

O risco do desenvolvimento de produtos

parâmetros adequados para a efetiva
proteção do direito fundamental dos consumidores

Patrícia Lopes Maioli



NAVEGANDO

Patrícia Lopes Maioli

O RISCO DO DESENVOLVIMENTO DE
PRODUTOS: PARÂMETROS ADEQUADOS PARA A
EFETIVA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
DOS CONSUMIDORES

1ª Edição Eletrônica

Uberlândia/Minas Gerais
Navegando Publicações

2016



NAVEGANDO

Navegando Publicações
CNPJ – 978-85-92592-00-4



NAVEGANDO

www.editoranavegando.com
editoranavegando@gmail.com
Uberlândia – MG
Brasil

Conselho Editorial

Anselmo Alencar Colares
Carlos Lucena
Carlos Henrique de Carvalho
Dermeval Saviani
Fabiane Santana Previtali
Gilberto Luiz Alves
José Carlos de Souza Araújo
José Claudinei Lombardi
José Luis Sanfelice
Livia Diana Rocha Magalhães
Mara Regina Martins Jacomeli

Copyright © by autores, 2016.

M227 Maioli, Patrícia Lopes. O risco do desenvolvimento de produtos: parâmetros adequados para a efetiva proteção do direito fundamental dos consumidores. Patrícia Lopes Maioli. Uberlândia, Navegando Publicações, 2016.

ISBN: 978-85-92592-32-5

1. Direito. 2. Consumidor. 3. Pós-modernidade I. Maioli, Patrícia Lopes. II. Navegando Publicações. III. Livro

CDD 340

Diagramação / Revisão – Lurdes Lucena
Capa – Carlos Lucena

Índices para catálogo sistemático
Direito 340
Ciências Sociais 300

O RISCO DO DESENVOLVIMENTO DE
PRODUTOS: PARÂMETROS ADEQUADOS
PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL DOS CONSUMIDORES

Patrícia Lopes Maioli

SUMÁRIO

Agradecimentos	01
Prefácio	03
1. A contextualização do risco do desenvolvimento	07
1.1 O histórico da proteção do consumidor e sua guarida constitucional	19
1.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana	44
2. Os novos rumos da responsabilidade civil	61
2.1 Breve histórico da responsabilidade civil e sua realidade na contemporaneidade	61
2.2 Fundamentos constitucionais da responsabilidade civil: a constitucionalização do direito civil e os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade como fundamento da indenização	77
2.3 Revisitando os pressupostos da responsabilidade civil: visão atual dos elementos constituintes da responsabilização	92
3. As peculiaridades da responsabilização civil na microssistema de defesa do consumidor	127
3.1 A relação jurídica consumerista: elementos suporte para a compreensão da responsabilidade civil do fornecedor	127
3.2 Peculiaridades da responsabilidade civil protetiva do consumidor: um microssistema elaborado para proteção específica do vulnerável e ausência de proteção do sujeito nos eventos danosos relativos ao risco do desenvolvimento	141
4. A problemática dos riscos do desenvolvimento	177

no Brasil: possíveis desfechos	
4.1. Conceituação inicial acerca da problemática dos riscos do desenvolvimento	177
4.2 O Risco do desenvolvimento no mundo: diferentes soluções em acordo com a realidade de alguns países relevantes à situação brasileira	180
4.3 As vertentes do risco do desenvolvimento: soluções antagônicas para resolução da dúvida acerca da efetivação ou exclusão da responsabilidade civil do fornecedor no Brasil	191
Conclusão	225
Referências	227
Sobre a autora	251

Agradecimentos

Este projeto somente foi possível graças ao apoio, à colaboração e à confiança de muitas pessoas que ajudaram a torná-lo uma realidade. Deste modo, segue o agradecimento a todas estas.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a meus pais, Marcos Antonio Maioli e Maria Lopes Fajardo Maioli, e meu irmão, Ricardo Antonio Lopes Maioli, por acreditarem em mim e me apoiarem em toda minha trajetória, e estarem presentes desde a preparação para o processo seletivo de entrada no programa de Mestrado em Direito, elaboração do trabalho, até sua efetiva publicação.

Ao Leandro Abati, sem o qual a vida não tem graça. Obrigada pela paciência, carinho, compreensão e apoio incondicionais durante o processo de elaboração deste trabalho. Você se fez e se faz essencial, sempre.

Ao Rotary Club e todas as pessoas que me receberam durante meu intercâmbio em Chicago. Vocês são parte de minha família.

Após, cumpre um agradecimento especial a meus professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Seus ensinamentos foram essenciais para que o presente projeto viesse à vida.

Aos meus professores da Universidade Estadual de Maringá (UEM), na qual cursei a graduação. Vocês sempre serão meu pilar e o meu exemplo em minha profissão. Um agradecimento especial ao professor Alaércio Cardoso, que prefacia a presente obra, por ter me incutido a paixão pelo Direito.

2 O risco de desenvolvimento...

À comunidade acadêmica da Universidade Estadual de Londrina (UEL), que me fez acreditar que este sonho seria possível.

Aos meus colegas da 5ª turma da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), bem como os demais que conheci no Programa. O apoio e carinho de vocês foi meu sustentáculo nestes anos.

A Isabel Arice Koboldt, secretária do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Seu profissionalismo e amizade tornaram minha permanência no curso excepcional.

Aos meus amigos, que tiveram paciência durante o processo de escrita deste livro. Vocês são insubstituíveis!

Aos meus alunos, que fazem o processo de aprendizado magnífico. Vocês me trazem alegria diariamente.

Prefácio

Conheci a Professora Patrícia Lopes Maioli na condição de aluna no curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá, e tive a grata satisfação de ter sido seu primeiro professor da disciplina Direito Civil. Em razão de seu desempenho acadêmico, pude constatar àquela altura que se tratava de uma aluna diferenciada, com forte aptidão para a pesquisa e o ensino. A vocação evidenciada, ainda durante o curso de graduação, tornou-se realidade com o seu ingresso na carreira docente, a conclusão do Curso de Mestrado em Direito, bem como a publicação desta obra jurídica.

A autora, cuja obra, tenho a honra de apresentar, é professora das disciplinas Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil, e Direito do Consumidor, na Fundação Antônio Carlos (UNIPAC), na cidade de Uberlândia, desde o ano de 2013, bem como na Faculdade Santa Rita de Cássia (IFASC), na cidade de Itumbiara, desde 2015.

O livro é resultante de sua dissertação de mestrado e se reveste de grande importância por preencher uma lacuna no mercado editorial de livros jurídicos no país, ao abordar a problemática dos riscos do desenvolvimento no Brasil e os parâmetros adequados para a efetiva proteção dos direitos fundamentais dos consumidores.

Sensível e atenta para a realidade do consumo na pós-modernidade, a autora confirma a constatação de que *“Os produtos e serviços do mercado de consumo são elaborados para pouca durabilidade, fácil substituição. A liquidez presenciada em todos os estágios da vida pós-moderna busca no ato de comprar a substituição do vazio que a individualização trouxe ao indivíduo. Os centros de consumo ganham cada vez mais força e mais adeptos,*

4 O risco de desenvolvimento...

tornando-se locais venerados nos quais há o esquecimento da realidade e uma transferência do indivíduo para a realidade do consumo, que visa satisfazer suas necessidades, anseios e curá-lo de toda a frustração vivida no cotidiano. Assim, produtos substituem pessoas e são utilizados para suprimir ou apaziguar sentimentos”.

Os progressos tecnológicos e científicos melhoraram significativamente a qualidade de vida dos seres humanos, porém, é também incontestável que acarretaram a exposição da população a um grande número de riscos. A obra trata inicialmente da contextualização do risco do desenvolvimento, abordando importantes questões como: a pós-modernidade e a sociedade de consumidores no contexto global contemporâneo, vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana, bem como analisa os rumos da responsabilidade civil, seus fundamentos constitucionais e pressupostos. Disserta, ainda, sobre a peculiaridade da responsabilização civil protetiva no microsistema de defesa do consumidor e, por fim, analisa a problemática dos riscos do desenvolvimento no Brasil e seus possíveis desfechos.

