

# A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, no Código de Defesa do Consumidor

## Manoel Martins Júnior

Advogado em Curitiba.  
Especialista em Direito Empresarial (PUC/PR).

### INTRODUÇÃO

A lei que dispõe sobre as relações de consumo está às vésperas de completar uma década de vigência no Brasil. Sua introdução no cenário pátrio representou conquista jurídico-constitucional das mais elevadas para seus destinatários principais, os consumidores.

Nery Jr. (1992, p. 45-46) enfatiza que a Lei n. 8.078, de 1990, tem uma consistente formação democrática. Destaca a forma como foram conduzidas as discussões acerca do primitivo Projeto de Lei n. 1.149/88, a teor do comando do art. 48

das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>1</sup> Conclui tratar-se de Diploma dos mais valiosos no ordenamento nacional e reconhecido pelos juristas estrangeiros.

O Estatuto Legal tem gênese na Carta Magna de 1988. Os artigos 5º (XXXII) e 170 (V) consagram o direito do consumidor.

O direito do consumidor também está presente no Mercosul. Neste sentido, documentos em consenso foram e estão sendo elaborados. Para exemplificar: Resoluções Parciais 123, 124, 125, 126 e 127, todas de 1.996. ATA n. 07, de 10 dez.

1997 (da Comissão de Comércio do Mercosul) e ATA 08, de 29 nov. 1997 (do Comitê Técnico n. 7, Comissão de Comércio).

Importa mencionar que o STF na ADIn 319-4-DF<sup>2</sup> – na relatoria do Ministro Moreira Alves – ressalta a importância da garantia constitucional<sup>3</sup> na defesa dos interesses dos consumidores. No processo em exame, estava em cotejo a valoração entre os preceitos do ato jurídico perfeito e o direito dos consumidores. A decisão referida realçou a inviolabilidade desse novel princípio;

mormente, uma pedra na pilastra no Estado Democrático de Direito.

Portanto, é estreme de dúvidas que o Código do Consumidor protege direitos fundamentais.

A Lei Consumerista ostenta o perfil dos textos legais mais atualizados. Encontra-se em delgada sintonia com a chamada pós-modernidade; caracterizando-se como um microsistema de normas a irradiar seus efeitos nas relações polarizadas por fornecedores e agentes consumistas.

De forma contundente o CDC, no Capítulo IV, faz referência a uma política de proteção à saúde e segurança dos consumidores.

Para o recente Conjunto de Normas, o importante é a qualidade dos produtos e serviços postos à disposição dos utentes. Nesse caso, a prevenção é nota essencial no espírito do Código. Utiliza o CDC a informação para estabelecer a noção preventiva.<sup>4</sup>

Assim, os bens de consumo deverão estampar com clareza a existência de alguma nocividade ou perigo existente. A informação funciona como princípio, devendo conduzir-se adequadamente.

A inobservância a esses caracteres impõe ao causador do

dano o dever de repará-lo integralmente.

A reparação civil com a edição da Lei de 1990 conquistou realce. É nova modalidade de responsabilização. Traz contornos diferenciados dos vertidos no Código de Beviláqua. Anuncia *in genere* a responsabilidade objetiva.

Alguns diplomas legislativos já existentes imprimiam a responsabilidade objetiva, *exempli gratia* do Decreto n. 2.681, de 7 dez. 1912 (acidentes nas estradas de ferro).

A teoria do risco, como regramento, pauta-se na composição do dano, sem se apurar a culpa. A simples ocorrência do fato rende ensejo à responsabilidade.

O CDC adotou a técnica jurídica da responsabilidade sem culpa, embora na forma mitigada. O Código, prevendo a teoria do risco, mais facilmente realizará o direito dos usuários de serviços e produtos. De fato, é a tese que melhor se adequa para proteger os consumidores. É que antes de vigorar o Código havia dificuldades quase que intransponíveis para a configuração do *damno*, na moldura da Lei Substantiva.

Eis a síntese do brocardo civilista: sem a prova da culpa não há reparação.

Com a assunção do CDC solucionou-se o entrave. O óbice

para a concretização do direito não depende mais da prova da culpa. O Código, em casos especialíssimos, indica algumas exceções.

Comporta imprimir que o CDC cuida de interesses e direitos individuais e coletivos. A solução pelos conflitos coletivos é a dinâmica do CDC, *a contrario sensu*, dos tradicionais estatutos já existentes, como os Códigos Civil, Comercial e Processual Civil.

Acrescente-se a forma diferenciada da legitimação, para o exercício da defesa dos direitos inculpidos na Lei n. 8.078.

O tema alvo destas anotações alude à *responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto* no âmbito da Lei multicitada. Os dispositivos 8º a 17º do CDC serão o objeto desta análise. O enfoque será no concernente à *responsabilité civile* e suas repercussões.

Figura como principal objetivo estabelecer-se uma correlação entre a análise do texto legal, o pensamento doutrinário e a política de atuação dos tribunais pátrios, na tentativa de elucidação dos pontos nevrálgicos dos desafiadores questionamentos que o assunto circunda.

Certamente que o tema eleito continuará desafiando a argúcia dos estudiosos; dividindo opiniões, das mais abalizadas.

## 1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

### 1.1 Evolução do conceito de culpabilidade

A teoria clássica da culpa encontra seu principal fundamento no direito justinianeu.

No Direito Romano, a compensação da culpa teve início com a vingança privada.<sup>5</sup> O critério primitivo passou a evoluir com a prática da composição voluntária, onde o lesado transigia com o ofensor, em troca de dinheiro ou objetos.

Povos antigos, a exemplo dos babilônios, hebreus, helênicos e indianos, dispunham de legislação própria para combater o ato ilícito perpetrado. O cânon mosaico ou Pentateuco prescrevia com exatidão algumas normas.<sup>6</sup>

A pena de Talião foi reproduzida em diplomas que se tornaram multiconhecidos, como o Código de Hammurabi, Código de Manu e a Lei das XII Tábuas.

Por influência dos pretores, no Direito Romano surgiu a Lei de Aquília (286 a.C.).

A Lei Aquiliana apresentava três capítulos. Regulava as seguintes situações: (a) a morte de escravos ou quadrúpedes; (b) o dano causado por um credor; (c) o ferimento ocorrido em escravos e animais; (d) a destruição ou deterioração de coi-

sas corpóreas (Alvino Lima, 1998, p. 19-23).

Com parâmetro no elemento culpa surgiu o *germe* da reparação,<sup>7</sup> a partir da Lei de Aquília. Daí, a expressão: responsabilidade aquiliana.

O artigo 1.382 do Código Civil de Napoleão, de 1804, estabeleceu a responsabilidade com base na culpa, a título de fórmula.

Coube a Saleilles<sup>8</sup> e a Josserand<sup>9</sup> assentarem a responsabilização exclusivamente no fato ou no risco criado: surge então a responsabilidade objetiva. A idéia doutrinária influenciou estudiosos, julgadores e o Poder Legiferante.<sup>10</sup>

Alvino Lima (1998, p. 40)<sup>11</sup> põe em relevo a doutrina de Mazeaud *et* Mazeaud, como uma negativa ao dogma tradicional da responsabilidade mediante a culpa. Os ilustres autores defendem a *theoria* objetiva, a partir do conceito da culpa *in abstracto*. Ou seja, não se aprecia a conduta do autor do dano – eis o *ponto de toque* – por que não se exige a culpa como elemento nuclear da responsabilidade.

O artigo 1.384, § 1º, do Código Civil francês, é interpretado no sentido de consagrar o princípio da responsabilidade sem culpa. O texto assinalado reporta-se a casos de incêndio

que causem danos a terceiros. Ratifica a exegese que se empresta ao dispositivo supra, uma Lei de 7 nov.1932, a qual conferiu responsabilidade, decorrente de culpa, ao detentor do imóvel onde se originou o incêndio. Restou clara a exceção ao artigo 1.384, § 1º.

O assunto ainda suscitava questionamentos, não fosse o luminoso aresto da Corte de Cassação de Paris, datado de 13 fev.1930, quando ficou incólume a prevalência da teoria do risco.

A Itália também optou pela tese objetiva. O Código de Estrada, de 8 dez.1933 (art. 122) e o Civil (art. 2.054, § 2º, inciso) reprisam tal instituto.<sup>12</sup>

As modernas codificações têm adotado a teoria do risco, porque cogitada tese expressa o princípio da equidade com maior justiça. O Código do Consumidor brasileiro inseriu a responsabilidade objetiva, na forma mitigada, em consonância com as explanações avante.

### 1.2 A responsabilidade civil no Direito Brasileiro

Calcado na doutrina da responsabilidade extracontratual subjetiva, ou teoria aquiliana, o Código Civil pátrio, como nota genérica, perfilhou idêntico posicionamento.

Os artigos 159 e 1.518 do *Codex* com clareza dimensiona-

ram o espectro da responsabilização ali arregimentada. Para que o ato ilícito seja reparado, é necessária a comprovação da culpa *lato sensu* do agente causador.

Para a concreção da modalidade extracontratual e sua respectiva compensação, a doutrina nacional é uníssona quanto à implementação dos pressupostos que norteiam a culpa, a saber: (a) o ato ou omissão violadora do direito de outrem; (b) a configuração do dano produzido; (c) a relação de causalidade; (d) a culpa.

Presentes tais elementos, o ato recebe a chancela de ilícito, exurgindo-se o imperativo de ver de ressarcimento.

Não obstante à adoção da teoria de Aquília pela Lei Civilista, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma coletânea legislativa que expressa a opinião ou *these* objetiva.

A legislação esparsa a seguir destacada ilustra o argumento da teoria do risco: Decreto n. 2.681, de 7 dez. 1912 (acidentes nas estradas de ferro); Decreto-Lei n. 483, de 8.6.1938 (acidentes no transporte aéreo – Código Brasileiro de Aeronáutica, com a vigência da Lei n. 7.565, de 19 dez. 1986; Decreto-Lei n. 7.036, 10 nov.1944 (acidentes de trabalho); Lei n. 6.938, de 31 ago. 1981 (danos causados ao meio ambiente).

