dever de segurança foi imposto no grau máximo e, que cabe ao fornecedor, como profissional, afastá-la, pois ao consumidor não é necessária a prova da culpa como disciplinam os próprios arts. 12 e 14 através do elemento normativo 'independentemente da existência de culpa'⁸⁹⁶.

Dresch eleva o padrão exigido de conduta do fornecedor ao máximo possível. Quer dizer, não bastaria ao fabricante comprovar o nível médio de cuidado, mas sim um padrão objetivo de excelência da técnica relativa àquele produto⁸⁹⁷. Não sendo centrada na teoria clássica da culpa – que tem um padrão de diligência médio, do homem racional comum – nem mesmo na teoria do risco decorrente da atividade de produção, a responsabilidade pelo fato do produto no CDC seria especial, fundada no defeito, “o que, tecnicamente, determina a análise da culpa levíssima presumida, ou seja, uma responsabilidade *sui generis*”⁸⁹⁸.

A vinculação do conceito de defeito à noção de culpa levíssima não parece correta. Muito embora de difícil compreensão, o caráter defeituoso do produto não depende necessariamente de um juízo de culpabilidade. Quer dizer, não se discute o elemento subjetivo da conduta do fornecedor.

Como explica Marques, não há qualquer incompatibilidade entre a ideia do descumprimento de um dever legal de segurança (existência do defeito do produto) com a teoria da responsabilidade objetiva. Esta, a responsabilidade objetiva, acostumou-se a ser uma responsabilidade legal, para a qual o momento decisivo era a imputação do dano a uma determinada pessoa, não propriamente por sua culpa, mas por sua condição pessoal, por sua condição de agente capaz de suportar as consequências do evento danoso. Isso parece ter ocorrido novamente, como caminho de compromisso entre a

⁸⁹⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 118. Convém registrar que a referência à culpa levíssima é tema que sofre críticas da doutrina majoritária.

⁸⁹⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 118-119.

⁸⁹⁷ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 122-123

⁸⁹⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 126.

responsabilidade pura pelo risco da atividade e a responsabilidade baseada na culpa presumida⁸⁹⁹.

Repise-se, assim, que é um equívoco pressupor que existe um sistema dicotômico de atribuição de responsabilidade: culpa/risco. Este duplo binário, que sustenta a exegese do artigo 927 e de seu parágrafo único, se mostra incapaz de aferir todo o potencial do nexo de imputação no âmbito da teoria objetiva⁹⁰⁰.

Dessa forma, o CDC labora a doutrina objetiva da responsabilidade civil em um viés peculiar: acolhe a teoria do defeito do produto e não se funda na teoria do risco da atividade⁹⁰¹.

[...] o Código de Defesa do Consumidor investe verdadeiramente em uma “responsabilidade sem culpa”. Ao microsistema consumerista também não convém examinar se o fornecedor agiu de forma diligente ou leviana, seja na organização empresarial ou nos meios de desenvolvimento de sua atividade. Porém, ao exigir que o dano sofrido pelo consumidor tenha como causa um “defeito” do produto ou serviço, culmina por demandar a prova quanto à prática de um ato ilícito por parte do fornecedor⁹⁰².

Em sentido semelhante, Miragem explica que a noção de defeito configura o denominado risco adquirido, conceito que o autor relaciona a uma falha. Nesse sentido, não se confundiriam as noções de risco próprio da atividade e risco adquirido. O primeiro estaria alocado no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, já que trata de algo que é natural a determinada atividade. Isto é, cuida de um risco próprio, inerente a essa atividade. O segundo – o risco adquirido – explica aquilo que vem a se agregar à atividade por intervenção posterior, não natural. Uma vez que o artigo 8º do CDC admite a oferta

⁸⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1430. Carla Izolda Marshall cunha a responsabilidade objetiva do CDC como “mediana”, entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva “pura”, calcada no risco. MARSHALL, Carla Izolda. Responsabilidade civil do fabricante por produto defeituoso na União Europeia e no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

⁹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil...**, p. 474.

⁹⁰¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 122; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil...**, p. 452.

⁹⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil...**, p. 452.

de produtos com riscos normais e previsíveis, só há se falar em responsabilidade quando existir um risco anormal, decorrente de falha no fornecimento do produto⁹⁰³.

Nessa linha, se o Código de Defesa do Consumidor excluiu explicitamente a responsabilização pelo risco inerente, parece muito claro que não se responsabiliza o fornecedor por toda e qualquer atividade de risco, mas apenas por aquelas situações em que se configura um defeito.

Em momento anterior desta pesquisa, já se viu a discussão a respeito da normalidade dos riscos dos produtos lançados no mercado enquanto critério relevante para a aferição da defectibilidade. Nesse momento, porém, em que se busca descolar a teoria do risco do conceito de defeito enquanto fundamento da responsabilidade do fornecedor, convém apenas registrar que não parece apropriada a explicação do conceito de defeito como “falha no processo de fornecimento do produto”. Isso porque a noção de “falha” pode indicar uma visão reduzida da noção de defeito, restrita aos defeitos de fabricação ou aos defeitos de concepção evidentes. Como se verá, em muitas situações o intérprete será chamado a discutir quão seguros os produtos devem se mostrar, sobretudo em casos difíceis envolvendo a própria concepção ou essência do produto, o que não se confunde com a visão ordinária de falha.

Retomando-se o foco, não se pode aceitar que, pelo princípio da responsabilidade independente de culpa, seja o produtor responsabilizado de modo irrestrito, recaindo sobre ele todo e qualquer risco, como verdadeiro segurador, relacionado aos produtos por ele colocados em circulação⁹⁰⁴. Tal premissa é praticamente unânime na doutrina, desde as origens do *Restatement (Second)*. Quer dizer, mesmo quando da efervescência do regime da *strict liability*, buscava-se estabelecer critérios ou limites para a responsabilidade do produtor⁹⁰⁵.

⁹⁰³ MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil...**, p. 276. Ainda na doutrina: “Seja como for, torna-se oportuno esclarecer que o risco da atividade que enseja a responsabilização do agente nas relações paritárias, regidas pelo Código Civil, não se confunde com o risco adquirido do produto, fundamento da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. Por risco adquirido, entende-se aquele que torna o produto perigoso em decorrência de um defeito; a noção de risco adquirido pressupõe, portanto, a identificação de defeito”. TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade Civil...**, p. 117-118.

⁹⁰⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 92.

⁹⁰⁵ Por todos, OWEN, David G. Design defects..., p. 299; SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation..., p. 748.

Ademais, relembre-se o Decreto nº 2.861, de 7 de setembro de 1912, que tratou de regular a responsabilidade civil das estradas de ferro. Para muitos estudiosos, a norma configura o embrião da responsabilidade objetiva no Brasil. A norma optou por imputar ao transportador os danos decorrentes da sua atividade, mesmo que sem culpa. Assim, quando o atrito dos trilhos com os vagões criava pequenas faíscas e, por consequência, tais faíscas se transformavam em chamas que destruíam a vegetação lindeira, surgiria o dever de indenizar. Ainda que a tecnologia da época não permitisse a prestação do serviço de modo diverso e mais seguro, fato é que a criação desse risco era algo inerente ao transporte férreo. Desse modo, conclui-se que a teoria do risco imputava ao transportador o dever de indenizar os danos oriundos dessa periculosidade inerente.

Assim, não mais seriam imputados à fatalidade os danos causados por certas atividades que se caracterizavam por um potencial danoso que não poderia ser totalmente eliminado pela conduta diligente e perita do agente. Esse risco intrínseco da atividade estaria coberto pelo regime da responsabilidade objetiva, que se afasta da capacidade de previdência e da diligência do causador do dano⁹⁰⁶.

Já em relação ao cigarro, tema bastante controvertido, a responsabilidade pelos danos decorrentes da sua utilização é diferenciada. Apesar de ser cientificamente comprovado que o cigarro é capaz de causar prejuízos à saúde das pessoas, e que tais prejuízos são previsíveis, a periculosidade inerente do produto é justificativa para eximir de responsabilidade a produtora do cigarro. Nesse sentido, a periculosidade inerente do cigarro – tema diretamente ligado aos defeitos de concepção e de informação – por não representar o caráter de defectibilidade, afasta o dever de indenizar⁹⁰⁷.

Nota-se, assim, que essas duas situações – apesar de ontologicamente idênticas, uma vez que configuram produto e serviço com periculosidade inerente – acarretam respostas diferentes. No primeiro caso, a teoria do risco justifica o dever de indenizar; no segundo caso, a ausência de defectibilidade do produto afasta o dever de indenizar. Tal

CANTU, Charles. Reflections on Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: A Mirror Crack'd ..., p. 218-235.

⁹⁰⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda da chance...**, p. 4.

⁹⁰⁷ LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. O tema é polêmico na doutrina: FACCHINI NETO, Eugênio. A Revitalização do nexos de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo - a aceitação lógica da probabilidade..., p. 1-41.

constatação leva a crer que o regime do CDC não adotou integralmente a teoria do risco – ao menos no que diz respeito às suas ideias gerais.

Com a mesma lógica, veja-se o caso dos produtos anticoncepcionais ou contraceptivos reversíveis, isto é, aqueles que só se prestam a evitar a gestação enquanto estiverem sendo usados, pois permitem o retorno à fecundidade quando se deixa de utilizá-los. São exemplos as pílulas-anticoncepcionais ou dispositivos intrauterinos (DIU). Nenhum destes métodos, que não deixam de ser produtos na forma do artigo 3º, §1º do CDC, possui taxa de eficácia absoluta a evitar a gestação. O fabricante do produto, ao lançar tais produtos no mercado de consumo, é obrigado a cumprir aquilo a que se propõe: oferecer método contraceptivo que reduza as chances de gravidez no percentual por ele indicado (normalmente na bula), mas não a anular a chance de gravidez. Quer dizer, há sempre o risco de uma gravidez indesejada.

Não se cogitando de defeito de fabricação⁹⁰⁸, ou de falha do profissional de saúde no procedimento de colocação do DIU, por exemplo, o que atrairia a temática do *wrongful conception*⁹⁰⁹, eventual gravidez indesejada, em princípio, não configura defeito de concepção do produto. Mesmo que a consumidora siga todas as instruções da fabricante, há sempre um pequeno risco de o produto não funcionar. Em outras palavras, tem-se típico caso de produto com periculosidade inerente, despido de qualquer defeito, o que afasta o dever de indenizar.

Portanto, o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor menciona a eleição do regime da responsabilidade objetiva, mas não acusa explicitamente que teria se valido da responsabilidade pelos riscos⁹¹⁰. Mesmo que os idealizadores do CDC façam alusão

⁹⁰⁸ Cogite-se de drágeas fabricadas sem qualquer princípio ativo.

⁹⁰⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 311-341, 2010; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Org.). **Responsabilidade civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1, p. 379-398.

⁹¹⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

à teoria do risco, a verdade é que a legislação não o fez. A norma trata de defeito, e defeito não atrai necessariamente a teoria do risco.

No mais, geralmente a defectibilidade do produto é intuitiva, isto é, consegue ser extraída dos próprios fatos. Defeitos de fabricação e os defeitos de concepção evidentes podem facilmente confirmar a tese preponderante de que a norma combina em parte com a teoria do risco. Mas isso não ocorre sempre. Em determinadas situações mais complexas, a exemplo de casos clássicos de defeitos de concepção, a análise da defectibilidade do produto dependerá da comprovação objetiva da violação de deveres de cuidado a cargo do produtor, ponto que será esmiuçado em outra oportunidade.

3.6.3. O defeito e análise dos padrões de conduta

A doutrina costuma afirmar que a evolução do regime da responsabilidade pelo fato do produto levou à superação da discussão sobre a culpa dos fornecedores, cabendo ao intérprete apenas identificar a existência de um defeito, a colocação do produto no mercado e eventual culpa exclusiva de terceiro ou da vítima⁹¹¹.

A preocupação doutrinária, portanto, visa descolar a imagem do defeito da noção clássica de culpa, o que, em termos gerais, consiste em medida prudente e acertada.

Paulo de Tarso Sanseverino, com razão, afasta a ideia de que expressões mais abertas, como “segurança legitimamente esperada” ou “destinação razoável do produto”, denotam o retorno ao modelo da responsabilidade subjetiva⁹¹². Em verdade, a técnica legislativa utilizada pelo legislador para definição de defeito, por meio de cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, não enseja, por si só, retorno à responsabilidade subjetiva, posto que no âmbito de análise do defeito não se discute o elemento subjetivo da conduta do fornecedor⁹¹³.

Bastaria, assim, a ocorrência objetiva do defeito no produto para o surgimento da obrigação de indenizar, sendo suficiente que o produto apresente uma falha que lhe retire

⁹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 1.432; TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade Civil...**

⁹¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 2010, p. 160-161, criticamente as lições de Michael Will e Thierry Bourgoignie.

⁹¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 2010, p. 161.

a segurança legitimamente esperada para que seja considerado defeituoso. Isto é, não se exige qualquer participação ou colaboração subjetiva do fornecedor ou seus prepostos na ocorrência⁹¹⁴.

Imagine-se que um hacker, motivado por ideais políticos, busque prejudicar a imagem de determinada empresa. Habilidade, consegue burlar todos os sistemas de segurança de poderosos softwares de proteção, e modifica as informações que devem constar dos rótulos que são impressos em determinados produtos. Com a alteração, tais produtos são colocados no mercado de consumo sem as advertências necessárias e com indicações erradas a respeito de sua utilização. Suponha-se que a orientação quanto ao uso levou à superdosagem e causou a morte de determinados consumidores. Nesse cenário, pode-se concluir que tais eventos não demonstram qualquer conduta culposa do produtor, que envidou todos os esforços possíveis para salvaguardar a qualidade de seu produto. Ainda assim, o defeito de informação surgido na ambiência de um fortuito interno acarreta a responsabilidade civil do produtor.

Esse exemplo, muito embora diga respeito a um defeito de informação, assemelha-se a uma hipótese de defeito de fabricação, posto que o produto final colocado em circulação não é aquele que o produtor gostaria de ter fabricado. Em outras palavras, o produto planejado e desejado pelo fabricante não foi aquele que acabou sendo vendido no mercado de consumo.

Para identificação do caráter defeituoso do produto já se observou que prevalece no Brasil o teste das legítimas expectativas, previsto expressamente no CDC. Assim, há defeito na hipótese de o produto apresentar uma qualidade que, em consideração ao uso que dele razoavelmente se espera, acabe por violar a garantia de integridade física e patrimonial de consumidores (e terceiros).

A dúvida, no presente tópico, gira em torno da determinação de tal qualidade: é sempre possível buscar uma resposta independente da análise da conduta do produtor?

⁹¹⁴ E acrescenta: “Ainda que não tenha havido uma conduta negligente de parte do fornecedor ou dos seus prepostos, constatado o defeito do produto ou do serviço, aquele será responsabilizado pelos danos sofridos pelo consumidor”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 161.

Como alertou Reinig, a “questão consiste em saber se as legítimas expectativas de segurança dizem respeito ao produto em si ou a um padrão de conduta”⁹¹⁵. Tal questionamento se mostra relevante, pois, a depender da resposta, poderá levar a alterações sobre o modelo da responsabilidade civil por produtos defeituosos.

Em sua pesquisa, Reinig defende que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor ter buscado se afastar de qualquer consideração quanto à conduta do responsável no modelo do fato do produto, a “natureza das coisas” permite que o aplicador da norma questione se, de fato, é prescindível a análise da conduta⁹¹⁶.

Para o autor,

o problema da concretização do conceito legal de defeito do produto, ou seja, de sua aplicação face às circunstâncias de um caso específico, demonstra não ser tão simples instituir um regime no qual o juiz jamais precisará recorrer-se de critérios de conduta para decidir se determinado produto é ou não defeituoso⁹¹⁷.

De acordo com Reinig, enquanto a noção de defeito de fabricação se compatibiliza perfeitamente com um regime de responsabilidade independente de culpa, o mesmo não ocorre em relação aos defeitos de projeção e de instrução. A responsabilidade dos produtores pelos defeitos de fabricação se baseia no risco, pois prescinde de qualquer avaliação da conduta do produtor, mas a avaliação dos defeitos de projeção e de instrução pressupõe o descumprimento objetivo de um dever de cuidado⁹¹⁸.

Com cautela, o autor enfatiza que, mesmo nos defeitos de concepção e de informação, o critério de imputação continua a ser objetivo, quer dizer, a responsabilidade do produtor cuja incidência requer apenas a configuração da ofensa de um cuidado objetivamente tipificado caracteriza-se como imputação objetiva⁹¹⁹. E tal cenário se diferenciaria da responsabilidade pelo risco, na medida em que esta não exige uma análise de conduta.

⁹¹⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 100.

⁹¹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 100.

⁹¹⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 92.

⁹¹⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 95.

⁹¹⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 95

Em suas palavras, “há imputação subjetiva somente na hipótese de a atribuição da responsabilidade requerer a reprovabilidade subjetiva da conduta, caracterizada quando o produtor sabe do desenvolvimento da hipótese de incidência ou pode conhecê-la e evitá-la”⁹²⁰. Já a responsabilidade do produtor, que entende configurar responsabilidade por culpa, não pressupõe a inobservância do chamado “cuidado interno”, bastando o não atendimento objetivo de um dever de cuidado, aqui também chamado de dever de segurança do comércio⁹²¹.

Tal construção quer chamar a atenção para a realidade dos fatos, isto é, aquilo que autor e réu discutem nos autos e aquilo em que o Poder Judiciário acaba se debruçando para definir em que consiste a defectibilidade do produto. A avaliação do dever de cuidado, em certas condições, é indispensável para aferição da defectibilidade dos defeitos de concepção e de informação.

Eis os apontamentos de Reinig:

Ainda que se procure partir de circunstâncias objetivas, como a apresentação ou a natureza do produto, não é possível se esquivar do questionamento acerca de quais medidas deveria o produtor tomar para garantir a segurança do consumidor e de terceiros. Por esse motivo, a doutrina nacional, embora não hesite em concluir pela responsabilidade independente de culpa, acaba por se socorrer de formulações que pressupõem a ideia de erro e dificilmente consegue tratar da responsabilidade pelo fato do produto sem se recorrer à noção de violação de um dever⁹²².

Por isso, Reinig entende que as Cortes, ao definirem se no caso concreto há ou não defeito de projeção ou de instrução, acabam por se socorrer de uma análise de conduta, embora em geral não o admitam expressamente, não restando claro se a segurança legitimamente esperada diz respeito ao produto ou a uma conduta do produtor⁹²³. A sua visão se alinha com a doutrina e a jurisprudência majoritárias da

⁹²⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 95.

⁹²¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 95-96. Para maior aprofundamento do tema, ver ainda REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1.^a Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abr – jun, 2016.

⁹²² REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 100-101.

⁹²³ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 105.

products liability norte-americana, posto que reconhece que “é praticamente impossível analisar se um produto apresenta defeito de projeção sem que se comparem as alternativas de design possíveis”⁹²⁴.

Em suma, não há como se esquivar de uma análise da conduta do produtor no caso de defeito de projeção, já que esta pressupõe o que se chama de *conscious design choice*. É praticamente impossível analisar se um produto apresenta defeito de projeção sem que se comparem as alternativas de design possíveis. Além disso, não há como negar a importância da relação risco-utilidade. Caso estes fatores não sejam levados em consideração - o que necessariamente leva à pergunta sobre como deveria o produtor ter projetado o seu produto -, deve-se invariavelmente reconhecer que o produtor assume a posição de segurador e responde de modo irrestrito. Isso evidentemente não é o que pretende o CDC⁹²⁵.

Octávio Luiz Motta Ferraz segue o mesmo raciocínio, indicando que, em certos casos, não se poderá estabelecer se um produto é defeituoso senão mediante a análise daquilo que o fornecedor poderia ter feito para produzir um produto mais seguro. Ferraz dá o exemplo de um consumidor que adquire um automóvel novo cujo pneu estoura ao se chocar com uma pedra na estrada a uma velocidade de 140 km/h. De acordo com o autor, só se constata o defeito mediante uma complexa análise de risco-benefício que envolverá, necessariamente, avaliação da conduta do fornecedor. Eis a pergunta que se deve fazer: “é possível, segundo o ‘estado da técnica’, produzir um pneu que não estoure nas circunstâncias do caso em questão?”⁹²⁶.

Ferraz conclui que, nesse cenário, está-se diante de responsabilidade muito parecida, senão idêntica, à subjetiva, “pois o fornecedor só é responsabilizado quando poderia ter agido de maneira a evitar o dano (i.e., produzindo um pneu mais seguro) mas não o fez”⁹²⁷.

Enfatize-se que tal processo não requer a reprovabilidade subjetiva da conduta, ainda que seja necessário o desvio de um padrão de conduta⁹²⁸. De todo modo, entende

⁹²⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 115.

⁹²⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 115.

⁹²⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade...**, p. 41.

⁹²⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade...**, p. 41-44.

⁹²⁸ “É claro que a culpa, caso entendida como a reprovação eticamente fundamentada de uma falha individual em razão da ofensa a um padrão de conduta concretamente formulado, não poderia ser considerada um elemento da responsabilidade pelo fato do produto, mesmo nas hipóteses de defeito de projeção e defeito de instrução. O certo é que a imputabilidade subjetiva ou moral perdeu qualquer

Reinig pela aproximação da noção de culpa objetiva: “É mister, pois, reconhecer que a responsabilidade por defeitos de projeção e de instrução, por pressupor a ofensa ‘objetiva’ de um dever jurídico, confunde-se com o regime de responsabilidade por culpa, ainda que se trate de culpa objetiva”⁹²⁹.

Convém de todo modo refletir se a análise de questões subjetivas acaba por remeter o tema necessariamente para a culpa ou se, sob outra perspectiva, situações de desvalor da conduta guardam relação com o instituto da antijuridicidade.

Nesse norte, são relevantes as lições de Rafael Peteffi da Silva a respeito do instituto da antijuridicidade. Em estudo específico sobre o instituto, ao analisar as múltiplas facetas da antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual e demonstrar a existência de grande incerteza sobre a nomenclatura utilizada, Peteffi aponta a existência de certa confusão entre culpa e antijuridicidade. Razões de ordem histórica, como a influência da *faute* do Código Napoleônico e a sua influência em países como o Brasil, bem como a falta de padronização terminológica mais rigorosa, podem justificar o convívio errático da culpa com o conceito de antijuridicidade⁹³⁰.

Peteffi da Silva traz um exemplo de conduta antijurídica que não se caracteriza nem dentro dos limites clássicos da culpa, nem mesmo como violação de um “*duty of care*”:

Um jornalista, extremamente ético e cuidadoso, poderia agir ilicitamente, por lesão à privacidade alheia, nos casos em que novos parâmetros de proteção fossem identificados por jurisprudência muito recente, por ele desconhecida, pois formada depois do ato, ou em algum caso em que a notícia somente se tornasse danosa por uma modificação de seu conteúdo causada por um vírus eletrônico ainda desconhecido à época dos fatos. Caso a hipótese em causa fosse regulada pela responsabilidade subjetiva, nenhuma responsabilidade poderia advir para o jornalista, tendo em vista a total inexistência de culpa. A antijuridicidade, entretanto, estaria muito bem caracterizada, suportando uma eventual condenação em casos de aplicação da responsabilidade civil objetiva⁹³¹.

significância prática para a responsabilidade delitual do produtor, e a culpa acabou por se confundir com o desatendimento do padrão de conduta exigido daqueles que participam do comércio ou tráfego jurídico”. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 117

⁹²⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 119

⁹³⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista De Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, 2019, p. 177.

⁹³¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição..., p. 196.

Assim, sem relegar a antijuridicidade ao ostracismo, Peteffi da Silva visa identificar o *locus* operacional da antijuridicidade, que está no fato causador dano, bem como o método de efetiva verificação da existência de antijuridicidade em determinada conduta⁹³².

Evitando-se entrar nas intrincadas discussões teóricas sobre a antijuridicidade, convém apenas trazer a advertência de Peteffi sobre o fato de que a análise de questões de ordem subjetiva não acarreta obrigatoriamente a eventual utilização do regime da culpa. É que a antijuridicidade, dotada de campo operativo próprio, pode operar com questões de ordem subjetiva, isto é, com questões relacionadas à análise subjetiva da conduta⁹³³.

No âmbito europeu, países como a Inglaterra e a Áustria operam o dever de cuidado (*duty of care*) como tema relacionado à noção de *wrongfulness* (antijuridicidade) e não culpa (*fault*)⁹³⁴. Desse modo, mesmo quando se parte da análise de padrões de conduta e da avaliação sobre dever de cuidado, não há que se concluir pela incidência automática no regime da culpa (responsabilidade por culpa)⁹³⁵.

Em sentido similar, Flaviana Rampazzo Soares advoga que, mesmo quando a análise do dever de cuidado acaba por tratar da conduta do fornecedor em comparação a um standard de comportamento admissível, seja apriorístico, seja casuístico, não há incompatibilidade com o regime da responsabilidade objetiva⁹³⁶:

Demostrou-se, neste estudo, que o dever de cuidado é considerado na formação de uma interpretação para o preenchimento do vocábulo defeito, como conceito jurídico indeterminado. Ademais, o ônus de comprovar a inexistência de defeito, no Brasil, é do fornecedor, pois, havendo dano enexo de causalidade, todos os exemplos vistos indicam que “a coisa fala por si”, ou seja, se o produto causou um dano, por ser inseguro (defeituoso), o dever de demonstrar que o produto não é inseguro é do fornecedor. Na análise da ocorrência de defeito, não há uma avaliação quanto à reprovabilidade ou não da conduta do fornecedor, ou melhor

⁹³² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição..., p. 176-180.

⁹³³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição..., p. 176.

⁹³⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição..., p. 194.

⁹³⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição..., p. 194-198.

⁹³⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos..., p. 164.

dizendo, do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, pois a responsabilidade nas relações de consumo é objetiva, mas sim quanto ao fato de que o produto ou serviço defeituoso não pode ser considerado como fruto da observância do cuidado, quando há a avaliação da extensão e conteúdo do defeito. O produto defeituoso, por conseguinte, não atende ao dever de gerar um resultado legitimamente esperado pelo consumidor⁹³⁷.