O mérito da obra não se limita à análise dos aspectos dogmáticos e jurídicos dos temas sobre responsabilidade civil e relação de consumo associados aos riscos do desenvolvimento, expostos com habilidade, correção e precisão ao longo do livro, numa perspectiva civil-constitucional, mas vai muito além, ao tratar dos aspectos sociológicos, constatando a posição de vulnerabilidade da figura do consumidor diante das imposições do mercado de consumo nos dias atuais. Não há como dissociar os aspectos jurídicos, econômicos e sociais enfeixados nessa relação, pois o acesso do cidadão comum ao produto da tecnologia gerado pelo desenvolvimento dos povos real-

mente se dá por meio do consumo, e nesse contexto, o consumidor se apresenta de modo vulnerável, questões analisadas com maestria pela autora, que constatou em sua pesquisa que o Código de Defesa do Consumidor é omissivo quanto aos riscos gerados ao consumidor em razão do desenvolvimento.

Diante da omissão da legislação brasileira, e da ainda insipiente doutrina e jurisprudência sobre o tema, a autora expõe na obra como a legislação de diversos países, especialmente aqueles que se encontram em um estágio de desenvolvimento mais avançado em relação ao Brasil, tem enfrentando a questão da exposição dos consumidores aos riscos do desenvolvimento, fechando a abordagem do tema com a realidade brasileira e os parâmetros para uma possível resolução dessa problemática, inclusive apresentando sugestões e propostas, dentre as quais podem ser citadas a alteração da legislação brasileira e a criação de um fundo indenizatório para aumentar as possibilidades de indenização às vítimas e atenuar os riscos decorrentes da insolvência do causador dos danos.

Recomendo vivamente a leitura da obra da professora Patrícia Lopes Maioli, especialmente pelo ineditismo da abordagem da proteção dos direitos fundamentais do consumidor frente aos riscos do desenvolvimento de produtos, desejando que este seja apenas o primeiro dentre muitos livros que se seguirão.

Alaércio Cardoso

Professor de Direito Civil na Universidade Estadual
de Maringá e na PUC – Câmpus Maringá

6 O risco de desenvolvimento...

1. A contextualização do risco do desenvolvimento

O presente capítulo será responsável por introduzir o risco do desenvolvimento por meio de sua contextualização na pós-modernidade e na sociedade de consumidores. Após, buscar-se-á a caracterização do consumidor como vulnerável, bem como o estudo de sua proteção constitucional e a análise da relação jurídica consumerista, com o escopo de introduzir-se a problemática dos riscos do desenvolvimento.

A pós-modernidade é caracterizada por um período de quebra do paradigma moderno, vivenciada, sobretudo, a partir da década de 60, conforme apresenta Fredric Jameson¹ em artigo explicitando a arte pós-moderna:

Podemos datar esta nova fase do capitalismo a partir do crescimento econômico do pós-guerra nos Estados Unidos, no final dos anos 40 e começo dos 50, ou então, na França, a partir da instituição da Quinta República, em 1958. A década de 60, sob muitos aspectos, é o período-chave de transição, um período em que a nova ordem internacional (neocolonialismo, a Revolução Verde, a informatização e a mídia eletrônica) não só se funda como, simultaneamente, se conturba e

¹JAMESON, Fredric. Pós-modernidade e a sociedade de consumo. Tradução Vinicius Dantas. In: **Novos Estudos**. N. 12. p. 16-26. São Paulo: CE-BRAP. São Paulo, jun. 1985, p. 17-18.

8 O risco de desenvolvimento...

é abalada por suas próprias contradições internas e pela oposição externa.

Ulrich Beck² ensina que ser esse o período no qual os riscos, outros já existentes, se tornaram mais sérios, mais arriscados. Esses passam a ser globalizados, sem fronteiras, passíveis de atingir a todo o globo terrestre, nações, seres humanos, indistintamente. Conclui o autor que: “[...] primeiro, que riscos da modernização emergem ao mesmo tempo vinculados espacialmente e desvinculadamente com um alcance universal; e segundo, quão incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos”³.

Ademais, trata-se de um período com o predomínio do instantâneo, no qual o avanço da tecnologia tornou espaço e tempo relativo, efêmero, precário. Andréia da Silva Costa e Roberta Laena Costa Juca⁴, utilizando-se de Bauman, assim dispõem:

Essa sociedade dita pós-moderna tem matrizes bastante diferenciadas. No mundo líquido pós-moderno (BAU-

2BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2001.

3BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 33.

4COSTA, Andréia da Silva. JUCA Roberta Laena Costa. **Os Desafios Da Educação Ambiental Na Pós-Modernidade**. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte - MG: CONPEDI, 2015. p. 570. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/g49b169m/hmbzV-JAN5Ph10dFu.pdf>. Acesso em 28 set. 2016.

MAN) tudo é transitório e está em constante movimento, e a fluidez das relações é uma das marcas da sociedade; as mudanças ocorrem antes mesmo que as pessoas se acostumem às condições e às circunstâncias sociais. Há um constante reinício de tudo e nada é feito para durar. A vida, precária e incerta, é líquida. E mais: tudo nasce com tempo de vida útil previamente determinado, pois tudo é produzido para ser refogado; as coisas - e as pessoas - não têm mais o mesmo valor, já que agora são descartáveis. “A modernidade líquida é uma civilização do excesso, da redundância, do dejetivo e do seu descarte” (BAUMAN, 2013, p. 23).

Importa, ao presente estudo, compreender que a vida do cidadão pós-moderno é caracterizada pela alta modificabilidade, descontinuidade e inconstância; neste momento histórico vivido na atualidade, verifica-se que as relações interpessoais se tornaram mais frágeis, efêmeras, líquidas. O aumento no número de divórcios, a troca constante de religiões, amigos, locais de trabalho são comuns na modernidade líquida⁵.

Desse modo, o foco está no indivíduo e sua autoafirmação. A individualização da pessoa é um dos principais estandartes da pós-modernidade. Há a libertação do indivíduo – ele é agora livre para fazer suas próprias escolhas. É proporcionada, ao ser pós-moderno, autonomia.

⁵Termo trabalhado por Bauman em BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.44.

10 O risco de desenvolvimento...

A mudança social da pós-modernidade liberta os indivíduos das normas sociais tradicionais da sociedade industrial, isto é, as pessoas não são mais necessariamente conectadas à classe, grupo social, família, situações de gênero – há um aforamento de todas as especificações de classe, de estratificação, de família etc.

Ainda, o indivíduo da pós-modernidade não encontra alento nesta liberdade. Bauman⁶ explica que a individualização dos homens e mulheres deixa a desejar, uma vez que a liberdade ilimitada vivenciada por estes sujeitos resulta na insignificância da escolha. Assim:

Há um desagradável ar de impotência no temperado caldo da liberdade preparado no caldeirão da individualização; essa impotência é sentida como ainda mais odiosa, frustrante e perturbadora, em vista do aumento de poder que se esperava que a liberdade trouxesse⁷.

A liberdade adquirida na modernidade líquida vem trazer uma sensação de constante frustração ao sujeito. Sua autoafirmação vem acompanhada da indiferença pela qual passa o ser humano na segunda modernidade; ele é mais um numa multidão de indivíduos, suas escolhas deixam de atingir ao grupo, isto é, “libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*”⁸.

A indiferença vivenciada pelo sujeito pós-moderno ao ser livre para efetuar suas escolhas pode ser entendida como o grande suporte para que o capitalismo mundial

6Ibidem, 2001, p. 44.

7Ibidem, 2001, p. 44.

8Ibidem, 2001, p. 45.

tenha chegado aos patamares vivenciados neste início do século XXI.

A partir do momento no qual a responsabilidade por escolhas é transferida para o indivíduo, as decisões acabam por perder força e este agente passa a ser tratado como mais um na multidão.