Todas as normas especiais visavam proteger interesses públicos, e tinham como responsável pela indenização a Administração Pública.

Denari (1997, p. 142-143) observa que os artigos 1.528, 1.529 e 1.546 do Código Civil brasileiro contêm regras de responsabilidade objetiva.

O dano moral foi inscrito na Lei Fundamental de 1988, em conformidade com o que narram os incisos V e X do artigo 5º. Em nível constitucional inaugurou-se a constitucionalização do dano. Tanto as pessoas físicas como as jurídicas poderão usufruir do comando da Lei Maior.<sup>13</sup>

No tocante à teoria objetiva do risco, é oportuno destacar o previsto na Constituição da República de 1988.<sup>14</sup> O artigo 21, inc. XXIII, 'c', dispõe sobre os danos nucleares, e redaciona que a forma de indenização “independe da existência de culpa”. Igualmente, o disposto no artigo 37, § 6º, faz menção à responsabilidade da Administração Pública centralizada e descentralizada,<sup>15</sup> como também dos prestadores de serviços públicos (serviços delegados a particulares).

Na esfera do Código de Defesa do Consumidor, o tema encontra-se veiculado nos artigos 12, 13 e 14. O Código acolheu a teoria da responsabilidade

de objetiva do risco, na modalidade mitigada. Contudo, no artigo 14, § 4º, há uma ressalva tangente à responsabilidade dos profissionais liberais. Referida obrigação é subjetiva, resolvendo-se pelo regime da teoria da culpa.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

### 2.1 A previsão constitucional da defesa do consumidor e a importância do Código de Defesa do Consumidor

A *Lex Fundamentalis* fez constar em seu texto os direitos dos consumidores. Os artigos 5º (XXXII), 24 (VIII), 150 (§ 5º), 170 (V) e 220 (§§ 3º, II e 4º) consagraram a nova disciplina. Especialmente os preceptivos 5º (XXXII) e 170 (V) amparam a pretensão consumerista.

No artigo 170, *caput*, consignam-se relevantes fundamentos para uma sociedade democrática: ordem econômica, valorização do trabalho, livre iniciativa, existência digna e justiça social. O inciso V – “defesa do consumidor” – é mencionado como um princípio.

Um preceito inscrito na carta política de um país tem significação das mais soberanas. Para Bandeira de Mello (1997, p. 450) um princípio é “mandamento nuclear de um sistema”.

Na introdução deste ensaio foi transcrita uma decisão importantíssima para a seara do Direito do Consumidor. Trata-se de acórdão proferido pelo Colendo STF, na ADIn 319-4-DF. O relator, Ministro Moreira Alves, sobranceiramente pondera a despeito dessa inarredável garantia constitucional pró-consumidores. Sopesa, o preterido preceito, ante ao primado do ato jurídico perfeito. Em conclusão, argumenta que, quando em disputa, não poderá haver prejuízo para os consumidores; a harmonização entre os princípios é questão de estreita justiça.

Luzida decisão foi registrada no catálogo brasileiro. Com muito acerto foi a condução do voto do eminente magistrado. Em síntese, entre princípios não pode prevalecer qualquer jerarquia.

A constitucionalização da defesa do consumidor como primado basilar representa destacada ênfase para as normas inseridas na Lei n. 8.078, de 1990.

Com o advento do CDC supriu-se extensa lacuna nas relações comerciais entre fornecedor e o agente que consome. O relacionamento mercantil com maior apoio no Código Civil, encontrava-se desequilibrado para o consumidor. A inde-

nização por danos, via de regra, era negada pela ausência de uma relação contratual direta entre o fornecedor e o agente consumidor, ou então, porque a vítima não detinha elementos comprobatórios para demonstrar a culpa do agente produtor.

No curso dos anos 1950 e 1960 transparecem os consumidores como um problema social. Os tempos pós-guerra multiplicaram, sem precedentes, o desenvolvimento econômico e carregaram um desequilíbrio em desfavor dos consumidores. Inclusive, em 1962, o Presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, reconheceu alguns direitos dos consumidores, como: direito à segurança, à informação, à escolha, e direito à ser ouvido. Na América e Europa Ocidental surgia um novo direito, o dos consumidores.<sup>16</sup>

Um dos enfoques principais do Direito do Consumidor é a proteção contra produtos perigosos ou com defeitos, alicerçando-se, assim, o princípio da segurança à saúde.

Conjugar normas de ordem pública e interesse social a favor dos consumidores, na ordem prática, trouxe mais vantagens para os utentes. O conteúdo do artigo 1º significa que o órgão jurisdicional deverá apreciar de

ofício o fato jurídico em discussão. Sobre a temática não incide a preclusão e poderá ser revista a qualquer tempo. O tribunal pode, inclusive, aplicar o preceito da *reformatio in pejus*, dado o conteúdo da norma.

Valiosos institutos jurídicos alinharam-se em prol do consumidor. Boa-fé nas relações de consumo, inversão do ônus da prova, proteção contratual de cláusulas abusivas, princípio da segurança à saúde, vulnerabilidade do consumidor, equilíbrio nas relações de consumo, dever de informar são princípios de especial relevo para a defesa do consumidor.

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor nos “acidentes de consumo”<sup>17</sup> – alvo das nossas considerações – é outra ferramenta jurídica à disposição do usuário de produtos e serviços.

Sob tais contornos, não há como deixar de reconhecer o vital espaço ocupado por este Estatuto Jurídico. Como já apontado, o CDC tem despertado a atenção da comunidade jurídica internacional, dado o moderno conjunto sistêmico-doutrinário acolhido, em paralelo, com o cunho protetivo dos direitos e interesses ali dispostos.

## 2.2 A referência no Direito

janeiro/junho-2002

### Comparado e o modelo da responsabilidade civil acolhida pelo Código do Consumidor

No que tange ao modelo de responsabilização, dois sistemas influenciaram o Projeto de nosso Código: o Norte-Americano e o da Diretiva (n. 85/374/CEE, de 25 jul.1985), da Comunidade Econômica Européia. O primeiro alicerçou-se nas garantias implícitas (ou contratuais) para aportar na responsabilidade objetiva (*theoria* do risco). A sistematização da CEE fundou-se na premissa de defeito dos produtos industrializados colocados no mercado pelo fornecedor, para, então, configurar a responsabilidade objetiva.

O Código do Consumidor perseguiu a orientação da Diretiva da CEE. Sustentam que o CDC acolheu a orientação da CEE, Macena de Lima (1990, p. 226) e Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 61).<sup>18</sup> Prova-se pelo fato de o CDC somente obrigar à composição danosa, quando existir o defeito do produto. Para melhor esclarecer, vale o argumento de Lima Marques (1999, p. 625), ao concluir que, o CDC reconhece o dano e seu nexo de causalidade. Contudo, se não for comprovada a existência do defeito do produto, aí não repousará a obrigatoriedade de indenizar.

A natureza da responsabili-

dade conferida pelo CDC é a da responsabilidade não-culposa na acepção de Lima Marques (1999, p. 623).<sup>19</sup>

A responsabilidade civil no Direito Norte-Americano, para os danos motivados por defeitos, fundamentou-se em três estágios de evolução: (1) *negligence*, (2) *breach of warranty*, (3) *strict liability in tort* (Macena de Lima, 1990, p. 4).

O Estatuto do Consumidor brasileiro elegeu a teoria do risco – mas com temperamentos – ou seja, prevalece a responsabilidade sem culpa, mas permite-se exceções para isentar o fornecedor de reparar danos, em conformidade com o disposto em lei.

Tal forma de apuração de dano é reconhecida como a mais justa, posto existir situações em que incide culpa exclusiva do consumidor.

Multifárias legislações têm recepcionado essa teoria, como as citadas precedentemente.

Destaque-se, outrossim, que na esfera do Mercosul, com as edições das Resoluções 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, 127/96, tais princípios estão sendo reproduzidos. Da mesma forma, nas ATAs n. 08/97 e n. 07/97.

Destarte, o CDC tem trilhado na modernidade legislativa em defesa dos consumidores.

### CDC e o risco de danos ao consumidor

#### 2.3.1 O direito à segurança dos produtos

A tutela da segurança nas relações de consumo é nota importante na esfera do CDC. É evidente que a noção de segurança, que o Diploma estabelece, alude à segurança legitimamente esperada, consoante têm proclamado os doutrinadores. O entendimento é o de que não se trata de segurança absoluta, hermética. No mercado de consumo existem produtos que são naturalmente perigosos, ou nocivos à saúde. No entanto, o Código de Proteção não os proíbe que estejam à disposição de utentes. O espírito do Código está atento à idéia de defeito e de falha na justa expectativa de segurança.

A segurança realçada tenta proteger riscos à integridade física do utilizador do produto ou serviço e, da mesma forma, à proteção de seu patrimônio, evitando-se custos desnecessários.

No sistema do CDC figura como natureza extracontratual a garantia do produto ou do serviço.

O produto tem segurança quando não manifesta algum elemento defeituoso, que venha a causar danos.

Convém distinguir que exis-

### 2.3 Princípios protetivos no

tem produtos e serviços defeituosos, sem contudo, serem inseguros. Por exemplo, uma roupa pode apresentar alguma deformidade de *design*, sem trazer risco à saúde. Na mesma linha, existe produto ou serviço com deficiência e que pode causar sérios prejuízos, exemplificando: um medicamento com a data vencida, e que continua exposto à venda; um portão que é fixado irregularmente, e cai ferindo um transeunte.