Veja-se que a responsabilidade do produtor sempre será calcada no defeito. Na maioria das vezes será desnecessária a aferição da conduta do produtor – como ocorre nos defeitos de fabricação e nos casos em que o defeito pode ser extraído do próprio resultado danoso (*res ipsa*⁹³⁸). Casos em que o defeito de concepção é evidente, ou intuitivo (quando a coisa fala por si⁹³⁹), já que extraído dos próprios fatos, ou mesmo da violação a alguma norma ou regulamento, não haveria se falar na necessária análise minuciosa de deveres de conduta. Nessas situações, pode-se dizer que há, de certo modo, equivalência prática entre a identificação do defeito com a aplicação da teoria do risco, apesar de ela não ser o fundamento para a espécie.

De outro lado, nos casos em que a própria essência do produto está em pauta e se mostra complexo definir o grau de segurança aceito pela sociedade, a avaliação dos defeitos de concepção e de informação acaba inevitavelmente levando a um juízo sobre o dever de cuidado do produtor. Em outras palavras, nos casos clássicos de defeitos de concepção, em que há maior complexidade na aferição do caráter defeituoso, é que se teria análise de certos aspectos dos deveres de conduta.

No âmbito da responsabilidade pelo fato do produto pode-se concordar que, para casos difíceis envolvendo defeitos de concepção, que envolvem a identificação dos níveis de segurança de produtos complexos como automóveis e medicamentos, é correta a tese de que os testes possíveis para aferição da defectibilidade recaem necessariamente no dever de cuidado do fabricante.

Alfim, vale dizer que a discussão envolvendo a antijuridicidade enquanto requisito autônomo da responsabilidade civil extracontratual passa ao largo de qualquer debate no regime da *common law* norte-americana. Em verdade, o termo *wrongfulness* não é familiar aos juristas norte-americanos:

⁹³⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos..., p. 165.

⁹³⁸ Lembre-se também dos demonstrably design defects ou self-defeating cases.

⁹³⁹ Como delimitou Flaviana Rampazzo Soares no excerto acima destacado.

As with Austrian law, U.S. law only recognizes culpability (wrongfulness is not a term in wide usage) with regard to conduct not outcomes. The German concept of wrongfulness [...] would be completely unfamiliar to an American. Culpability or fault is assessed based on an objective standard. The use of an objective standard reflects a trade-off that U.S. law accepts between a less complex inquiry with fewer administrative costs and the complications of proof required in assessing whether a party actually acted in a morally inappropriate manner. Throughout this U.S. response, we use fault or negligence interchangeably to reflect the objective standard of unreasonable conduct that is the core of the basis for liability for accidental injuries in the U.S. Where the objective standard is modified, as with children or the physically handicapped, we expressly distinguish it from a purely objective standard below”⁹⁴⁰.

A explicação parece responder por que não se encontra no cenário americano a vinculação entre a quebra do dever de cuidado (*duty of care*) e a antijuridicidade (*wrongfulness*), restando – no campo dos defeitos de concepção e de informação – os debates entre os defensores dos regimes da *strict liability* e da *negligence*.

A abordagem que mantém a análise dos padrões de conduta dentro do conceito de antijuridicidade parece melhor se amoldar à norma consumerista, que expressamente prevê, em seu artigo 12, que a responsabilidade se dá independentemente de culpa, muito embora seja talvez inegável a extrema semelhança entre a noção de antijuridicidade pela quebra de *duty of care* e a culpa *in abstracto*⁹⁴¹.

De todo modo, quer se adote a noção de culpa *in abstracto*, quer isso signifique análise da antijuridicidade, fato é que a violação do dever de segurança para casos complexos pressupõe a análise da conduta do produtor.

3.7. Defeito de Fabricação

Defeitos típicos dos modernos métodos de produção em série, decorrentes de falha nas máquinas ou de erro do trabalho humano, os defeitos de fabricação aparecem

⁹⁴⁰ GREEN, Michael D; CARDI, Jonathan W. Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA. In: KOZIOL, Helmut (ed.) **Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective**. Jan Sramek Verlag, 2015, p. 477.

⁹⁴¹ No mesmo sentido de que a adoção de um conceito objetivo de culpa dificulta a distinção deste elemento em relação à ilicitude ou à antijuridicidade, ver REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1.^a Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abr – jun, 2016.

na fase de elaboração dos componentes, na montagem e até no controle, sendo ampla a sua casuística⁹⁴².

Surgem, portanto, na fase de efetiva execução do processo produtivo, e não no mero planejamento. Assim, embora o projeto referente ao produto não apresente incorreções, a sua execução pelo fornecedor se dá de maneira imperfeita⁹⁴³.

Muito embora o projeto do automóvel seja perfeito, é possível que falhas ocorram na linha de produção, como a negligência de algum funcionário, ou mesmo a falha de algum robô industrial, em apertar os parafusos necessários de determinado veículo. Nesta hipótese, se tal falha representar violação de dever de segurança, expondo a risco o consumidor, pode-se dizer que há um defeito de fabricação. Da mesma forma, se algum empregado, durante o cumprimento de seu aviso prévio, resolve sabotar algum produto, buscando prejudicar a imagem da empresa, tal situação também poderá configurar defeito de fabricação.

Episódio recente ocorreu em Minas Gerais, no já famoso caso Backer, em que determinado lote de cervejas foi contaminado por substâncias tóxicas anticongelantes (monoetilenoglicol e dietilenoglicol). De acordo com o inquérito policial, foi encontrado um vazamento em um dos tanques de refrigeração da cervejaria o que acarretou a contaminação das garrafas. Tal intoxicação, percebida entre novembro de 2019 e janeiro de 2020, levou à morte sete pessoas e deixou outras 22 com sequelas graves.

Apesar de sua larga abrangência, a característica que os singulariza é a previsibilidade, ou seja, a sua frequência pode ser estatisticamente calculada⁹⁴⁴, facilitando, assim, a sua cobertura por meio de contratos de seguro.

Por fim, alguns autores buscam estabelecer uma distinção quantitativa entre os defeitos de concepção e de fabricação, muito embora tal relevância prática seja questionada por parcela da doutrina⁹⁴⁵. Enquanto os primeiros afetam a totalidade dos produtos de uma série, os defeitos de fabricação caracterizam-se por atingir uma parte limitada e individualizada da produção. Isto é, apenas alguns produtos de uma série são

⁹⁴² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 159.

⁹⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 148.

⁹⁴⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 159-160.

⁹⁴⁵ MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil...**, p. 514.

afetados causando danos a um número limitado de consumidores⁹⁴⁶. De fato, dada a globalização do comércio, por vezes os defeitos de fabricação atingem patamares altíssimos, como no caso da multinacional francesa Lactalis, que anunciou o recall de mais de 12 milhões de caixas de leite em pó para bebês, em 83 países, após confirmação de contaminação por salmonela em uma de suas fábricas⁹⁴⁷.

3.7.1. Testes para identificação do defeito de fabricação

O tópico 3.5 desta pesquisa tratou de esmiuçar os critérios das legítimas expectativas dos consumidores a partir do Código de Defesa do Consumidor. Muitas das explanações lá contidas se aplicam diretamente aos defeitos de fabricação, e menos aos demais tipos de defeito.

A caracterização do defeito de fabricação independe de qualquer apreciação do comportamento do produtor ou de um intermediário. O defeito resulta da diferença entre o produto que existe e o produto que deveria ter sido feito conforme os planos do produtor⁹⁴⁸.

Como visto, o *Restatement (Third)* traduz uma jurisprudência unânime e os comentários à seção 2 dão conta de que se chega ao mesmo resultado que a aplicação do mecanismo do *res ipsa loquitur*. O caráter tangível do defeito de fabricação faz com que ele possa ser caracterizado de maneira quase intuitiva. Quer se utilize do recurso das expectativas dos consumidores, da noção de desvio com relação à norma, ou mesmo de não conformidade aos planos para justificar a responsabilidade, o resultado é o mesmo⁹⁴⁹.

Curioso é o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que tratou da condenação do Laboratório Schering do Brasil por ter comercializado lote de medicamentos com uma drágea a menos: a embalagem continha vinte drágeas, e não vinte e uma, capaz de garantir com maior segurança a eficácia do tratamento.

⁹⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 149.

⁹⁴⁷ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/leite-em-p%C3%B3-infantil-recolhido-em-83-pa%C3%ADses-por-suspeita-de-salmonela/a-42144242>.

⁹⁴⁸ BORGHETTI. J  an-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 81.

⁹⁴⁹ BORGHETTI. J  an-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 81.

Diante da gravidez indesejada, determinada consumidora que fazia uso contínuo do contraceptivo propôs demanda indenizatória sob a alegação de que o dano só ocorreu em razão da ausência da última drácea na cartela. A farmacêutica, embora tenha reconhecido o fornecimento do medicamento sem a última drácea, imputou à consumidora a errônea utilização do produto. Valeu-se, ademais, da tese de que a ineficácia do tratamento estava prevista na margem de erro de 0,2% dos casos, conforme bula do anticoncepcional.

As alegações da defesa não foram acolhidas e o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade da Schering pela comercialização de produtos com defeitos de fabricação. Justificou-se que a inexistência da última drácea era causa de majoração da falibilidade do produto e excluiu a possibilidade de se enquadrar os eventos no rótulo da periculosidade inerente.

Desta forma, afastou as teses de que a drácea faltante poderia estar inserida no percentual de 0,2% de risco da gravidez indesejada e de que haveria culpa exclusiva da consumidora capaz de romper o nexo de causalidade.

Percebe-se, portanto, que a verificação do defeito de fabricação se configura no fato de aquele lote ter excedido a periculosidade inerente do medicamento. A responsabilização do fornecedor fica clara ao analisar-se o caso do anticoncepcional *Diane 35*⁹⁵⁰.

3.7.2. Típico exemplo de responsabilidade objetiva

Como a aferição do defeito de fabricação decorre da comparação entre a qualidade de fato apresentada pelo produto concreto com aquela que ele deveria apresentar, não há qualquer dúvida quanto à possibilidade de concretização de seu conceito independentemente de uma avaliação de conduta⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 344-347.

⁹⁵¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia**..., p. 98.

Quanto aos defeitos de fabricação, portanto, não há dúvidas de que o legislador atingiu o seu objetivo de responsabilizar o produtor independentemente de culpa, configurando-se típico risco de produção do fabricante⁹⁵².

Isto é, o produtor responde ainda que tomadas todas as medidas de prevenção possíveis para evitar o surgimento do defeito e até mesmo na hipótese de a inevitabilidade ser de conhecimento da coletividade⁹⁵³, como a queda repentina de voltagem da rede elétrica que acarretou a falha de determinado produto⁹⁵⁴.

Neste ponto reside a diferença quanto à responsabilidade subjetiva. Se demonstrado que o atendimento de todas as medidas de segurança necessárias e exigíveis não impede o surgimento do defeito de fabricação, o regime da responsabilidade por culpa afasta o dever de indenizar. Na responsabilidade objetiva, tais fatores são indiferentes para a configuração da responsabilidade do produtor⁹⁵⁵.

Cogite-se de um produto alimentício contaminado com alguma substância estranha e tóxica. Não há necessidade de a vítima comprovar a culpa do produtor, posto que é despicienda a postura do fabricante. Para fins de responsabilidade civil, não importa se a conduta foi negligente ou se, em verdade, foram seguidos todos os protocolos sanitários exigíveis. Se no processo a vítima conseguir comprovar a negligência do fabricante, pois comprovado que existia, por exemplo, um furo na tela de proteção, não se cogita da mudança de regime. Quer dizer, não é o fato de o produtor ter sido negligente que se faz alterar o regime para a responsabilidade subjetiva. Nessas situações, pode-se dizer que há conduta culposa, apesar de ela não ser o fundamento para a espécie.

Costuma-se, ademais, fazer referência ao aspecto econômico para justificar a aplicação da responsabilidade objetiva ao defeito de fabricação. É que, de certo modo, tais tipos de defeito são previsíveis, sendo factível o cálculo estatístico quanto à sua frequência. Nessa linha, pode o produtor avaliar e identificar, proporcionalmente, a

⁹⁵² REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 98.

⁹⁵³ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 98.

⁹⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 148.

⁹⁵⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 99.

quantidade de produtos que poderão ser considerados defeituosos, viabilizando que o valor dos danos potenciais seja considerado no preço do próprio produto⁹⁵⁶.

Ainda que as Cortes centralizem a análise da defectibilidade nas próprias condições do produto colocado em circulação no mercado, não é incomum, ao aferir o dever de indenizar, que também partam de avaliações da conduta tomada pelo fornecedor.

No notório julgamento das “pílulas de farinha”, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade da farmacêutica, entendendo que, embora não existisse prova quanto à colocação intencional das ‘pílulas de farinha’ no mercado de consumo, a empresa nunca se preocupou em supervisionar colaboradores ou terceiros a fim de garantir o correto e integral descarte do material-teste⁹⁵⁷.

O ponto central da fundamentação do dever de indenizar partiu da constatação de que o fornecedor não informou de imediato as autoridades competentes ou as consumidoras sobre o vazamento dos lotes. Pelo contrário, restou demonstrado que a informação ao público foi tardia: somente após as primeiras denúncias públicas⁹⁵⁸.

3.7.3. Riscos do desenvolvimento e lacunas do desenvolvimento

Não se pode confundir, ademais, o defeito de fabricação com os riscos do desenvolvimento. Estes somente se configuram “se o defeito for incognoscível no momento da colocação do produto no mercado ou da prestação do serviço”⁹⁵⁹. Reinig e Carnaúba explicam que, “[n]a doutrina alemã, há autores que destacam ser necessária a incognoscibilidade da periculosidade potencial ou, em outras palavras, do risco de defeito (Fehlerrisiko). Com isso pretendem evitar a confusão do problema dos riscos do desenvolvimento com o das falhas inevitáveis no processo produtivo, situação típica dos defeitos de fabricação”⁹⁶⁰.

⁹⁵⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 99.

⁹⁵⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 346-347.

⁹⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 346-347.

⁹⁵⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 7.

⁹⁶⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 7.

Os defeitos de fabricação consistem em desvios do produto individual em relação à projeção ou concepção ideal do produto. Eles representam a concretização do típico risco de fabricação, isto é, o fabricante responde por possíveis falhas do processo de produção e controle de qualidade, mesmo quando tomadas todas as medidas de prevenção possíveis para evitar o surgimento do defeito⁹⁶¹.

A diferença, portanto, é a seguinte: a natureza do problema dos defeitos de fabricação é a inevitabilidade fática ou econômica de falhas no processo de fabricação ou de controle de qualidade. Não há se falar em incognoscibilidade do risco ou do defeito em si, posto que a identificação de todo e qualquer defeito de fabricação é cientificamente possível, mas nem sempre é economicamente viável⁹⁶². Sendo cientificamente possível descobrir o defeito, ainda que de modo indesejado ou pouco eficiente, não há que se falar em riscos do desenvolvimento.

Seria possível se cogitar de um exame detalhado e minucioso de cada unidade produzida, mas isso poderia inviabilizar a produção do ponto de vista econômico, em prejuízo à própria coletividade. Sabe-se que garrafas de refrigerante podem explodir. Tal condição não se trata de riscos do desenvolvimento visto que os perigos são conhecidos. Acontece que o risco da explosão é inevitável, pois são inevitáveis, na atual conjuntura, possíveis falhas no acondicionamento ou na produção dos vasilhames. Nem por isso pode o fabricante alegar que não poderia ter detectado o defeito, cujo risco é a ele imputado⁹⁶³.

Tem-se, nos defeitos de fabricação, um problema voltado à inevitabilidade, seja de ordem técnica, seja de ordem econômica. Se o risco já havia sido identificado pela comunidade científica, embora sem ainda uma correspondente solução prática, explicam Reinig e Carnáuba que se está diante das denominadas lacunas do desenvolvimento (Entwicklungslücken), que não se confundem com o tema dos riscos do desenvolvimento⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 8.

⁹⁶² REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 8.

⁹⁶³ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 7.

⁹⁶⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 9.

Os autores deixam claro que a expressão – lacunas do desenvolvimento⁹⁶⁵ – não indica uma nova problemática, ou mesmo uma nova categoria de defeito. Em verdade, representa apenas uma oposição entre o que já se denomina “limites da detecção humana de riscos” (riscos do desenvolvimento) e “limites das possibilidades humanas de solução de problemas” (lacunas do desenvolvimento)⁹⁶⁶.

Nesse ponto, curioso mencionar que Borghetti relaciona os defeitos de fabricação aos riscos de contaminação indetectáveis na transfusão de sangue, fazendo referência a julgados que afastaram o dever de indenizar, pois a concepção proposta não seria possível quando da colocação do produto em circulação⁹⁶⁷. No Brasil, o dever de indenizar por danos ocorridos quando da transfusão de sangue costumam ser tratados na lógica do defeito na prestação do serviço (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), e não do produto defeituoso, o que parece fazer mais sentido⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ Para aprofundamento completo sobre o tema, ver REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 47-56.

⁹⁶⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis..., p. 9.

⁹⁶⁷ Mêmes en matière de défaut de fabrication, où jurisprudence et doctrine s'accordent en théorie sur le caractère de l'imposition d'une strict liability in tort, on constate que les tribunaux répugnent à engager la responsabilité des fournisseurs pour certains défaut indécélables, et notamment le vice interne du sang. BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 67-68.

⁹⁶⁸ STJ, REsp. 1.645.786, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 16.05.2017. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARTO POR CESÁREA. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TRANSMISSÃO DE HIV. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. JANELA IMUNOLÓGICA. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MANTIDA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. 1. Ação ajuizada em 30/12/2008. Recurso especial interposto em 17/09/2015 e concluso ao Gabinete em 06/12/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em afastar a responsabilidade objetiva do hospital, basicamente por dois fundamentos: i) a inexistência de serviço defeituoso, devido à adoção de todas as técnicas disponíveis quanto à qualidade do sangue doado e ii) a ausência de nexo de causalidade entre a prestação do serviço de saúde e a contaminação pelo vírus HIV em transfusão de sangue realizada durante o parto cesáreo. 3. Considera-se o serviço como defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; a época em que foi fornecido (art. 14, §1º, do CDC). 4. Não se questiona acerca do intrínseco risco ao receptor de transfusão sanguínea, que atualmente ainda não foi eliminado do ambiente médico-científico. Em vez disso, a questão jurídica relevante está em verificar se a transfusão ocorreu com defeito, ou seja, identificar em concreto se o serviço foi prestado sem a segurança que o consumidor pôde esperar. 5. O defeito na prestação do serviço consiste justamente em, apesar de saber do risco da janela imunológica, ainda assim, o hospital optar por realizar a transfusão de sangue. Este cálculo diz respeito à conduta do Hospital, como risco adquirido no desenvolvimento de sua atividade, e não do paciente que se submete ao procedimento. 6. Em análise do conjunto fático-probatório dos autos, o Tribunal de origem decidiu que houve efetivo dano a partir da internação, diretamente relacionado ao préstimo dos serviços hospitalares na transfusão de sangue em favor da paciente no momento do

Sangue e outros tecidos humanos não são tratados como produtos para os propósitos da *products liability*, conforme consta do *Restatement (Third)*, §19 (c). Atualmente, quarenta e nove Estados norte-americanos decretaram legislações defensivas (*blood shield laws*) afastando a *strict liability* ou a *breach of warranty* nos casos de sangues contaminados:

*These laws were intended to respond to the unavailability, at the time of their adoption, of tests to screen blood donations for hepatitis C or HIV. They limit liability for hospitals, blood banks, and in some cases pharmaceutical companies by requiring proof of negligence or willful misconduct to establish liability*⁹⁶⁹.

Nesses casos, no lugar da avaliação da *ordinary negligence*, as Cortes estabeleciam um dever de cuidado mais rigoroso, exigindo o testemunho de um profissional a respeito dos deveres de cuidado comumente seguidos naquela atividade⁹⁷⁰.

3.7.4. Corpo estranho no produto

Caso clássico de defeito de fabricação se revela quando um produto industrializado alimentício contém um corpo estranho àquilo que se espera encontrar no produto. Tal espécie de contaminação não surgiu nos tempos modernos, mas por certo a sua incidência aumentou em decorrência do processo produtivo de massa contemporâneo.

Quer se trate de lesmas encontradas em fundos de garrafa⁹⁷¹, quer de fios de cabelo em fatias de pães de forma⁹⁷², ou mesmo de preservativos encontrados em

parto cesáreo. Rever esse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 7. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

⁹⁶⁹ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 584-585.

⁹⁷⁰ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 585.

⁹⁷¹ TJSC. Sétima Câmara de Direito Civil. Apelação Cível 0301899-80.2014.8.24.0080. Des. Rel. Osmar Nunes Júnior, j. em 10.10.2019; TJMG. Apelação Cível Nº 1.0097.07.001194-1/001, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relatora: Cláudia Maia, julgado em 06/08/2009

⁹⁷² (Recurso Especial nº 1328916/RJ, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Nancy Andrighi, julgado em 01/04/2014)

extratos de tomate⁹⁷³, é certo que o tema gera viva discussão sobre a configuração do dano moral indenizável. Nos Estados Unidos, também os *food cases* foram bastante abordados pela doutrina e pela jurisprudência, podendo ser citados casos de peças metálicas⁹⁷⁴ ou ossos⁹⁷⁵ encontrados em barras de chocolate, em que houve a condenação do fornecedor, e outros, como a ingestão de osso de frango numa tortilla de frango, que não reputado como defeito de fabricação⁹⁷⁶.

Depois de alguma vacilação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece ter firmado posição no sentido de que a aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁷⁷.

Antes, convém registrar, dizia-se que a simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela o sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais⁹⁷⁸.

No ano de 2017, uma sutileza foi levada em consideração pelo STJ para a aferição de eventual dano moral: o simples "levar à boca" do alimento industrializado com corpo estranho gera dano moral *in re ipsa*, independentemente de sua ingestão⁹⁷⁹. Entendeu a Corte que a hipótese revela fator que possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que procede à ingestão propriamente dita. Trata-se, é verdade, de entendimento que se alinha à primeira corrente, mas ainda não se pode confirmar que existe posição sedimentada na Corte Superior.

⁹⁷³ A indicar provável ato de sabotagem. TJRS. Apelação Cível nº 70041080789, Desa. Rel. Marilene Bonzanini, DJ 01.07.2011.

⁹⁷⁴ Tardella v. RJR Nabisco, Inc., 178 A.D.2d 737 (N.Y. App. Div. 1991)

⁹⁷⁵ Gates v. Standard Brands, Inc., 719 P.2d 130 (Wash. Ct. App. 1986)

⁹⁷⁶ Ruvolo v Homovich, 778 N.E.2d 661 (Ohio App. 2002).

⁹⁷⁷ AgRg no REsp 1354077/SP, DJE 22/09/2014; AgRg no REsp 1380274/SC, DJ 19.05.2016; REsp 1744321/RJ, DJe 08/02/2019.

⁹⁷⁸ AgRg no AREsp 489030/SP, DJE 27/04/2015; AgInt no REsp 1597890/SP, DJ 27.09.2016

⁹⁷⁹ REsp 1.644.405-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017.

A configuração, ou não, dos danos morais em razão da presença de corpo estranho no interior de alimento demonstra que o tema é controvertido. De um lado, mostra-se razoável compreender a configuração do dano moral quando da ingestão, ainda que parcial, do produto contaminado por algo, ou alguma substância, estranha. O sentimento ruim do consumidor e o eventual perigo para a sua saúde se encaixam na concepção clássica de dano moral sem maiores dificuldades.

De outro lado, quando não há a ingestão, mas a mera aquisição do produto contaminado, o tema gira em torno da responsabilidade civil pela exposição ao risco. Nesse cenário, entende-se que somente o caso concreto pode definir se haverá que se falar em dever de indenizar. Acertadamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denegou pedido de indenização por danos morais a consumidor que adquiriu fármaco que continha a presença de um objeto de metal no alvéolo do blister que acondiciona o comprimido⁹⁸⁰. Na ocasião, assentou-se que a mera visualização de corpo estranho no interior da cartela de um medicamento não seria suficiente a caracterizar dano moral. Concorda-se, assim, com a conclusão de que, inobstante se trate de responsabilidade objetiva, a mera aquisição do produto com defeito de fabricação não tem o condão de causar dano moral ao consumido, pois dano não houve.

Desse modo, o defeito de fabricação não acarreta necessariamente a indenização por danos morais, pois, muito embora o produto se mostre inadequado e inseguro, já que ingerir um pedaço de metal pode gerar riscos à saúde do consumidor, tal fato, por si só, não prescinde da presença do dano, que se restringiu à esfera patrimonial.

Ainda que se diga que o julgado da Corte gaúcha se pautou no entendimento de que a não ingestão do produto contaminado não acarreta dano moral, e que poderia ter sido ultrapassado pela posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, defende-se aqui que a análise dos requisitos do dano moral deve ser acurada. Isto é, a mera presença do defeito de fabricação não gera dano moral, por si só. É preciso se verificar no caso concreto o que aconteceu, especialmente o risco a que se sujeitou o consumidor.

Como visto, nos Estados Unidos, o *Restatement (Third)* reserva um tratamento específico para os produtos alimentares na seção 7. De modo geral, os alimentos não se

⁹⁸⁰ TJRS. (Apelação Cível Nº 70071143879, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 20/07/2017)

distinguem da regra geral quanto aos defeitos de fabricação. A presença de ingrediente outro que o consumidor razoavelmente não esperava configura defeito de fabricação. Segundo os comentários, na hipótese particular dos produtos alimentares, a existência de standards culturais bastante compartilhados pela população permite apreciar a existência do defeito recorrendo às expectativas dos consumidores⁹⁸¹.

Deixou a *products liability* de aplicar o *foreign-natural test* consistente na avaliação das características naturais ou estranhas do ingrediente encontrado no produto. De acordo com o teste, se o objeto ou substância é natural a algum dos componentes do produto, não há se falar em responsabilidade; se o objeto ou substância é estranho ou alheio às características do produto, pode-se cogitar do dever de indenizar⁹⁸².

A doutrina e a jurisprudência preferem, portanto, utilizar o critério das legítimas expectativas dos consumidores, da mesma forma como acontece no Brasil, evitando-se adotar distinções arbitrárias entre o critério *natural-foreign*. Veja-se que é possível se falar num objeto natural não previsto, como um osso de galinha numa sopa de galinha, capaz de causar tantos danos quanto um objeto estranho, como um pedaço de vidro na referida sopa⁹⁸³.