O capitalismo toma tal fato em seu proveito e os fornecedores passam a tomar decisões em massa. Passou-se, assim, em busca de um *homos medius* para que fosse o consumidor ideal de uma produção em massa. Nos dizeres de Manuela do Corral Vieira⁹, “Busca-se padronizar o outro, pois esta é uma condição básica da comunicação e do sentimento de tranquilidade e de segurança de que nem tudo é estranho e mutável no mundo exterior”.

Essa padronização torna-se mais evidente na sociedade de consumo atual. Por sociedade de consumo compreende-se numa comunidade caracterizada do mundo desenvolvido tecnologicamente. Nesta, a massificação da economia leva à padronização dos produtos com o fim de maior lucratividade e, conseqüentemente, a uniformização dos consumidores através dos padrões de consumo. São nestes termos que Ricardo Henrique Weber¹⁰ define a sociedade de consumidores:

A sociedade de consumidores é massificada, no entanto, paradoxalmente, sua marca é o individualismo. Este é

9VIEIRA, Manuela do Corral. **Consumo na pós-modernidade**: As relações de identidade e comunicação no Festival de Parintins. In: Congresso Lusocom, realizado de 4 a 6 de agosto de 2011. GT de Comunicações e representações identitárias, 2011. São Paulo: UNIP – Universidade Paulista, São Paulo, Brasil, p. 1-17.

10WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63.

12 O risco de desenvolvimento...

utilizado pelo mercado para amoldar a pessoa no padrão de vida social que lhe convém, lhe proporcionado uma identidade de consumidor [...].

Os produtos e serviços do mercado de consumo são elaborados para pouca durabilidade, fácil substituição. A liquidez presenciada em todos os estágios da vida pós-moderna busca no ato de comprar a substituição do vazio que a individualização trouxe ao indivíduo.

Os centros de consumo ganham cada vez mais força e mais adeptos, tornando-se locais venerados nos quais há o esquecimento da realidade e uma transferência do indivíduo para a realidade do consumo, que visa satisfazer suas necessidades, anseios e curá-lo de toda a frustração vivida no cotidiano.

Assim, produtos substituem pessoas e são utilizados para suprimir ou apaziguar sentimentos. A ideia de consumismo, iniciada pela revolução industrial, chega a seu ápice na pós-modernidade. Modismos são substituídos constantemente por uma indústria que visa à comercialização e ao lucro maximizados.

O *marketing* ganha importância primordial nesta realidade vez que é responsável por criar necessidades e desejos momentâneos na população – e é desta criação que vive o mercado de consumo atual. As necessidades e desejos passam a ser impostos à população.

A população age induzida, tentando satisfazer seus desejos para se autoafirmar perante os demais agentes pertencentes à sociedade de consumo. Há a constante renovação de produtos e serviços para que próximos desejos sejam instituídos e maiores sejam vendas e lucros. A alteração das coleções a cada estação exemplifica a liquidez que a “troca de guarda-roupa” representa.

A modificação de estilos, cores, modelos concebe a falta de identidade da pós-modernidade; não há um estilo único desta época, mas vários estilos todos passíveis de alterações constantes, ao bel-prazer daqueles que decidem o futuro do consumo. Novas drogas são desenvolvidas diariamente em busca de um corpo perfeito. O número de cirurgias estéticas ultrapassa os recordes anteriormente estabelecidos em função da eterna busca pela aceitação.

Nesse mesmo diapasão, encontra-se o consumo exacerbado como forma de afirmação do indivíduo na alta modernidade. Houve uma aceleração do consumo e o seu aumento vertiginoso, até o ponto de produção em massa deste início do século XXI.

A autoafirmação individual é realizada, em grande parte, através do consumo. E a efemeridade da modernidade líquida é transferida a este. A sociedade de consumo, de tal modo, assinala o desejo da aquisição do desnecessário, supérfluo, excedente, daquilo que é considerado luxo.

A necessidade da mudança constante de desejos criada pela sociedade de consumo, induzida pela própria indústria, além da necessidade de suprimir as necessidades básicas da população, cunham a necessidade de desenvolvimento de produtos e serviços a uma velocidade constante e com isso, há uma hiperaceleração do processo do consumo em razão do desequilíbrio entre ambas as partes.

O ato de consumir está intimamente ligado à sobrevivência humana. Por quase toda a história da humanidade presenciou-se algum tipo de comércio (em maior ou menor grau, rudimentar ou complexo); desde o período do escambo, passando pelos fenícios, gregos, pela ida-

14 O risco de desenvolvimento...

de média, período mercantilista, revolução industrial, entre outros, até o atual estágio em que se encontra o comércio, qual seja, a sociedade de consumidores, a conservação da vida dependeu de certa mercancia – a troca de alimentos, vestuário, o desenvolvimento de medicamentos deu-se pela troca de mercadorias.

Relevante a análise das principais características do consumo a partir do marco histórico da Revolução Industrial. Neste período, tomou corpo a sociedade pesada, descrita por Zygmunt Bauman¹¹, a qual era centralizada na figura dos produtores. Caracterizava-se por um consumo fundado na durabilidade dos produtos, na pessoalidade dos consumidores e fornecedores e na territorialidade, isto é, foi marcada pela ideia de segurança e confiabilidade. O consumo voltava-se à aquisição de bens de longa duração, que não necessitam de troca constante (fidelidade aos produtos), tais como imóveis e joias, visando a segurança e durabilidade em longo prazo.

A transição desta “sociedade dos produtores” para a nova realidade social representa mudança significativa no comportamento e nos desejos do indivíduo. A grande mudança no consumo é vislumbrada após a Segunda

11De acordo com Bauman: “A sociedade de produtores, principal modelo societário da fase “sólida” da modernidade, foi basicamente orientada para a segurança. Nessa busca, apostou no desejo humano de um ambiente confiável, ordenado, regular, transparente e, como porca disso, duradouro, resistente ao tempo e seguro. [...] Sendo a segurança, a longo prazo, o principal propósito e o maior valor, os bens adquiridos não se destinavam ao consumo imediato – pelo contrário, deviam ser protegidos da depreciação ou dispersão e permanecer intactos. Tal como as muralhas maciças de uma cidade fortificada se destinavam a defender seus habitantes dos perigos incalculáveis e indizíveis supostamente emboscados na imensidão do lado de fora, eles deviam ser resguardados do desgaste e da possibilidade de caírem prematuramente em desuso”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

Guerra Mundial. Houve uma modificação na estrutura de produção, voltando o sistema produtivo para um consumo em massa, “através de processos de produção massificada: extração, produção, marketing, distribuição, consumo e descarte”¹² - para obtenção de lucro, a economia viu-se obrigada a ampliar o mercado e o ato de aquisição de produtos e serviços.

O consumidor passou a ser o protagonista do sistema social-econômico, haja vista que o centro do mercado encontra-se no ato de consumir. O estilo de vida da sociedade pós-moderna se baseou no consumo. A cultura e a vida das pessoas passam a serem ditadas pelo mercado, resultando em uma sociedade consumista, instável e líquida. Surge a sociedade de consumo, a qual é:

[...] uma engrenagem gigantesca, organizada para a satisfação das necessidades humanas em larga escala, segundo a lógica da oferta e da procura, em que os bens de consumo são mercadorias transacionáveis e as pessoas contam como peça e unidades que experimentam preferências, ou seja, esta sociedade transforma o consumidor de sujeito em objeto manipulável¹³.

O consumo tornou-se a base a sociedade atual, e o consumidor o centro o sistema econômico. A lógica vista na anteriormente é alterada para a realidade do prazer

12WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.

13CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.631.

16 O risco de desenvolvimento...

de consumir (outrora postergado) para o imediato, para um ciclo de vida pequeno dos produtos, o qual induz a pessoa a gastar seus recursos mesmo não havendo necessidade.