Em consonância com o art. 12, a responsabilidade extracontratual pelo dano baseia-se na falta de segurança esperada. No citado texto, é imputada ao construtor, fabricante, produtor e ao importador a responsabilidade sem culpa. A reparação causada aos consumidores congloba produtos e serviços defeituosos.

Aliás, convém lançar uma questão de ordem. A solidariedade entre os fornecedores está expressa no CDC, art. 7º, § ún. A denúncia da lide, consoante o art. 88, não é possível operar-se. Nas relações de consumo o instituto não é admitido, em face da responsabilidade objetiva. O chamamento ao processo, também não (Nery Jr., 1999, p. 1.874).

Lima Marques (1999, p. 616) reitera que a garantia de segurança entrelaça-se com o prin-

cípio geral de proteção da confiança, inserto na Lei n. 8.078, de 1990.

### 2.3.2 O dever de informar do fornecedor

O dever de informar no CDC funciona como uma norma-matriz (arts. 8º, § ún. e 12). A informação é direito básico do consumidor (art. 6º, II), e deverá apresentar-se como suficiente e adequada. É indispensável no contexto em que os acontecimentos transmigram *on line*. A mecânica do mercado de consumo move-se pelo dinamismo das informações.

Em comento ao art. 10, Lima Marques (1999, p. 619) conclui que o dispositivo institui um “dever pós-contratual”.<sup>20</sup> Justifica a locução, ao dizer que esse *dever pós-contratual* impõe um dever de vigilância; dever de se prestar informações ao agente consumidor. Noutro enfoque, é plausível assegurar que está implícito, em qualquer liame jurídico entre fornecedor e usuário de produtos ou serviços, a imprescindível obrigação de o fornecedor corrigir o perigo ou nocividade de produtos ou serviços postos no mercado. É o fato de um farmacêutico comercializar medicamento que, após a venda, foi considerado nocivo à saúde. Embora o negócio mercantil tenha sido realizado

posteriormente à notícia, é inafastável o dever pós-contrato, na ensinança da autora referendada. Inclusive, com a fixação de cartaz no estabelecimento comercial, com as orientações pertinentes.

Ferreira da Rocha (1992, p. 97) ilustra o tema ao mencionar que a farmacêutica norte-americana Johnson & Johnson foi condenada pela Suprema Corte do Estado de Washington, na cifra de US\$ 2,5 milhões, porque um menino de 15 meses bebeu óleo de limpeza, e no rótulo não constava a advertência alertando os pais sobre os riscos em caso de ingestão do produto.

Portanto, o dever de informar é imprescindível.

### 2.4 Espectro da responsabilidade objetiva no regime do CDC

A sistemática do CDC relativamente à obrigação de indenizar do fornecedor tem sedimentação (a) na existência do defeito, (b) no dano gerado, (c) no nexo causal, entre o defeito do produto e o ato lesivo.

Abrange a todas as situações em que o consumidor for prejudicado. O parâmetro da indenização é o do princípio da *resitutio in integrum*, conforme teor do art. 6º, VI, que enumera: “VI - a efetiva prevenção e

reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Como acentuado, a previsão do ressarcimento é extensível a todos os danos, inclusive na proteção dos direitos e interesses coletivos e difusos, na moldura da *class action*.

Afasta a denominada indenização limitada ou tarifada.<sup>21</sup> Igualmente, a cumulação é realidade jurídica. Tanto no modelo do dano moral, como no patrimonial.

Consentâneo com o primado indenizatório da *restitutum in integrum*, o Superior Tribunal de Justiça recentemente, ao julgar um pedido de reparação civil por atraso de voo, com espeque no Código do Consumidor, entendeu que a indenização não pode ser tarifada, nos termos da legislação da Convenção de Varsóvia, porquanto a defesa do consumidor tem regra própria.<sup>22</sup>

Na vértice de tais comandos, o dever de indenizar no CDC é o da completa reparação.

## 2.5 Conceituação de fornecedor

Para uma melhor compreensão do agente responsável pelo ato a ser reparado, é importante destacar sua conceituação na textura do CDC.

O Código do Consumidor, em seu art. 3º, define ampla-

mente o que seja fornecedor; assim: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, montagem, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A doutrina com base na Diretiva 85/374/1985/CEE classifica o fornecedor em: (a) fornecedor ou produtor real; (b) fornecedor ou produtor aparente; (c) fornecedor ou produtor presumido. O fornecedor real é quem cria e entrega o produto acabado, inclusive, a matéria-prima. É fornecedor aparente aquele que imprime no produto seu nome, marca ou sinal distintivo. Presumido é o fornecedor que distribui produtos; é o que importa produtos para venda, aluguer, *leasing*. Não importando se os produtos negociados são identificados ou não (James Marins, 1993, p. 100-101).

A conceituação abrange a todas as atividades, civis ou mercantis. O fornecedor poderá oferecer produtos ou serviços. Dessarte, o conceito de agente econômico é extenso, não pairando qualquer dúvida quanto ao espectro de sua atu-

ção como responsável pelos produtos que transporta para o mercado consumista.

## 2.6 Objeto da responsabilização do fornecedor pelo fato do produto

### 2.6.1 O defeito como elemento propulsor da obrigação de indenizar, pelo fato do produto<sup>23</sup>

O agente econômico é responsabilizado pelo produto que coloca no mercado, se este apresentar defeito potencial ou real, e causar dano. A circulação defeituosa do produto, conjuntamente como o ato prejudicial, é o que caracteriza o dever de reparar. *Ipsa facto*, o ressarcimento não encontra apoio legal na singela conduta deficiente de quem fornece o produto, mas tão-somente, na imperfeição produzida capaz de gerar prejuízo.

Macena de Lima (1990, p. 5) enumera o famoso caso *MacPerson v. Buick Motor Co.* A Buick Motor Co. vendeu um veículo de sua fabricação. Ao utilizar o novíssimo automóvel, o comprador foi surpreendido com os raios de uma das rodas que se romperam, com o proprietário arremessado para fora do veículo, e ficando gravemente ferido. O Tribunal de Apelação de Nova York, em 1916, apre-

ciou o assunto. O juiz Cardozo condenou a empresa pelo dano causado, e não somente isto – neste caso – generalizou-se a idéia de que o agente fabricante de um produto assume um dever de diligência perante os consumidores diretos, e também perante qualquer terceiro, que possa suportar danos oriundos do fato defeituoso.<sup>24</sup>

Os defeitos de produção são os que se manifestam em alguns exemplares do produto, oriundos de falha no processo produtivo; qualquer que seja, mecânico ou manual (Denari, 1997, p. 147).

A noção de defeito no CDC tem estreita ligação com a idéia de segurança do produto.<sup>25</sup>

Na direitura do art. 12, § 3º, II, não havendo a configuração indisfarçável da deformidade, a pretensão do conforto indenizatório, por sua vez, será esvaziada. A simples prova de ausência de defeito excluirá quaisquer formas de reparação para o agente econômico. Não importará a potencialidade que o dano redundar, nem tampouco, se o entregador ou fornecedor pôs o produto na rede de mercancia. Atenua a descrição, o fato de o fornecedor ter que exibir a comprovação da inexistência da imperfeição, ou *defectu*.

James Marins (1993, p. 110) estrutura os defeitos do produ-

to em (a) defeitos juridicamente relevantes para responsabilidade civil, e (b) defeitos juridicamente irrelevantes para responsabilidade civil. Os juridicamente relevantes são os dispostos no *caput* do art. 12. Defeitos juridicamente irrelevantes apresentam-se pela atividade – exclusivamente – culposa do consumidor ou de terceiro. São aquelas imperfeições oriundas do caso fortuito ou força maior, “da normal ação deletéria do tempo” e do risco do desenvolvimento.

Na sistemática do Código, fato do produto significa dano causado por defeito apto a redundar a responsabilidade do fornecedor. Há necessidade impostergável de se caracterizar o dano por interlúdio do fato do produto.

O CDC exige que o produto seja considerado defeituoso para que haja a responsabilização do fornecedor. Os agentes beneficiados pela indenização são todos aqueles que suportarem os danos, inclusive, os *bystanders* (vocábulo do Direito Norte-Americano).

A responsabilidade do fornecedor poderá ocorrer por fato próprio, de outrem ou pelo fato da coisa (produto).

Arruda Alvim (1996, p. 136) diz que os riscos que os produ-

tos podem apresentar, dividem-se em dois grupos: (a) riscos intrínsecos (periculosidade inerente); e (b) periculosidade adquirida (decorrente de defeito).<sup>26</sup>

Os defeitos no regime do Código são apresentados em três gêneros: (1) de fabricação; (2) de concepção; e (3) de informação (ou de comercialização). O artigo 12 descreve quais são os defeitos decorrentes da fabricação, sabendo-se: montagem, manipulação, construção ou acondicionamento de produtos. Os atos defeituosos de fabricação que originam a responsabilidade pelo fato do produto caracterizam-se como inevitáveis; de previsível ocorrência e de manifestação limitada.<sup>27</sup> Na conceituação de Ferreira da Rocha, (1993, p. 47) os defeitos de fabricação apresentam dois caracteres: previsibilidade e relativa inevitabilidade. As doutrinas nacional e estrangeira são unânimes ao afirmarem que as imperfeições do fato produto, no gênero fabricação, são inexoráveis, inerentes a qualquer espécie de produção em série.<sup>28</sup>

Na linha de concepção, os defeitos são de projeto ou de fórmula. Nesta classificação, é certo dizer que referidas deformidades são evitáveis. Quando o *defectu* é ocasionado na etapa de concepção, toda produ-

ção fica comprometida – do ponto de vista de prevenção –, porque a falha é na origem, no projeto. Portanto, irremediável. Os causadores do dano, nesse caso, poderão utilizar-se do *recall*,<sup>29</sup> com o escopo de prevenir eventuais responsabilizações (exceto se os produtos já tiverem sido distribuídos para comercialização e causado danos, o mecanismo do *recall* perde a eficácia). A estrutura da deficiência na concepção difere da ocorrida na fase de construção. É que, na construção, o defeito atinge apenas a um número limitado de produtos.<sup>30</sup>

Os defeitos de informação se manifestam quando ocorre (a) informação inadequada ou insuficiente sobre a utilização do produto e os riscos que os revestem, (b) defeito no acondicionamento do produto.