3.8. Defeito de concepção

Os defeitos de concepção se relacionam ao projeto e ao *design* do produto, comprometendo toda a linha produtiva, e não apenas um ou outro produto. São erros ou deficiências vinculadas à fase de planejamento e idealização do produto que o tornaram nocivo ou excessivamente perigoso.

Há aqueles que preferem chamar de defeitos de construção os problemas ocorridos na concepção técnica do produto. Nessa categoria, toda uma série de produção é comprometida, seja em razão de vícios decorrentes de projeto errôneo, de equivocada escolha dos materiais ou das técnicas de fabricação, seja até, eventualmente, em razão

⁹⁸¹ GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law...**, p. 135.

⁹⁸² GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law...**, p. 134. OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 238.

⁹⁸³ GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law...**, p. 135-136.

de experimentação ineficiente⁹⁸⁴. Sua principal característica, na lição de Sanseverino, é a universalidade, atingindo toda uma série do produto⁹⁸⁵.

Também chamados de defeitos de criação, eles aparecem no artigo 12 como defeitos de projeto e fórmula, e impõem ao fabricante a responsabilidade civil pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança dos consumidores dentro de determinados standards⁹⁸⁶.

De acordo com Leães:

São também de ampla casuística, e podem ocorrer tanto na fase de planificação (adoção de projeto técnico que impossibilite alcançar o produto com as características almejadas), como na fase de realização do projeto de fabricação (uso de máquinas inadequadas), ou ainda, na fase de distribuição (deficiente preparação do produto para o comércio, com adoção de embalagem imprópria, que conduza à deterioração ou à contaminação externa do produto). Defeitos esses que comprometem uma ou várias séries, senão a totalidade da produção⁹⁸⁷.

Acrescentem-se, ainda, os erros de projeto, a escolha de material inadequado e a opção incorreta por componentes nocivos à saúde, todos verificados na fase de planejamento do produto⁹⁸⁸. É, no entanto, curiosa a menção da doutrina à falta de previsão dos efeitos colaterais de um medicamento, em face dos componentes utilizados na sua fórmula ou composição química, como defeito de concepção⁹⁸⁹. Se o perigo excessivo decorre não da escolha do componente nocivo, mas da ausência de tal advertência aos consumidores, a repartição tripartite da classificação de defeito faz configurar o defeito de informação, e não o defeito de concepção.

Da mesma forma, se um aparelho eletrônico comprado em São Paulo (onde a voltagem padrão é 110 volts) é ligado na tomada em Santa Catarina (onde a voltagem padrão é 220 volts) e vem a “queimar”, não se está a tratar de produto defeituoso por

⁹⁸⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 160; MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 113.

⁹⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 146.

⁹⁸⁶ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 113.

⁹⁸⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 160.

⁹⁸⁸ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor...**, p. 147.

⁹⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 146.

concepção. No entanto, se a informação sobre a voltagem não tiver sido adequadamente prestada ao consumidor, configura-se o defeito de informação⁹⁹⁰.

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece na seção I do Capítulo IV disposições sobre a proteção à saúde e segurança. Enquanto o artigo 8º trata de produtos com riscos normais e previsíveis, o artigo 9º dá conta de produtos com alguma potencialidade de nocividade ou periculosidade. Já o artigo 10 proíbe a venda de produtos que apresentem alto grau de nocividade e periculosidade.

Logo, a permissão legal quanto à colocação de produtos no mercado de consumo está estabelecida entre o que seja “potencialmente” e o que se apresenta como “alto grau de nocividade e periculosidade”⁹⁹¹.

A sua constatação, além de acarretar ao fornecedor o dever de reparar os danos, o obriga a informar todos os consumidores do problema. Trata-se do recall, previsto nos parágrafos do artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, modalidade típica do dever de informação⁹⁹².

3.8.1. Testes para identificação do defeito de concepção

Os defeitos de concepção dizem respeito a problemas ocorridos na fase de planejamento, de modo que todos os produtos foram comprometidos, não se confundindo com os defeitos de fabricação.

A questão, no entanto, é saber qual o critério que deve ser utilizado para identificar a característica dos defeitos. Como visto, o só fato de o produto ser considerado perigoso ou apresentar riscos às pessoas não é suficiente para considerá-lo defeituoso. Não existe critério preciso e evidente suscetível de justificar a defectibilidade, pois não há diferença entre o produto litigioso e a intenção do produtor. É então o nível de segurança escolhido que está sendo contestado⁹⁹³.

⁹⁹⁰ Exemplo adaptado de SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 211.

⁹⁹¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

⁹⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 147.

⁹⁹³ BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 49.

Percebe-se assim que, diferentemente da hipótese de defeito de fabricação, o defeito de concepção não conta com alguma referência a partir da qual se possa aferir se determinado produto é ou não defeituoso⁹⁹⁴. Por isso, para identificar a defectibilidade, deve-se buscar diretrizes ou parâmetros.

Como já abordado, a literatura jurídica nacional costuma explicar a identificação dos defeitos do produto por meio do teste das legítimas expectativas. É esse teste, afinal, que está previsto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. O *Restatement (Third)*, conforme explicitado nesta pesquisa, abandonou formalmente o teste das legítimas expectativas para os defeitos de concepção⁹⁹⁵.

Entretanto, outros processos para aferição da defectibilidade acabam sendo abordados, ao menos implicitamente, por parcela da doutrina. Ao analisar os produtos com alto grau de nocividade (artigo 10 do CDC), Benjamin coloca em pauta a necessária análise dos custos e benefícios sociais do produto, isto é, a avaliação sobre se os riscos compensam ou não os benefícios da colocação do produto no mercado de consumo⁹⁹⁶.

De certo maneira, pode-se dizer que tal modo de identificar o grau de segurança dos produtos se aproxima, ao menos inicialmente, com a vertente mais ampla do teste dos riscos-utilidades (*risk-utility test*).

Dada a complexidade do mercado, o autor reconhece que a resposta não estará necessariamente na lei, dependendo da aferição caso a caso pelo Poder Judiciário, que contará com auxílio técnico. Ocorre que Benjamin, ao tentar explicar possíveis critérios para identificação do defeito, toma de empréstimo as lições do *Restatement (Second)* que cuidavam da noção de atividades perigosas, e não efetivamente da *products liability*:

De qualquer modo, com a ajuda do Restatement (Second) of Torts, section 520, é possível elencar alguns pontos que podem ser levados em consideração pelo juiz em tal determinação: a) se a atividade em si envolve um alto grau de risco de dano; b) se o dano hipotecário é de grande gravidade; c) se o risco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável; d) se a atividade não é matéria de uso comum; e) se a atividade é inapropriada para o local onde é exercida; e finalmente, f) o valor da atividade para a comunidade. Poderíamos acrescentar a

⁹⁹⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 100.

⁹⁹⁵ “Consumer expectations do not constitute an independent standard for judging the defectiveness of product designs” Restatement (Third) § 2 cmt. “g”.

⁹⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 160. No mesmo sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 142-143.

existência ou não, no mercado, de bem similar com menor potencial de periculosidade⁹⁹⁷.

Chama a atenção o fato de que Benjamin procure referências na seção 520 – incluída no volume 3 do *Restatement (Second) of Torts* no ano de 1977, sob a responsabilidade de Wade – que trata de atividades perigosas (*abnormally dangerous activity*). Antes chamadas *ultrahazardous activity*, a seção 520 lista e descreve seis fatores que devem ser levados em consideração para se determinar quando uma atividade é “abnormally dangerous”⁹⁹⁸. A disposição, como alerta a doutrina americana, pretende traçar critérios para definir o conceito de atividade anormalmente perigosa, e não de produtos com alto grau de nocividade, o que são coisas bem distintas⁹⁹⁹.

E entre os seis fatores previstos na Seção 520¹⁰⁰⁰ note-se que alguns são de difícil aplicação para a identificação do produto com alto grau de nocividade, a exemplo do fato de a atividade ser própria ou não para o local onde é exercida, ou mesmo a avaliação do valor da atividade para a comunidade¹⁰⁰¹.

Os outros critérios, que dizem respeito à existência de um risco excepcional, à gravidade de um dano potencial, utilizam a análise dos riscos e benefícios, marca da própria noção da *negligence*. No cenário americano, alerta *Cantu* que, mesmo que se diga tratar de responsabilidade objetiva, alguns dos critérios previstos se assemelham ao

⁹⁹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 160. No mesmo sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 142-143.

⁹⁹⁸ WADE, John W. Second Restatement of Torts Completed. **American Bar Association Journal**, vol. 65, no. 3, 1979, pp. 366–371.

⁹⁹⁹ CANTU, Charles, Distinguishing the Concept of Strict Liability for Ultra-Hazardous Activities from Strict Products Liability Under Section 402a of the Restatement (Second) of Torts: Two Parallel Lines of Reasoning that Should Never Meet (2001). *Akron Law Review*, Vol. 35, 2001. OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 170.

¹⁰⁰⁰ Restatement (Second) of Torts, § 520: “In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land, or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes.”.

¹⁰⁰¹ Razões históricas, como a inspiração em *Rylands v. Fletcher*, justificam a existência desses critérios. WADE, John W. Second Restatement of Torts Completed, p. 366–371. Mas é certo que não se confundem com os fatores para identificação de produtos defeituosos.

regime da responsabilidade por culpa, sobretudo quando se parte do terceiro critério, que trata da possibilidade de se eliminar o risco por meio do exercício do devido cuidado¹⁰⁰².

Com essa abordagem inicial, pode-se observar a complexidade dos processos para identificação do defeito de projeto ou concepção. Mesmo a literatura jurídica nacional que defende os testes previstos em lei acaba por, direta ou indiretamente, se valer do balanço entre os riscos e as utilidades do produto posto em circulação. Vê, assim, que a amplitude da noção das legítimas expectativas permite a ponderação ou balanço dos riscos-utilidades do produto para aferição da defectibilidade.

Para melhor compreender os testes aplicados, propõe-se uma classificação tripartite: 1) produtos que violem disposições legais ou regulamentos; 2) produtos com defeitos de concepção evidentes e 3) produtos complexos. Nas duas primeiras hipóteses, a concretização das legítimas expectativas do consumidor se mostra adequada e suficiente para a aferição da defectibilidade da concepção dos produtos. Já a derradeira hipótese exige maior esforço hermenêutico, acarretando inevitavelmente a utilização do teste dos riscos-utilidades.

3.8.1.1. Produtos que violem disposições legais ou regulamentos

Os defeitos de concepção podem ser configurados quando os produtos projetados pelos fabricantes não observam as normas técnicas e científicas vigentes, como o planejamento incorreto dos dispositivos de segurança dos automóveis (ex.: sistema de freios, suspensão, barra da direção, cintos de segurança)¹⁰⁰³.

No Brasil, são muitas as normas e as entidades que regulamentam o dever de segurança dos produtos. Nesse sentido, se não estiverem condizentes com as normas das autoridades competentes, os produtos podem vir a ser reputados defeituosos.

A Lei 5.966, de 11 de dezembro de 1973, instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, criando o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, órgão normativo, e o Instituto

¹⁰⁰² CANTU, Charles, Distinguishing the Concept of Strict Liability for Ultra-Hazardous Activities from Strict Products Liability Under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: Two Parallel Lines of Reasoning that Should Never Meet (2001) ..., p. 38.

¹⁰⁰³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 146.

Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com personalidade jurídica e patrimônio próprios¹⁰⁰⁴.

A Lei 9.933, de 20 de dezembro de 1999, por sua vez, define que todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor. Pela norma, o CONMETRO possui competências amplas para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviço. Já o INMETRO, entre outras competências, pode elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo CONMETRO; elaborar e expedir regulamentos técnicos que disponham sobre o controle metrológico legal, abrangendo instrumentos de medição; exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal¹⁰⁰⁵.

No sistema brasileiro, a atividade de avaliação possui diferentes mecanismos para verificar a conformidade de um produto, processo ou serviço em relação aos critérios estabelecidos por normas e regulamentos técnicos. A seleção do mecanismo de “avaliação da conformidade” deve levar em consideração diversos aspectos relacionados às características do produto, como o risco oferecido em um eventual acidente de consumo, o impacto e a frequência da falha, o volume de produção, a velocidade do aperfeiçoamento tecnológico no setor, o porte dos fabricantes envolvidos, a dispersão geográfica, o impacto sobre a competitividade do produto, o grau de dificuldade de seu acompanhamento no mercado, entre outros¹⁰⁰⁶.

Foge do objetivo desta pesquisa compreender a arquitetura normativa e o processo de certificação de produtos¹⁰⁰⁷, mas é importante expor que existem dois tipos de certificação dentro do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade: as certificações voluntárias e as certificações compulsórias:

¹⁰⁰⁴ Lei nº 5.966, DE 11 de dezembro de 1973. (Vide Medida Provisória nº 541, de 2011). Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências.

¹⁰⁰⁵ Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999. Conversão da Mpv nº 1.929, de 1999, que dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências.

¹⁰⁰⁶ <http://www.sitedoconsumidor.gov.br/qualidade/mecanismo-de-avaliacao-conformidade.asp>.

¹⁰⁰⁷ Portaria nº 118, de 06 de março de 2015, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.

As certificações voluntárias são aquelas em que a empresa define se deve ou não certificar o seu produto, de acordo com o disposto em uma norma técnica, a partir dos benefícios que identifique que essa certificação pode trazer ao seu negócio.

As certificações compulsórias são aquelas em que um regulamento determina que a empresa só pode produzir/comercializar um produto depois que ele estiver certificado.

Nesse caso, uma portaria do Inmetro define os requisitos obrigatórios a serem seguidos por todas as empresas que produzam um determinado produto, bem como os prazos que a empresa terá para se adequar ao regulamento¹⁰⁰⁸.

A lista de produtos com certificados voluntários é enxuta. De acordo com o site do Inmetro, são 23 os objetos submetidos a esse tipo de certificação, podendo ser citados como exemplos água mineral natural envasada, bens de informática e cachaça¹⁰⁰⁹. Já a lista de produtos que se submetem às certificações compulsórias, também facilmente encontrada no site da Autarquia, conta com 152 objetos. Alguns desses objetos são definidos de maneira genérica, como “segurança de aparelhos eletrodomésticos e similares”. Somente esse grupo abrange 183 tipos diferentes de produtos que são normatizados por Portaria própria¹⁰¹⁰. Ademais, a lista revela produtos que, por sua natureza, representam riscos aos usuários, como aqueles voltados para crianças (andadores infantis, brinquedos, chupetas e carrinhos para crianças).¹⁰¹¹

Assim, parte-se da premissa de que, de modo geral, a autoridade pública cria, para certos tipos de produtos, requisitos técnicos mínimos obrigatórios com vistas a torná-los mais seguros. Tais boas práticas regulatórias muitas vezes se baseiam em experiências de outros países e nas evidências do aumento de acidentes de consumo associados a esses produtos.

Os berços infantis, por exemplo, são objeto de normativas há alguns anos. Considerando a necessidade de zelar pela segurança de crianças e bebês, a Autarquia, em 2011, editou os requisitos de avaliação da conformidade¹⁰¹². No entanto, o

¹⁰⁰⁸ <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/iaac/certifique-seu-produto.asp>.

¹⁰⁰⁹ <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/iaac/certifique-seu-produto.asp>.

¹⁰¹⁰ Portaria nº 371, de 29 de dezembro de 2009. Para ilustrar, a lista de produtos abrange: Aquecedor elétrico de água (portátil) ou ebulidor; Barbeador elétrico; Cortador elétrico de grama (de carrinho) / escarificador elétrico; Ventiladores de teto de uso residencial.

¹⁰¹¹ <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/rtepac/compulsorios.asp>.

¹⁰¹² Portaria n.º 269, de 21 de junho de 2011, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.

permanente acompanhamento do mercado de consumo se faz imprescindível pela autoridade reguladora.

Após a morte de um bebê, que faleceu sufocado em razão da existência de vão entre a lateral do berço e o colchão, o Inmetro proibiu a venda e uso do berço de marca específica e determinou o seu recolhimento no mercado brasileiro. Verificou-se, assim, que a falta de especificação sobre as dimensões corretas do colchão provocou um espaço em que a criança, deitada para baixo, não consegue respirar. Por conta disso, a Autarquia lançou nova Portaria no ano de 2015, determinando que “todo berço infantil fabricado, importado e/ou comercializado em território nacional deve ser projetado de forma que nunca seja possível a formação de espaço maior que 30mm entre as laterais ou extremidades e o colchão, quando for utilizado um colchão com dimensões especificadas pelo fabricante”¹⁰¹³. E a empresa foi condenada a pagar indenização à família da vítima¹⁰¹⁴.

Dessarte, os berços infantis que forem fabricados em desacordo com as especificações técnicas definidas pela Autarquia e causarem danos a crianças e bebês deverão ser reputados defeituosos sem maiores dificuldades¹⁰¹⁵.

De outro lado, independentemente do atendimento integral aos requisitos mínimos estabelecidos pela autoridade regulamentadora, a certificação conduzida não afasta eventual responsabilidade por acidentes de consumo. Quer dizer, o simples fato de o produto não violar uma normativa não significa que não seja defeituoso. Por isso é que acidentes de consumo ocorridos antes da edição da norma emanada pela autoridade

¹⁰¹³ Portaria n.º 243, de 21 de maio de 2015, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.

¹⁰¹⁴ TJSP. Apelação n.º 1009293-65.2015.8.26.0320. 33ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Sá Moreira de Oliveira. DJ 04/02/2019. Os fundamentos dos votos vencedores também partiram da constatação do defeito de informação do produto.

¹⁰¹⁵ Para maiores aprofundamentos sobre o regulamento atual a respeito de berços infantis, esclarece o Inmetro: “A Portaria Inmetro n.º 53/2016 aprova o Regulamento Técnico da Qualidade (RTQ) e os Requisitos de Avaliação da Conformidade (RAC) para berços infantis. O RTQ define os requisitos técnicos que devem ser cumpridos pelos berços, já o RAC traz o passo-a-passo para a certificação do produto. Esta referida legislação também revogará, em 02/02/2019, a Portaria Inmetro n.º 269/2011 e suas complementares (Portaria Inmetro n.º 594/2013 e 243/2015), que originalmente estabeleceram regulamentação para berços infantis. Enquanto a Portaria Inmetro n.º 269/2011 aguarda ser revogada, poderão ser encontrados produtos no mercado certificados e registrados com base na Portaria n.º 269/2011, como também outros certificados e registrados com base na nova portaria. Após 02/02/2019, apenas berços infantis de acordo com a Portaria Inmetro n.º 53/2016 poderão ser comercializados no mercado brasileiro”. Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/berco/>.

reguladora, ou na ausência de qualquer regulação técnica, demandarão análise mais acurada do intérprete, o que será demonstrado no próximo tópico.

Ademais, vem à lembrança o debate em torno do álcool líquido 70%, oportunidade em que a ANVISA¹⁰¹⁶, depois de algumas batalhas judiciais¹⁰¹⁷, conseguiu restringir a sua circulação no mercado de consumo, dado que a sua utilização aumentava significativamente o risco de queimaduras, sobretudo em acidentes domésticos com crianças¹⁰¹⁸. Oportuno dizer que recentemente a Anvisa acabou por relativizar a norma, definindo critérios extraordinários e temporários para fabricação e comercialização em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2¹⁰¹⁹.

A ANVISA também editou regulamentos técnicos sobre mamadeiras e chupetas, não só proibindo a presença de produtos químicos¹⁰²⁰, como também determinando níveis de segurança sobre o escudo da chupeta¹⁰²¹. O INMETRO, no ano de 2015, editou Portaria proibindo a comercialização de chupetas, mamadeiras e bicos de mamadeiras

¹⁰¹⁶ Extrapola os limites desse trabalho a identificação da zona cinzenta de regulamentação entre a ANVISA e o INMETRO. Sobre esse assunto, cite-se, por exemplo, a recente PORTARIA Nº 205, DE 4 DE JUNHO DE 2020, em que o INMETRO dispõe sobre a revogação de atividades relacionadas ao exercício do poder de polícia administrativa - fiscalização, registro e/ou anuência para importação, em programas de avaliação da conformidade cujo escopo regulatório não é da competência do Inmetro.

¹⁰¹⁷ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. RESOLUÇÃO RDC 46/2002 DA ANVISA. PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ÁLCOOL LÍQUIDO. LEGALIDADE. I - "A edição da Resolução 46/2002 da Anvisa em nada viola os artigos 6º e 7º da Lei 9.782/1999. Ao contrário, o referido ato normativo derivado atende integralmente àqueles comandos legais, porque inserto na competência da Anvisa de estabelecer proibições e restrições que repercutam na esfera de direitos das pessoas jurídicas e físicas sujeitas à sua atuação administrativa". (Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1389958/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015.) II - A edição, pela ANVISA, da Resolução RDC nº 46/2002, sobre comercialização de álcool etílico em graduações superiores a 54ºGL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac) teve por finalidade a proteção da saúde pública, minimizando os riscos a que está exposta a população, relativamente a acidentes por queimadura e ingestão, sobretudo em crianças. O Estado pode impor, validamente, limitações à livre iniciativa consagrada na Constituição, sobretudo quando se trata de garantir a saúde pública em detrimento dos interesses financeiros de entidades particulares. (Precedentes) III - A Lei 9.789/1999, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabeleceu em seu artigo 6º que a ANVISA tem por finalidade institucional "promover a saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária", entre outros. IV - O artigo 7º, III e XV, da Lei n. 9.789/99, por sua vez, atribuiu à ANVISA competência para a edição de normas relativas às ações de vigilância sanitária e a proibição de fabricação, distribuição e comercialização de produtos e insumos que causem risco iminente à saúde. V - Embargos infringentes a que se nega provimento. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Terceira Seção. Embargos Infringentes na Apelação Cível 0016647-80.2006.4.01.3400, Des. Rel. Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 07/12/2016.

¹⁰¹⁸ Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 46, de 20 de fevereiro de 2002.

¹⁰¹⁹ Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 350, de 19 de março de 2020.

¹⁰²⁰ RESOLUÇÃO - RDC Nº 41, DE 16 DE SETEMBRO DE 2011, que dispõe sobre a proibição de uso de bisfenol A em mamadeiras destinadas a alimentação de lactentes e dá outras providências.

¹⁰²¹ RESOLUÇÃO-RDC Nº 221, DE 5 DE AGOSTO DE 2002

customizados, todos considerados perigosos para uso infantil em razão do risco de as peças aplicadas, como cristais, se soltarem durante o uso e manuseio pelo bebê¹⁰²².

Na área médica, cite-se o caso de hospital condenado por ter colocado prótese defeituosa no quadril de um consumidor. O defeito de concepção da prótese se concretizou pela presença de ferrita em sua composição, o que vai de encontro ao que prescreve a norma ABNT NBR ISO 5832-1. Ao longo do processo, especialistas foram ouvidos sobre a qualidade da prótese e assim se manifestaram: “A análise indicou que não há identificação clara do fabricante do implante e que o aço não apresenta composição química que satisfaça a norma vigente de material para implantes, além de apresentar ferrita delta em sua microestrutura”¹⁰²³.

De acordo com o artigo 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, configura prática abusiva a colocação, “no mercado de consumo, de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)”¹⁰²⁴.

Tipicamente, as normas técnicas são de uso voluntário, isto é, não são obrigatórias por lei, e então seria possível fornecer um produto que não siga a norma aplicável no mercado determinado. Entretanto, no caso brasileiro, há obrigatoriedade de segui-las por força do artigo 39, VIII, do CDC.

Mesmo brinquedos em parques de diversão, como bem lembra Flaviana Rampazzo Soares, devem respeitar as normas da ABNT:

Equipamentos de parques de diversão, especialmente aqueles em que o consumidor é colocado em uma situação em que não pode controlar seus movimentos ou os do próprio equipamento, ou em que a brincadeira por si envolva situação de perigo (por exemplo, montanha-russa, brinquedos de queda-livre, “kamikaze” etc.), devem ser alvo de extremo cuidado do fornecedor, pois são potencialmente perigosos, e o risco de dano de grande monta é maior do que em equipamentos sem essas características. Ademais, tais equipamentos

¹⁰²² Portaria INMETRO / MDIC número 517- de 14/10/2015

¹⁰²³ TJRS. Apelação Cível Nº 70045839511, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 24/04/2014)

¹⁰²⁴ CDC. Art. 39, VIII. Na doutrina, para melhor compreender a sistemática da normalização, ver BENJAMIN, Antônio Herman de V. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 386-393.

devem estar de acordo com as regras instituídas pela NBR 15926/2011, da ABNT¹⁰²⁵.

Nesse contexto, se o produto foi produzido em desacordo com as normas das autoridades competentes e veio a causar danos a consumidores, não parece haver dificuldades em reconhecer o seu caráter defeituoso, pois a expectativa de segurança não foi alcançada. O teste das legítimas expectativas parece suficiente para resolver essas situações.

3.8.1.1.1. Câmaras de bronzamento artificial

O bronzamento artificial por meio de radiação ultravioleta pode ser considerado um fenômeno recente. Apesar de desenvolvido nos anos 1960, somente alcançou o grande público nas décadas de 1980 e 1990, sobretudo na Europa Setentrional, Austrália e América¹⁰²⁶.

Com a grande procura de pessoas interessadas – majoritariamente mulheres jovens – não tardaram as pesquisas científicas a demonstrar os riscos à saúde. Envelhecimento precoce da pele, lesões oculares e o aumento dos casos de câncer de pele foram diretamente associados ao bronzamento artificial com radiação ultravioleta¹⁰²⁷.

Por isso, já há algum tempo o tema é visto como assunto de saúde pública, tendo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2003, publicado documento com diretrizes e recomendações sobre a utilização e os riscos das câmaras de bronzamento artificial¹⁰²⁸. Já no ano de 2008 a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (*IARC - International Agency for Research on Cancer*), instituição vinculada à OMS, publicou estudos elevando a Radiação Ultravioleta (incluindo o bronzamento artificial por UV) à categoria de certamente cancerígeno¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos..., p. 164.

¹⁰²⁶ SINCLAIR, Craig. WHO guidance brochure: artificial tanning sunbedd. World Health Organization, 2003. Disponível: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42746/9241590807.pdf?sequence=1>.

¹⁰²⁷ SINCLAIR, Craig. WHO guidance brochure: artificial tanning...