O consumo está mais ligado à necessidade de autoafirmação do consumidor que às suas necessidades básicas - as necessidades passaram a ser criadas pelo mercado. Há, pois, uma constante insaciabilidade dos desejos do consumidor, o que se harmoniza com a ideia de liquidez presente na pós-modernidade. Assim, o consumidor como centro do mercado não é um resultado inesperado, isto é, não se deu de forma inconsciente - esta situação foi planejada para a expansão do comércio e o aumento da lucratividade das empresas. Ensina Fernando Rodrigues Martins¹⁴ que:

Destarte, é na produção e no exaurimento que se experimenta revolução silenciosa no globo terrestre. Impõe-se modelo novo nas comunidades nacionais e internacionais através do critério de *sociedade de massa*, caracterizada pela estandardização recrudescente, pelos mercados homogêneos, pelas economias de escala, pela 'convite excessivo às compras', forçando certa unidade cultural e de valores. A infinidade de informações soltas no mercado traduz a complexidade do sistema econômico e social, evidenciando o

14MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan. MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquististas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

consumidor como protagonista da *sociedade de consumo*.

Há, atualmente, a criação da demanda por produtos e serviços – o mercado é responsável pela indução do consumidor à aquisição de bens: vivencia-se uma banalização do mercado – vive-se a era do consumidor por consumir. O sujeito pós-moderno compra para satisfazer um desejo, e não uma necessidade. Aduz Weber¹⁵ que “[...] o consumo desenfreado de coisas desnecessárias é uma característica da sociedade contemporânea e está inserido na vida cotidiana”. O mercado é responsável por impor vontades aos consumidores. Desejos são criados e atualizados constantemente para que o volume de vendas não diminua. Há um ciclo de renovação mercadológica que induz o sujeito a consumir.

Em decorrência da atual situação mercadológica vivida pelo capitalismo, Bauman¹⁶ apresenta a pessoa humana como mercadoria, explicando que “[...] ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”. Não há, pois, que se falar na soberania do consumidor – ele é o centro, mas não define as regras do jogo.

A dualidade sujeito-objeto na sociedade de consumidores é a dualidade consumidor-mercadoria. Nas relações humanas, a soberania do sujeito é reclassificada como soberania do consumidor. Todavia, é um mito a expressão de que o consumidor é soberano do sistema. A soberania é exercida pelo

15WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.

16BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 20.

18 O risco de desenvolvimento...

mercado e de forma absolutista, pois é este quem dita as normas e molda a cultura do consumo excessivo e do desperdício.

O objetivo crucial do consumo na sociedade de consumidores não é a satisfação das necessidades vitais e reais da pessoa, mas a fabricação de necessidades dos bens supérfluos, luxuosos, de desejo e vontades extravagantes dos consumidores, modelados à semelhança do mercado¹⁷.

O consumidor não é, pois, soberano – na ânsia da individualização da pós-modernidade, acaba ele padronizado pelo mercado, e possui opções de escolha apenas dentro do já imposto pelos produtores. Esta padronização advém da falta de poderio do consumidor perante o mercado¹⁸.

As mudanças experimentadas pela sociedade contemporânea transformaram a forma de interpretar o mundo e, conseqüentemente, o consumo. O tempo de automatização constante, informatização, cultural uniformizante de massa e o consumo virtual, denominado por Lipovetsky de *hipermodernidade* ou *hiperconsumo*¹⁹, resultaram na dissociação do tradicional, caracterizando-se pela quebra de padrões, vive-se um período de insegu-

17WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 51-52.

18De acordo com Weber: O mercado não apenas cria produtos destinados ao consumo. Ele cria necessidade. WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63.

19LIPOVETSKY Apud MARQUES, Claudia Lima. **MIRAGEM**, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

rança, de incertezas. Surge a imposição do mercado ao consumidor, o que o torna vulnerável.

1.1 O histórico da proteção do consumidor e sua guarida constitucional

A compreensão da estrutura do microsistema de proteção do consumidor resta encrustada em um histórico associado a diversos fatores, tais como o direito privado e seu atual estágio de evolução, a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a evolução do mercado de consumo e a preocupação com este sujeito vulnerável, elementos estes que merecem análise especial.

Inicia-se pela diferenciação entre direito público e privado - a dicotomia entre ambos remonta do direito romano. Atribui-se esta divisão a Ulpiano, ideia reproduzida por Justiniano, que aduz que, “[...] sendo que o primeiro o que tem por finalidade a *organização da república romana* e o segundo o que diz respeito ao *interesse dos particulares*”²⁰.

Diferentemente do sistema anglo-saxão²¹, a família romano-germânica do direito, a qual, por tradição, pertence o ordenamento jurídico brasileiro, é responsável por solidificar a divisão entre o público e o privado, bem como a estatização do direito privado, que passou a ser materializado através de textos legais (separação esta inexistente na predecessora Idade Média).

20CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: O Direito Romano e o Direito Civil brasileiro no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 19-20.

21O sistema anglo-saxão, ou *Common Law*, refere-se a um sistema de Direito no qual as normas não se encontram positivadas, mas são criadas pelo costume ou pela jurisprudência. Trata-se de um sistema que não conta com a divisão entre direito público e privado.

20 O risco de desenvolvimento...

O Código Civil de Napoleão, de 1.804, é considerado marco deste direito privado, separando-o do direito público. Foi um Código elaborado a partir de influência da burguesia, protegendo o indivíduo das intemperes do Estado, sem qualquer tipo de privilégios, isto é, uma legislação impessoal, elaborado com base na ideia de individualismo²². Este diploma influenciou diversos outros, tais como o Código Civil Italiano, Português, Belga, dentre outros.

A realidade, a partir desse diploma legal, baseou-se na proteção do indivíduo perante o Estado. Tratava-se de um período de cunho individualista, o qual compreendia todos como iguais, e rejeitava que certos grupos ou indivíduos pudessem ser diferentes, vulneráveis²³. Esta foi a era das liberdades individuais e da pouca preocupação com os direitos daqueles que não se encaixavam na ideia do homem médio, denominado por Karel Vasak como primeira dimensão dos direitos fundamentais²⁴. O Código Civil brasileiro, de 1916, foi claramente influenciado por essa moral individualista.

Esse modelo individualista foi, gradativamente, perdendo sustentáculo, pois foi abalizado apenas pela liberdade do indivíduo perante o Estado, sem se atentar às diferenças existentes entre as pessoas, sejam estas físicas, econômicas, sociais, de gênero, etc. Assim, a proteção da

22SOUZA, Sylvio Capanema De. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso: 25 set. 2016.

23Cf. MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

24Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Altas, 2016.

pessoa humana apenas em seu cunho individual mostrou-se insuficiente, razão pela qual se rompeu o paradigma do Estado Liberal.

Assim sendo, o fim do século XIX e boa parte do século XX foram marcados pela necessidade de implementação de direitos de cunho social, os quais socorriam a ausência de igualdade material entre todas as pessoas²⁵. Instituíram-se os direitos fundamentais de segunda dimensão:

Os direitos fundamentais de segunda dimensão estão vinculados ao princípio da igualdade. São direitos econômicos, sociais e culturais que floresceram no século XX. Consistem no resultado das lutas travadas por uma pluralidade de atores sociais, em várias partes do mundo, contrapondo-se aos interesses da burguesia.

[...]

Se os direitos de primeira dimensão impõem a abstenção do Estado, os de segunda exigem que o Estado atue positivamente para efetivá-los. O Estado pode atuar diretamente em favor desses direitos, mas pode, também, ensejar a participação de outras instituições e mesmo de pessoas da coletividade, que deverão atuar com o propósito de concretizá-los²⁶.

²⁵Ultrapassa-se a noção individualista do direito para uma baseada na solidariedade, conforme será verificado no tópico 3.2.

²⁶FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. – São Paulo: Método, 2008.

22 O risco de desenvolvimento...

Os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda dimensão dos direitos fundamentais), apesar de apresentar maior inclusão da pessoa humana, por meio da efetivação dos direitos de igualdade material, também não foram totalmente satisfatórios na proteção da população, uma vez que certos grupos de pessoas apresentam uma debilidade maior que as outras.