Constata-se que os defeitos alusivos à comercialização fundam-se na forma como os produtos são conduzidos. Tanto no aspecto de veiculação (informação adequada e suficiente), como no que diz respeito à forma de armazenamento. A comunicação ao público – de forma clara, adequada e esclarecedora – sobre o conteúdo do produto que se está pondo no mercado consumidor é caráter de absoluta obrigatoriedade. O dever de guardar bem, igual-

mente, prepondera.

Decerto, o caráter de defeituosidade do produto necessita de valoração, e enseja na intervenção estatal, para o efetivo exame das circunstâncias que encerram o fato concretizado.

A propósito, merecem referência alguns julgados no Direito Brasileiro. Recentemente o Juízo da 1ª Vara Cível em Curitiba (Processo 66057/97) condenou a Arisco Produtos Alimentícios Ltda a pagar indenização de 400 salários mínimos, porque uma mosca foi encontrada em um frasco de 30 gramas de pimenta (*Gazeta Mercantil*, 14 jul. 1999, p. 1 e 5).

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado a respeito do tema. No REsp 185.836-SP, manteve a condenação da Ford do Brasil, para que fosse entregue um novo veículo. O bem apresentou vício de qualidade. O REsp. 114.447-3-RJ acolheu tese para a substituição de mobiliário defeituoso.<sup>31</sup>

O Código apregoa o defeito para a finalidade de reparação. A imperfeição do produto deverá acompanhar o nexos de causalidade, para que o dano seja reparado pelo fornecedor.

## 2.6.2 O fornecedor-direto (comerciante) no contexto

## da responsabilidade do CDC

O Código nos incisos I, II e III, do art. 13, relata a situação do comerciante, relativamente ao dever de compor o evento danoso a que der origem. Na hermenêutica do CDC, o agente fornecedor-direto suporta a responsabilização de forma subsidiária, e nos seguintes casos: (a) quando a cadeia fornecedora não puder ser identificada; (b) não havendo identificação clara nos produtos distribuídos; (c) em caso de não conservar com adequação os produtos perecíveis.

A subsidiariedade justifica-se por que o produtor é quem espalha os produtos no mercado. Em todo caso, o direito de regresso é garantido pelo § único do art. 13.

O sistema do CDC é criticável, à medida que o comerciante ou fornecedor-direto, em caso de produtos não industrializados, não é responsabilizado *prima facie*, em detrimento ao produtor rural ou do artesão. No quadro comparativo, o comerciante geralmente é o que tem maior lastro econômico (Lima Marques, 1999, p. 621).

Convém sinalizar que o preceptivo legal (art. 12) não se referiu ao comerciante, imputando-lhe qualquer obrigação. O negociador-direto é o principal elo de ligação com o con-

sumidor, mas o legislador neste primeiro momento optou por não incluí-lo no elenco do artigo 12, somente o fazendo no art. 13.

Ainda a Professora Lima Marques (1999, p. 622)<sup>32</sup> declina lição do mestre italiano Alpa, o qual atribui a concentração da responsabilidade ao construtor, fabricante e ao produtor, porque a maioria dos defeitos ocorrem na origem, ou seja, na produção. Na comercialização o risco é afastado, exceto a título subsidiário, na leitura do art. 13 e seus incisos. Esclarece-se assim, a motivação do escritor da lei.

### 3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

#### 3.1 Excludente, um parêntesis à teoria do risco

Na diretriz dos incisos I, II e III, § 3º, do art. 12, é afastada a responsabilização do fornecedor, quando este 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”.

As causas exonerativas superpostas explicam a natureza jurídica da responsabilidade acolhida pelo Código de Proteção. Preferiu o CDC, a teoria do risco mitigada; ou seja, compor-

ta algumas excludentes a favor de quem deve indenizar, consoante as previsões legais.

A responsabilidade objetiva pelo risco, quando aplicada na modalidade de abrandamento (mitigada), busca um ponto de equilíbrio entre a causa danosa e a distribuição da reparabilidade. É o que se chama de repartição do risco; o equilíbrio, na tarefa de distribuição de justiça, com o desiderato de alcançar o núcleo do princípio da equidade. Espanca o CDC, portanto, a tese do risco integral.

Comentando o art. 5º do Decreto-Lei de Portugal, n. 383/1989, Calvão da Silva (1990, p. 717) diz que o Texto Legal incorpora disposição do art. 7º da Diretiva Européia, e na alínea ‘a’ dispõe que o produtor não é responsável “se provar que não pôs o produto em circulação”.<sup>33</sup>

O fato é que, quando houver culpa exclusiva do consumidor, o agente econômico ficará isento de qualquer responsabilidade.

A culpa concorrente não é excludente de responsabilidade, mas simples atenuante. A teor do art. 7º, n. I, do Dec.-Lei n. 383, de 6 nov. 1989, a culpa concorrente é tida como atenuante e não como cláusula de exclusão.<sup>34</sup>

A existência da culpa exclusiva é motivo suficiente para

impedir que se manifeste o nexo de causalidade, fato indispensável para a responsabilização. Nesta ótica, não importará que haja defeito, porquanto será “defeito juridicamente irrelevante”, em consonância com estudo de James Marins (1993, p. 110).

#### 3.2 Os institutos do caso fortuito e da força maior e a possibilidade de aplicação no CDC

Problemática das mais complexas é a atinente aos institutos do caso fortuito e da força maior, na estreiteza do Código do Consumidor.

A índole civilista dos conceitos da força maior e do caso fortuito é proeminentemente.

Lançando luzes sobre o parágrafo único e seu art. 1.058, o clássico Clóvis Beviláqua (1979, p. 172) menciona: “Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que, não podem ser previstas pelas partes”. A segunda é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”.

Importa considerar que o Código Civil adotou expressa-

mente os regimes jurídicos multicitados. É possível a exclusão das regras em espécie. Clóvis Beviláqua (1979, p. 173) baliza: “O caso fortuito e a força maior escusam o devedor de responsabilidade pelos prejuízos; mas êle pode, por cláusula expressa, ter assumido essa responsabilidade”.<sup>35</sup>

O CDC não faz menção à força maior e ao caso fortuito. Nos dispositivos que consignam as causas exonerativas de responsabilidade do fornecedor (art. 12, § 3º, I, II e III), não tratam sobre o assunto.

Mais uma vez, convém transcrever o magistério do erudito juriconsulto, Clóvis Beviláqua (1979, p. 173): “Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a *inevitabilidade*”.<sup>36</sup>

O fator decisivo, parece-nos, é a inevitabilidade do acontecimento. Já ficou frisado em linhas precedentes que, o defeito do produto é fato previsível – mas inevitável –, no gênero defeito de construção ou de produção.

A doutrina brasileira pertinente ao assunto divide-se entre defensores e opositoristas. As regras jurídicas invocadas, no campo de aplicação do CDC – a título de cláusulas excludentes – têm como ilustres defen-

des, dentre outros, Denari (1997, p. 155), Vasconcellos e Benjamin e Calvão da Silva (autor português). Defendem os renomados estudiosos do Direito do Consumidor que os fornecedores beneficiam-se das excludentes da força maior e do caso fortuito.<sup>37-38</sup> James Marins (1993, p. 153), parcialmente: distingue a ocorrência da força maior ou caso fortuito, em dois estágios: (a) se ocorre antes (b) ou depois da inserção do produto no mercado. Ocorrendo na etapa inicial, o fornecedor responderá pelos danos; na segunda etapa, as excludentes afastarão quaisquer formas de responsabilização para o agente produtor.

No outro pólo, com a mesma eloquência doutrinária: Alvim, Castro Nascimento, Ferreira da Rocha, Lima Marques e Nery Jr., sem exaurir a listagem.

Para o ressarcimento não importa que tenha havido caso fortuito ou força maior. A *mens legis* colhida do CDC, quanto às circunstâncias exonerativas, não contempla os institutos referidos. Portanto, excludentes do dever de reparação são *numerus clausus* e o fornecedor não pode livrar-se da obrigação. A Lei n. 6.938/1981, dispondo sobre os danos causados ao meio ambiente, em seu art. 14, inadmite que força maior e o

caso fortuito impeçam a concretude da responsabilização (Nery Jr., 1992, p. 56).

A imputabilidade objetiva com escora na ação dos agentes fornecedores e na existência efetiva do defeito espancaria o colóquio de que o defeito seria originado em caso fortuito e na força maior. Exemplificando: a devolução indevida de cheque com a anotação ‘sem fundos’, um registro equivocado em banco de dados, o corte ilícito de energia elétrica (Lima Marques, 1999, p. 627).

A força maior e o caso fortuito não são causas de exclusão da responsabilidade objetiva prevista no CDC. Ferreira da Rocha (1992, p. 112) apresenta argumentação, para justificar a não aplicabilidade da força maior e do caso fortuito na esfera das relações de consumo. Expõe: (a) a responsabilidade do fornecedor funda-se na existência de um produto defeituoso; (b) o defeito fundamenta-se em um fato necessário, “cujo efeito era impossível evitar ou impedir” (caso fortuito ou força maior). Considera como dois os momentos da configuração do defeito: (1) quando o defeito ocorrer antes do ingresso do produto no mercado; (2) quando o defeito ocorrer após a entrada do produto no mercado. Na primeira preposição, tendo

sido a causa gerada ou produzida antes de o produto ingressar no mercado, o agente econômico ainda teria a oportunidade de corrigir o defeito, evitando que os consumidores suportassem gravames; na segunda: se o defeito for causado após a colocação do produto na rede de consumo, o fornecedor não será responsabilizado; contudo, não pelos regramentos da força maior e do caso fortuito, mas pelo disposto no art. 12, § 3º, II. De qualquer forma, a força maior e o caso fortuito, como excludentes, não se aplicam ao CDC.