¹⁰²⁸ Artificial tanning devices: public health interventions to manage sunbeds. Geneva: World Health Organization; 2017. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO, p. 3.

¹⁰²⁹ ANVISA. Nota Técnica nº. 009/2012– GGTPS/ANVISA

Nesse cenário, a pergunta que interessa a essa pesquisa diz respeito ao eventual caráter defeituoso do produto destinado a bronzear a pele de consumidores e que cientificamente aumenta as chances de câncer de pele. A resposta, ao menos no Brasil, parece ter sido dada pelo regulador.

É que a ANVISA, em novembro de 2019, definiu que as câmaras de bronzeamento artificial não poderão mais ser utilizadas para fins estéticos no país¹⁰³⁰, colocando o Brasil como o primeiro país a banir tais produtos para uso estético¹⁰³¹.

Na RDC n° 56, a Agência levou em consideração a já citada reavaliação da IARC, que considerou o produto carcinogênico para humanos, assim como a inexistência de benefícios que contraponham os riscos decorrentes do uso dos equipamentos para bronzeamento artificial estético e, por fim, as dificuldades de se determinar um nível de exposição seguro ao uso dos equipamentos para bronzeamento artificial estético¹⁰³².

A normativa da ANVISA, convém registrar, foi chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades, mantendo-se assim hígida a proibição da utilização das camas de bronzeamento para fins estéticos¹⁰³³.

3.8.1.2. Produtos com defeitos de concepção evidentes

Nas hipóteses em que o produtor respeita todas as determinações legais e regulamentares, e o produto está de acordo com especificações de adequação e segurança, não há uma presunção de sua defectibilidade. Nem por isso, em certas ocasiões, será difícil a tarefa do intérprete.

No Brasil, como visto, prevalece a aplicação do teste das legítimas expectativas dos consumidores, inclusive para defeitos de concepção e de informação, o que vai ao encontro da prática das Cortes americanas no período após a edição do *Restatement (Second)*.

¹⁰³⁰ ANVISA RDC 56/09

¹⁰³¹ Artificial tanning devices: public health interventions..., p. 3. Em 2016, sete anos após a restrição brasileira, a Austrália também banuiu tal procedimento

¹⁰³² Atualização pelas Nota Técnica n°. 009/2012– GGTPS/ANVISA. Diz em seu preâmbulo “Brasil, líder mundial com muito orgulho...” Nota Técnica n°. 010/2012– GGTPS/ANVISA.

¹⁰³³ REsp 1635384 / RS, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 19/12/2016. REsp 1562576 / RS, Min. Rel. Herman Benjamin, DJe 05/09/2016.

Entretanto, como demonstrado anteriormente, a avaliação da figura abstrata do consumidor médio ou razoável como padrão de fixação das legítimas expectativas dos produtos defeituosos em sua concepção só serve para os casos de produto comum, isto é, conhecido pela comunidade em geral. Nesses casos, mostra-se mais fácil a tarefa de determinar as expectativas dos consumidores a respeito da segurança habitualmente oferecida pelos produtos do mesmo tipo quando da utilização normal¹⁰³⁴.

Em outras palavras, a determinação das legítimas expectativas se mostra suficiente quando os defeitos de concepção são evidentes, a exemplo de um eletrodoméstico projetado com fios desencampados que demande a utilização de luvas para evitar o risco de choque elétrico; de um automóvel que, por conta de seu design, capote em curvas simples; de brinquedos destinados a crianças de tenra idade que contenham pequenas peças capazes de causar asfixia.

Tais casos são também conhecidos por *demonstrably design defects*¹⁰³⁵ ou *self-defeating*¹⁰³⁶. Para essas situações, a aferição do defeito de concepção se denota evidente e intuitiva, podendo ser extraído o seu caráter defeituoso das próprias circunstâncias fáticas. E o teste ordinário das legítimas expectativas dos consumidores, mais uma vez oportuno e suficiente, acaba afastando maiores digressões sobre o tema.

Relembre-se, ademais, que seção 3 do *Restatement (Third)* aborda as situações em que o produto possua uma disfunção manifesta:

It may be inferred that the harm sustained by the plaintiff was caused by a product defect existing at the time of sale or distribution, without proof of a specific defect, when the incident that harmed the plaintiff:

- (a) *Was of a kind that ordinarily occurs as a result of product defect; and*
- (b) *Was not, in the particular case, solely the result of causes other than product defect existing at the time of sale or distribution.*

Ao tratar de uma regra de prova, a seção 3 introduz verdadeira regra de fundo na medida em que o demandante que recorre ao mecanismo do *res ipsa loquitur* não precisa

¹⁰³⁴ SCHWARTZ, Gary T. Foreword: Understanding Products Liability..., p. 480; MONTGOMERY, J.; OWEN, David G. Reflections on the Theory and Administration of Strict Tort Liability for Defective Products, 27 *S.C.L. Rev.* 803, 818 (1976), p. 823; BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**..., p. 50-51.

¹⁰³⁵ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Achieving Consensus on Defective Product Design". 83 *Cornell L. Rev.* 867 (1998), p. 898-899.

¹⁰³⁶ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1064.

caracterizar o tipo do defeito, mas ainda assim demonstra sua existência. Isso significa que, em caso de defeito de concepção, não há necessidade de se estabelecer a existência de um *reasonable alternative design*¹⁰³⁷.

3.8.1.3. Produtos complexos

Dada a natural vagueza da noção de legítimas expectativas dos consumidores, a doutrina americana, em quase sua totalidade, rejeita há anos a sua utilização como critério universal para aferição da defectibilidade.

Como visto, apenas algumas situações poderiam sustentar a sua aplicação, de modo que o *Restatement (Third)* prefere a utilização de critérios outros, como a análise dos riscos e utilidades e, sobretudo, a avaliação do design razoável alternativo, ponto praticamente negligenciado pela literatura jurídica brasileira. Nesse cenário, da análise de um design razoável alternativo, em vez de se estudar o produto em seu conjunto, chama-se o intérprete a se concentrar sobre a transformação necessária do produto existente ao produto proposto. Se tal transformação tem balanço positivo, e o produto proposto é melhor que o existente, pode se considerar a sua defectibilidade.

Desse modo, quando um produto é novo no mercado de consumo, complexo, ou cause um dano em seguida ao seu emprego nas circunstâncias pouco normais, a normalidade fica ofuscada e o senso comum ou a experiência comum se tornam noções extremamente incertas e imprecisas, que não mais permitem determinar o conteúdo exato de legítima expectativa¹⁰³⁸.

Reconhece-se por lá que o critério das legítimas expectativas dos consumidores é impreciso e, por vezes, inútil para se estimar a periculosidade exagerada nos defeitos de concepção:

¹⁰³⁷ BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 78. Em outras palavras, o *Restatement (Third)* demonstra que o defeito de concepção manifesto possui tratamento próprio, sendo prescindível ao demandante recorrer do teste dos riscos-utilidades. Ao contrário, nesses casos fáceis, a jurisprudência continua a utilizar o critério das expectativas dos consumidores

¹⁰³⁸ SCHWARTZ, Gary T. Foreword: Understanding Products Liability..., p. 480; MONTGOMERY, J.; OWEN, David G. Reflections on the Theory..., p. 823; BORGHETTI. Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits...**, p. 50-51.

*Moreover, an attempt to determine the consumer's reasonable expectations of safety concerning a technologically complex product may well be an exercise in futility, for the consumer may have at most only a generalized expectancy - perhaps more accurately only an unconscious hope-that the product will not harm him if he treats it with a reasonable amount of care*¹⁰³⁹.

Relembre-se que nem mesmo o Estado da Califórnia, notório pelas posições inclinadas aos consumidores, seguiu utilizando o critério das legítimas expectativas para todos os tipos de defeitos de concepção, reduzindo a sua aplicação para casos mais simples, em que não há dúvida quanto à existência do defeito. Em *Soule v. General Motors Corp.*¹⁰⁴⁰, a Suprema Corte da Califórnia redirecionou o entendimento sufragado no famoso *Barker v. Lull Engineering Co.*¹⁰⁴¹ (que havia adotado o *two-prong test*), passando a definir a inaplicabilidade do teste das legítimas expectativas para casos de defeitos de concepção com alguma complexidade.

A realidade americana, portanto, precisou afastar o teste das legítimas expectativas para fazer valer o balanço dos riscos-utilidades. Esse caminho não precisa ser seguido pelo Brasil.

No cenário nacional, a análise das legítimas expectativas tem abordagem mais ampla. O proposital conceito relativo e aberto das legítimas expectativas, que deve ser concretizada em cada caso, permite e comporta a análise dos riscos-utilidades, visto que, diferentemente dos Estados Unidos, aqui não há uma rígida e absoluta oposição entre o teste das legítimas expectativas e o teste dos riscos-utilidades. Assim, não havendo uma conotação estreita das legítimas expectativas, pode-se propor um caminho.

Como a concretização usual das legítimas expectativas, em casos difíceis, não chega a resultados seguros, defende-se nessa pesquisa a predominância da análise expressa dos riscos-utilidades. Quando as balizas previstas nos incisos do §1º do artigo 12 do CDC pouco contribuirão, colocando o julgador em posição complicada, a concretização das legítimas expectativas pode se dar por meio da ponderação entre os riscos e utilidades do produto, mormente a partir da avaliação da existência de um design razoável alternativo

¹⁰³⁹ MONTGOMERY, J.; OWEN, David G. Reflections on the Theory ..., p. 823.

¹⁰⁴⁰ *Soule v. General Motors Corp*, 882 P.2d 298 (Cal. 1994).

¹⁰⁴¹ *Barker v. Lull Engineering Co.*, 573 P.2d 443 (Cal. 1978).

Distinguem-se, em suma, os casos de defeitos de concepção evidentes, também conhecidos por *demonstrably design defects*¹⁰⁴⁵ ou *self-defeating*¹⁰⁴⁶, daqueles conhecidos como os casos clássicos de defeitos de concepção, em que é preciso se verificar com maior cautela se há perigo excessivo decorrente da natureza do próprio produto. Para esses casos, a identificação de uma concepção alternativa ao produto reputado defeituoso revela o caminho mais objetivo, seguro e sindicável.

3.8.1.3.1. Automóveis

Enquanto produtos complexos, os automóveis ganham lugar de destaque no palco das disputas entre fabricantes e consumidores. Desde os tempos em que *Ralph Nader*, na década de 1960, passou a questionar a postura das montadoras de veículos norte-americanas a respeito da ausência de dispositivos de segurança, o tema dos automóveis defeituosos é o tópico central no campo dos defeitos de concepção.

De modo geral, a tônica gira em torno da responsabilidade do fabricante pelo agravamento de lesões sofridas pelos passageiros dos automóveis em colisões. Avalia-se, em outras palavras, se o fabricante pode ser responsabilizado por deficiência de segurança no projeto do automóvel.

Como se sabe, as colisões entre veículos são eventos frequentes, previsíveis e inevitáveis; por isso, os fabricantes devem projetar seus automóveis para suportar de maneira adequada as colisões, preservando, na medida do possível, a saúde e segurança dos passageiros¹⁰⁴⁷. Tem-se aí o debate sobre a *second-collision doctrine* ou *crashworthiness*¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Achieving Consensus on Defective Product Design". 83 Cornell L. Rev. 867 (1998), p. 898-899.

¹⁰⁴⁶ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. Manufacturer's Liability for Defective..., p. 1064.

¹⁰⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código**..., p. 146 "Exemplo bastante elucidativo de defeito de projeto pode ser extraído da jurisprudência norte-americana a respeito do denominando Second Collision Case. A second collision (ou segunda colisão) é o impacto sofrido pelos passageiros do veículo logo após a batida inicial. A doutrina da second collision foi aplicada pela primeira vez, em 1968, no caso Larsen v. General Motors Corp. [...] e o precedente passou a ser seguido pela jurisprudência, forçando maior preocupação com a segurança dos passageiros por parte dos fabricantes de veículos".

¹⁰⁴⁸ A Second collision foi abordada no capítulo terceiro da obra Ralph Nader. NADER, Ralph. **Unsafe at any speed: the designed-in dangers of the American automobile**..., p. 81-146.

Não são raros os casos de acidentes de automóveis em que o sistema de air-bag não infla. Se o dispositivo não funcionou porque houve uma falha do sistema, quer dizer, um erro no processo produtivo, há típico defeito de fabricação. Nesse caso, não há maiores discussões jurídicas.

A maior dificuldade se dá quando não houve falha do sistema de segurança. Em verdade, reconhece o fornecedor que o airbag não deveria inflar em determinados tipos de acidente, como no caso de colisões laterais ou diagonais.

Air-bags frontais, na maioria dos modelos de veículos fabricados, só são acionados se houver colisão frontal. Em determinado julgado, alegou o fabricante que a colisão objeto dos autos se deu em diagonal, embora com danos frontais no veículo, e, ainda assim, os airbags não deveriam abrir, de modo que inexistiria qualquer defeito do produto¹⁰⁴⁹.

A Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, discordou de tal posição, alegando que “parece claro que um equipamento de segurança veicular projetado para funcionar apenas em casos de colisão no ângulo exato frontal apresenta defeito de concepção, pois não dá ao consumidor a segurança que dele legitimamente espera”¹⁰⁵⁰. E prosseguiu:

O air-bag é um dispositivo de segurança veicular que visa justamente a suavizar o impacto de uma colisão e, assim, melhor proteger os ocupantes de um automóvel contra possíveis lesões decorrentes da batida. Se determinado veículo foi projetado com air-bag frontal, o mínimo que se pode esperar é que o equipamento seja ativado em quaisquer casos de colisão com danos frontais, e não apenas de choque em ângulo específico.

É aplicável analogamente ao caso em tela a referida doutrina da segunda colisão criada pelos americanos para hipóteses de acidentes automobilísticos. Como visto, por tal teoria o projeto do veículo deve reduzir os efeitos das colisões, que são absolutamente possíveis e previsíveis, sob pena de responsabilização do fabricante por defeito de concepção. Não se trata exatamente de defeito de fabricação, mas sim de concepção¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ TJSP. Apelação N°0000438-96.2005.8.26.0019 , Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 26/07/2012).

¹⁰⁵⁰ TJSP. Apelação N°0000438-96.2005.8.26.0019 , Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 26/07/2012).

¹⁰⁵¹ TJSP. Apelação N°0000438-96.2005.8.26.0019 , Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 26/07/2012). A Corte também entendeu pela existência de defeito de informação, posto que não havia alertas e advertências suficientes no manual de instrução do veículo. Esse ponto não será abordado nesse momento.

Valendo-se do teste das legítimas expectativas, a Corte, por maioria, definiu pela existência do defeito de concepção¹⁰⁵². De todo modo, convém trazer à baila o raciocínio estampado no voto vencido, da lavra do Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, que se lastreou na prova pericial para afastar a defectibilidade do automóvel. Na perícia, observou-se que “o choque no veículo Renault se deu de forma deslocada para a direita (diagonal), tanto que os danos no automóvel Mercedes ficaram concentrados na traseira esquerda. Diante de tal circunstância, os air-bags não deveriam abrir. Como restou esclarecido no laudo: “O air bag reage às desacelerações na direção da marcha: um choque lateral ou capotagem não devem provocar o disparo do air bag”¹⁰⁵³.

Desse modo, assentou que não foram verificadas as hipóteses que desencadeiam o acionamento do equipamento de segurança, bem assim, diante da conclusão do perito, não se pode considerar que o dispositivo apresentou defeito, de modo a justificar o pretendido dever de reparação.

O mesmo raciocínio foi exposto em outro julgado¹⁰⁵⁴, da mesma época, que tratou do não acionamento do air-bag lateral após uma colisão frontal. Para a maioria dos julgadores:

Parece claro que um equipamento de segurança veicular projetado para funcionar apenas em casos de colisão no ângulo exato de 30° contados do eixo transversal do automóvel apresenta defeito de concepção, pois não dá ao consumidor a segurança que dele legitimamente espera.

O air-bag é um dispositivo de segurança veicular que visa justamente a suavizar o impacto de uma colisão e, assim, melhor proteger os ocupantes de um automóvel contra possíveis lesões decorrentes da batida. Se determinado veículo foi projetado com air-bag lateral, o mínimo que se pode esperar é que o equipamento seja ativado em quaisquer casos de colisão lateral, e não apenas de choque em ângulo específico¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² “Em um mercado de veículos de preço mais elevado, exatamente porque dotados de equipamentos de segurança complementares, é dever primário do fornecedor informar, de modo claro e preciso, situações em que os equipamentos de segurança não funcionarão”, uma vez que “as informações contidas no manual de instrução são manifestamente insuficientes a respeito da eficácia dos air-bags. Não está dito, como deveria, que na hipótese de danos frontais sofridos pelo automóvel o equipamento de segurança não funcionará, salvo se a colisão se der em determinado ângulo”. E fulmina: “Para o adquirente do produto o que interessa não é o ângulo do impacto, mas saber, com clareza, se em caso de danos frontais no veículo o air-bag será acionado. Falta essa informação, clara e em destaque, no manual do veículo”.

¹⁰⁵³ TJSP. Apelação Nº0000438-96.2005.8.26.0019, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 26/07/2012).

¹⁰⁵⁴ TJSP. Apelação Nº0033962-30.2007.8.26.0564, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Francisco Loureiro, Julgado em 12/04/2012)

¹⁰⁵⁵ Diga-se que a decisão também se pautou no defeito de informação: “A ré descumpriu também seu dever de informação, pois certamente não cientificou o autor, no momento da venda do veículo, de que o air-bag lateral do mesmo só seria ativado em colisões no ângulo de 30° do eixo transversal do automóvel”.

Note-se que a decisão, uma vez mais, se pautou exclusivamente nas legítimas expectativas dos consumidores, no sentido de que a vítima teria a expectativa de que o air-bag lateral seria inflado.

Foi vencido dessa vez o Desembargador Vito Guglielmi, que assim se manifestou: “O air bag - lateral, no caso - não foi acionado porque a programação do acionamento deve obedecer a normas técnicas regulamentares ou, na sua ausência, regras de física que impeçam o desnecessário acionamento”.

No processo, o fabricante esclareceu que o acionamento do airbag lateral é ditado pelo grau de inclinação dos veículos no instante da colisão. E esse grau, segundo demonstrado nos autos - inclusive com simulação em vídeo do evento que gerou o pedido inicial - não foi atingido porque se tratou de colisão frontal¹⁰⁵⁶.

A programação do airbag lateral, portanto, funcionaria para colisões ocorridas a partir de 30° graus entre os envolvidos, não havendo se falar em defeito do produto. Em resumo, o airbag lateral não foi acionado porque não estava para tanto programado, e nada nos autos indica que devesse assim estar ou que essa informação foi subtraída ao consumidor¹⁰⁵⁷.

Assim, a investigação a respeito da dinâmica do acidente é imprescindível para aferir se o airbag se comportou da maneira efetivamente desejada pelos fabricantes. Os casos aqui abordados não deixam claro se, apesar do choque frontal, o airbag lateral teria salvado a vítima, ou ao menos reduzido os danos sofridos. Certo é que, ao condenar as fabricantes, juízes acabam por substituir a decisão técnica dos engenheiros e projetistas, que projetaram o dispositivo de segurança para funcionar em determinadas situações. O Poder Judiciário, ao se pautar de maneira restrita no difuso critério das legítimas expectativas de segurança dos consumidores, deixa de se ater aos aspectos estritamente técnicos do produto, que, em verdade, poderiam ser melhor avaliados por meio da identificação de um design razoável alternativo (na esteira do *reasonable alternative design test* estadunidense). Como a avaliação do suposto defeito do produto

¹⁰⁵⁶ TJSP. Apelação Nº0033962-30.2007.8.26.0564, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator:Francisco Loureiro, Julgado em 12/04/2012)

¹⁰⁵⁷ TJSP. Apelação Nº0033962-30.2007.8.26.0564, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do SP, Relator:Francisco Loureiro, Julgado em 12/04/2012).

diz respeito ao funcionamento de dispositivo de segurança, poderiam ser chamados outros especialistas que, na perícia técnica, poderiam discutir se seria possível a colocação de airbags mais eficientes, com sensores mais inteligentes e acurados. Como visto, a análise da defectibilidade a partir de um design alternativo não é tarefa simples, dependendo de determinados fatores, como, por exemplo, a própria variação do preço do produto. A perspectiva, portanto, ao concretizar o carácter defeituoso do produto, não pode ser unicamente a do fornecedor, ou exclusivamente daqueles que podem ser afetados. Em verdade, o foco é direcionado no produto e na sua possível transformação em outro produto mais seguro, viável, levando-se em conta os custos da modificação e eventuais novos riscos gerados.

Na doutrina, dando conta de que a análise do defeito do produto depende da verificação do propósito efetivo do produto, Orlando Celso da Silva Neto aborda a questão dos airbags:

Defeito também se mede ou determina a partir do propósito efetivo do produto. Produto defeituoso ou viciado será aquele que não cumpre a função a que se destina (seu propósito). Assim, por exemplo, um airbag lateral que não se abre em colisão frontal não será defeituoso, porque seu propósito é a proteção contra colisões laterais, que afetem aquela parte da estrutura do veículo. Da mesma forma, airbag que não se abre em colisão de baixa velocidade também não é defeituoso, porque não foi projetado e executado para atender tal propósito¹⁰⁵⁸.

Diga-se que, nos dois julgados citados, não houve violação a expressa norma legal ou regulamentar. Quer dizer, os fabricantes colocaram em circulação um automóvel que está de acordo com os padrões de segurança prescritos pelos órgãos competentes.

Nos Estados Unidos, também há diversos casos que se debruçaram sobre a responsabilidade do fabricante pelos danos decorrentes do design de automóveis. Por lá, prevalece o entendimento de que o critério das legítimas expectativas se mostra frágil em razão da vagueza das expectativas dos consumidores para a maioria dos *designs* mais complexos. Veja-se que os consumidores sabem que os automóveis não são completamente resistentes a possíveis danos, isto é, não são totalmente seguros em caso de colisão. No entanto, tais consumidores não possuem uma significativa

¹⁰⁵⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 257.

expectativa quanto à medida em que a estrutura do automóvel pode ser comprometida em razão de uma colisão em alta velocidade¹⁰⁵⁹.

Logo, uma grande falha do teste das expectativas dos consumidores se justifica no fato de que, por vezes, consumidores não possuem expectativas definidas sobre o que estão comprando, e nessas situações os Tribunais podem apenas especular sobre a defectibilidade do produto¹⁰⁶⁰. Por isso é que o teste dos riscos-utilidades tende a ser o mais utilizado pelas jurisdições americanas para a aferição da defectibilidade do design dos automóveis, sobretudo por meio da investigação de um possível design razoável alternativo.

Diga-se que na avaliação dos riscos-utilidades também devem ser levados em conta os novos riscos introduzidos pelo design alternativo. Quer dizer, ao se eliminar certos tipos de riscos, a mudança do design proposto pelo requerente pode criar novos tipos de danos não presentes na escolha do design original pelo fabricante. Por exemplo, diferentes tipos de cintos de segurança e airbags protegem a segurança de seus ocupantes em diversas ocasiões, mas em outras podem gerar mais danos do que benefícios¹⁰⁶¹.

Em *Connelly v. Hyundai Motor Co.*, foi confirmado o veredicto do júri que reputou defeituoso o airbag frontal do automóvel por meio da análise dos benefícios e dos riscos que o sistema produzia. No caso, muito embora o júri não tenha especificado as bases de seu veredito, reputou-se que, em razão das evidências do processo, pode o júri tê-lo feito em razão de o airbag ter sido reputado desnecessariamente agressivo por um expert, o que teria ocasionado a morte da vítima. Mais do que isso, ficou assentado no processo que, à época da fabricação, já existiam outros tipos de airbags menos perigosos¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ OWEN, David G. Design defects..., p. 305.

¹⁰⁶⁰ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 591.

¹⁰⁶¹ OWEN, David G. Design defects..., p. 329.

¹⁰⁶² *Connelly v. Hyundai Motor Co.*, 351 F.3d 535, 541 (1st Cir. 2003) (N.H. law): "At the same time, however, the jury could have concluded that Hyundai was negligent in failing to develop a less aggressive airbag system for the Sonata. The jury heard testimony from an expert witness who testified that the Sonata's airbag system contained an unnecessarily aggressive inflator. The same expert also testified that other cars on the market in 1995 contained less aggressive airbag system designs. In light of this evidence, the jury could have decided that a less aggressive design was readily available and in use by other automobile manufacturers. Under the circumstances, the "jury's efforts to apply the instructions were understandable and had some basis" in the evidence. -- *Connelly v. Hyundai Motor Co.*, 351 F.3d 535, 541-42 (1st Cir. 2003)

O teste das expectativas dos consumidores também foi afastado no caso em que o airbag foi acionado numa colisão em baixa velocidade e quebrou o maxilar da motorista, uma idosa de 75 anos de idade. De acordo com a Corte da Califórnia, o teste se restringiria a situações que envolvem a experiência do dia-a-dia, e os padrões mínimos de segurança dos airbags não estão dentro da seara de conhecimento dos leigos¹⁰⁶³.

Como já afirmado, a contextualização do teste das legítimas expectativas no cenário estadunidense e brasileiro é medida fundamental para compreensão da aplicação dos riscos-utilidades. Partindo-se da amplitude das legítimas expectativas no cenário brasileiro, o processo hermenêutico é mais tênue, já que não há rígida oposição entre os testes em jogo. Com o foco na transformação do produto, defende-se nesta pesquisa um método que se reputa mais seguro, objetivo e sindicável aos casos difíceis de defeitos de concepção: a investigação concreta sobre uma concepção alternativa do produto.

Além dos casos relacionados ao design de automóveis, a utilização do teste dos riscos-utilidades pode servir para tantos outros que se propõem a colocar em pauta o próprio projeto do produto.