A partir da segunda metade do século XX, ante o impacto causado pelo desenvolvimento tecnológico, pela constante beligerância dos povos, bem como desastres ambientais de vultosa monta e diversos outros fatores, o indivíduo passou também a ser considerado no âmbito de uma coletividade, gozando de direitos que influem nele como um grupo, seja de maneira difusa ou coletiva (proteção dos grupos humanos)²⁷.

Surgiu, nesse diapasão, a terceira dimensão dos direitos fundamentais, com fulcro à proteção dos direitos de fraternidade ou de solidariedade, destinando-se à proteção de grupos humanos, com uma titularidade difusa ou coletiva²⁸. Estão incluídos nesta dimensão, entre outros, o direito ao desenvolvimento, à proteção do consumidor, a um ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, à autodeterminação dos povos.

É nesse contexto que os textos constitucionais ganharam relevo, alterando-se o paradigma de compreensão, interpretação e de aplicação do direito constitucional. No período posterior às grandes guerras mundiais, as Constituições Nacionais passaram a positivar os direitos

27SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

28MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

humanos, relativos aos valores intrínsecos à pessoa. Ademais, neste ínterim, as Constituições Nacionais deixaram de ser meras cartas de princípios, de conteúdo programático, isto é, os textos constitucionais passaram a assumir um papel central nos ordenamentos jurídicos na medida em que ganharam força normativa. Nestes termos, aduz Konrad Hesse²⁹:

[...] a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autónomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

[...]

Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

A Constituição passou a ser dotada desta força normativa, que exige sua aplicabilidade e eficácia, afastando-se da ideia de uma mera carta de intenções. O polo de concentração do ordenamento transferiu-se dos grandes códigos à Constituição Federal, razão pela qual

²⁹HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 16.

24 O risco de desenvolvimento...

se compreende, hodiernamente, o ordenamento pátrio como unitário, a despeito de sua complexidade.

Conjuntamente com Norberto Bobbio³⁰, adota-se a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, criada por Hans Kelsen³¹, a qual compreende que as normas de um sistema jurídico não estão todas no mesmo plano, havendo normas inferiores e superiores; as inferiores sempre dependem das superiores e, subindo-se num escalão, a partir das inferiores, chega-se à norma suprema, à norma fundamental (utiliza-se um modelo piramidal, no qual o topo é composto pela norma *fundamental*, no intermédio há normas produtoras e executoras e em sua base, somente normas executoras).

Ressalta-se que a norma fundamental³², no Brasil, é compreendida como o poder popular originário (poder constituinte) que dá legitimidade à existência da Constituição Federal, razão pela qual todo o ordenamento pátrio vincula-se ao texto constitucional. Todo o direito brasileiro é, pois, permeado pelo texto maior, e responsável por efetivá-lo.

Ademais, a dicotomia entre direito público e direito privado perdeu sentido e espaço, sendo substituída pela incidência dos valores positivados na Constituição Federal, razão pela qual a normativa fundamental passou a permear a estrutura do direito civil (esta divisão fazia com que tanto a limitação como a proteção das esferas internas e externas do indivíduo e sua vida em comunidade fossem regidas apenas pelo direito privado, fato

30BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafeer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 61.

31KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

32Cf. KELSEN, 1998.

que, para Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem³³, não encontra sustentáculo atualmente)³⁴. Neste sentido entende Maria Celina Bodin de Moraes³⁵:

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a indecência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando – em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento – uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado.

Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende dever toda norma do ordenamento ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. A normativa fundamental, desse modo, passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela se deve harmonizar.

33MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

34Para João Calvão da Silva, há uma inadequação do direito tradicional para assegurar proteção idônea ao consumidor. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 37.

35MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional**. Rido de Janeiro: Renovar, 2010, p. 11-12.

26 O risco de desenvolvimento...

Nesse diapasão, considerando os consumidores como vulneráveis, de acordo com Fernando Rodrigues Martins³⁶, o Código Civil de 1916 e o Código Comercial eram demasiado insuficientes para proteger a pessoa humana vulnerável que interage no mercado, e o direito de proteção ao consumidor representou um novo paradigma na vivência jurídica brasileira, com a introdução de um código guiado pelo negócio jurídico e pelo direito das obrigações, por meio de grandes alterações na responsabilidade civil e na dogmática dos contratos. É esse microsistema uma inovação na antiga dicotomia direito privado-público, apresentando-se como um amalgama entre ambas, com fulcro à proteção desses sujeitos frágeis.

Uma mudança do cenário em que imperava o Código Beviláqua³⁷ - que, em conjunto com o Código Comercial de 1850, disciplinava a relação de consumo como estando em um patamar de igualdade-, foi de suma importância para que ocorresse uma alteração da visão puramente liberal destes códigos.

Nesse diapasão, representantes de uma classe dominante utilizam-se da legislação para deixar em uma ausência de proteção no mercado de consumo em decorrência da crença na igualdade de condições entre os particulares. Inicia-se a percepção de que o consumidor não encontrava guarida nos antigos códigos em razão a ideia de igualdade formal que estes pregavam.

Em decorrência da expansão exacerbada do consumo, vislumbrada a partir da revolução industrial, e largamente intensificada na segunda metade do século XX,

36MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan. MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157-158.

37Código Civil de 1916.

a sociedade passou a inferir que fornecedores e consumidores não atuam em igualdade de condições no mercado. A lógica de lucros, acompanhada de uma massificação nas relações, bem como a globalização, são fatores que expandiram o ato de consumir a níveis nunca antes verificados, tornando o mercado de consumo cada vez mais agressivo e poderoso e a pessoa consumidora a um papel secundário, isto é, percebe-se que o consumidor não é o rei do mercado³⁸, não possui vontade própria, não é livre, razão pela qual a queda desta falácia leva à conclusão da vulnerabilidade do consumidor perante aos agentes mercadológicos³⁹.

A vulnerabilidade daqueles que consomem, na pós-moderna sociedade de consumo, é manifestada, razão pela qual, ante a discrepância de poderio entre as partes do mercado, uma alteração tomou conta dos ordenamentos mundiais levando ao surgimento de instrumentos de proteção ao sujeito “consumidor”.

38Nestes termos: Aquele que era considerado o centro, o “rei” do mercado, perdeu a centralidade, desconstituíram e manipularam sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão, este consumidor ideal tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e *marketing* globalizado dos dias de hoje. BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

39La igualdad de las partes em el intercambio de consumo constituye outro mito que la observación del funcionamiento real del mercado va a desmentir. Se há sugerido ya que, a través de um “giro de consumo”, la función de consumir se desarrolla más por coacción que por elección; de este modo, se ponde em evidencia la dimensión fundamentalmente conflictiva y antagonica de las relaciones de consumo em um sistema de mercado de tipo capitalista. In: BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo**. Vitória- Gobierno Basco: Merkataritza, Kontsumo eta Turismo Saila – Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994, p. 58.

28 O risco de desenvolvimento...

A proteção desse sujeito pode ser identificada em diversos momentos da história humana, tais como o Código de Hamurabi, leis mesopotâmicas, egípcias, romanas, dentre outras, mas é a partir da Revolução Industrial e, eminentemente na pós-modernidade, que adquire maior atenção e força.

A partir da Revolução Industrial, ocorreu um grande êxodo das populações rurais para as cidades e este grande contingente população iniciou um interesse pela aquisição dos bens e serviços, ocasionando um aumento na demanda e, portanto, a indústria (recém-surgida) vislumbrou a possibilidade de maiores lucros. Para tanto, criou-se um sistema de padronização dos produtos e serviços e, conseqüentemente, substituiu-se a bilateralidade, que caracterizava as relações de aquisição até aquele momento, pela unilateralidade de decisão por parte dos fornecedores. Tomou corpo, desse modo, a estandardização de produtos, serviços e dos contratos de consumo⁴⁰. Esta padronização possibilitou uma diminuição nos custos e ampliação na oferta e lucro.