O catálogo das cláusulas exonerativas dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, é exaustivo. Diferentemente do que informa o Código de Clóvis (art. 1.058, § ún.), para os acontecimentos na órbita civilista, o CDC não traz a previsão de aplicabilidade do caso fortuito e da força maior. A redação empregada nos textos, é: "...só não será responsabilizado quando provar". Assim, afasta-se a incidência daqueles institutos" (Castro Nascimento, 1991, p. 55).

Arruda Alvim (1996, p. 146) defende que, em qualquer caso da existência do defeito do produto – antes ou depois de o fornecedor pôr o produto no mercado de consumo – deverá assumir os percalços da res-

ponsabilidade por caso fortuito e força maior. Assim, não há falar-se em causa exonerativa.

A tese de oposição à incidência do caso fortuito e da força maior, como causas excludentes da responsabilidade do fornecedor, é unânime: o CDC não inscreve os institutos como fatores de afastamento da responsabilidade.

Calvão da Silva (1990, p. 737) assinala que nem o Dec.-Lei n. 383/1989, tampouco a Diretiva 384/CEE, dispuseram sobre a força maior como excludente de responsabilidade do produtor. Caso o legislador comunitário pretendesse excluí-la, teria feito expressamente.<sup>39</sup>

Denari (1997, p. 155) destaca que, se for depois da disponibilização do produto na rede de consumo, a ocorrência da força maior e do caso fortuito incide na "ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso".

No contexto da doutrina do direito comum, pelo suporte clássico, a inevitabilidade é o elemento caracterizador do regime da força maior ou do caso fortuito. No âmbito do CDC, parece-nos que o transporte daquele pressuposto é inevitável, não sendo possível ao operador econômico evitar o fato extraordinário (e externo ao seu alcance), no caso de o produto

já encontrar-se no mercado de consumo.

No nosso embrionário modo de apreciar o *thema*, não é justo que a responsabilidade seja conferida ao produtor, pois o vínculo de causalidade não estaria presente, no caso de o produto apresentar defeito depois de seu ingresso na rede consumérista. Razão suficiente para arredar a responsabilidade do fornecedor.

### 3.3 Risco do desenvolvimento e a responsabilidade do agente produtor

Qualquer atividade desenvolvida pelo ser humano compreende algum risco; especialmente quando se produz em grande escala. A minimização do percentual de falhas e defeitos é tarefa fundamental. Esforços e investimentos financeiros significativos são exigidos, na tentativa de se evitar gravames aos destinatários dos produtos. A ferramenta da tecnologia é preponderante para a prevenção de riscos. Maior atenção é dispensada, quando o objeto da produção diz respeito a medicamentos ou a bens que envolvam a segurança.<sup>40</sup>

No estágio de competitividade global enfrentado por todos os segmentos na sociedade de

consumo, é imperioso que os agentes de produção eliminem o risco de produtos que venham a ocasionar prejuízos ao agente consumidor. O empreendimento produtor constantemente concorre ao prêmio de melhor qualidade; e assim, estará solidificando sua imagem comercial no mercado que exige a mais ampla *performance*.

Todo produto para ser lançado no mercado de consumo perpassa por uma série de etapas. Desde o projeto de idealização até a confecção do produto final, demanda-se um fluxo de tempo. No *iter* projeto à produção, costumeiramente, transcorre o que a doutrina identifica como *risco do desenvolvimento* (*developmental risk* ou *development risk*).<sup>41</sup> O risco do desenvolvimento significa um risco que, mesmo com todo o aparato das avançadas técnicas preventivas, não é identificado no momento em que o produto é distribuído na rede de consumo, mas somente é identificável, após um período de uso. O exemplo mais comum é o de medicamentos novos, os quais chegam a produzir efeitos colaterais que prejudicam a saúde.

Macena de Lima (1990, p. 82) lapidarmente diz que os riscos de desenvolvimento são defei-

tos do produto, já existentes, no momento em que ele é distribuído no mercado, contudo, segundo os conhecimentos científicos e técnicos da época, são irreconhecíveis.

É na fase de concepção que se configura a problemática do risco do desenvolvimento. É premissa lógica que a imperfeição resulta da ausência de informações científicas, na época da concepção. Faltava o domínio de tecnologia nova.

Ferreira da Rocha (1992, p. 110) observa ser decisivo saber em que proporção um defeito poderia ser cognoscível, de acordo com o conhecimento científico contemporâneo à distribuição do produto.

O autor português Calvão da Silva (1990, p. 510-511), apoiando-se no Decreto-Lei n. 383/1989 (de Portugal), e doutrinando sobre o estado da arte ou estado da ciência e da técnica, obtempera: o critério legal é objetivo e para que o produtor se exima da responsabilidade, exige-se que este faça a prova de que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos *não lhe permitia* detectar os defeitos existentes; e não que o conhecimento científico *não lhe permitiu* inteirar-se sobre a existência do defeito (art. 5º, al. e). Arremata: “Noutros termos: o que a lei requer é a *impossibili-*

*dade absoluta* e *objectiva* de descobrir a existência do defeito por falta ou insuficiência de meios técnicos e científicos idôneos, e não a impossibilidade subjectiva do produtor em causa”. Argumenta ainda: o produtor deve estar atualizado sobre as experiências e técnicas científicas mundiais.<sup>42-43</sup>

É interessante o confronto das expressões: *não lhe permitia* e *não lhe permitiu*. O tempo verbal, em paralelo, com o conhecimento científico contemporâneo – por certo – é o *divisor de águas* para a fixação da responsabilidade do agente produtor do defeito.

Questão relevante é descortinar a quem competirá assumir o ônus do risco do desenvolvimento.

Destaca Ferreira da Rocha (1992, p. 111) que os Direitos Português, Italiano e o Alemão<sup>44</sup> fizeram a opção legislativa no sentido de atribuir ao consumidor o encargo de assumir com o risco do desenvolvimento. O fornecedor foi excluído a título de cláusula exonerativa.

Na exegese de Calvão da Silva (1990, p. 510-511) o Dec.-Lei Português somente libera o produtor pelo defeito gerado no risco do desenvolvimento, em caso de impossibilidades absoluta e objetiva de desvendar a

existência da deformidade industrial. Portanto, a exclusão da responsabilidade é mitigada, adstrita ao fato em cotejo.

Ferreira da Rocha (1992, p. 111) opina que no Direito Brasileiro a exclusão mediante o risco do desenvolvimento não é possível, pois o § 3º do art. 12 não contempla tal hipótese. É que na situação concreta, inexistiu culpa exclusiva pelo consumidor – logo – o fornecedor responderá pela ocorrência danosa do produto defeituoso.

Norris (1996, p. 91) assinala que são muitas as razões pelas quais a teoria do risco não pode ter aplicabilidade no cenário pátrio. A sua eficácia, no ambiente do CDC, dar-se-ia no caso de o art. 12, § 3º mencioná-la expressamente.

Arruda Alvim (1996, p. 147), expressando opinião sobre o assunto jurídico em análise, inclina-se pelo posicionamento de que no direito brasileiro não se recepciona a idéia de aplicação do risco de desenvolvimento. A obrigação do fornecedor é inafastável, e a teoria do risco do desenvolvimento não pode deslocar-se como eximente de responsabilidade. A argumentação esgota-se na assertiva de que, se o Código considerou o produto defeituoso (à segurança que é esperada legitimamente), fica impos-

sível e incongruente comungar com entendimento diverso.

James Marins (1993, p. 137) considera o risco de desenvolvimento como um defeito juridicamente irrelevante, assim, insuscetível de atribuir-se responsabilidade ao fornecedor.

O tema não é dos mais fáceis. A Diretiva/CEE, no art. 15, al. 'b', derogou o art. 7, al. 'e' (que previa uma responsabilidade por riscos de desenvolvimento); sendo assim, cada Estado-Membro disporia sobre o assunto (Macena de Lima, 1990, p. 84).

A questão parece resvalar em premissas singelas. É conceito universal: quem arrisca deverá suportar o ônus inerente. O produtor é o dono do negócio e ganha para expor o objeto de sua produção. Receber pagamento e causar gravames pela mercadoria vendida não é passível de reparação? Decerto, é uma troca injusta.

Excluir a responsabilidade por risco de desenvolvimento do fornecedor é tornar plenamente vulnerável as vítimas das falhas produzidas pelo agente produtor. Não se pode imputar ao lado mais fraco da relação de consumo um encargo para o qual não corroborou; não participou da elaboração do projeto, tampouco da produção final. Não há nexos entre o risco do

produto e o comprador, posto que a mercadoria já traz insita o defeito.

Considerar a exclusão do agente econômico de qualquer responsabilização é admitir, em certo grau, a teoria do enriquecimento ilícito, posto que somente o fornecedor auferiu lucros, e todo o risco do insucesso foi arcado pelo consumidor. Sendo este o entendimento predominante, o preceito da equidade estaria violado. Em síntese: o produtor vende, obtém lucros; o comprador adquire e tem prejuízos.

O risco é próprio da atividade desempenhada. O risco deve ser endereçado ao fornecedor e não ao agente que consome o produto.

Talidomida foi um produto que causou alvoroço social em todo o mundo. É consistente exemplo de que não se pode admitir a idéia de aplicabilidade do risco de desenvolvimento na conjuntura brasileira.

#### **4 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NO CDC O FORNECEDOR COMO PROFISSIONAL LIBERAL**

O Código do Consumidor também traz em seu bojo a responsabilidade subjetiva.