3.8.1.3.2. O projeto de um toboágua

O Quinto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou recurso em ação indenizatória movida pela família de uma criança que veio a falecer após sofrer acidente em toboágua de um parque aquático. Convém transcrever a ementa desse julgado:

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR DECORRENTE DE QUEDA EM TOBOÁGUA. PRODUTO E SERVIÇOS SEGUROS E NÃO PERIGOSOS, DESDE QUE SEGUIDAS AS INSTRUÇÕES DE USO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. 1. O feito versa sobre pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes da morte de filho e irmão menor, ocorrida quando a vítima, ao utilizar o brinquedo denominado toboágua nas dependências do clube requerido, foi projetada para fora do equipamento, caindo de uma altura de aproximadamente três metros, com a cabeça no chão, falecendo, assim, imediatamente. 2. Conforme perícia realizada

¹⁰⁶³ Pruitt v. General Motors Corp., 72 Cal. App. 4th 1480, 86 Cal. Rptr. 2d 4 (1999), citado por OWEN, David G. Design defects..., p. 306.

a pedido do Ministério Público, o brinquedo não apresenta qualquer defeito de manutenção ou de instalação, sendo recomendado pelos engenheiros, entretanto, que houvesse proteção superior, em forma de tubo, em todas as curvas. 3. Instaurado também Inquérito Policial, que concluiu pela ocorrência de morte acidental. Realizada, ainda, perícia pelo Departamento de Criminalística. 4. Em que pese a falta da proteção em forma de túnel ao longo de toda a trajetória, a conclusão dos peritos que examinaram o tobogã é no sentido de que tal equipamento é seguro quando utilizado conforme as instruções do fabricante, ou seja, sentado ou deitado, com os pés para frente. Contrário sensu, é inseguro quando usado com imprudência pelo usuário, em desconformidade com as orientações do fabricante, daí a recomendação da proteção adicional, para prevenir acidentes quando os usuários desrespeitam as normas de segurança. 5. Ainda, inexistentes normas ou regulamentação específica sobre o tobogã, conforme informado pela ABNT. Academia Brasileira de Normas Técnicas. 6. No que concerne à prestação de serviço pelo clube, no sentido de orientar os usuários dos brinquedos, a prova testemunhal refere a existência de um ou dois monitores no local. Outrossim, havia placa contendo as recomendações de uso do brinquedo. 7. Quanto à conduta da vítima, não bastasse a prova testemunhal referindo que o menino era imprudente no tobogã, a prova pericial técnica vem a corroborar tal conclusão, já que o aparelho, se usado nas posições indicadas, não oferecia perigo, sendo praticamente impossível que alguém, em condições normais, fosse lançado para fora dele. 8. O tobogã, enquanto produto, mesmo que guarde, como a maioria dos bens postos à disposição do consumidor, certo grau de perigosidade, não é potencialmente perigoso, uma vez que, seguidas corretamente as instruções de uso, é absolutamente seguro. E, mesmo admitindo-se que potencialmente nocivo ou perigoso fosse, seus usuários, conforme já demonstrado, foram bem informados e encaminhados acerca de como proceder, na forma prevista no art. 9º do CDC. 9. Inocorreu, in casu, acidente de consumo (arts. 12 a 17 do CDC), porquanto inexistente defeito no produto ou na prestação do serviço. O fato de os peritos recomendarem a cobertura do brinquedo, para que tomasse a forma de túnel e, assim, prevenisse acidentes com usuários imprudentes, não significa que o tobogã, como estava, era impróprio. 10. Não configurados os pressupostos autorizadores da responsabilidade civil, não há falar em dever de indenizar. Ação de indenização julgada improcedente. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (Embargos Infringentes, Nº 70013128160, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 18-11-2005).

O Tribunal gaúcho partiu do pressuposto de que a conduta da vítima foi determinante para o trágico acidente. A partir do laudo técnico, que deu conta de que, utilizado de maneira correta, de acordo com as instruções devidamente repassadas pelos profissionais do parque aquático, seria praticamente impossível ocorrer um acidente, definiu a Corte que o produto não é defeituoso.

Diga-se que, diferentemente dos automóveis, inexistem normas ou regulamentação específica sobre o tobogã. No mais, não restaram dúvidas sobre a existência de

monitores suficientes no local, bem como de placas com as recomendações de uso do brinquedo.

De acordo com a doutrina, o legislador obriga que o fornecedor preveja todas as hipóteses de utilização do produto pelo consumidor, desde que esta utilização não seja desarrazoada. Muito embora não fique restrito ao uso sugerido pelo fornecedor, o que é benéfico ao consumidor, reconhece-se que a referência ao uso razoável pode gerar a discussão entre o previsível e o imprevisível¹⁰⁶⁴.

No caso em tela, a Corte se valeu do critério das legítimas expectativas dos consumidores e, pelo fato de se tratar de um perigo óbvio, evidente para os consumidores de modo geral, não haveria se falar em violação de dever de segurança do produto.

De todo modo, a análise restrita das legítimas expectativas acaba por reduzir a discussão ao fato de que, uma vez bem informados dos riscos decorrentes da utilização do produto, a conduta negligente e imprópria do consumidor afastaria qualquer noção quanto à defectibilidade do toboágua. Pouco importaria a recomendação dos engenheiros para que houvesse proteção superior, em forma de tubo, em todas as curvas. Ao se valer unicamente do teste das expectativas dos consumidores, sem contrabalançar os riscos-utilidades, interrompe-se um processo analítico da defectibilidade do produto.

Tal análise já havia sido feita por Keeton, quando teceu críticas ao critério das legítimas expectativas, no sentido de que a vítima jamais poderia buscar indenização por danos sofridos em decorrência de perigos óbvios ou que dizem respeito a aspecto no qual o consumidor foi adequadamente informado. Nessas situações, não seria possível dizer que o consumidor foi enganado quando da aquisição, posto que recebeu aquilo que comprou, sendo indiferente o resultado da lesão¹⁰⁶⁵.

Ao analisar *Vincer v. Esther Williams All-Aluminum Swimming Pool Company*¹⁰⁶⁶, que tratou de acidente envolvendo uma criança que se afogou em piscina doméstica, parte da doutrina criticou a decisão da Suprema Corte de Wisconsin:

¹⁰⁶⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 145.

¹⁰⁶⁵ KEETON, W. Page. *The Meaning of Defect in Products Liability Law...*, p. 589-590.

¹⁰⁶⁶ *Vincer v. Esther Williams All-Aluminum Swimming Pool Company*, Supreme Court of Wisconsin, 230 N.W.2d 794 (1975).

By using the consumer expectation test, the Wisconsin court short-circuited the analytical process. The court removed from both the court's and jury's consideration an examination of the safety of the design of the swimming pool. If it could have been demonstrated that for a very slight additional cost it would be possible to virtually eliminate the danger of accidental drownings, such a design modification should be given serious consideration through the medium of a design defect case¹⁰⁶⁷.

No caso brasileiro, deveria o fabricante necessariamente tornar o produto – um tobogã – mais seguro, instalando proteções extras em todas as curvas? Da análise dos votos, constata-se que engenheiros sugeriram a instalação de coberturas nas curvas do tobogã, dispositivo que impediria a pessoa de ser lançada para fora do brinquedo.

Valendo-se do teste dos riscos e utilidades, especialmente sob a perspectiva de um design alternativo razoável, a resposta parece ser positiva. É verdade que, utilizando-se o produto de maneira adequada, não há maiores riscos à saúde dos consumidores. No entanto, a ausência de tal dispositivo de segurança pode acarretar lesões graves e até a morte de consumidores que se comportam de maneira inapropriada. Com efeito, é certo que as pessoas, por vezes, tendem a se comportar de maneira inapropriada, especialmente crianças e adolescentes, e os fabricantes devem levar em consideração tal fato quando da elaboração do projeto e design de seus produtos.

A instalação de redes de proteção em determinados pontos do tobogã tornaria o produto mais seguro sem perder a sua utilidade ou sua função, pois o lazer não seria diminuído. Quer-se crer que não haveria diminuição da velocidade da descida. Logo, o deleite e a adrenalina não estariam comprometidos. Os custos decorrentes da instalação de determinada proteção tendem a ser baixos, não impactando no lucro do fornecedor e, por consequência, no preço dos ingressos do parque aquático. Assim, tem-se que seria possível se cogitar de um design razoavelmente mais seguro do que aquele oferecido pelo fabricante.

Raciocínio similar já foi utilizado por Richard Thaler e Cass Sunstein quando da explicação sobre as noções de paternalismo libertário¹⁰⁶⁸:

¹⁰⁶⁷ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product**..., p. 47.

¹⁰⁶⁸ Por vezes rotulado como paternalismo assimétrico: CAMERER, Colin F; ISSACHAROFF, Samuel; LOEWESTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted; RABIN, Matthew. Regulation for Conservatives: Behavioral

Um exemplo simples do paternalismo assimétrico envolve lâmpadas ultravioleta. A lâmpada ultravioleta é um dispositivo que bronzeia a pele sem necessidade de ir à praia. Normalmente, o usuário se deita debaixo de uma lâmpada ultravioleta por poucos minutos (de olhos fechados), pois se ficar muito tempo pode sofrer queimaduras graves. (Claro que só o fato de usar a lâmpada aumenta o risco de câncer de pele, mas vamos fazer como os usuários desse produto e simplesmente ignorar essa questão aqui). A lâmpada ultravioleta é naturalmente quente. Assim, o arquiteto de escolhas que procure um problema nessa questão vai encontrar um perigo sério: alguns usuários que deitem debaixo da lâmpada quente de olhos fechados vão acabar dormindo. Quando acordarem, terão queimaduras de terceiro grau.

Agora imagine que, por um custo baixo, essa lâmpada possa ser equipada com um timer automático, de forma que só possa permanecer ligada por alguns minutos, desligando depois – o mesmo tipo de dispositivo encontrado em lâmpadas incandescentes nos banheiros de hotéis. Será que o Estado deveria obrigar que todas as lâmpadas ultravioleta fossem vendidas com esse dispositivo? Os paternalistas assimétricos acreditam que a resposta depende de uma espécie de análise de custo-benefício. Se o custo é baixo e o risco de queimadura é alto, então a resposta é ‘sim’¹⁰⁶⁹.

Buscando proteger a saúde dos consumidores, e partindo da premissa de que o *timer* de desligamento teria um custo baixo, os cientistas comportamentais defendem que o Estado deveria obrigar o fabricante das camas de bronzeamento a instalar tal dispositivo de segurança¹⁰⁷⁰. Mas e se não houver tal regulamentação específica, e um sonolento consumidor sofrer queimaduras por permanecer tempo além do adequado, há que se falar em defeito de concepção do produto? A resposta não é simples e dependerá da análise de outros fatores, como a necessidade de acompanhamento do procedimento por profissional especializado, o que aproximaria o tema da responsabilidade pelo fato do serviço. De todo modo, mesmo se ignorada eventual responsabilidade pelo fato do serviço, aplicando-se o processo hermenêutico do acidente no tobogã, pode-se concluir pela defectibilidade de tal produto¹⁰⁷¹.

3.8.1.3.3. Cômodas

Economics and the case for ‘Asymmetric Paternalism’. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 3, pp. 1211-54, 2003.

¹⁰⁶⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 257.

¹⁰⁷⁰ Convém recordar que essa hipótese resta prejudicada no Brasil, pois, conforme já destacado em item específico, a ANVISA proíbe a utilização das camas de bronzeamento para fins estéticos, regulação chancelada pelo Poder Judiciário.

¹⁰⁷¹ Rafael Dresch também discorda da decisão da Corte Gaúcha, porém, valendo-se de outros fundamentos. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil...**, p. 122-123.

Antigamente os móveis de uma casa duravam uma vida toda. Conjuntos mais ou menos elegantes de madeira de lei ou madeira maciça eram passados de geração em geração e carregavam a história e a tradição familiar. Esses tempos se foram.

Nas últimas décadas uma empresa sueca se tornou a maior varejista de móveis do mundo. Implantando um novo segmento do mercado – *fast furniture* – a IKEA revolucionou o setor moveleiro ao inserir um inovador conceito de fabrico e venda de produtos baratos, modernos e leves, em que o próprio consumidor tem o ônus de montá-los em sua casa.

Nos últimos anos, chamou a atenção da imprensa americana o crescente número de acidentes domésticos envolvendo móveis e crianças de tenra idade. No foco das atenções, as cômodas produzidas pela IKEA da linha *MALM*, com três gavetas ou mais, com preço relativamente barato, que o consumidor deve montar por conta própria

A desconfiança de que havia algo de errado com o móvel decorreu de uma sucessão de acidentes, inicialmente encarados como infortúnios ou fatalidades. Crianças que se apoiavam nas gavetas abertas da cômoda faziam com que o móvel tombasse para a frente, de modo que elas viessem a sofrer sérios danos ou até mesmo falecer.

Quando se percebeu que não se estava diante de casos isolados, famílias que perderam seus filhos nessas circunstâncias deixaram de encarar os eventos como acidentes da vida e se juntaram para despertar um debate sobre o grau de segurança do móvel. Três dessas famílias defenderam perante a Corte da Pensilvânia que o produto era defeituoso, pois excessivamente perigoso em razão da sua instabilidade. Esse defeito de concepção decorria de uma desproporção no peso da cômoda, que facilmente tombava para a frente com a abertura das gavetas.

Mais do que isso, muito embora praticamente todas as cômodas ou armários tenham o potencial de tombar, o que se incluiria no gênero dos *tip-over accidents*, os móveis em debate se mostraram particularmente perigosos porque nem sequer atendiam aos padrões mínimos de segurança estabelecidos pela indústria estadunidense. Esse standard, de caráter voluntário¹⁰⁷², quando atendido, garante que os móveis

¹⁰⁷² Os standards e as diretrizes gerais são expedidas pela American Society for Testing and Materials (ASTM) International, organização global que cria standards técnicos de caráter voluntário para uma

permanecem estáveis quando colocado o peso de aproximadamente 50 *pounds* (22 quilos) na gaveta, simulando o ato de uma criança nela se pendurar.

No ano de 2016 essas três famílias chegaram a um acordo com a empresa sueca no valor total de 50 milhões de dólares. E nesse mesmo ano, pressionada pelo aumento do número de acidentes, e reconhecendo a instabilidade do produto sem uma ancoragem na parede, a empresa realizou amplo *recall* no ano de 2016 das 29 milhões de cômodas da linha *MALM* colocadas em circulação no mercado¹⁰⁷³. A gigante sueca também passou a oferecer um kit para ancorar (com parafusos) a cômoda na parede.

Nesse contexto, movimentos de defesa dos consumidores passaram a exigir reforço na regulação, sobretudo por meio da criação de regras obrigatórias (*mandatory standards*). A *Consumer Products Safety Commission*¹⁰⁷⁴, que não tem poder de fiscalização direta sobre padrões voluntários da indústria, voltou inicialmente as suas forças para a elaboração de estudos e informação da população. Em 2019 a CPSC publicou relatório com dados alarmantes: de 2000 a 2018, 459 crianças menores de 14 anos faleceram em decorrência de *tip-overs accidents*. Todos os anos cerca de 28 mil pessoas, metade delas crianças, sofrem lesões em consequência de quedas de móveis da residência¹⁰⁷⁵. Para minimizar os riscos, campanhas estão sendo difundidas para que os consumidores realizem a ancoragem dos seus móveis e até mesmo de televisores¹⁰⁷⁶.

variedade de produtos e serviços. Com relação aos “furniture tip-overs”, a ASTM publicou o “Standard Safety Specification for Clothing Storage Units”, que se aplica às cômodas maiores de 76 centímetros, exigindo, além do peso mencionado: 1) a cômoda vazia deve permanecer estável quando todas as suas gavetas estiverem abertas; 2) advertências sobre os riscos de acidentes devem ser anexadas em locais visíveis. Disponível em <https://www.cpsc.gov/s3fs-public/Staff%20Briefing%20Package%20on%20Furniture%20Tipover%20-%20September%2030%202016.pdf>

¹⁰⁷³ Disponível em <<https://www.ikea.com/us/en/customer-service/product-support/recalls/following-an-additional-child-fatality-ikea-recalls-29-million-malm-and-other-models-of-chests-pub4128a7af> e <https://www.cpsc.gov/Recalls/2016/following-an-additional-child-fatality-ikea-recalls-29-million-malm-and-other-models-of>>.

¹⁰⁷⁴ “The U.S. Consumer Product Safety Commission (CPSC) is an independent federal regulatory agency that was created in 1972 by Congress in the Consumer Product Safety Act. In that law, Congress directed the Commission to “protect the public against unreasonable risks of injuries and deaths associated with consumer products.” <https://www.cpsc.gov/Safety-Education/Safety-Guides/General-Information/Who-We-Are---What-We-Do-for-You>.

¹⁰⁷⁵ O relatório do CPSC pode ser encontrado em https://www.cpsc.gov/s3fs-public/2019_Tip_Over_Report.pdf.

¹⁰⁷⁶ Em setembro de 2020, o CPSC lançou o relatório sobre a campanha “Anchor it!”. Disponível em https://www.cpsc.gov/s3fs-public/CPSC-Anchor-It-Campaign-Effectiveness-Survey-Main-Report-Final_9_2_2020...pdf?gC1No.oOO2FEXV9wmOtdJVAtaCRLHIMK.

Mesmo após os incidentes iniciais, nem todos foram devidamente informados a respeito do *recall*¹⁰⁷⁷ e novos acidentes voltaram a se repetir. Uma ação foi movida em 2018 após a cômoda *MALM* ter caído sobre *Josef Dudek*, criança de dois anos, esmagando o seu pescoço e causando sua morte por sufocamento. Em janeiro de 2020, os pais de *Josef* fecharam um acordo com a IKEA na ordem de 46 milhões de dólares de indenização. O alto valor, supostamente o maior da história envolvendo a morte de uma criança, representa três vezes o que a empresa sueca arcou com a indenização das três famílias no ano de 2016.

Dois meses após o anúncio do acordo, em março de 2020, um novo recall foi anunciado pela IKEA, dessa vez relacionado a outro móvel: o “*KULLEN 3-drawer chest*”¹⁰⁷⁸. Novamente a instabilidade do produto e a facilidade de tombamento foram o motivo para o chamamento.

O caso das cômodas da IKEA se mostra bastante complexo. Analisar o grau de segurança aceitável de um produto não é tarefa simples, pois sempre se consegue deixar o produto mais seguro. Quer pela redução de sua utilidade, quer pela adição de algum dispositivo de segurança, quer pela mudança da matéria-prima utilizada, são variadas as maneiras de aumentar o grau de confiabilidade e solidez de um produto. A experiência mostra que móveis e estantes, a depender das circunstâncias (material utilizado, força empreendida, peso apoiado), podem tombar. Não é fácil, portanto, considerar um mobiliário excessivamente perigoso (logo, defeituoso).

Se houver uma regulamentação específica, e o produto não cumprir com os seus requisitos, a defectibilidade do produto estará reconhecida. Por outro lado, não havendo regulação específica, como é o caso dos Estados Unidos, em que existe apenas uma padronização voluntária criada pela iniciativa privada, adotada recentemente pela IKEA, o tema adentra nos casos difíceis e muito dependerá dos testes a serem aplicados pelas Cortes. Até o momento, ao que se sabe, a empresa IKEA tem celebrado acordos com as

¹⁰⁷⁷ Notícias ainda mais recentes dão conta de que uma class action foi movida contra a empresa por se considerar que os seus esforços para o chamamento dos produtos por meio do recall têm sido fracos. <https://www.law.com/thelegalintelligencer/2020/05/11/ikea-sued-over-feeble-product-recall-efforts-in-wake-of-fatal-tip-over-incident/?slreturn=20201002141047>.

¹⁰⁷⁸ Vide <https://www.ikea.com/us/en/customer-service/product-support/recalls/ikea-recalls-kullen-3-drawer-chest-due-to-tip-over-entrapment-hazards-pub2873352c>. De acordo com a CPSC, foram vendidas 820.000 unidades nos Estados Unidos e 150.000 no Canadá. <https://www.cpsc.gov/Recalls/2020/ikea-recalls-kullen-3-drawer-chests-due-to-tip-over-and-entrapment-hazards-consumers#>.

famílias das vítimas, de modo que não há um precedente a ser citado. No Brasil, o INMETRO chegou a divulgar no ano de 2017 uma campanha de conscientização sobre os riscos de tombamento de móveis. Na publicação, a Autarquia informou que iria “aprofundar o estudo sobre os riscos oferecidos pelo produto para avaliar se cabe adotar alguma medida regulatória adicional”¹⁰⁷⁹, mas até o momento não há padrões mínimos de segurança sobre esses produtos.

Diante da ausência de padrões obrigatórios de estabilidade, pode-se questionar: se uma criança de 20 quilos se pendurar na primeira gaveta de uma cômoda, o que vai acontecer? Quais as expectativas legítimas dos consumidores? Note-se que mesmo para produtos não tão complexos ou sofisticados (como são os automóveis), o teste das legítimas expectativas acaba sendo demasiadamente subjetivo, vago e impreciso. Num exercício de suposição, alguns podem responder que o móvel deverá se manter estável, pois o peso da pequena criança não pode justificar o tombamento da cômoda; outros podem responder que as leis da física entrarão em cena e a cômoda evidentemente irá cair sobre a criança. Nessa hipótese, poderia se chegar à conclusão de que o evento retrata conduta exclusiva da vítima (e de seus pais), não havendo que se falar em defeito do produto.

Mesmo que se diga que não cabe ao intérprete “extrair” da realidade o conceito de legítimas expectativas, mas sim “concretizar” as legítimas expectativas, a vagueza e a subjetividade dos critérios possíveis são inafastáveis sem a identificação dos riscos-utilidades.

Não se trata, convém repetir, de um caso simples.

Como o teste das legítimas expectativas, no caso das cômodas, não parece chegar resultados seguros, dadas as particularidades já citadas, reforça-se o processo hermenêutico proposto nesta pesquisa. Quando as balizas previstas nos incisos do §1º do artigo 12 do CDC pouco contribuirão, colocando o julgador em posição complicada,

¹⁰⁷⁹ A notícia deu conta de que o INMETRO reunia “informações sobre o assunto por meio de benchmarking internacional e dados recebidos de acidentes no Brasil. A própria campanha de conscientização é uma forma de o Instituto intervir no setor e alterar o comportamento dos consumidores com foco no uso seguro de móveis e eletrodomésticos. É essencial, ainda, que todos os casos de acidentes sejam relatados no Sistema Inmetro de Monitoramento de Acidentes de Consumo (Sinmac), pela internet, para ajudar o Instituto a decidir se cabe ou não uma futura regulamentação que cubra todos os casos passíveis de risco”. Disponível em <https://www4.inmetro.gov.br/node/4307>.

a concretização das legítimas expectativas pode se dar por meio da ponderação entre os riscos e utilidades do produto, na esteira do *reasonable alternative design test* estadunidense..

A existência de um design razoável alternativo, reconhece-se, também não é um método capaz de solucionar a contento e com facilidade problemas reputados como difíceis. Certamente um grupo de jurados ou mesmo juízes togados enfrentarão diversas dificuldades quando da análise de eventual design razoavelmente mais seguro. Ainda assim, se comparada com a busca por legítimas expectativas, parece que a análise mais restrita e objetiva desse método confere maior segurança aos participantes do processo e ao próprio julgador para definir o eventual caráter defeituoso do produto.

É claro que cômodas pesadas tendem a ser mais estáveis, mas essa não parece ser a única maneira de aprimorar o design do produto. Quanto mais fundo o móvel, menor a chance de tombamento. A distribuição do peso também influencia na sua estabilidade: idealmente, para reduzir o risco de queda, a parte mais pesada deve ser a sua traseira. Ademais, outra maneira de reduzir a instabilidade é diminuir a abertura da gaveta. Por certo, esses fatores poderão influenciar nos custos e reduzir parcialmente a utilidade do produto. No entanto, pelo que indicam as avaliações elaboradas pela *Consumer Reports*¹⁰⁸⁰, em todas as faixas de preço há cômodas que atingem ao menos os padrões de estabilidade da indústria estadunidense. Desse modo, mesmo existindo diversas variáveis em jogo que devem ser avaliadas em minúcias ao longo de eventual processo, mostra-se crível a possibilidade de se fabricar, a um custo similar, uma cômoda mais estável e segura.

Veja-se que o kit de ancoragem se mostra insuficiente em seu propósito de afastar o caráter excessivamente perigoso do produto. Atribuir ao consumidor a tarefa de fixar o móvel à sua parede, com furadeiras e da maneira correta, carece de ser o método mais adequado, ou mais eficiente, em termos de segurança. Em suma, se é possível tornar o produto mais estável com a alteração do seu design, não parece acertado encarregar o consumidor da tomada de medidas adicionais, como a ancoragem, para torná-lo seguro.

¹⁰⁸⁰ Organização sem fins lucrativos voltada à proteção dos consumidores estadunidenses. Os estudos podem ser encontrados em: <https://www.consumerreports.org/furniture/furniture-tip-overs-hidden-hazard-in-your-home/>

3.9. Defeito de informação

O último tópico da pesquisa apresentará questões específicas sobre a relação entre a informação presente nos produtos e a segurança dos consumidores e usuários. Muito embora haja forte afinidade com a temática dos defeitos de concepção, optou-se por seguir a classificação tripartite usando o tópico autônomo para os defeitos de informação.

Relembre-se que enquanto os defeitos de fabricação e de concepção retratam defeitos intrínsecos, pois afetam de forma direta o produto, os defeitos de informação revelam defeitos extrínsecos (ou formais). Isto é, o produto em si não se mostra defeituoso, posto que o problema se situa externamente, na ampla gama de informações e mensagens que o acompanham¹⁰⁸¹.

3.9.1. A base legal do direito à informação

O direito à informação está previsto expressamente no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Base legal da construção doutrinária do princípio da proteção da confiança, Orlando Celso da Silva Neto explica que o dispositivo pretende, ao conferir maiores informações ao consumidor, torná-lo menos vulnerável e capacitá-lo a tomar decisões que maximizarão sua utilidade e bem-estar¹⁰⁸². A respeito do papel das advertências, não é outra a lógica extraída da doutrina estadunidense:

When a product is unavoidably dangerous, a warning permits the consumer to make informed choices whether to accept the product. When the danger is avoidable, a warning may reduce the risk or magnitude of harm by permitting the consumer to use the product with greater safety¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 150; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 161.

¹⁰⁸² SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...**, p. 90.

¹⁰⁸³ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 826.

Além disso, na Seção específica a respeito da proteção à saúde e segurança, tratou o legislador de conferir importantes balizas para a configuração dos riscos aceitáveis relacionados aos produtos:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Esse conjunto de normas demonstra a importância das informações repassadas aos consumidores e usuários de produtos. Quanto maior o grau de periculosidade ou nocividade maiores são os deveres de cuidado do fornecedor.