Este modelo de capitalismo foi se desenvolvendo a partir do século XIX e por todo o século XX; a datar da primeira Guerra Mundial, houve um desenvolvimento na produção, solidificando-se a era industrial, ocorrendo um crescimento ainda mais intenso a partir da Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento de novas tecnologias, incremento da informática, das telecomunicações, entre outros⁴¹⁻⁴².

40Primórdios do contrato de adesão.

41NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. vera e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

42Cumpra ressaltar que há algumas legislações esporádicas, desde o século XIX, que protegiam o consumidor, como, por exemplo, o *Sherman Antitrust Act* americano.

Ademais, os riscos causados pela sociedade de consumo também se intensificaram como resultado desta intensificação na industrialização, alargando as possibilidades de danos às pessoas. Desse modo, a preocupação com os direitos fundamentais vivenciada no pós-guerra levou a uma atenção cada vez maior com a pessoa humana e grupos vulneráveis como os idosos, crianças, consumidores, dentre outros.

No que tange à proteção do consumidor, seu marco inicial pode ser entendido como o discurso proferido pelo então Presidente dos Estados Unidos da América, John F. Kennedy, em 15 de março de 1962, perante o congresso americano, declarando que: “Consumers by definition, include us all”⁴³. Nesta mensagem, o presidente⁴⁴⁻⁴⁵ apresentou quatro direitos básicos dos consumidores, conforme consta no texto original:

- (1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.
- (2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.

43KENNEDY, John F. Kennedy. **93 Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest**. 15 de março de 1962. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acess27 set. 2016.

44KENNEDY, John F. Kennedy. **93 Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest**. 15 de março de 1962. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acess27 set. 2016.

45Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. In: **Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro**. v. 29. n. 80. p. 66-75, out./dez. 1990, p. 66.

30 O risco de desenvolvimento...

(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.

(4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.

Em 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas editou a resolução n. 39/248, a qual adotou os Direitos do Consumidor como Diretrizes (*United Nations Guidelines do Consumers Protection*). Nesta, aos quatro direitos originalmente apresentados por Kennedy são somados outros quatro: direito à satisfação de necessidades básicas, direito à reparação, direito à educação consumerista e direito ao meio ambiente saudável. Ressalta-se que os direitos básicos do consumidor, no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, Lei nº 8.078/1990, foram baseados nesta resolução⁴⁶.

No Brasil, algumas leis esparsas abarcavam, de alguma forma, a proteção consumerista, sem, contudo, haver proteção efetiva, como é o caso do Decreto-Lei nº 22.626/1933 (Lei da Usura), Lei Delegada nº 4/1962 (sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar

46GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. p. 1-16. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 10.

a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo) e a lei que regulava a repressão ao abuso do Poder Econômico (Lei nº 4.137/1962). Ainda, a ausência de uma produção robusta e sistêmica do consumidor pode ser vinculada à ditadura militar vivida pelo Brasil a partir de 1964.

Cumpre lembrar que, durante quase todo o século XX, a proteção do consumidor fundou-se na utilização da lógica igualitária do Código Civil, ignorando a diferença de poder perante o mercado que existe entre consumidor e fornecedor.

Ademais, ameaças concretas são enfrentadas pelos consumidores diariamente, seja no que tange à publicidade enganosa ou abusiva, seja em riscos criados pelo processo desenvolvimentista tecnológico. A caracterização do consumo em massa utilizado pelo regime capitalista regido por uma indução constante à atividade de aquisição de bens e produtos e uma produção desenfreada, guiada pela busca de lucros milionários, criou a necessidade de atenção especial ao direito fundamental de defesa do consumidor.

O princípio constitucional da igualdade resta violado ante o desequilíbrio entre os atores da relação: consumidores e fornecedores. Fernando Rodrigues Martins⁴⁷, sobre a ideia de vulnerabilidade, ensina que esta:

[...] representa desigualdade *específica* (não qualquer desigualdade) propiciadora de proteção, devendo ser minorada nas relações de alteridade entre

47MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan (coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

32 O risco de desenvolvimento...

pessoas desprovidas, reciprocamente, dos mesmos recursos, oportunidades, capacidade e conhecimento.

A partir do princípio da igualdade material⁴⁸, a presunção da vulnerabilidade do consumidor exige normas de proteção diferenciada ante as desigualdades, considerando-se “[...] o relacionamento de alteridade significativamente discrepantes pela oposição ‘poder/sujeição’ entre as partes”⁴⁹. É por meio da análise do sujeito que sofre com a desigualdade que se verifica a precisão de proteção do indivíduo vulnerável contra os abusos resultantes desta diferença.

De tal modo, no contexto de abertura política do Estado brasileiro, na década de 1980, durante a qual havia a regulamentação das relações de consumo reguladas pelo Código Civil, somado à preocupação pós-moderna com os direitos fundamentais, e sob o manto de vulnerabilidade do consumidor, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Esta traz, em seu âmago, o direito fundamental de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”).

Grande relevo possui o direito fundamental de defesa do consumidor uma vez que a “[...] globalización de la economía em ausencia de reglas há producido de esta manera un crecimiento exponencial de las desigualdades:

48A igualdade formal caracteriza-se pelo aspecto jurídico, análise meramente formal do texto da lei (*igualdade perante a lei*). Igualdade material consiste na igualdade de fato, aquela que possui um sentido sociológico, trata-se da igualdade de fato.

49MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan (coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación”⁵⁰. Para Pietro Perlingieri, é necessário que normas legitimem e regulem o mercado em razão da inseparabilidade, tanto lógica, como histórica, de ambos⁵¹. Deste modo, normas que protegem o consumidor fazem-se essenciais.

Ademais, cumpre ressaltar que, no que tange ao estudo da proteção do consumidor como direito fundamental, aquele pode ser classificado como pertencente à terceira dimensão. Na conceituação dessa dimensão, relevante se faz verificar a análise elaborada por Ingo W. Sarlet⁵²:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo

50FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 59.

51PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 507 – 508.

52SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

34 O risco de desenvolvimento...

de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta”.

Ricardo Henrique Weber apresenta tese interessante sobre as dimensões dos direitos fundamentais, a proteção do consumidor e a intervenção estatal. Aduz o autor que o direito fundamental de defesa do consumidor, ao consistir em um direito de terceira dimensão, é considerado um direito defensivo⁵³.

Todavia, lembra que a obrigação de o Estado intervir na economia pertence à ideia de prestação positiva dos direitos (característica pertencente à segunda dimensão): “Esta é uma pretensão normativo-jurídica e fática-material de proteção, destacada nos direitos de segunda dimensão”⁵⁴.

Para o autor, o fato de haver a obrigatoriedade de defesa do direito do consumidor por meio da intervenção estatal, há a uma prestação positiva da Administração Pública com o fim de efetivar a proteção daquele; cita também certa relação com os direitos de primeira dimensão⁵⁵. Assim, o direito fundamental do consumidor, para Weber⁵⁶, possui um caráter híbrido, mesclando ambas as dimensões, conforme se apreende no presente excerto:

Denota-se, assim, que a defesa do consumidor detém especificidades tanto da segunda como da terceira dimensão dos direitos fundamentais. Há um caráter híbrido na defesa constitucional do consumidor, em vista que

53WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p.87.

54Ibid., p. 88.

55Ibid., p. 89.

56WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 90.

também se pode haurir de seu conteúdo essencial direitos subjetivos da primeira dimensão. Importa frisar que este direito fundamental, apesar da interrelação com as demais dimensões, se sobressai como de terceira dimensão pela repercussão que o consumo tem na vida em sociedade.