A norma do § 4º (art. 14) constitui-se como exceção da doutrina do Código, porque aborda a

reparação na ótica da *theoria aquiliana*. A modalidade subjetiva constante no CDC estende-se à classe dos profissionais liberais. Os integrantes da carreira liberal, por prestarem serviços *intuitu personae*, fruem de benefício extraordinário na apuração do dano. Os elementos da *confiança* e *presunção de competência*, por parte do interessado no serviço, são determinantes para que a categoria dos trabalhadores liberais responda, a título de compensação, com sustentáculo na responsabilidade extracontratual. Advogado, dentista e médico exemplificam a profissão liberal.

Assim, o caráter personalíssimo na entrega do serviço é fator determinante, para que a culpa seja levantada.

Contudo, o ofício liberal, quanto à caracterização do dano, poderá reger-se sob o domínio da responsabilidade sem culpa. Responderá *objetivamente* o responsável, nesta situação: (a) quando o profissional liberal contrata através de pessoa jurídica (sociedade de médicos, por exemplo); (b) se o profissional labora para a pessoa jurídica prestadora do serviço.

Sobressai, *in casu*, a responsabilização da pessoa jurídica, e não à dos profissionais liberais, pois inexistente o pressuposto da pessoalidade para os da

carreira liberal.

É possível também que o profissional liberal ressarça o dano nos moldes da teoria do risco, quando contratar obrigação de resultado, *verbi gratia*: um médico que garante o sucesso de qualquer intervenção cirúrgica.

Aliás, no caso de operação plástica, a jurisprudência nacional tem considerado que se trata de obrigação de resultado, conforme Lex 142/117 (Stoco, 1997, p. 91).

A orientação do art. 6º, VIII do CDC merece exame ante à exceção do subjetivismo da culpa. O normativo outorga, ao agente usuário, a proteção legal de que o juiz poderá inverter o ônus da prova.<sup>45</sup> O disposto no art. 14, § 4º, garante ao profissional liberal a apuração do dano, por entremeio da clássica teoria da responsabilidade subjetiva.

Aparentemente persiste a contradição entre as normas citadas. Na estrutura protetiva do Código, quiçá, arriscaríamos a dizer que a preleção do art. 6º (VIII) sobressairia. Mas, é imprescindível anotar que não há antinomia entre os preceitos respectivos. O texto vertido no art. 14 (§ 4º) é especial – faz a exceção – e, dessa forma, o julgador não poderia aplicar a contraversão do ônus da prova, pena de contrariar direito do

operário liberal.

## CONCLUSÃO

Os fundamentos históricos da obrigação de indenizar encontram sustentação no classicismo da teoria da responsabilidade subjetiva.

Civilizações do passado cultivaram formas de reparação, como a pena de Talião. A motivação de compensar o dano sofrido orientou esse critério. Mas naqueles tempos, o corpo humano e a vida eram o real objeto do ressarcimento.

Alguns ordenamentos ficaram famosos: os Códigos de Hammurabi e Manu; a Lei da XII Tábuas; as normas mosaicas.

No Direito Romano aflorou a Lei de Aquília, em 286 a. C. A responsabilidade com culpa surgiu na lei aquiliana. Qualquer modalidade de reparar um dano encontrava sua justificação no elemento culpa.

Estudiosos insatisfeitos com o modelo ressarcitório milenar esbravejaram com uma nova opinião: responsabilidade pelo risco causado, desconsiderando-se a culpabilidade.

Saleilles e Josserand foram os revolucionários do novo conceito, nos idos de 1894 e 1897. Muitos outros absorveram a idéia, a exemplo dos irmãos Mazeaud.

O Código Francês em seu art.

1.384, § 1º, no concernente a danos causados por incêndio, espelhou aquela maneira de se obter a reparabilidade.

A responsabilidade como arrimo na teoria objetiva é mais eficaz; sintetiza maior justiça.

O Código Civil Brasileiro recepcionou o princípio vertido na Lei de Aquília. O critério subjetivo da culpa está expresso nos artigos 159 e 1.518.

Dentro desse prospecto, a indenização funda-se nos seguintes pressupostos: (a) o ato ou omissão que cause dano; (b) o dano produzido; (c) o nexo causal; (d) a culpa.

Alguns artigos do Código de Beviláqua admitem a objetividade da compensação econômica, *exempli gratia*: 1.528, 1.529 e 1.546. Igualmente, alguns diplomas legislativos ingressaram no ordenamento jurídico. O Decreto n. 2.681, de 7 dez. 1912 e o Decreto-Lei n. 483, de 8 jun. 1938, para ilustrar.

Mormente, o germe da responsabilidade sem culpa encontra-se na *Magna Charta* de 1988 (arts. 21, XXIII, 'c' e 37, § 6º).

O Código do Consumidor também acolheu o regime da teoria do risco, na forma mitigada. Mitigada é uma modalidade de reparação que admite exceções.

A previsão constitucional dos direitos dos consumidores é

capítulo importante para a defesa dos usuários dos produtos e serviços. Surge, dessa forma, o princípio constitucional da defesa do consumidor, reiterado na ADIn 319-4-DF.

Valiosos institutos jurídicos alinharam-se em prol do consumidor. Boa-fé nas relações de consumo, inversão do ônus da prova, proteção contratual de cláusulas abusivas, princípio da segurança à saúde, vulnerabilidade do consumidor, equilíbrio nas relações de consumo, dever de informar são princípios de especial relevo para a defesa do consumidor.

No Mercosul os diplomas que estão sendo escritos estabelecem correlatas proteções.

O fornecedor é o alvo da responsabilidade trazida pelo CDC. A sua conceituação é ampla. É o produtor, o prestador de serviços. Pode ser real, aparente ou presumido, nos moldes da Diretiva 85/374/CEE.

O CDC exige a segurança e proteção dos consumidores, e impõe o dever de informar. A informação, para ter o efeito imposto pelo Código, deve ser adequada e suficiente.

A segurança contra os riscos dos produtos não é absoluta, e encontra limitação no conceito de segurança legitimamente esperada, como também nas excludentes pró-fornecedor.

O defeito do produto pode causar danos ao consumidor. Existem defeitos que não apresentam risco à saúde dos utentes, como uma peça de roupa que desbota na primeira lavagem. Não obstante, constata-se que produtos potencializam riscos à saúde. Um medicamento cuja data de vencimento já expirou continua sendo comercializado e tem efeitos danosos; um produto perecível, que é acondicionado sem as precauções necessárias; uma instalação elétrica irregular, que causa estrago em equipamentos eletrônicos.

O caso *MacPerson v. Buick Motor Co.*, julgado em 1916, pelo Tribunal de Apelação de Nova York, ilustra a noção dos nefastos defeitos insertos nos produtos.

Na sistemática do CDC, para que o dano seja importante é indispensável: (a) a existência do defeito; (b) o dano; (c) o nexo causal.

A prova de ausência do defeito afasta a responsabilidade do fornecedor.

O defeito do produto é o dano causado, apto a render ensejo a responsabilização do agente econômico. Os agentes beneficiados pela indenização serão todos os que sofrerem danos, adicionando-se os *bystanders*.

A doutrina contrói conceitos. Os riscos são (a) intrínsecos e (b) os decorrentes de defeito (a periculosidade adquirida).

Os defeitos são de fabricação, concepção e de informação. Na etapa de fabrico ou manufatura, os defeitos se caracterizam como previsíveis e inevitáveis. Na arquitetura da concepção, as deformidades são as mais comprometedoras, porque ocorrem na origem, e contaminam toda a produção. A informação é defeituosa quando incompleta. Melhor explicando, quando é inadequada ou insuficiente.

Compete ao Judiciário atribuir valor à imperfeição, apreciando a ocorrência, em consonância com cada caso concreto. Órgãos jurisdicionais brasileiros têm desempenhado suas funções nesse mister. Quando os produtos apresentam defeitos e causam prejuízos, a lei determina a respectiva indenização.

O comerciante responde subsidiariamente a par dos incisos I, II e III do art. 13, CDC. É que em sua maioria, os defeitos, são gerados na fase de concepção ou produção; fato próprio do fornecedor. De toda sorte, estará garantido o direito de regresso.

Como já frisado, a teoria da responsabilidade contornada

pelo Estatuto do Consumidor admite temperamentos. As excludentes de responsabilidade do produtor confirmam a premissa.

Por culpa exclusiva do consumidor, o agente da produção não é provocado a reparar quaisquer danos.

O artigo 12 (§ 3º, I a III) lista as hipóteses em que incidem as cláusulas exonerativas pró-fornecedor. Neste caso, o risco pela atividade industrial encontra um parêntesis no espectro da teoria do risco.

O Dec.-Lei Português, n. 383/1989, também prevê causa de exclusão para o produtor.

No caso de culpa concorrente, não se configura o nexo de causalidade, abrindo-se caminho para a plena isenção do operador econômico.

No registro do direito comum, controlado pela larga teoria civilista, despontam os tópicos da força maior e do caso fortuito.

O Código não inseriu qualquer dispositivo com alusão aos institutos cotejados. A doutrina oscila, entre os defensores e opositoristas, quanto ao emprego dos regimes jurídicos na esfera das relações de consumo. O tema é árduo e ainda movimenta-se, carregando o fardo das dúvidas.

O ponto de discórdia, numa primeira análise, parece localizar-se

na inevitabilidade dos eventos.

Quando o fato ocorre antes de o produto ser ofertado na rede de consumo, impera a responsabilidade do produtor. Sendo o fato externo e atingindo o produto após a sua distribuição no mercado, não se pode atribuir responsabilização ao fabricante (fornecedor *lato sensu*).

A atividade humana, qualquer que seja, convive com o risco, com o perigo.

As doutrinas nacional e estrangeira bifurcam-se sobre a temática do risco do desenvolvimento.

Múltiplas são as etapas vencidas para que um produto adentre no mercado de consumo. Projetos, testes, produto final, compõem o catálogo da produção. O fornecedor nesse *iter* tem todas as oportunidades para extirpar os defeitos da sua obra.