Na sociedade contemporânea, caracterizada pela impessoalização das relações de consumo, que envolvem, de um lado, um fornecedor profissional, e, de outro, um consumidor anônimo, ganha destaque o dever de informação, exigindo-se o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes¹⁰⁸⁴.

Assim, produtos que gerem riscos normais e previsíveis obrigam os fornecedores a conceder informações necessárias e suficientes a seu respeito. É o caso de uma faca

¹⁰⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 2010, p. 150.

(artigo 8º). Já os produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança dos consumidores deverão conter informações ostensivas e adequadas (artigo 9º). Nesse caso, é imprescindível que a informação seja ostensiva, de modo a reduzir os riscos. São exemplos os explosivos, venenos, fogos de artifício, querosene, etc.

O artigo 10, a seu turno, proíbe produtos com alto grau de nocividade. Tais produtos ou serviços, dotados de “periculosidade exagerada”, não podem, em hipótese alguma, circular, em razão da desproporção entre os custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização. É o caso, por exemplo, de um brinquedo destinado a crianças de tenra idade que contenha pequenas peças capazes de engasgá-la. Tal produto, um bem supérfluo, não pode ser vendido no mercado de consumo, mesmo que haja informações a respeito de seu perigo, pois as informações, em verdade, são de pouca valia¹⁰⁸⁵. Convém reforçar que o exemplo retrata produto que fora vendido para crianças de tenra idade. Um brinquedo com pequenas peças pode ser vendido para crianças a partir de certa idade, desde que haja a devida informação sobre os seus riscos.

No mais, o próprio artigo 12 do CDC, em sua parte final, destaca a relevância da informação sobre a utilização e os riscos do produto: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Desse modo, o legislador englobou no conceito de fato do produto a responsabilidade por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos do produto.

O dever de informar, nessa linha, também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode levá-lo, inclusive, a responder pelos riscos inerentes do produto. Quer dizer, ainda que não se cogite de defeito de segurança do próprio produto, ocorrendo dano em razão da falta de informações adequadas ou mesmo suficientes sobre a utilização e os riscos, há dever de indenizar pelo descumprimento do dever de informar¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço..., p. 160.

¹⁰⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**..., p. 319.

Tem-se, ademais, que o princípio da boa-fé objetiva, como fonte de deveres especiais de conduta (deveres anexos), serve como arrimo para o dever de bem informar, podendo ser visualizado desde a fase pré-contratual, de tratativas, no bojo do contrato, até a fase pós-contratual¹⁰⁸⁷.

O defeito de informação surge, assim, da insuficiência ou da inadequação das informações prestadas pelo fornecedor, constituindo os danos por ele causados um típico acidente de consumo¹⁰⁸⁸.

Quer dizer, a ausência de informação sobre algum risco do produto pode interferir no juízo de defectibilidade do produto. Em havendo dano, há em regra dever de indenizar. Entretanto, deve-se sempre reforçar que eventual informação conferida ao consumidor não serve como obstáculo à caracterização do defeito.

3.9.2. O paradoxo do dever de informação

Por decorrência da maior necessidade de transparência nas relações de consumo, o dever de informar impõe ao fornecedor de produtos uma nova relevância jurídica à publicidade, visando à proteção do consumidor e da confiança despertadas por este método de marketing¹⁰⁸⁹. Mas não basta qualquer informação. A mensagem deve ser fácil e inteligível ao consumidor comum:

Não bastam instruções em letras minúsculas ou em folhetos ilegíveis, devendo as informações e advertências ser prestadas com clareza. No Brasil, como país em vias de desenvolvimento, a necessidade de prestação de informações claras pelos fornecedores assume um relevo especial, em face do grande número de pessoas analfabetas ou com baixo nível de instrução que estão inseridas no mercado de consumo. As informações devem ser prestadas em linguagem de fácil compreensão, enfatizando-se, de forma especial, as advertências em trono de situações de maior risco¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 220 e ss.; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 151.

¹⁰⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 153.

¹⁰⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, p. 230; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 151.

¹⁰⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 152.

São, assim, duas as perspectivas fundamentais relacionadas ao dever de informação: o dever de esclarecer a forma correta de utilização do produto, com instruções claras e adequadas sobre o seu uso e fruição, e o dever de advertir acerca dos cuidados e precauções a serem tomadas na utilização, destacando-se os riscos ligados ao produto¹⁰⁹¹.

Trata-se da adoção do sistema da Common Law consistente na subdivisão do dever de informação entre *warnings* e *directions*. As *directions* ou *instructions* são normas e instruções explicativas sobre a utilização correta de determinado produto; já as *warnings* retratam as advertências sobre os riscos decorrentes do uso do produto¹⁰⁹².

Nesse sentido, explica Owen:

*An umbrella term for describing a manufacturer's informational obligations to purchasers and users of its products, the "duty to warn" is comprised of two quite separate obligations: the duty to warn – to inform buyers and users of hidden dangers in a product; and the duty to instruct – to inform buyers on how to avoid those dangers and use the product safely. Together, these duties require that important information on product hazards and product safety is transferred from manufacturers, who possess such information, to buyers and users of products, who need it*¹⁰⁹³.

Consumidores conscientes dos perigos relacionados à utilização de determinado produto se valem dessas informações para proteção da sua saúde e segurança, concretizando um dos objetivos amplamente difundidos da *products liability*: a redução de riscos e dos danos. Como os custos econômicos diretamente relacionados à aposição de informações nos produtos são mínimos, outros pontos importantes devem chamar a atenção do intérprete, como o risco de fornecer informações demasiadas (*over-warning, warning pollution*)¹⁰⁹⁴.

Conforme anotado, o *Restatement (Third)* submete os defeitos de informação ao teste dos riscos-utilidades. Por esse processo, tende-se a achar que todas as informações deverão ser exigidas do produtor, visto que facilmente apostas no produto

¹⁰⁹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 153.

¹⁰⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, 2010, p. 155. O autor ainda explica que, apesar do amplo desenvolvimento do dever de informação na jurisprudência europeia, não houve a sua previsão expressa na Diretiva 85.374.CEE. Por isso, o legislador brasileiro buscou sua inspiração na common law, sobretudo no direito norte-americano.

¹⁰⁹³ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 277.

¹⁰⁹⁴ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell...**, p. 278.

ou em sua embalagem. Por essa lógica, mesmo os riscos mais remotos mereceriam um pequeno espaço com explicações no seu rótulo. Entretanto, sabe-se que essa estratégia traz consequências ruins, como o fato de que, quando confrontados com muitos detalhes, os consumidores tendem a ignorar tais advertências¹⁰⁹⁵. Assim, muito embora configurem uma das facetas mais importantes da responsabilidade pelo fato do produto, os deveres de informação, por vezes, possuem baixa eficácia:

Its eneffectiveness springs from how easy it is to assert a warnings claim, even if unjustified; how elusive such claims are to rationally adjudicate; and what little impact warnings may have on product safety – since mounting studies reveal that they often are ignored. If this later point is true, if most warnings and instructions are ignored, then a manufacturer's duty to warn and instruct may be mostly sound and fury, signifying little. So, warnings are powerful because they transfer important safety information and decision-making to consumers, yet they are trivial because consumers often fail to process safety information rationally. This is the paradox of duty to warn¹⁰⁹⁶.

O paradoxo do dever de informação, portanto, reside no fato de que, muito embora transfiram importantes informações relacionadas à segurança dos produtos aos consumidores, reconhece-se que tais alertas e advertências possuem baixa eficácia¹⁰⁹⁷.

3.9.3. Testes para identificação do defeito de informação

Como já mencionado, a doutrina nacional costuma classificar os produtos de acordo com a sua periculosidade. Os produtos de periculosidade inerente (aqueles que por sua natureza apresentam um risco e não podem ser fabricados sem essa característica); os produtos de periculosidade adquirida (aqueles que se tornam perigosos a partir de um defeito de concepção técnica, de fabricação ou de informação, colocando em risco a saúde e a segurança dos consumidores). E, ademais, os produtos de periculosidade exagerada, já que, diante de um grau tão elevado de nocividade, as informações e

¹⁰⁹⁵ DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**..., p. 827.

¹⁰⁹⁶ OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell**..., p. 279-280.

¹⁰⁹⁷ Para uma abordagem mais ampla: BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl F. The failure of mandate disclosure. 159 **U. Pa. L. Rev.** 647 (2011); BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. **More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure**. Oxford: Princeton University Press, 2014. BAR-GILL, Oren; FERRARI, Franco. Informing Consumers About Themselves (October 22, 2010). **Erasmus Law Review**, Vol. 3, No. 2, 2010.

advertências aos consumidores não produzem maiores resultados na mitigação de seus riscos¹⁰⁹⁸.

Vê-se, pois, que certos graus de periculosidade do produto jamais poderiam ser aceitos, mesmo que houvesse informação ostensiva. O artigo 10 do CDC, ao fazer referência ao produto com alto grau de nocividade ou periculosidade, cria categoria inescapável ao perigo exagerado. Qualquer que seja a informação presente no produto, ele ainda se mostra defeituoso. Desse modo, levando-se em conta a categorização dos perigos dos produtos, a avaliação das advertências e dos avisos nos produtos coloca em cena somente os dois primeiros grupos (periculosidade inerente e exagerada), não sendo relevante para os produtos com alto grau de nocividade e periculosidade.

Quanto aos fatores para se aferir a extensão do dever de informar, eis a lição de Flávia Puschel:

A extensão do dever de informar determina-se por dois fatores a serem combinados: o grau de conhecimento do público acerca do risco em questão e a sua normalidade. Quanto mais anormal for o risco em face do tipo de produto e quanto mais difícil a sua identificação pelo leigo, mais rigoroso será o dever de informar¹⁰⁹⁹.

Nessa lógica, o fornecedor não está obrigado a alertar, nos rótulos, embalagens ou mesmo publicidade, sobre os riscos que oferece uma faca, mesmo quando usada corretamente, posto que tais riscos são de conhecimento geral¹¹⁰⁰, isto é, tais perigos já estão arraigados na vida cotidiana¹¹⁰¹. Essa lógica também foi seguida pelo *Restatement (Third)*, pois, em termos gerais, o produtor não será responsável por danos decorrentes

¹⁰⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, 1991, p. 47; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 140-143.

¹⁰⁹⁹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106.

¹¹⁰⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, 2006, p. 106; REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 43.

¹¹⁰¹ O consumidor, para saber se um produto apresenta ou não uma periculosidade inerente, deve ser bem esclarecido quanto aos aspectos e consequências decorrentes do seu uso. Há produtos que, notoriamente, apresentam riscos e que dispensam este tipo de orientação. De fato, todos sabem como funciona o manuseio de uma faca, sendo desnecessário exigir do fornecedor informações sobre a periculosidade que o bem oferece. EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, 2007, p. 24.

de perigos que são ou deveriam ser evidentes para consumidores ou possíveis usuários do produto¹¹⁰².

Nesse ponto, veja-se a lição de Cavalieri Filho:

Percebe-se, portanto, que os fatos notórios, amplamente conhecidos, não constituem objeto do dever de informar por não haver legítima expectativa frustrada a respeito deles. Quem já conhece um fato não pode ser enganado. Por que e para que informar ao consumidor algo que ele já conhece? A partir do momento que o consumidor conhece a informação necessária para o seu consentimento informado, o dever de informação está satisfeito¹¹⁰³.

Não basta, portanto, que um produto cause danos para que se acione a responsabilidade civil, pois existem alguns produtos que, por sua natureza e forma de uso, apresentam riscos inerentes, isto é, legitimamente esperados pelos consumidores e usuários.

Noutros casos, em que a obviedade sobre o perigo não é tão clara assim, o fornecedor tem a obrigação de prestar, de forma clara e inequívoca, informações sobre a utilização do produto, a exemplo dos medicamentos. Se não houver a devida orientação e o alerta sobre os riscos, pode-se cogitar da responsabilização por defeito de informação¹¹⁰⁴.

Eberlin explica que, em determinados casos, é tênue a linha que termina o que deve e o que não deve ser informado. Embalagens de pregos não precisam informar que aqueles produtos não podem ser ingeridos, pois podem causar danos à saúde dos consumidores. Mas há situações em que a informação, embora pareça desnecessária, se mostra crucial para evitar ou reduzir acidentes, como é o caso de um aquecedor elétrico sem o aviso de que a grade de proteção não pode ser tocada, pois fica quente quando do aparelho está em funcionamento¹¹⁰⁵.

Quanto ao tema específico dos riscos do desenvolvimento, amplamente analisado pela literatura jurídica nacional¹¹⁰⁶, convém registrar a posição majoritária da doutrina a

¹¹⁰² *"In general, a product seller is not subject to liability for failing to warn or instruct regarding risks and risk-avoidance measures that should be obvious to, or generally known by, foreseeable product users"*. Restatement (Third). §2, cmt. "j"; BOWBEER, Hildy; LUMISH, Wendy F.; COHEN, Jeffrey A. Warning! Failure to Read this Article May Be Hazardous to Your Failure to Warn Defense..., p. 445.

¹¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**..., p. 321.

¹¹⁰⁴ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores..., p. 24.

¹¹⁰⁵ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores..., p. 25.

¹¹⁰⁶ Motivo principal pelo qual esta pesquisa voltou-se para outros aspectos da responsabilidade do produtor.

respeito do dever de indenizar dos produtores. Mesmo que os perigos do produto fossem incognoscíveis e imensuráveis ao produtor quando da sua colocação no mercado de consumo, entende-se majoritariamente pelo caráter defeituoso do produto e pela inexistência de excludente legal de responsabilidade¹¹⁰⁷, o que representaria hipótese de responsabilidade pelo risco.

Já na contemporânea *products liability* estadunidense, conforme apresentado anteriormente, o produtor só responde pelos danos que poderia ter evitado. Leva-se em conta, para aferir a defectibilidade do produto, a possibilidade de conhecimento dos perigos pelo produtor, como expressamente adotado pelo Restatement (Third)¹¹⁰⁸.

Costuma-se, ademais, afirmar que a eventual responsabilização do fabricante por danos incognoscíveis acarretaria na adoção de uma espécie de responsabilidade absoluta (*absolute liability*)¹¹⁰⁹.

Feitas essas breves considerações, os próximos tópicos abordarão diferentes exemplos de acidentes de consumo e a eventual correlação entre as informações constantes do produto e a conduta adotada pelos consumidores.

3.9.3.1. Produtos inflamáveis

Uma criança que usou desodorante com alto teor alcóolico e sofreu queimaduras ao manusear o fogão de sua residência foi compensada em danos morais sob o fundamento de que o produto não trazia informações suficientes sobre os riscos decorrentes de sua utilização¹¹¹⁰. Apesar de a porcentagem de álcool (81%) se

¹¹⁰⁷ Por todos, REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**; MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**

¹¹⁰⁸ BYERNE, Richard E. Strict Liability and the Scientifically Unknowable Risk, 57 **Marq. L. Rev.** 660 (1974). Quanto aos medicamentos, eis o que dispõe o Restatement: "A prescription drug or medical device is not reasonably safe due to defective design if the foreseeable risks of harm posed by the drug or medical device are sufficiently great in relation to its foreseeable therapeutic benefits that reasonable health-care providers, knowing of such foreseeable risks and therapeutic benefits, would not prescribe the drug or medical device for any class of patients". Restatement (Third), § 6(c).

¹¹⁰⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...**, p. 190-199.

¹¹¹⁰ TJRJ. Apelação Cível n. 0000227-16.1997.8.19.0058. Vigésima Sétima Câmara Cível/Consumidor. Des. Rel. Maria Luiza de Freitas Carvalho, j. 11/03/2016.

encontrar de acordo com a legislação vigente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou o produto apto a conferir risco à saúde e segurança do consumidor que o utiliza, de modo que incumbia ao fabricante informar, de maneira ostensiva e adequada, a periculosidade advinda da utilização do produto. Assim, definiu-se que se mostrou insuficiente para esse fim a advertência contida na embalagem do produto, visto que se limitava a advertir: “Evite o calor excessivo. Mantenha a embalagem bem fechada, longe do fogo e fora do alcance de crianças”¹¹¹¹.

Noutro caso também oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma pessoa que comprou salgadinhos congelados e sofreu queimaduras no procedimento de fritura (explosão do óleo quente) obteve direito à indenização por conta da falha na informação do produto. De acordo com a Corte, as instruções constantes do panfleto não se prestaram a sinalizar a periculosidade do produto de forma ostensiva, visto que a mera expressão contida – “risco de estouro” – não conferiu a exata dimensão da gravidade do dano que pode ser causado, estando, portanto, em desacordo com o dever de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor¹¹¹².

Depreende-se da análise dos julgados que os produtos reputados defeituosos contavam com alguma informação sobre os riscos decorrentes da utilização do produto. No entanto, a qualidade e a eficácia das advertências foram consideradas insuficientes, levando ao reconhecimento da existência de defeito de informação.

De modo similar, *Moran v. Faberge, Inc.*, julgado pela Corte de Apelações de Maryland em 1974, tratou de uma garrafa de colônia que continha um ingrediente com agradável perfume, mas altamente inflamável. Duas adolescentes estavam brincando após uma festa e decidiram derramar aquele líquido em algumas velas acesas para espalhar o cheiro pela casa. Como resultado da brincadeira, uma das crianças acabou seriamente queimada. Vê-se que o produto, em sua concepção, não era defeituoso *per*

¹¹¹¹ Convém transcrever trecho da sentença de primeiro grau que foi mantida pelo Tribunal de Justiça: “Deveria o fabricante advertir expressamente ao consumidor sobre o risco da utilização excessiva do produto diretamente nas roupas, bem como do risco de utilização do mesmo por crianças. Deveria contar, ainda, advertência sobre a utilização do produto e posterior exposição ao calor excessivo, pois da leitura do rótulo depreende-se apenas que o frasco contendo o produto deveria ser mantido longe do fogo e ao abrigo de calor excessivo, não havendo indicação expressa dos cuidados após a utilização do produto, principalmente em caso de utilização excessiva”.

¹¹¹² TJRJ. Apelação Cível n. 0030805-13.2014.8.19.0204. Vigésima Quinta Câmara Cível/Consumidor, Desa. Rel. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, j. 08/06/2016.

se, mas não havia qualquer aviso sobre o risco de ser inflamável. Por isso, o fabricante foi considerado responsável mesmo que o tipo de dano sofrido pela vítima possa ser considerado imprevisível¹¹¹³. Nota-se que um alerta eficaz, por um custo mínimo, evitaria qualquer responsabilidade¹¹¹⁴.

Reconhece-se que a situação pode ser problemática ao produtor, posto que quase todo alerta sobre os perigos do produto consegue ser incrementado. Isto é, o requerente quase sempre tem a possibilidade de alegar que o alerta constante do produto poderia ter sido melhor. De outro lado, ao se fazer constar avisos e alertas sobre todos os riscos possíveis do produto, o excesso de informações faria com quem ninguém se dedicasse a tal leitura. Isto é, alertas muito detalhados se mostram contraproducentes aos seus propósitos¹¹¹⁵.

Desse modo, pode-se constatar que não basta, ao fabricante, apor nas embalagens frases genéricas a respeito dos riscos decorrentes da utilização do produto, mas sim informar de forma ostensiva sobre os riscos e perigos ligados ao produto.

3.9.3.2. Sabão em pó e limpeza do chão

Determinado consumidor contraiu dermatite após contato com produto de limpeza. O debate girou em torno da discussão a respeito do mau uso do produto pelo consumidor, já que se tratava de sabão em pó, destinado a ser colocado na máquina de lavar, mas que o consumidor utilizou para limpeza do chão dos cômodos da casa e lavagem do vestuário.

O Superior Tribunal de Justiça não considerou a conduta como descuidada e apta a configurar culpa exclusiva da vítima, posto que não revelou uso negligente ou anormal do produto. Para a Corte, a mera aposição de pequenas palavras de advertência quanto à necessidade de se evitar o contato prolongado com a pele não se mostrou capaz de

¹¹¹³ Moran v. Faberge, Inc., 273 Md. 538, 332 A.2d 11 (1975).

¹¹¹⁴ Para maiores detalhes sobre o caso: Impact on Product Liability: Hearings Before the Senate Select Committee on Small Business, 94th Cong., 2d Session, part. 3. (1976), p. 1625-1626.

¹¹¹⁵ KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law..., p. 587. "Probably the best warning for the cologne in Moran v. Williams would have been printed in large letters as follows: HIGHLY INFLAMMABLE. DON'T GET NEAR FLAMES".

chamar a atenção dos consumidores sobre o risco do produto. Assim, essa falha acabou por configurar defeito de informação, gerando dever de indenizar ao consumidor.

Por se considerar importante a decisão, eis excerto do julgado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FATO DO PRODUTO. DERMATITE DE CONTATO. MAU USO DO PRODUTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. ALERGIA - CONDIÇÃO INDIVIDUAL E ESPECÍFICA DE HIPERSENSIBILIDADE AO PRODUTO. DEFEITO INTRÍNSECO DO PRODUTO. INOCORRÊNCIA. DEFEITO DE INFORMAÇÃO. DEFEITO EXTRÍNSECO DO PRODUTO. FALTA DE INFORMAÇÃO CLARA E SUFICIENTE. VIOLAÇÃO DO DEVER GERAL DE SEGURANÇA QUE LEGITIMAMENTE E RAZOAVELMENTE SE ESPERAVA DO PRODUTO. MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. SÚM 7/STJ. SÚM 283/STF. [...]

2. O uso do sabão em pó para limpeza do chão dos cômodos da casa, além da lavagem do vestuário, por si só, não representou conduta descuidada apta a colocar a consumidora em risco, uma vez que não se trata de uso negligente ou anormal do produto.

3. A informação é direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC), tendo sua matriz no princípio da boa-fé objetiva, devendo, por isso, ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo.

4. O consumidor pode vir a sofrer dano por defeito (não necessariamente do produto), mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe, seja por ter informações deficientes sobre a sua correta utilização, seja pela falta de advertência sobre os riscos por ele ensejados.

5. Na hipótese, como constatado pelo Juízo a quo, mera anotação pela recorrente, em letras minúsculas e discretas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que "depois de utilizar" o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos, não basta, como de fato no caso não bastou, para alertar de forma eficiente a autora, na condição de consumidora do produto, quanto aos riscos desse. Chegar à conclusão diversa quanto ao defeito do produto pela falta de informação suficiente e adequada demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 07 do STJ (REsp 1358615/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 01.07.2013).

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça pautou a defectibilidade do produto na insuficiente anotação dos riscos constantes do rótulo, dando conta de que, se as advertências tivessem sido mais ostensivas, não haveria se falar em defeito de informação. Isto é, caberia ao produtor levar em conta que, por vezes, acontece o uso anormal do produto pelo consumidor e, por isso, deveria haver a adequada e ostensiva informação sobre os riscos possíveis.

Há, portanto, discussão sobre a possibilidade de o fornecedor responder por riscos decorrentes do uso anormal do produto, desde que socialmente aceitáveis, isto é,

levando-se em conta o uso considerado comum e aceitável pela sociedade¹¹¹⁶. Para Puschel, essa solução possui o inconveniente de excluir a responsabilidade em casos de mau uso socialmente reprovados, mas previsíveis, como o caso da pessoa que inala solvente com o objetivo de drogar-se¹¹¹⁷, preocupação que parece razoável, pois se mostra necessário alertar aos consumidores sobre os riscos decorrentes de se inalar produto tóxico.

No caso em voga, concorda-se que o emprego do sabão em pó para limpar os cômodos da residência não pode ser enquadrado como utilização anormal do produto, visto que tal prática configura comportamento relativamente usual nos ambientes residenciais. Partindo dessa premissa, a anotação em letras miúdas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que "depois de utilizar o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos", não é suficiente. E mesmo que a vítima possua pré-condição de hipersensibilidade, a informação clara e eficaz¹¹¹⁸, extrato do artigo 6º, III, do CDC, serve justamente para protegê-la.

Portanto, a diretriz até então trabalhada dá conta de que a informação exclui a defectibilidade do produto perigoso quando for capaz de reduzir os riscos por ele oferecidos. Essa redução deverá levar em conta o grau compatível com a legítima expectativa de segurança da sociedade¹¹¹⁹.

Confirma-se, uma vez mais, que o critério das legítimas expectativas de segurança da sociedade é o mais utilizado e aceito pela doutrina nacional para aferição da defectibilidade.

Conforme já destacado, se, apesar da informação, os riscos oferecidos pelo produto permanecerem altos demais, em relação às legítimas expectativas de segurança da sociedade, o produto não deixará de ser defeituoso¹¹²⁰.

Ademais, na jurisprudência brasileira não são muitos os casos encontrados que tratem especificamente sobre os defeitos de informação.

¹¹¹⁶ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...**, p. 125.

¹¹¹⁷ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 107.

¹¹¹⁸ Cogite-se da aposição de alertas por meio de símbolos ou mesmo frases destacadas na frente da embalagem.

¹¹¹⁹ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106.

¹¹²⁰ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106.

Curioso é o caso mencionado por Sanseverino, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2006, sobre a morte de uma criança em razão da explosão de uma garrafa de vidro de Coca-Cola que havia sido retirada do refrigerador e explodiu em suas mãos atingindo a carótida. Os fatos ocorreram antes do advento do CDC, mas, ainda, assim, a Corte “identificou a culpa da empresa fabricante por ter negligenciado no seu dever de informação dos riscos consequentes da forma de utilização do produto, em face do perigo representado pela garrafa que, além de ser de vidro, contém líquido gaseificado”¹¹²¹.

Extrai-se do julgado que “a culpa foi caracterizada diante da negligência no dever de informação, pois deveria comunicar expressamente ao consumidor do produto o potencial de lesividade, bem como os riscos de sua utilização”¹¹²².

A conclusão sobre a falha no dever de informar, ou, em outras palavras, a configuração do defeito de informação pode suscitar dúvidas. É que a explosão repentina de garrafa de refrigerante submetido a baixas temperaturas, via de regra, se subsume ao rótulo de defeito de fabricação. Questiona-se, assim, se a fabricante seria exonerada de sua responsabilidade caso informasse em letras garrafais no rótulo do produto sobre os riscos de explosão¹¹²³.