Compreende-se o caráter conexo das dimensões dos direitos fundamentais, concordando-se com as características mescladas de ambas na concepção da proteção do consumidor. Contudo, tal direito concentra suas principais características na terceira dimensão, razão pela nela será alocado. Neste diapasão, necessárias as observações de Fernando Rodrigues Martins⁵⁷:

Pode-se dizer que o direito do consumidor é direito fundamental, em terceira geração, porquanto haurido na ordem internacional respeitante aos direitos humanos de conteúdo econômico e coletivo, envoltos pela solidariedade, que visam impedir que o poder de uma pessoa (fornecedor) a outra atropеле ou sobreponha (mitigando-a da imanente integralidade existencial e patrimonial), especialmente nas relações jurídicas negociais, o que obriga a intervenção estatal para a adoção das providências de restabelecimento de equilíbrio e normalidade.

57MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan (coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175-176.

36 O risco de desenvolvimento...

Para Bruno Miragem⁵⁸, este direito fundamental proveem do entendimento da “[...] figura do consumidor, em sua perspectiva existencial, como um sujeito próprio com necessidades fundamentais”. Faz-se este direito fundamental relevante à imposição de limites ao mercado, com o intuito de abrandar as desigualdades formadoras da relação de consumo e tentar reequilibrar a ausência de liberdade enfrentada pelo consumidor na atualidade, em vista da grande relevância que possui o consumo para o cidadão pós-moderno. Ensina Martins⁵⁹ que: “[...] na ótica constitucional o direito do consumidor como direito fundamental (re) inscreve a pessoa no mercado cuidando de (re) equilibrar as situações jurídicas entre os agentes transformadores do mercado com os agentes exaurientes no mercado”.

Depreende-se dos ensinamentos acima que este direito fundamental trabalha em dois vieses, quais sejam, a relação entre particulares e a necessidade de proteção intervenção estatal. Tal afirmação se depreende da conceituação de direito de proteção proposta Robert Alexy⁶⁰ (entendido como parte integrante da categoria de direitos de prestação⁶¹), segundo a qual o titular do direito funda-

58 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor**. V. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 131.

59MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor**. v. 94. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 3.

60ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 450.

61MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: con-

mental possui o direito de defesa contra intervenções de terceiros em face do Estado. De tal modo:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. [...] Direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si⁶².

Ainda, acrescentam-se os deveres fundamentais a que se vinculam os fornecedores, Estado e consumidores. Para Konrad Hesse⁶³, os direitos fundamentais não podem existir sem os deveres. Os deveres fundamentais, nas palavras de Gregorio Martínez Peces-Barba⁶⁴, constituem-se em “[...] deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas ou que afetem a setores especialmente importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas, ou o exercício de direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional”.

quistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

62ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 450-451.

63HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

64MARTÍNEZ PECES-BARBA, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, p. 336, 1987. Apud MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor**. v. 94. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 6

38 O risco de desenvolvimento...

Casalta Nabais⁶⁵ compreende o texto constitucional não é formado somente por direitos fundamentais, mas inclui também os deveres fundamentais, nestes termos:

Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. Uma ideia que bem precisa ser reforçada na época actual, em que a afirmação do individualismo possessivo, apresentado, aliás, como um dos apports da pós-modernidade, é cada vez mais onipresente.

Para o autor⁶⁶, os deveres fundamentais possuem uma razão lógica e um fundamento jurídico. A primeira constitui-se na expressão da soberania, repousada na dignidade da pessoa humana, enquanto que seu fundamento jurídico descansa em sua previsão constitucional. Assim, a norma de proteção dos consumidores traz uma

65NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.5.

66Cf. NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.5.

cláusula de dever de sua efetivação, tanto pelo Poder Público, quanto pelos fornecedores.

Diversos são os escopos do relacionamento entre os deveres fundamentais e a proteção do consumidor⁶⁷, pretendendo-se a análise da responsabilidade civil. Considerando-se que os deveres fundamentais são a origem dos deveres legais, consubstanciados na legislação infra-constitucional, o Código de Defesa do Consumidor disciplina, com base no dever de segurança (art. 8º ao 10º), a responsabilidade civil dos fornecedores: o sistema possui tanto um caráter preventivo (abrangente dos princípios da precaução e da prevenção), como caráter indenizatório. A responsabilidade civil como dever, no âmbito consumerista, encontra disciplina constitucional, razão pela qual possui relevância ímpar na proteção dos consumidores, em uma noção de reflexibilidade entre direitos e deveres fundamentais⁶⁸.

Além do direito fundamental de defesa do consumidor, cumulado com o dever fundamental de proteção, a Constituição Federal também traz, em seu bojo, a guarida deste vulnerável em outros dispositivos. Primeiramente, o art. 24, VII, da CF, confere competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre produção e consumo. Ademais, o art. 150, §5º, da CF, impõe a necessidade de lei para determinar medidas para esclarecimento dos impostos que incidam sobre

67Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord). **Revista de direito do consumidor**. v. 94. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 12.

68Ressalta-se que, nem sempre, direitos e deveres fundamentais estarão relacionados. O dever de prestação do serviço militar constitui-se exemplo clássico de deveres fundamentais autônomos.

40 O risco de desenvolvimento...

mercadorias e tributos (atualmente regulado pela Lei nº 12.741/2012).

Ademais, nos termos do art. 175, II, da CF, cumprem à lei regular os direitos dos usuários. Nas prestações de serviços públicos, seja de forma direta, seja regime de concessão ou permissão. O art. 173, §4º, da CF traz uma proteção implícita ao consumidor ao estabelecer que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O Art. 170, IV, da CF, é responsável por introduzir a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Eros Roberto Grau⁶⁹ ensina se tratar de um princípio constitucional impositivo, o qual cumpre dupla função, qual seja instrumento para realização da dignidade humana a todos e a ideia de diretriz, isto é, uma norma-objetivo, que possui caráter constitucional conformador e justifica a necessidade de políticas públicas.

A Constituição de 1988, explicitamente em alguns dispositivos, e implicitamente em outros, inovou o ordenamento jurídico interno ao sagrar a defesa consumerista, instaurando-se o consumidor como sujeito de direito constitucional e afastando a antiga lógica de proteção do consumidor pelas leis civis e constitucionais, criando um ramo específico para a proteção do consumidor.

Deste modo, o constituinte originário, ante todo o exposto e através do art. 48 do ADCT, impôs a necessidade de elaboração do Código de Defesa do Consumidor, com fim de aplicação do princípio da unidade da Constituição, proporcionando realização da norma constitucio-

69GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 224.

nal⁷⁰; a origem do CDC possui, pois, uma base constitucio-
nal: “A opção por uma ‘codificação’ das normas de consu-
mo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembléia Nacio-
nal Constituinte”⁷¹.

A lei nº 8.078, promulgada em de 11 de agosto de 1990, consolidou o Código de defesa do Consumidor re-
gulando as relações de consumo no Brasil. O fato de o re-
ferido CDC haver sido instituído por meio de uma lei or-
dinária levou a doutrina a questionar se este seria um
código ou apenas uma lei. Ada Pellegrini Grinover e Anto-
nio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷² esclarecem
pela adoção da codificação, em decorrência da melhor
proteção que a unificação através de um código implanta
se comparada a um modelo privado ou leis esparsas.
Buscou-se concentrar em torno de uma única lei o regra-
mento geral das relações de consumo.

Neste diapasão, o constituinte originário determi-
nou a criação de um microsistema de proteção dos con-
sumidores, o qual possui natureza de uma “[...] lei que
procura regular, tanto quanto possível, *completamente* a
matéria de que se ocupa”⁷³. Trata-se de um ramo estrutu-
rado de acordo como valores e princípios específicos,

70MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

71GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-16.

72GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-16.

73NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V 4. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 163- 254.

42 O risco de desenvolvimento...

com caráter multidisciplinar, que relaciona o direito material e o direito processual para melhor garantia da parte mais fraca da relação de consumo. Desta maneira, o CDC engloba vários ramos do direito, quais sejam, direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito processual, penal, dentre outros⁷⁴.