O risco do desenvolvimento ou *developmental risk* tem sede na concepção ou na produção do artefato. Somente é identificado o defeito quando o produto é utilizado. O fato é previsível, mas inevitável.

Assim, objetivamente, o modelo da responsabilidade espoadada pelo CDC, com singeleza de análise, não dar azo para que o agente produtor escape da obrigação de ressarcir pelo dano causado. O argumento de que o estado dos conhecimen-

tos científicos e técnicos não permitia ou não permitiu que o fornecedor evitasse o risco de desenvolvimento, não elide a conduta danosa.

A lógica é: o fornecedor produz, vende e auferir lucros; o consumidor adquire e suporta um prejuízo por comprar algo, que tinha a legítima expectativa de segurança. Paga para ter prejuízos. O liame anunciado é injusto e traz ínsito a pecha da iniquidade. O risco é de quem labora com a produção. Os preceitos insculpados no CDC espancam a tese em relevo.

O fornecedor responde, portanto, pelos danos causados pelo risco do desenvolvimento

A teoria subjetiva da culpa, igualmente, é prevista no ambiente do Código do consumidor. O artigo 14, § 4º explana a

respeito.

Os profissionais liberais são os beneficiários da norma. O princípio basilar é o de que o integrante da carreira liberal contrata seus serviços com base na qualidade personalíssima. O médico, o advogado, que age nesse mister, suportará a indenização com apoio na responsabilidade subjetiva.

Há casos, contudo, em que o profissional liberal é chamado a responder pelo regime da teoria do risco. Por exemplo, quando participa de pessoa jurídica e em nome dela realiza o pacto para prestar os serviços.

Por fim, está patenteadada, inخورavelmente, a importância do Código de Defesa do Consumidor na sociedade brasileira.

O tônus doutrinário do Código repercute na defesa dos

utentes, e na expansão dos princípios protecionistas ali concatenados.

Nos ditames da Lei n. 8.078, de 1990, encontra-se o moderníssimo conjunto de preceitos de ordem pública. Aspecto merecedor de reconhecimento internacional, por especialistas da matéria.

A responsabilidade civil sob o color da objetividade é avanço jurídico-constitucional dos mais eloqüentes.

Reputado instituto persegue o preceito universal de equidade, buscando maior justiça e complementando a garantia do preceito fundamental da defesa dos consumidores.



#### NOTAS

<sup>1</sup> Nery Jr. (1992, p. 45-46) registra como participantes das discussões: ABINEE, ABRAS, ANFAVEA, CNI, CONAR, Conselho Federal da OAB, FIESP, Ministérios Públicos, PROCONs. Dois congressos internacionais foram realizados. Sugestões das mais brilhantes foram lançadas naqueles eventos. Do Brasil: Alcides Tomasetti Júnior, Carlos Alberto Bittar, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, José Carlos Barbosa Moreira, Rachel Sztajn e Waldírio Bulgarelli. Do exterior: Edwoud Hondius (Holanda), Eike von Hippel e Norbert Reich (Alemanha), Françoise Maniet e

Thierry Bourgoignie (Bélgica), Jean Calais-Auloy (França), Mário Frota (Portugal), dentre outros.

<sup>2</sup> "... havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e servi-

ços e aos elementos de consumo deles – existência digna (...). Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que se pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça apenas *a posteriori*, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também *a priori*,

## NOTAS

até porque a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente *a posteriori* que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido.

**Essa nova linha de interpretação relativa necessariamente a mencionada noção de ato jurídico perfeito, ou haverá violação de outro princípio constitucional, que a defesa do consumidor, ao negar-se o juiz a examinar a licitude da imposição contratual face ao novo mandamento de maior lealdade no mercado e relativização do dogma absoluto da autonomia da vontade.**

A jurisprudência brasileira nem sempre tem sido conseqüente com estes princípios, aceitando, por vezes, a aplicação imediata de normas de ordem pública, por vezes considerando a existência de ato jurídico perfeito, face ao contrato simplesmente constituído antes da entrada em vigor da nova lei. **Na utilização de ambas as teorias pode haver prejuízo para os consumidores, daí a importância deste terceiro elemento: a necessária ponderação da garantia constitucional da defesa dos interesses dos consumidores...** (com destaques). *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 140-141.

<sup>3</sup> Afonso da Silva com apoio em lição do insigne Ruy Barbosa (*in República: teoria e prática*, p. 124), afirma que a locução “garantia constitucional” tem o significado de “assecuratória de direito” (*Apud* SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 414).

<sup>4</sup> Inusitado transcrever decisão luminosa e histórica, datada de 5 de janeiro de 1921, sobre matéria decidida em juízo criminal, mas que se reportava a uma relação de consumo. Colhida da

*Revista de Direito*, Rio de Janeiro, n. 65, v. LXV, p. 575-576, jul. 1922 (organizada por Antônio Bento de Faria, Livraria Cruz Coutinho), com o seguinte teor e linguagem da época:

“TERCEIRA CÂMARA DA CÔRTE DE APELAÇÃO - Marcas de fabrica - Consumidor - Impossibilidade de illudilo - Expressão de uso vulgar e designativa da materia prima para fabricação - Uso comum.

SUMMARIO - Não há possibilidade de confusão para o consumidor desde que este ponha na aquisição da mercadoria atenção ordinária.

Vocábulo - “Guaraná”. - Denominação necessária” (Rio de Janeiro, 5 de Janeiro de 1921. - Angra de Oliveira. - Machado Guimarães. - Edmundo Rego. Presidiu o julgamento o Desembargador Sá Pereira. - Angra de Oliveira. Recorrentes: J. Franklin e a Empresa de Productos Guaraná. Recorridos: Manoel Pires Calvo e Paulo de Souza).

Anoto trecho do voto encerrado no acórdão: “Considerando que não ha possível confusão nos desenhos e configuração das marcas dos querellantes e dos querellados, de modo a illudir o consumidor inexperto que ponha na aquisição da mercadoria atenção ordinária” (p. 575).

O *decisum* expressa, inarredavelmente, o novel conceito da informação, imerso no CDC (arts. 8º, § ún. e 12).

<sup>5</sup> Acrescenta Rangel Dinamarco que no período das *legis actiones* (Século II a. C), os romanos não distinguiam entre a penalidade corporal e a do patrimônio, *in* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32. O mesmo autor - ob. Loc. Cit. - lembrando doutrina de Cuenca, Humberto (*Proceso civil romano*. Buenos Aires, 1957. n. 16) afirma que os romanos tinham respeito pelo patrimônio de uma pessoa, mais valorado, inclusive, que a própria vida.

<sup>6</sup> O Livro de Êxodo (Bíblia, Capítulo 21,

Verso 24) registra uma forma primária de reparação: “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”.

<sup>7</sup> A fonte da reparação por dano moral, segundo Ihering, é romana. No mesmo sentido: Windscheid. *Diritto delle Pandette*. II, § 472. p. 427; GIORGI. *Teoria delle obbligazioni*. v. n. 161. p. 272275, *apud* Cahali (1998, p. 28). Destaca que Gabba (*Risarcibilità dei danni morali*. Questioni. II. p. 233) desconsiderava que o berço da responsabilidade por danos morais fosse de origem romana, *ipsis literis*: “certamente nel diritto romano non vi há nè traccia nè germe del concreto che i cosi detti danni morali si possono risarcire” (Cahali, 1998, p. 28).

<sup>8</sup> SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris, 1897. *Apud* Alvino Lima (1998, p. 40).

<sup>9</sup> JOSSERAND, Louis. *La responsabilité de fait des choses inanimées*. Paris. *Apud* Alvino Lima (1998, p. 40).

<sup>10</sup> O Código das Obrigações da Polônia adotou a teoria da responsabilidade sem culpa.

<sup>11</sup> MAZEAUD, Léon et Henri. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile del. et. Cont.* v. I. n. 431 et seq. *Apud*, Alvino Lima (1998, p. 61-63).

<sup>12</sup> Como informa De Cupis (*Dei fatti illiciti*, p. 77). *Apud* Alvino Lima (1998, p. 127).

<sup>13</sup> A despeito da pessoa abstrata, o STJ sedimentou: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula 227, DJU 8 out. 99, p. 126).

<sup>14</sup> A partir da Constituição Federal de 1946 (art. 194), a Administração Pública passou a responder pelos atos de seus agentes, com fulcro na teoria do risco. Os Textos Constitucionais de 1967 (art. 105), 1969 (art. 107) estatuíram sobre a responsabilidade da Administração Pública. Com mais amplidão a Carta de 1988 (art. 37, § 6º), posto que incluiu os prestadores de serviços.