Outra tragédia mencionada pela doutrina também se refere à explosão de garrafa de refrigerante. Dessa vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve de deliberar sobre a explosão de uma garrafa de Coca-Cola que atingiu o olho do consumidor, causando cegueira. A alegação do fabricante se lastreou na ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, pois as garrafas ficaram expostas ao sol. Tal tese defensiva foi rechaçada sob o fundamento de que, ainda que verídica a alegação, o fato deveria ter sido devidamente informado aos consumidores. Na ocasião, a Corte assentou que o risco da explosão extrapolava as expectativas razoáveis dos consumidores, cabendo ao fabricante adverti-los quanto à possibilidade. Portanto, o principal fundamento para a

¹¹²¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 157.

¹¹²² Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Cível. AC 2005.001.30607, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, DJ 02.05.2006.

¹¹²³ É certo que a temperatura excessivamente baixa do congelador, além daquela que a concepção da garrafa comportaria, pode ter sido a causa da inadvertida explosão.

procedência da ação foi o defeito de informação, caracterizado, à luz do artigo 8º do CDC, pela inexistência da advertência sobre os riscos do produto¹¹²⁴.

Registre-se, ademais, a decisão da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal¹¹²⁵ de Justiça de Santa Catarina a respeito de ação civil pública ajuizada contra operadoras de telefonia com vistas a impor obrigação de fazer, consubstanciada na divulgação dos eventuais malefícios causados pelos aparelhos celulares. A Corte, reformando parcialmente a sentença de primeiro grau, que impôs a divulgação de sete avisos, decidiu que as operadoras deveriam fazer constar apenas um alerta: “A exposição às radiações emitidas por aparelhos celulares pode causar efeitos adversos à saúde”.

O fato é que existem muitos debates e inúmeros estudos científicos acerca dos riscos da utilização do telefone celular. Por isso, a Corte partiu da premissa de que a comunidade científica não tem decisões conclusivas acerca dos riscos provocados, existindo duas posições antagônicas, mas que nenhuma delas comprova com exatidão e objetividade que a utilização provoca riscos à saúde dos usuários. Ainda assim, definiu-se o consumidor não poderia ficar à deriva de tais possibilidades, sendo inconcebível omitir tais estudos.

Em outras palavras, na dúvida, convém informar o consumidor sobre os possíveis riscos decorrentes da utilização do produto. A questão, no entanto, diz respeito aos eventuais efeitos para fins de responsabilização civil. Se os consumidores foram devidamente informados sobre a advertência de que “a exposição às radiações emitidas por aparelhos celulares pode causar efeitos adversos à saúde”, e, de fato, alguém contrair doença decorrente do uso do aparelho, há que se cogitar de defectibilidade? A rigor, não há defeito de informação, podendo apenas se questionar se existe defeito de concepção no aparelho celular.

Sendo assim, nota-se que a responsabilidade do fornecedor a respeito das informações eventualmente omitidas depende do juízo de valor sobre a sua real necessidade e sobre os riscos envolvidos, o que, segundo a doutrina, pode ser pautado nos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade¹¹²⁶.

¹¹²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 156.

¹¹²⁵ Apelação Cível nº 2010.031787-2, Segunda Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça do SC, Relator: João Henrique Blasi, Julgado em 18/11/2014.

¹¹²⁶ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. *Responsabilidade dos fornecedores...*, p. 25.

3.9.3.3. O trator sem assento especial

Outro caso interessante que pode ser lembrado foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹¹²⁷. Na ação, a autora e seu marido realizavam o cultivo de gêneros agrícolas com a auxílio de um trator fabricado pela ré no ano de 1997 e adquirido pela família em meados de 2007. Para realizar o plantio e cultivo de gêneros agrícolas, o varão dirigia o veículo e a autora colocava-se na parte lateral do trator, sobre o eixo/suspensão dianteiro, afastando as plantações que se encontravam no caminho do maquinário, evitando que fossem por ele esmagadas.

No dia do infortúnio, a demandante encontrava-se posicionada do modo acima relatado quando, devido à movimentação do trator, acabou por esmagar 3 (três) dedos do seu pé direito contra a lataria, com posterior perda completa de um dos dedos. A autora narrou que o ponto de apoio utilizado é comumente utilizado por agricultores no desempenho das atividades, haja vista inexistir qualquer aviso de advertência ou proibição, sendo que a própria engenharia do trator, sua disposição de peças e desenho, sugerem que o local seja mesmo ocupado por uma pessoa para auxílio no trabalho agrícola.

A decisão foi contrária ao pleito da autora e se pautou fundamentalmente na ausência de defeito de informação, partindo da premissa de que a fabricante do trator se desincumbiu, suficiente e satisfatoriamente, do dever de informar imposto pelas regras de proteção ao consumidor. No manual do instrutor, que acompanhava o trator vendido, constava a advertência expressa de que "Nenhuma pessoa poderá trafegar no trator, a menos que o trator esteja equiparado com um assento especial. Por exemplo, NÃO É PERMITIDO transportar pessoas montadas nos carregadores frontais e nos estribos". Por isso, segundo o Tribunal, a conduta exclusiva da vítima, que se colocou imprudentemente naquela situação, é que gerou o acidente, não havendo que se falar em defeito do produto.

¹¹²⁷ Apelação Cível n. 2012.053059-3, Segunda Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Trindade dos Santos, Julgado em 11-04-2013.

Desse modo, de fato, parece correto o entendimento da Corte catarinense. Chama a atenção, no entanto, a ausência de discussão sobre o próprio design do trator. Não há análise adequada sobre os riscos e utilidades do próprio projeto do produto e a eventual possibilidade de se produzir um design alternativo razoável, evitando tal tipo de acidentes. Em tal situação, a prova pericial é determinante para aferir a eventual defectibilidade do produto, pois, a depender do tipo e do ângulo da colisão, o sistema pode ser acionado ou não.

Por fim, considerando que a defectibilidade não reside propriamente no produto, deve o produtor informar e alertar sobre a sua periculosidade, de modo que a responsabilidade resulta do descumprimento de um dever de cuidado e não exatamente da concretização de um conceito objetivo de defeito¹¹²⁸. Quer dizer, a responsabilidade do produtor repousa em ele não ter tomado as medidas informativas que um produtor ideal tomaria em consideração às expectativas de um consumidor médio”¹¹²⁹.

Algumas advertências, portanto, previsivelmente falharão em conferir maior segurança. Um alerta para trabalhadores não colocarem as mãos em determinada área de operação de um maquinário possivelmente falhará em proteger todos os trabalhadores, pois certos fatores são inevitáveis, como a fadiga, a repetição das tarefas, e outras circunstâncias que aumentarão as chances de danos. Nesse caso, como visto em tópico anterior, se houver algum dispositivo de segurança a um preço módico que possa ser acoplado ao maquinário e que venha a evitar tais danos, tem-se o possível retrato de um defeito de concepção. Nesse cenário, mesmo o melhor alerta não afasta o caráter defeituoso do projeto do produto. Se não existir dispositivo de segurança disponível, um bom alerta sobre os cuidados servirá para a situação¹¹³⁰.

3.9.3.4. Medicamentos, produtos estéticos e efeitos colaterais

¹¹²⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 101.

¹¹²⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 101.

¹¹³⁰ For example, if an industrial cleaner can be made safer only by substantially reducing its effective cleaning power but users can easily protect themselves by using rubber gloves, an adequate warning may mean that the product is not defective, although a warning would not suffice if the product's danger could be eliminated without cost or loss of utility. DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts...**, p. 826

De modo geral, são considerados defeituosos os produtos colocados no mercado desacompanhados das adequadas instruções relativos ao seu emprego, eventuais contraindicações e conservação. Inclui-se nessa categoria de defeitos de informação a falta de advertência de periculosidade latente em certos produtos, como toxicidade, inflamabilidade e efeitos colaterais¹¹³¹.

Esse dever de informar sobre os riscos que oferece o uso do produto, segundo Pushel, deve se dar de acordo com a sua função, no entanto, o fornecedor também possui o dever de alertar acerca dos riscos que proporcionam outros usos possíveis, ainda que não correspondam à função do bem, sempre que estes forem previsíveis¹¹³².

Em se tratando de produtos complexos, como medicamentos, cujo perigo o consumidor não tem condições de identificar com facilidade, também deverá o fornecedor informar adequadamente os interessados sobre os seus riscos¹¹³³.

Além disso, é importante mencionar que os produtores devem observar, tanto para defeitos de informação quanto de concepção e fabricação, os regramentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹¹³⁴, da Lei n. 5.991/1973 - que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos - e da Lei n. 6.360/1976 - que regula a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e outros produtos¹¹³⁵.

Os medicamentos, embora possuam finalidades curativas ou preventivas, podem causar danos à saúde de seus consumidores diante de suas contraindicações e efeitos colaterais, não sendo possível, via de regra, fabricá-los sem essas características. Conforme já mencionado nesta pesquisa, costuma-se classificar os medicamentos como produtos de periculosidade inerente, pois a periculosidade destes produtos,

¹¹³¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato...**, p. 160.

¹¹³² PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106-107.

¹¹³³ PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC...**, p. 106.

¹¹³⁴ Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

¹¹³⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. **A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto...**, p. 341.

supostamente, é conhecida e previsível, sendo que não surpreenderão o consumidor em sua legítima expectativa de segurança¹¹³⁶.

Na mesma linha, produtos estéticos como um batom¹¹³⁷ devem ser acompanhados das devidas informações sobre os riscos de sua utilização, bem como produtos para tintura do cabelo devem conter as instruções claras e ostensivas sobre o uso¹¹³⁸. Esse tipo de caso, mais corriqueiro nos Tribunais, costuma eximir a responsabilidade da fabricante quando a consumidora informa que deixou de realizar os testes prévios sob o argumento de que houve culpa exclusiva da consumidora¹¹³⁹. Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando se deparou com pedido de indenização de consumidora analfabeta que sofreu danos após usar determinada tintura de cabelo, condenou o fabricante pela omissão no dever de informar, de forma enfática, da necessidade de teste contínuo, por meio de ilustrações, para chamar a atenção das consumidoras. Eis a conclusão da Corte:

Se o teste prévio do produto se faz necessário porque pode causar reações indesejáveis ao consumidor, as instruções devem estar ressaltadas na embalagem, de modo a tornar fácil sua identificação, além de advertir, com eficácia, sobre os riscos que o produto oferece.

Em que pese a apelada tenha sido negligente em não realizar o teste prévio, a apelante foi omissa em relação ao seu dever de enfatizar os riscos do produto, devendo, portanto, ser responsabilizada pelas consequências daí decorrentes¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto..., p. 342; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., 1999, p. 15.

¹¹³⁷ TJRJ. Apelação Cível n. 0006197-97.2009.8.19.0212, Vigésima Quarta Câmara Cível/Consumidor, Des. Rel. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes, j.15/09/2014. A fabricante foi condenada sob a justificativa de que descumpriu integralmente o seu dever de informação, uma vez que deixou de informar aos consumidores que o produto foi classificado pela Anvisa como produto de “grau de risco dois”, não havendo informações na embalagem sobre as reações químicas possíveis decorrentes do produto, conforme consta no laudo químico.

¹¹³⁸ TJSC. Apelação Cível n. 2011.022535-2, Quarta Câmara de Direito Civil, Tribunal de SC, Des. Rel. Victor Ferreira, j. 10/04/2014. No caso, houve a condenação da fabricante, pois a tintura continha composto pertencente ao mesmo grupo químico da amônia, tendo causado danos à vítima.

¹¹³⁹ TJDFT, Acórdão n.1119576, 20160810079784APC, Oitava Turma Cível. Rel. Nídia Corrêa Limal, DJe: 29/08/2018; TJSP. Apelação cível n. 0012160- 81.2003.8.26.0348. Quinta Câmara de Direito Privado. Des. Rel. James Siano, j. 17/08/2011.

¹¹⁴⁰ Veja-se o teor do voto divergente: “As circunstâncias indicam que as lesões decorreram da hipersensibilidade da consumidora aos componentes do produto em questão, impossível de ser controlado pela apelante, rompendo o nexu causal entre eventual defeito do produto e os danos. Ademais, desnecessário constar nas instruções de uso que o produto deva ser testado toda vez que for aplicado, ainda mais no presente caso, em que o analfabetismo da autora tornaria sem utilidade o reforço da informação”.

Lembre-se que, com frequência, o produto se apresenta inofensivo para imensa maioria dos consumidores, todavia, sua composição pode ser letal ou extremamente danosa para determinado grupo de pessoas. Nesses casos, mesmo que apenas reduzida parcela da população esteja sujeita aos riscos daquele produto, o dever de informar sobre os riscos é uma obrigação legal do produtor¹¹⁴¹.

Da análise da *products liability* norte-americana, verifica-se que o comentário k da seção 2 do *Restatement (Third)* indica a necessidade de alertar sobre os riscos de o produto causar reações alérgicas caso o número de pessoas potencialmente atingidas seja substancial:

Cases of adverse allergic or idiosyncratic reactions involve a special subset of products that may be defective because of inadequate warnings [...] The general rule in cases involving allergic reactions is that a warning is required when the harm-causing ingredient is one to which a substantial number of persons are allergic. [...]. The ingredient that causes the allergic reaction must be one whose danger or whose presence in the product is not generally known to consumers. . . . When the presence of the allergenic ingredient would not be anticipated by a reasonable user or consumer, warnings concerning its presence are required¹¹⁴².

Note-se que o *Restatement (Third)* faz referência ao fato de que o grupo de interessados na informação seja substancial, mas não indica maior precisão para conceito, o que parece remeter também à análise dos riscos-utilidades.

Por exemplo, existem refrigerantes que contêm a substância fenilalanina, nociva para determinado grupo limitado de consumidores – pessoas que sofrem de uma doença hereditária chamada fenilcetonúria (PKU) – consistente numa deficiência congênita de metabolismo. Por isso, as embalagens desses refrigerantes devem conter advertência destacada acerca da existência dessa substância a respeito dos riscos para esses grupos de pessoas¹¹⁴³. Portanto, mesmo que seja pequeno o grupo de pessoas

¹¹⁴¹ Tal raciocínio também pode se justificar naquilo que se convencionou rotular hipervulnerabilidade do consumidor, como bem explica Maurílio Casas Maia: “a vulnerabilidade social dos pacientes pode se apresentar, por um lado, como ordinária, no caso dos pacientes saudáveis na submissão a exames rotineiros e sem qualquer outro traço agravante da vulnerabilidade. Por outro lado, a vulnerabilidade poderá se apresentar como extraordinária (agravada ou hipervulnerabilidade), mas isso em relação aos pacientes adoentados ou cuja psique foi alterada ainda que pela mera suspeita de enfermidade” MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 86, mar-abr, 2013, p. 206.

¹¹⁴² Restatement (Third). Section 2, cmt. “k”.

¹¹⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código...**, p. 152.

potencialmente sujeito a sofrer danos por determinado componente do produto, cabe ao produtor colocar tal informação no rótulo do produto. Entretanto, casos pontuais que envolvam portadores de doenças raríssimas deverão ser avaliados caso a caso, levando-se em conta a natureza do produto e o já mencionado paradoxo das informações repassadas aos consumidores.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *Products Liability* estadunidense evoluiu da combinação entre a *warranty-contract law* e a *negligence-tort law*, de modo que não se pode dizer que houve um processo histórico linear em que uma teoria sucedeu a outra.

Apesar das mutações desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, os regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty* acarretavam sérias dificuldades às vítimas em seus intentos para buscar indenização. Por isso, a *products liability*, por meio da consagração da *strict liability*, enalteceu objetivos políticos e de interesse público da época reforçando o compromisso social de expansão da responsabilidade por produtos defeituosos, o que não seria possível de se atingir de maneira eficaz com os sistemas tradicionais.

O *Restatement (Second)*, no ano de 1965, veio a atender corretamente à necessidade da época de se conferir maior proteção aos consumidores e vítimas de produtos defeituosos. Resultado de uma exigência social e político-jurídica, a imposição de maiores rigores aos critérios de imputação buscou elevar os níveis de segurança dos produtos e apertar o grau de responsabilização dos fornecedores.

Não se pode negar, ademais, que o caminho trilhado para se chegar até a responsabilidade objetiva passou por diferentes justificações. Quer dizer, não havia uma razão universal e uniforme com vistas a se alcançar uma concepção única de *strict liability*. A teoria do risco nem sempre foi fundamento da *strict liability*, mas é certo que a necessária expansão do então modelo de *products liability* serviu para facilitar a compensação das vítimas de produtos defeituosos.

Inicialmente, boa parte desses danos dizia respeito a problemas concernentes à fabricação do produto, isto é, desconformidades materiais (tangíveis) do produto em relação com aquilo que era desejado pelo fabricante, a exemplo de explosões episódicas de garrafas de vidro e produtos alimentícios contaminados. Para esses casos, o teste das legítimas expectativas, que tinha suas raízes na *contract law* e foi adotado no *Restatement (Second)*, se mostrou adequado e suficiente para salvaguardar o direito à indenização dos consumidores e eventuais vítimas.

O *Restatement (Second)* definiu que a responsabilidade do fornecedor não era meramente causal, não respondendo o fornecedor por todos os danos que tenham relação com o produto. Para tanto, seria necessário que o produto estivesse “*in a defective condition unreasonably dangerous*”. Apesar das discussões de ordem semântica a respeito da eventual redundância desses requisitos¹¹⁴⁶, fato é que o defeito sempre se apresentou como elemento-chave da *products liability*.

Conforme se inferiu do comentário “i” do *Restatement (Second)*, a responsabilidade civil não era pautada no mero risco decorrente do produto lançado no mercado, posto que certos produtos não são completamente seguros para o consumo humano. O açúcar pode matar o diabético, o whisky é capaz de embriagar e causar danos ao alcoólatra e a manteiga pode aumentar os níveis do colesterol ruim e até causar problemas cardíacos. Esses produtos, em razão de seus perigos conhecidos e inerentes à sua natureza, estão fora do conceito de produto “*unreasonably dangerous*”¹¹⁴⁷.

Com o tempo, a *products liability* evoluiu e deixou de se ater apenas aos defeitos de fabricação, passando a sociedade a questionar o grau de segurança dos produtos, averiguando quão seguros são os *designs* e projetos escolhidos pelos produtores.

Ricas discussões a respeito da segurança necessária de automóveis em caso de colisões, da ausência de dispositivos de segurança em produtos perigosos, da escolha dos materiais utilizados como o amianto, entre tantos outros, auxiliaram a projetar um novo assunto nas Cortes Americanas: os defeitos de concepção e de informação.

Entretanto, essas duas espécies de defeito não haviam sido objeto de reflexão pelos redatores do *Restatement (Second)*, que tinham em mente, quando de sua elaboração, danos causados por produtos que se originavam de imperfeições físicas que

¹¹⁴⁶ WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products..., p. 830-838.

¹¹⁴⁷ “Many products cannot possibly be made entirely safe for all consumption, and any food or drug necessarily involves some risk of harm, if only from over-consumption. Ordinary sugar is a deadly poison to diabetics, and castor oil found use under Mussolini as an instrument of torture. That is not what is meant by “unreasonably dangerous” in this Section. The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics. Good whiskey is not unreasonably dangerous merely because it will make some people drunk, and is especially dangerous to alcoholics; but bad whiskey, containing a dangerous amount of fuel oil, is unreasonably dangerous. Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful; but tobacco containing something like marijuana may be unreasonably dangerous. Good butter is not unreasonably dangerous merely because, if such be the case, it deposit cholesterol in the arteries and leads to heart attacks; but bad butter, contaminated with poisonous fish oil, is unreasonably dangerous”. *Restatement (Second)*, cmt. “i”.

poderiam facilmente ser constatadas comparando o produto com aquilo que o produtor gostaria de ter feito ou mesmo com situações específicas de mau funcionamento dos produtos¹¹⁴⁸.

Com esses novos casos chegando às Cortes americanas, após um período inicial de larga aplicação da *products liability*, a doutrina percebeu que o teste das legítimas expectativas não conseguia resolver adequadamente os problemas levados aos jurados. Portanto, a *products liability* experimentou grande fase de crescimento e expansão até que, por circunstâncias econômicas, sociais e jurídicas, passou por um refluxo em sua aplicação. Nesse contexto, foram desenvolvidos novos processos para identificação do caráter defeituoso do produto, como o *risk-utility test* e, mais tarde, o *reasonable alternative design test*.

A doutrina e a jurisprudência estadunidenses foram fortemente marcadas por uma rígida oposição entre os testes das legítimas expectativas dos consumidores e dos riscos-utilidades do produto.

Com o tempo, prevaleceu que o defeito passou a ser concebido como uma expressão da disponibilidade da sociedade de aceitar ou rejeitar o design de um produto. Quando os custos de uma alternativa para tornar o produto mais seguro ultrapassam o perigo razoável, tem-se que o produto será considerado seguro. Quando o risco excede a sua utilidade inerente, o produto será considerado defeituoso¹¹⁴⁹.

Nota-se, assim, que, apesar da imprecisão do texto empregado pelo *Restatement (Second)*, a noção de defeito não deixou de evoluir nos últimos trinta anos. Distante da percepção vulgar, relacionada necessariamente a uma falha do produto, o defeito alcançou o significado de um produto desarrazadamente perigoso. Nesse cenário, em relação aos defeitos de concepção e de informação, o teste das legítimas expectativas precisou ceder espaço para novos caminhos trilhados pela doutrina e pela jurisprudência.

¹¹⁴⁸ PRIEST, George L. *Strict Products Liability: The Original Intent* (1989)..., p. 2301-2311; HARCHUT, Robert F., *Products Liability - Restatement (Second) of Torts - Section 402A - Uncertain Standards...*, p. 1040. TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer's Liability for Defective...*, p. 1063; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain*. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux...**, p. 231.

¹¹⁴⁹ WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product...**, p. 34.

Sem se valer da terminologia da *strict liability* e tampouco da *negligence*, o *Restatement (Third)* foi adotado pela maioria das Cortes americanas. Os seus redatores enaltecem o sucesso do teste do design alternativo, mas reconhecem que não se trata de unanimidade. Ainda hoje podem ser encontrados julgados que se valem do teste das legítimas expectativas para análise dos defeitos de concepção, mesmo que por vezes o adotem apenas de forma retórica¹¹⁵⁰.

No Brasil, a expressão “responsabilidade pelo fato do produto” retrata simples tradução da fórmula americana da *products liability*, transportada para a Europa na década de 1970. A Seção II, do Capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, parece não deixar dúvidas: o legislador optou pela adoção do regime da responsabilidade civil objetiva, independentemente da existência de culpa, ao fato do produto.

Quanto ao direito à reparação de danos, o Brasil se amparou visivelmente na Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, tanto que várias das disposições ali previstas foram transcritas integralmente no Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990)¹¹⁵¹. Desse modo, como a Diretiva, por sua vez, se inspirou na *products liability* da época, pode-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro, ao importar a Diretiva, acabou também se aproximando de alguns pontos da lógica prevista no *Restatement (Second)*.

A doutrina brasileira, apesar de se concentrar no desenvolvimento das discussões norte-americanas da década de sessenta, deixa de mencionar o início dos debates acerca da necessidade de definição de critérios para a identificação do defeito, sobretudo no que tange aos defeitos de concepção¹¹⁵². Por conta dessa lacuna doutrinária, esta pesquisa buscou comparar os regimes, aprofundar os estudos e colocar em pauta o desenvolvimento do *products liability* estadunidense até o seu cenário atual, pois tal debate pode auxiliar na construção teórica dos conceitos nacionais, contribuindo para

¹¹⁵⁰ TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. *Manufacturer’s Liability for Defective...*, p. 1071.

¹¹⁵¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor...**, 2009, p. 156-159. Para maiores aprofundamentos sobre a aplicação da Diretiva do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (85/374/EEC), veja-se o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Económico e Social Europeu, publicado no ano de 2018. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/35306d2c-51d5-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-118533576>.

¹¹⁵² REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia...**, p. 109.

aprimorar os critérios decisórios do modelo brasileiro de responsabilidade pelo fato do produto.

Para concretizar o caráter abstrato do defeito, conforme dispõe o artigo 12 do CDC, a identificação das legítimas expectativas deve levar em conta as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

No que diz respeito ao fator de atribuição (ou nexo de imputação), constatou-se que o sistema jurídico brasileiro não é binário, isto é, não se resume à culpa e ao risco. A responsabilidade pelo fato do produto conta com um fator de atribuição próprio: o defeito do produto.

Desse modo, nota-se que, mesmo sob a égide do *Restatement (Second)* e com a utilização do teste das legítimas expectativas, o fundamento da *products liability* sempre foi o defeito e não a ideia geral extraída da teoria do risco criado. Como sempre se admitiu a exoneração de responsabilidade dos produtos de risco inerente, os modelos brasileiros e americanos se afastaram de uma utilização mais dura da teoria da responsabilidade objetiva.

Quanto aos testes para identificação do defeito do produto, esta pesquisa concluiu que a concretização ordinária das legítimas expectativas dos consumidores, na grande maioria das vezes, configura ferramenta suficiente para aferir a defectibilidade do produto. Não parece haver dúvidas de que a avaliação das legítimas expectativas dos consumidores funciona perfeitamente em relação aos defeitos de fabricação.

Como consequência da opção legal pela responsabilidade objetiva, não é relevante que tenha o fornecedor sido o mais cuidadoso possível quando da elaboração do produto. Não se está a tratar de simples inversão do ônus da prova, ou de mera presunção de culpa, em que bastaria ao fornecedor comprovar que atuou com diligência. Em verdade, o Código de Defesa do Consumidor define que o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia.

Quanto aos defeitos de concepção, a identificação das legítimas expectativas dos consumidores também pode funcionar como parâmetro quando o caso é simples, isto é, quando se mostra possível extrair a defectibilidade das próximas circunstâncias, o que permitiria inclusive a aplicação do instrumento da *res ipsa loquitur*. Para esses casos, em

que as circunstâncias relevantes do acidente demonstram que os danos não teriam ocorrido sem a existência de um defeito, pode-se entender que os requisitos previstos no artigo 12, §1º, do CDC são suficientes para denunciar o caráter defeituoso do produto.

Em outras palavras, quando o produto se comporta de maneira que um defeito pode ser deduzido das circunstâncias fáticas, a exemplo de um automóvel que vira a direção para a esquerda repentinamente forçando a saída da estrada, o produtor é responsabilizado objetivamente¹¹⁵³. Essa inteligência extraída da Seção 3 do *Restatement (Third)* está em consonância com os ditames do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Já a avaliação do defeito de concepção em casos complexos, em que o consumidor não possui verdadeiramente uma expectativa criada, situações estas em que se mostra demasiadamente vaga e difusa a tentativa de concretização da noção de legítimas expectativas, mostra-se necessário maior aprofundamento.

A doutrina nacional costuma resolver o problema dos defeitos de concepção e de informação por meio da categoria dos produtos com “periculosidade inerente”. O cigarro que desencadeia doença pulmonar, a bebida alcoólica que causa cirrose e o fármaco com efeitos colaterais são exemplos comuns desse enquadramento. Apesar de se tratar de um tema polêmico, costuma-se afirmar que os elementos legais para identificação das legítimas expectativas são aptos a apontar uma resposta.

Quando se tratar de um perigo óbvio, evidente para os consumidores de modo geral, não haveria se falar em violação de dever de segurança do produto.

A crítica a que se chegou nesta pesquisa é que o teste das legítimas expectativas, do modo como é aplicado usualmente, acaba por reduzir a discussão ao fato de que, uma vez bem informados dos riscos decorrentes da utilização do produto, a conduta imprópria do consumidor afastaria qualquer noção quanto à defectibilidade do produto.

Mesmo quando especialistas demonstrem que um produto poderia ter sido projetado de um jeito mais seguro a um custo baixíssimo, evitando-se acidentes e até mortes, a informação eximiria o produtor de qualquer responsabilidade. Concluiu-se que, ao se valer unicamente do teste das expectativas dos consumidores em casos de perigos

¹¹⁵³ GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (Ed.)..., p. 593.

óbvios, interrompe-se um processo analítico da defectibilidade do produto, processo esse que é mais bem apurado por meio da abordagem de uma concepção alternativa razoável. Portanto, a análise dos riscos e utilidades não deve ser entendida como necessariamente favorável aos produtores. No caso dos perigos óbvios, a identificação de que seria possível projetar um design razoavelmente mais seguro acabaria acarretando maior proteção à vítima do evento.

Além do problema relacionado aos perigos óbvios, consumidores não possuem legítimas expectativas sobre a segurança de determinados tipos de produtos, especialmente aqueles complexos e tecnológicos. Consumidores em geral pouco sabem como deve se comportar um automóvel em determinados tipos de acidente. E mesmo que se diga que não cabe ao intérprete extrair da realidade, mas sim concretizar as legítimas expectativas, é inegável a subjetividade e a vagueza da tarefa sem adentrar na análise dos riscos-utilidades. Assim, para esses casos, difíceis, esta pesquisa revelou que o foco na avaliação de um design razoável alternativo, na linha do que preceituam o *Restatement (Third)* e a doutrina e jurisprudência majoritárias norte-americanas, configura o teste mais adequado.

A vagueza e a ambiguidade da noção de legítimas expectativas prejudicam o processo decisório, pois tornam arbitrárias as decisões, quer sejam proferidas por um juiz, quer sejam anunciadas por um grupo de jurados. Tal imprecisão, segundo alguns autores americanos, deixava o júri carente face a situações complexas e abria a possibilidade a decisões imprevisíveis e arbitrárias. Assim, a quase totalidade da doutrina rejeitou as expectativas dos consumidores como critério universal do defeito nos Estados Unidos. No cenário brasileiro não é necessário abandonar o critério das legítimas expectativas, dada a sua amplitude, que comporta também a avaliação dos riscos-utilidades.

Como se sabe, a escolha entre duas consequências jurídicas não está ao livre alvedrio do julgador, independentemente da explicitação das razões. Um modelo democrático de direito, que rechaça poderes incontroláveis do juiz, tem como núcleo o dever de motivação judicial. Sempre que o julgador decidir, entre as possibilidades previstas em lei, deve justificar, explicitando os motivos, permitindo o conhecimento e o

controle intersubjetivo de sua decisão. Cabe sempre ao intérprete expor de forma clara as razões pelas quais optou por uma e não por outra solução.

A análise dos riscos-utilidades, sobretudo a partir da análise marginalista dedicada à investigação de um possível design alternativo mais seguro, mostra-se um mecanismo mais adequado e seguro para a tomada de decisões racionais. Em outras palavras, a avaliação de um design razoável alternativo se mostra questão essencial para definir se o produto é defeituoso ou não.

Como a concretização das legítimas expectativas, em casos difíceis, não chega a resultados seguros, dadas as particularidades já citadas, é possível defender um caminho. Quando as balizas previstas nos incisos do §1º do artigo 12 do CDC pouco contribuírem, colocando o julgador em posição complicada, a concretização das legítimas expectativas pode se dar por meio da ponderação entre os riscos e utilidade do produto, mormente a partir da avaliação da existência de um design razoável alternativo.

Costuma-se, ademais, enfatizar que nos casos submetidos ao regime da *strict liability* coloca-se em pauta a condição do produto, e não a análise da conduta razoável do produtor. Entretanto, há uma rica e intrincada discussão a respeito da aproximação do regime da *negligence* para os defeitos de concepção e de informação. Quanto aos defeitos de informação, pode-se verificar que uma das distinções marcantes entre o modelo estadunidense e brasileiro é justamente a adoção do critério em relação à previsibilidade quanto aos riscos. Prevalece nos Estados Unidos que o produtor não responde por riscos imprevisíveis que tornaram o produto defeituoso, o que, segundo a doutrina, se aproximaria bastante do modelo vinculado à *negligence*. No Brasil, de acordo com a doutrina majoritária, riscos imprevisíveis ao produtor, que acabam por desencadear o caráter defeituoso do produto e gerar danos a pessoas, não servem como escusa para o dever de indenizar.

Longe de exaurir a vastidão do tema, quer-se crer que esta pesquisa conseguiu colher informações relevantes sobre o dinâmico modelo da *products liability* estadunidense e depurar aquilo que mais pode interessar ao sistema jurídico nacional. A análise da história e do desenvolvimento desse complexo campo do direito, de suas tensões e regulações, permitiu a realização de comparação atualizada entre os modelos brasileiros e estadunidense e a conclusão pela existência de reflexos, em casos

concretos, sobretudo em razão dos diferentes testes e standards possíveis. Apesar do grau de maturidade já alcançado com os anos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que, em determinadas situações, é possível aprimorar os critérios decisórios utilizados pela doutrina e jurisprudência para a identificação de um dos mais tortuosos problemas da responsabilidade civil – a identificação do caráter defeituoso do produto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**: pontos de convergência. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**, Coimbra, Almedina, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15.

AMARAL JR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AUSNESS, Richard C. Products Liability in the Twenty-First Century: A Review of Owen's Products Liability Law, 58 **S. C. L. Rev.** No. 443, 2006.

AUSNESS, Richard C. Product Category Liability: A Critical Analysis, 24 N. **Kentucky Law Review**. 423 (1997).

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Influência do direito francês sobre o direito brasileiro**. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris.

BASTOS, Daniel Deggau. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Arte & Comunicação, 2014.

BAR-GILL, Oren; FERRARI, Franco. Informing Consumers About Themselves (October 22, 2010). **Erasmus Law Review**, Vol. 3, No. 2, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl F. The failure of mandate disclosure. 159 **U. Pa. L. Rev.** 647 (2011).

BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. **More than you wanted to know**: the failure of mandated disclosure. Oxford: Princeton University Press, 2014.

BERNACCHI, Michael D. A behavioral model for imposing strict liability in tort: the importance of analyzing product performance in relation to consumer expectation and frustration. 47 **U. Cin. L. Rev.** 43 (1978).

BERNSTEIN, Anita. Product Liability in the United States Supreme Court: A Venture in Memory of Gary Schwartz. 53 **S. C. L. Rev.** 1193 , 2001-2002.

BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence. 33 **Vand. L. Rev.** 593, 1980.

BLOMQUIST, Robert F. Dissent, Posner-Style: Judge Richard A. Posner's First Decade of Dissenting Opinions, 1981-1991 - Toward an Aesthetics of Judicial Dissenting Style, 69 **MO. L. REV.** (2004).

BORGHETTI, Jean-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits**: étude de droit compare. Paris: L.G.D.J., 2004.

BOWBEER, Hildy; LUMISH, Wendy F.; COHEN, Jeffrey A. Warning! Failure to Read this Article May Be Hazardous to Your Failure to Warn Defense. **William Mitchell Law Review**: Vol. 27: Iss. 1, Article 3. 2000.

BRODIE, Terrie Bialostok. Brown v. Superior Court: Drug Manufacturers get Immunized from Strict Liability for Design Defects, 19 **Golden Gate U. L. Rev.** (1989)

BYERNE, Richard E. Strict Liability and the Scientifically Unknowable Risk, 57 **Marq. L. Rev.** 660 (1974).

CABRAL, Marcelo Marques. **Da responsabilidade civil do condutor de veículo automotor**: uma abordagem sob as perspectivas da teoria do risco. São Paulo: Método, 2012.

CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. **Droit de la consommation**. 9^a ed. Paris: Dalloz, 2015.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, vol. 21. Rio de Janeiro, jan.-mar. 2005.

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

CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CAMERER, Colin F; ISSACHAROFF, Samuel; LOEWESTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted; RABIN, Matthew. Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the case for 'Asymmetric Paternalism'. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 3.

CANTU, Charles. Distinguishing the Concept of Strict Liability for Ultra-Hazardous Activities from Strict Products Liability Under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: Two Parallel Lines of Reasoning that Should Never Meet (2001). **Akron Law Review**, Vol. 35, 2001.

_____. Reflections on Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: A Mirror Crack'd (1989). **Gonzaga Law Review**, Vol. 25, 1989-1990.

_____. Fattening Foods: Under Products Liability Litigation Is the Big Mac Defective? (2005). **Journal of Food Law and Policy**, Vol. 1, 2005

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** [recurso eletrônico]. São Paulo, n.22, jan./mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de direito do consumidor**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003.

CAZENEUVE, Bernard; COHEN-JONATHAN, Alexandra. **La sécurité des produits: de la prevention des risques à la reparation**. Paris: Dunod, 2018.

CLERMONT, Kevin M; EISENBERG, Theodore. Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism. (1992). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 246.

CLERMONT, Kevin M. Litigation Realities Redux, 84 **Notre Dame L. Rev.** 1919 (2009)

COLEMAN, Charles L. Recent Developments, Products Liability - Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product "Unreasonably Dangerous" - Cronin v. J.B.E. Olson Corp., 8 Cal. 3d 121, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972), 49 **Wash. L. Rev.** 231 (1973).

CLARK, Alistair M. **Product liability (modern legal studies)**. London: Sweet & Maxwell, 1989.

COLT, Tiffany. The resurrection of the consumer expectations test: a regression in american products liability. 26 **U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.** 525 (2019).

COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultados e de garantia**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, nº 386, 1967.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das obrigações. 3º t.: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Lisboa: Almedina, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Teoria geral das relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CULHANE, John G. The Limits of Product Liability Reform within a Consumer Expectation Model: A Comparison of Approaches Taken by the United States and the European Union, 19 **HastingsInt'l & Comp. L. Rev.** 1 (1995).

CUPP JR, Richard L. **Believing in Products Liability**: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and David Owen's Products Liability Law. 40 U.C. DAVIS L. REV. 511, 2006.

CUPP JR. Richard L.; POLAGE, Danielle. The rhetoric of strict products liability versus negligence: an empirical analysis. **New York University Law Review**. October 2002.

DANNEMAN, Gerhard. **Comparative Law**: Study of similarities or differences? In: The Oxford Handbook of Comparative Law. Ed. by REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. Oxford/UK: Oxford University Press, 2006.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

DOBBS, Dan; HAYDEN, Paul T.; BUBLIK, Ellen M. **Hornbook on Torts**. Second Edition. Hornbook series. West Academic Publishing, 2016.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil**: pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, 2007.

_____ **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**. In: Direito do Consumidor: a visão da empresa e da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2014.

EHRENZWEIG, Albert A. **Negligence without *Fault***, 54 Calif. L. Rev. 1422, 1966.

EMANUEL, Steven L. Torts. **Keyed to Prosser/Wade/Schwartz**. Thirteenth Edition. Wolters Kluwer, 2016.

EPSTEIN, Richard A. The risks of Risk/Utility, 8 **Ohio State Law Journal** 469, 1987.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Revitalização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo - a aceitação lógica da probabilidade. **Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2016, v. 1.

_____ A relatividade do livre-arbítrio e a responsabilização da indústria do cigarro - a desconstrução de um mito. **Revista de Derecho Privado (BOGOTA)**, v. 31, p. 189-225, 2016.

_____ Há via do meio na responsabilidade civil pelos danos à saúde do fumante? **Revista IBERC**. v.2, n.1, p. 01-27, jan.-abr. 2019.

FACCHINI NETO, Eugenio; BARBOSA, Fernanda Nunes (org.). **Direito e Saúde – o caso do tabaco**. Belo Horizonte: Ed. Letramento, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Néelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARNSWORTH, Ward; GRADY, Mark F. **Torts: cases and questions**. Third Edition. Wolters Kluwer, 2019.

FELIU, Josep Solé I. **El concepto de defecto del producto em la responsabilidade civil del fabricante**. Valencia. Tirant lo Blanch, 1997.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRASCAROLI, Emily; SOUTHERLAND John I.; DAVIS, Elizabeth; PARKER, Woods. Let's Be Reasonable: The Consumer Expectations Test is Simply Not Viable to Determine Design Defect for Complex Autonomous Vehicle Technology, 2019 **J. L. & MOB.** 53.

FRIEDENTHAL, Jack H, et. al. **Civil Procedure: cases and materials**. Eleventh Edition, 2013.

GEISTFELD, Mark. **Products Liability Law**. Wolster Kluwer. Aspen Casebook series. 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho. São Paulo, n. 30, p. 38-48, 2014.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. **Product liability in United States of America**. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.). **European Product Liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies**. Cambridge: Intersentia, 2016.

_____. **Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA**. In: KOZIOL, Helmut (ed.) **Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective**. Jan Sramek Verlag, 2015.

GREEN, Michael, **The Schizophrenia of Risk-Benefit Analysis in Design Defect Litigation**, 48 **VAND. L. REV.** 1995.

_____. The Unappreciated Congruity of the Second and Third Torts Reinstatements on Design Defects, 74 **Brook.L.Rev.**(2009).

HANS, Valerie P.; ALBERTSON, Stephanie. Empirical Research and Civil Jury Reform, 78 **Notre Dame L. Rev.** 1497 (2003).

HARCHUT, Robert F., Products Liability - Restatement (Second) of Torts - Section 402A - Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases - After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania, 24 **Vill. L. Rev.** 1035 (1979).

HENDERSON, James A. Jr., Revising Section 402A: The Limits of Tort as Social Insurance. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 853, 1993.

HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn (1990). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 883.

_____ Drug Designs Are Different (2001). **Cornell Law Faculty Publications**. 820.

_____ **Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect**. Cornell Law Faculty Publications, 1991.

_____ The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability: A Reply to Geistfeld. 67 **N.Y.U. L. Rev.** 1174 (1992)

_____ A Proposed Revision of Section 402A of the Restatement (Second) of Torts. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 855, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: **Ensaaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007.

HOWELLS, Geraint; BORGHETTI, Jean-Sébastien. Product Liability. In: **Cases, materials and text on Consumer Law**. DROSHOUT, Dimitri (Coord. Editor). MICKLITZ, Hans-W; STUYCK, Jules; TERRY, Evelyne (General Editors). Oxford: Hart, 2010.

JAMES JR., Fleming. General Products – Should manufacturers be liable without negligence? **Tennessee Law Review**. Vol. 24. Spring, 1957.

JENSEN, Christopher. 50 Years Ago, 'Unsafe at Any Speed' Shook the Auto World. **The New York Times**. Nova York: 26 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/27/automobiles/50-years-ago-unsafe-at-any-speed-shook-the-auto-world.html>.

JOHNSON, Matthew R.. Rolling the "Barrel" a Little Further: Allowing Res Ipsa Loquitur To Assist in Proving Strict Liability in Tort Manufacturing Defects, 38 **Wm. & Mary L. Rev.** 1197 (1997).

KAZAZIAN, Thierry. **Haverá a idade das coisas leves: design e desenvolvimento sustentável**. Tradução Eric Roland Rene Heneault. São Paulo: Editora SENAC, 2005.

KEETON, W. Page. Product liability and the automobile. In: **The Forum (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law)**. American Bar Association. Vol. 9, No. 1, Fall, 1973.

_____ The Meaning of Defect in Products Liability Law: A Review of Basic Principles. **Missouri Law Review**. Volume 45. Fall, 1980.

KENNEDY, John. 'Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest', 15 March 1962. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Risco do Desenvolvimento: estudo comparado entre o direito do consumidor brasileiro e o direito norte-americano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 2, n.V, p. 302-319, 2004.

KLEIN, Robert D. A Comparison of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability and the Maryland Law of ProductsLiability. University of Baltimore Law Review: Vol. 30: Iss. 2, Article 3. 2001.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. In: **Doutrina e jurisprudência**: Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, v. 1, n. 7, p. 7-11, 1966.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A Reparação de Danos Causados ao Consumidor no Anteprojeto do Código do Consumidor, in **EIDC**, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2006.

LERNER, Renée Lettow; THOMAS, Suja A. **The Seventh Amendment**. Disponível em: < <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-vii/interps/125>>.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. rev. e atual. Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente**. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 86, mar-abr, 2013.

MARCOUILLER, Sherly A. Product Liability after Woodill v. Park Davis: The Failure to Warn as a Basis for Recovery, 13 Loy. U. Chi. L. J.523, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. **Revista Jurídica**, n. 370, p. 29-41, ago. 2008.

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.

MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH Hannes. **The German Law of Torts**: a comparative treatise. Forth Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____ Responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de defesa do consumidor. In: **Revista de informação legislativa**, v. 28, n. 111, p. 277-294, jul./set. 1991.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT: 2013.

MARSHALL, Carla Izolda. Responsabilidade civil do fabricante por produto defeituoso na União Europeia e no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

MCCANN, Michael; HALTOM, William; BLOOM, Anne. Java Jive: Genealogy of a Juridical Icon, 56 U. **Miami L. Rev.** 113 (2001).

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 809, mar. 2003.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____ **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTGOMERY, J.; OWEN, David G. Reflections on the Theory and Administration of Strict Tort Liability for Defective Products, 27 **S.C.L. Rev.** 803, 818 (1976).

MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. **Product liability entering the twenty-first century**: the U.S. Perspective. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Washington, D.C., 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MYERS, Gary. Dean John Wade and the Law of Torts, 65 **Miss. L.J.** 29, 1995.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Ralph. **Unsafe at any speed**: the designed-in dangers of the American automobile. New York: Grossman Publishers, 1965.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3.

NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOEL, Dix W. **Defective Products**: Extension of Strict Liability to Bystanders, 38 *Tenn. L. Rev.* 1, 1970.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ **Direito das obrigações**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux**: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civil et l'Assurance. Paris: IRJS, 2013.

OWEN, David G. Design defects. **Missouri Law Review**. Volume 73, Issue 2, Spring, 2008.

_____ Products Liability Restated, **South Carolina Law Review**, 1997-1998, vol. 49.

_____ Manufacturing Defects, 53 **South Carolina Law Review**, 851 (2002)

PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability 58 **N.Y.U. Law Review** 853-891 (1983)

PALMER, Vernon. Trois principes de la responsabilité sans faute. **Revue internationale de droit Compare**. Vol. 39 N°4, Octobre-décembre 1987. pp. 825-838.

PANTALÉON PIETRO, Ángel Fernando. **Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)**. AFDUAM, n. 4, p. 167-192, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, volume 20, n. 59, 1994. Porto Alegre.

_____ **Proteção contra produtos defeituosos**: das origens ao Mercosul. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, volume 20, outubro 2001.

_____ **O direito dos fumantes à indenização**. Revista da AJURIS, volume 41, n. 133, 2014.

_____ Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ **Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 311-341, 2010.

_____ **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____ Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Org.). **Responsabilidade civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1, p. 379-398.

_____ Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista De Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, p. 169-214, 2019.

PETEFFI DA SILVA, Rafael; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: _____; CELLA, José Renato Graziereiro. (Org). **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito Do Consumidor E Novas Tecnologias**. 1ª ed. Barcelona. Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 1-30.

PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG, Guilherme Henrique. Henrique Lima; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista De Direito Do Consumidor**, v. 12, p. 169-204, 2018.

PETEFFI DA SILVA, Rafael; JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; BASTOS, Daniel Deggau. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto: acidente de consumo em decorrência do uso de medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 29, vol. 127, jan-fev. 2020.

PHILLIPS, Jerry J. Achilles' Heel, 61, **Tenn. L. Rev.** 1265, (1994).

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018.

PODESTA, Roger E. et al. **Leading Product Liability Lawyers**: Product Liability Experts Share Their Knowledge on the Art and Science of Product Liability Law (Inside the Minds). Aspatore Books, 2003.

PRIEST, George L. **The Invention of Enterprise Liability**: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. *The Journal of Legal Studies*, vol. 14, no. 3, 1985.

_____ **Strict Products Liability**: The Original Intent. Faculty Scholarship Series. 611, 1989.

_____ The Modern Irony of Civil Law: A Memoir of Strict Liability in the United States, **Tel Aviv University Studies in Law**, 1989

PROSSER, William L. **The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)**. *Yale Law Journal*, vol. 69, no. 7, p. 1099-1100. June 1960.

_____ **The Law of Torts** (West Publishing Co.). 4th Edition. (1971).

PUSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC – Acidentes de consumo.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1986.

REIMANN, Mathias. Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard, 51. **The American Journal of Comparative Law** 751 (2003).

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Brasil e no âmbito da União Europeia.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante. **Revista de Direito do Consumidor.** Vol. 89, 2013.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1.^a Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abr – jun, 2016.

_____. Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 124, jul – ago., 2019.

RESTATEMENT THIRD OF TORTS: Products Liability, 1998.

REYNOLDS, Kevin; KIRSCHMAN, Richard J. The Ten Myths of Product Liability, **William Mitchell Law Review**: Vol. 27: Iss. 1, Article 17, 2000.

RHEINGOLD, Paul D. What are the consumer's 'reasonable expectations?'. **The Business Lawyer**, vol. 22, no. 3, 1967.

RICHMOND, Douglas R. Renewed Look at the Duty to Warn and Affirmative Defenses, 61 DEF. COUNS. J. 205, 205 (1994).

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Responsabilidade por acidentes de consumo.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 36, p. 70-108, 1995.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Edipro: São Paulo, 2016.

SCHWARTZ, Gary T. Foreword: Understanding products liability. **Cal. L. Rev.**, vol. 67, 1979.

SCHWARTZ, Victor E. The Uniform Product Liability Act - A Brief Overview, 33 **Vanderbilt Law Review** 579, (1980).

_____. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability-The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation. **Hofstra Law Review**: Vol. 26: Iss. 3, Article 9, 1998.

_____. The Post-Sale Duty to Warn: Two Unfortunate Forks in the Road to a Reasonable Doctrine, 58 **N.Y.U. Law Review**. 892, 896-97 (1983)

SHEA, Michael. **Products Liability: Strict Liability in Tort Notes and Comments.** Santa Clara Law Review. Vol. 4. 1963.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações.** São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor.** Coimbra: Almedina 1990.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SLIM, Hadi. Le défaut dans la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. In: In: La responsabilité du fait des produits défectueux: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civil et l'Assurance. Paris: IRJS, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo.** vol. 13. ano 4. p. 139-170. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, Sylvio Capanema. O código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 26, 2004.

STAPLETON, Jane. Bugs in Anglo-American products liability. In: **Product Liability in Comparative Perspective**. Edited by FAIRGRIEVE, Duncan. Cambridge University Press, 2005.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo, na Ótica Civil- Constitucional. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

THALER, Richard H. **Misbehaving**. 1ª ed. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TWERSKI, Aaron D. From Risk-Utility to Consumer Expectations: Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation. **Hofstra Law Review**. 1983. Vol. 11. Iss. 3, Article 2.

_____ An Essay on the Quieting of Products Liability Law (June 10, 2020). **Cornell Law Review**, Vol. 105, p. 101, 2020, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper N°. 641.

TWERSKI, Aaron; HENDERSON Jr. James A. Product Design Liability in Oregon and the New Restatement. **Oregon Law Review**, vol. 78, no. 1 (Spring 1999).

_____ James A. Manufacturer's Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility. (2009). **Cornell Law Faculty Publications**.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VAN KIRK, Robert A. The Evolution of Useful Life Statutes in the Products Liability Reform Effort, 1989 **Duke Law Journal** 1689-1751 (1989).

VANDALL, Frank J. Constructing a Roof Before the Foundation Is Prepared: The Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Section 2(b) Design Defect, 30. **University of Michigan Journal of Law Reform**. (1997).

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIDMAR, Neil. Are juries competent to decide liability in tort cases involving scientific/medical issues? Some data from medical malpractice. 43 **Emory Law Journal** (1994).

VINEY, Geneviève. Prefácio. In: BORGHETTI, Jean-Sébastien. La responsabilité du fait de produits: étude de droit compare. Paris: L.G.D.J., 2004.

WADE, John W. On the Nature of Strict Tort Liability for Products, 44 **Miss. L.J.** 825, 1973.

_____. Second Restatement of Torts Completed. **American Bar Association Journal**, vol. 65, no. 3, 1979.

WADE, John W. On Products "Design Defects" and Their Actionability. **Vand. L. Rev.**, vol. 33, 1980.

_____. On the Effect in Product Liability of Knowledge Unavailable Prior to Marketing, 58 **N.Y.U. Law Review**. 734, 758-59 (1983).

WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product**: A guide for management, design, and marketing. [S. l.: s. n.], 1978.

WESENDONCK, Tula. **O Regime Da Responsabilidade Civil Pelo Fato Dos Produtos Postos Em Circulação**: Uma Proposta De Interpretação Do Artigo 931 Do Código Civil Sob A Perspectiva Do Direito Comparado. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. n. 2. v. 3. p. 141-160. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

WRIGHT, Richard W. **The Principles of Product Liability, in Symposium, Products Liability: Litigation Trends on the 10th Anniversary of the Third Restatement**, 26 Rev. Litig. 1067 (2007).