## NOTAS

- <sup>15</sup> Os serviços centralizados compõem a estrutura administrativa do Presidente da República. Integram a Administração Pública descentralizada, as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, segundo MEIRELLES, Hely Lopes, *in Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 630-631.
- <sup>16</sup> Observação anotada por FERREIRA DA ROCHA (1992, p. 20), citando o escólio de CALAIS-AULOY, Jean (*Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1996. p. 6-7). No mesmo sentido, Calvão da Silva (1990. p. 3).
- <sup>17</sup> Expressão evidenciada por Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 44).
- <sup>18</sup> A mesma observação é feita por Lima Marques (1999, p. 624 – nota 536). Assinala o escólio do francês TUNC (TUNC, André. *La Directive Européenne sur la responsabilité du fait des produits defectueux*. Saarbrücken. Europa-Institut. n. 140, 1988. p. 9), *in* Lima Marques (1999, p. 626-627). Com supedâneo no art. 4º da Diretiva, o espectro do ressarcimento é o defeito e não a culpa. Em outras palavras, o utente não precisaria provar o ato culposo do fabricante, mas obrigar-se-ia a comprovar a deficiência da matéria fabricada. A diretiva orquestrada pela Diretiva 85/374/CEE é a de que somente exsurgirá responsabilização para o fornecedor em caso de se comprovar o nexo causal entre o defeito e o dano suportado. A propósito, Lima Marques (loc. Cit.) questiona: “não seria este o fundamento também da responsabilidade no sistema do CDC?”
- <sup>19</sup> Lima Marques (1999, p. 623) sobre o assunto menciona o posicionamento de Taschner (TASCHNER, Hans Claudius. *Product liability in den USA versus Europäisches Produkthaftpflichtrecht*. Saarbrücken: Europa-Institut. n. 78, 1986. p. 9). Afirma aquele autor que no Mercado Comum Europeu as empresas rejeitaram a idéia de responsabilidade objetiva pura. Optou-se por uma responsabilidade não-culposa, apoiando-se no defeito.
- <sup>20</sup> Complementa o raciocínio: “se ‘tiver conhecimento’ da periculosidade de um produto, que ajudou a colocar no mercado” (Lima Marques, 1999, p. 619).
- <sup>21</sup> Na percuência de Nery Jr. (1992, p. 59).
- <sup>22</sup> 4ª Turma. REsp. nº 235678—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Extraída do site do STJ (www.imprensa@stj.gov.br), em 13 dez. 99. Decisão ainda não publicada. Transcrição de trechos, a seguir: “Código do Consumidor determina o pagamento de indenização por atraso de voo. Indenização por atraso decorrente de transporte aéreo deve ser calculada de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Esta foi a decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (...). Ao decidir em favor do passageiro, o ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do processo, entendeu que a limitação do valor de indenização estipulada em convenções internacionais sobre transporte aéreo está em desacordo com o Decreto 2.681 de 1912 que definiu os princípios da responsabilidade civil do transportador. “Mudaram as condições técnicas de segurança do voo e também se modificaram as normas que protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador”. Para o ministro, o Código do Consumidor tem regra expressa que protege o passageiro de empresa aérea do mau serviço”.
- <sup>23</sup> Denari (1997, p. 143) registra que coube a Barros Leães (1987), pioneiramente, enfrentar o tema sobre a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto.
- <sup>24</sup> Consagrado o germe do chamado *bystanders*, também reconhecido no CDC, art. 17. NEW YORK. Court of Appeals. March 14, 1916. MacPerson v. Buick Motor Co. The Northeastern Reporter, [St. Paul], v. 111, p. 1050—1057. 1916.
- <sup>25</sup> O FDA dos E.U.A noticiou que foram encontrados resíduos de benzeno na água “Perrier”. A fabricante recolheu do mercado mundial (120 países) 160 milhões de garrafas, com gastos no importe de US\$ 35 milhões (Pereira, 1990, p. 55-56).
- <sup>26</sup> Conforme doutrina evidenciada por Vasconcellos e Benjamin (p. 60), *apud* Alvim (1996, p. 136).
- <sup>27</sup> *Manifestação limitada* significa que o dano não atinge a todos os consumidores. O dano é limitado a poucos.
- <sup>28</sup> Neste sentido, Barros Leães (1987, p. 148). James Marins (1993, p. 115). *Apud* Alvim (1996, p. 139 – nota n. 22).
- <sup>29</sup> A técnica do *recall* hodiernamente tem sido muito difundida. Recentemente o Jornal Folha de S. Paulo mencionou que os veículos da marca Volkswagen Gol, geração 3, lançada em maio de 1999 apresentaram um defeito crônico, verificado no engate da 1ª para a 2ª marcha. Mais de 3 milhões foram vendidos. Já se comenta na aplicação do *recall*. Fonte: www.automovel.com.br. O caso do silicone nos Estados Unidos ficou famoso. Os fabricantes Dow Corning, Myers—Squibb, 3M e Union Carbide veicularam nos principais tablóides dos E. U. A. a decisão de indenizar todas as vítimas através de *class action*. Danos causados: na ordem de US\$ 4,2 bi (*Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 abr. 1994. Terceiro Caderno), *apud* Denari (1997, p. 128).
- <sup>30</sup> James Marins (1993, p. 123) pondera que existem três caracteres que distinguem os defeitos de produção dos outros: (1) “não contaminam todos os exemplares”; (2) é perfeitamente possível a projeção estatística da frequência do fato; (3) a inevitabilidade, pois é impossível a eliminação absoluta dos riscos.
- <sup>31</sup> REsp 185.836-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 22 mar.1999, p. 211. REsp 114.473-RJ. 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 5 maio 1997, p. 17.060.

## NOTAS

<sup>32</sup> ALPA, Guido. *Diritto privato dei consumi*. Bologna: Il Mulino, 1986. p. 302.

<sup>33</sup> Calvão da Silva (1999, p. 717) interpreta o preceito de lei, com as seguintes palavras: “Num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, corresponde a um equilíbrio de interesse entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou da sua responsabilidade”.

<sup>34</sup> Eis o conteúdo da norma: “Quando um facto culposo do lesado tiver contribuído para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indenização” (Dec.-Lei n. 383/1989, art. 7º, n. I).

<sup>35</sup> O Mestre civilista faz ecoar: “O caso fortuito e a força maior excluem a obrigação de satisfazer o dano, salvo convenção em contrário, culpa, determinante de caso fortuito ou mora. Porque? Porque não existe vínculo de causalidade entre o agente e o dano” (Beviláqua, 1929, p. 352).

<sup>36</sup> Similar tese defende Helena Diniz (1998, p. 760).

<sup>37</sup> Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 67) realça: “Quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar”.

<sup>38</sup> Calvão da Silva (1990, p. 738) manifesta-se: “Equivale isto a dizer, em suma, que a força maior - acontecimen-

to imprevisível, irresistível ou inevitável e exterior ao produtor - é igualmente causa de exclusão da responsabilidade objectiva do produtor instituída pelo Dec.-Lei n. 383/89”.

<sup>39</sup> Relembre-se comando doutrinário de Gomes Canotilho, José Joaquim: “Os princípios beneficiam-se de uma objectividade e presencialidade normativa que os dispensam de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito” (*in Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 119).

<sup>40</sup> Macena de Lima (1990, p. 44) anota que a Lei da República Federal, editada em 24.8.1976 dispõe sobre a responsabilidade dos farmacêuticos pelos danos causados por medicamentos, de forma objetiva.

<sup>41</sup> Norris (1996, p. 90) cita que a definição que mais tem chamado a atenção da doutrina nacional é a esposada por Dominick Vetri, “no sentido de se constituir no risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”. Consulte-se também: Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 67). Ferreira da Rocha (1992, p. 110).

<sup>42</sup> Calvão da Silva (1990, p. 510-511) enfatiza que o Dec.-Lei n. 224 (art. 6º, n. 1, al. e), da Itália, contrariamente à orientação da Diretiva da CEE, excluiu a responsabilidade porque inseriu no texto uma impossibilidade subjetiva, a

partir da interpretação do verbo “considerar”. Eis a redação da norma: “se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos (...) não permitia ainda *considerar* o produto como defeituoso”. No mesmo sentido, a legislação inglesa (Section 4 (1) (e) do Consumer Protection Act 1987), *expressis verbis*: “the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a **producer of products of the same description as the product in question** might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they under his control” (negritos do escritor). Permear os Diplomas referidos de valorações subjetivas contrariam o carácter objetivo da Diretiva.

<sup>43</sup> Esboçam correlato entendimento: Denari (1997, p. 150) e Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 69).

<sup>44</sup> Lei Portuguesa (Dec.-Lei n. 383/89, art. 5º, al. e); Lei Italiana (Dec.-Lei n. 224/88, art. 6º); Lei Alemã (§ 2º, 5).

<sup>45</sup> Oportuno imprimir a origem da inversão do ônus da prova. Na Alemanha, década de 1960, após a aplicação de uma vacina para combater peste aviária, sob a fiscalização de veterinário, morreram 4.000 aves. Como era impossível o prejudicado comprovar que a antídoto estava contaminado, o tribunal estabeleceu a inversão do ônus da prova, apoiando-se na presunção *juris tantum* da culpa *in vigilando* do fabricante. *In Barros Leães* (1987, p. 78), *apud* Denari, 1997, p. 129.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor.**

Revista do Consumidor, São Paulo, n. 15, p. 133-150. 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.** 3. tiragem. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

----- **Theoria geral do Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisca Alves, 1929.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1998.

CALVÃO, João da Silva. **Responsabilidade civil do produtor: coleção teses.** Coimbra: Almedina, 1990.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade civil por danos causados por remédios.** Revista do Consumidor, São Paulo, n. 29, p. 57-62, jan/mar. 1999.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelo autores do Anteprojeto.** 5. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 4. ed. aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

----- **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil.** 7. v. 12. ed. aumenta e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

**Gazeta Mercantil,** Curitiba, 14 jul. 1999. Caderno do Paraná.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. revista e atualizada por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. São Paulo: RT Clássicos, 1998.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **A responsabilidade por risco de produtos na importação de produtos defeituosos (BRASIL e COMUNIDADE EUROPEIA): tese de doutorado.** Belo Horizonte, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime da relações contratuais.** 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1999.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Revista do Consumidor, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set/dez. 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 1999.

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

PEREIRA, Luís César Ramos. Generalidades sobre a responsabilidade civil do fabricante. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 654, p. 52-56, abr. 1990.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Consumidor,** São Paulo, n. 5, p. 35-49, jan/mar. 1993.

----- **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** São Paulo: RT, 1992.

RUBIO, María Paz García. Los riesgos de resarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos: su impacto en el derecho espanõl. **Revista do Consumidor,** São Paulo, n. 30, p. 67-84, abr/jun. 1999.

SOUZA, James J. Marins de. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 1993.

----- **Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos.** **Revista do Consumidor,** São Paulo, n. 6, p. 118-133, abr/jun. 1993.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.