O CDC nasceu, pois, com o objetivo de regular o relacionamento de entre consumidor e fornecedor, almejando o reequilíbrio nesta relação, resguardando o vulnerável dos desmandos e abusos do poderio possuído pelo fornecedor. A justificativa encontra-se nas palavras de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁷⁵:

A presunção aqui é de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre os sujeitos da relação de consumo, o consumidor e fornecedor (art. 4º, I, da CDC), daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um coro-

74Ricardo Luis Lorenzetti ensina que: “O direito do consumidor tem demonstrado grande força expansiva e ninguém duvida de sua autonomia. Tem fonte constitucional, legislação especial, órgãos de aplicação cada vez mais especializados, doutrina e princípios particulares. Possui assim, clara autonomia, já que a base de sustentação do sistema é o princípio protetivo, com sede constitucional, o que significa um estatuto protetivo das pessoas vulneráveis, apartando-se assim da igualdade geral baseada na noção de “cidadão”, que fundou a nascimento dos Códigos Civis”. LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V 4. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 163- 254.

75MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 120.

lário do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/1988).

A imperatividade das normas deste *Codex* intenta proteger o consumidor, extirpando o desequilíbrio constante no mercado de consumo, com fulcro a retornar a relação de consumo a um patamar mais justo e digno ao consumidor.

O diploma consumerista regulamenta os preceitos constitucionais de proteção do consumidor, efetivando-os, e, assim, possui importância ímpar na tutela da parte mais fraca da relação consumerista.

Todavia, apesar da relevância que todo o microsistema consumerista, permeado pelo direito constitucional, possui em âmbito pátrio, o momento histórico em que este se encontra atualmente levanta algumas questões a serem respondidas. Dentre elas está o risco do desenvolvimento. Ricardo Luis Lorenzetti⁷⁶, discorrendo acerca do direito argentino, aduz que:

El fabricante lanza un producto al mercado, con base en los conocimientos que se tienen en ese momento. ¿Qué ocurre si luego, con el pasar del tiempo, se descubre outro de mejor calidade o un dato que habría impedido el daño?

El problema puede ocurrir frecuentemente con los fármacos que se lanzan con cuadro de efectos adversos y colaterais conocido al momento de su aprobación. Luego de um tiempo se descubre um nuevo efecto adverso

⁷⁶LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 540-541.

44 O risco de desenvolvimento...

que causa el daño: ¿es imputable al elaborador que no lo conocia?

Perquirições idênticas podem ser levantadas no Brasil em razão da legislação pátria, assim como a Argentina⁷⁷, deixou de definir resposta ao questionamento. Trata-se de problemática ainda não elucidada no Brasil.

O histórico de proteção do consumidor, deste modo, apresenta-se como protetor dos direitos fundamentais dos consumidores. Contudo, ante a alteração constante da realidade pátria, muito há ainda que ser definido com relação à matéria, dentre os quais está o tema ora em discussão.

1.2 O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana

Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o consumo desenvolveu-se em grande velocidade, introduzindo-se a sociedade de consumo à realidade global. Em conjunto com o aumento do consumo, ou hiperconsumo⁷⁸, ampliaram-se os riscos aos quais está submetida a

77MÁRQUES, José Fernando; ESPANES, Luis Moisset. **Riesgos de desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em:

[https://www.google.com.br/url?](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3Mcy-SeggTb8YHABA&usg=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MV0cpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3Mcy-SeggTb8YHABA&usg=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MV0cpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3Mcy-SeggTb8YHABA&usg=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MV0cpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY). Acesso em: 20 dez 2014, p. 13.

78FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (coord.). RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas,

sociedade. Neste diapasão, os riscos, sejam aqueles passíveis de verificação ou não no momento de sua colocação no mercado, ensejam a verificação do consumidor como parte mais fraca na relação de consumo. Desde modo, o risco do desenvolvimento liga-se, intimamente, à vulnerabilidade do consumidor.

Neste ínterim, a segunda metade do século XX foi marcada por uma transformação, de aspiração humanística, no cuidado da pessoa humana, verificando-se uma tendência de proteção dos direitos humanos e respectiva internalização desses nos textos constitucionais de parte dos países⁷⁹⁻⁸⁰.

Trata-se do momento histórico denominado de pós-modernidade, no qual há a defesa dos direitos humanos e fundamentais, com o fim de proteção dos mais débeis (crianças, idosos, consumidores etc). Houve, neste contexto, um afastamento da divisão clássica entre direito público e privado, com o fim de proteção dos mais fracos, devido ao fato de que “[...] em tempos pós-modernos estes novos sujeitos identificados pelo direito reivindicarão sua própria lei, leis especiais subjetivas e protetivas do diferente, do vulnerável”⁸¹. São legislações que se afastam

2013, p. 380-393.

79Cf. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1962. SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

80Para os instrumentos de garantia dos direitos fundamentais após a segunda guerra mundial, conferir: FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. – São Paulo: Método, 2008, p. 196 e ss. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 459.

81MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

46 O risco de desenvolvimento...

da velha dicotomia público-privado e que se apresentam melhores organizadas para a defesa destes grupos – é neste contexto que surge o microssistema de proteção do Consumidor.

Este afastamento da divisão entre direito público e privado, com fulcro à proteção dos mais débeis, principalmente no que tange aos consumidores, liga-se diretamente à realidade pós-moderna atual.

A relação jurídica de consumo entre fornecedor e consumidor, no ato de mercância de um produto ou serviço, apresenta desigualdade entre os dois sujeitos desta relação e, em assim, deve ser protegida pelo microssistema de defesa do consumidor. O consumidor existe perante um mercado soberano, que dita os contornos a serem seguidos, resultando em enfraquecimento da parte dos compradores. Assim, os consumidores representam parte mais fraca da relação de consumo, sendo, pois, vulneráveis perante o fornecer, razão pela qual José Geraldo Brito Filomeno⁸² ensina que:

O traço marcante da conceituação do “consumidor”, no nosso entender, está na *perspectiva* que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como *vulnerável*, não sendo, aliás, por acaso, que o mencionado “movimento consumerista” apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em que se reivindicaram melhores condições de trabalhos e

82FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. [et al.]. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 17-31.

melhoria da qualidade de vida, e, pois, em plena sintonia com o binômio “poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços.

Há consenso mundial acerca da vulnerabilidade dos consumidores; a Organização das Nações Unidas (ONU), inclusive, já reconheceu sua existência na resolução n° 39/248, de 10 de abril de 1985, texto no qual se que “[...] *consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power [...]*”⁸³. Para Cláudia Lima Marques,⁸⁴:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Rippert, *La règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 342), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 328), é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a

83Tradução livre: Os consumidores, constantemente, deparam-se com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder de negociação.

84MARQUES, Cláudia Lima. Art. 4º. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 197-198.

48 O risco de desenvolvimento...

aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa)⁸⁵.

Thierry Bourgoignie⁸⁶ apresenta alguns fatores para se mantenha ou se reforce o jogo econômico de disparidade entre as partes do mercado: 1) o isolamento do consumidor em face do interlocutor que, frequentemente, ou é economicamente mais amplo ou tem a possibilidade de recorrer a um grupo que o auxiliará; 2) a normatização e estandardização derivam desta condição de disparidade e, ainda, os contratos estandardizados não deixam margem a renúncia do texto do contrato-tipo; 3) a distância entre aquele que dispõe da autoridade sobre os fins da relação e o consumidor, aumentada pelo grande número de intermediários e pela impessoalidade de determinadas maneiras de distribuição recentes; 4) ausência de informação e de competência, seja técnica ou jurídica, do consumidor, que deseja debater tanto os termos quanto a importância dos custos do processo de negociação; 5) desigualdade de opções que possuem as partes para acessar as formas de resolução de controvérsias, tanto sociais, quanto judiciais.

É latente a discrepância de poder entre as partes do mercado de consumo, razão pela qual o consumidor carece de atenção especial do direito. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁸⁷ apresentam dois estágios em

85Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

86BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo**. Vitória- Gobierno Basco: Merkataritza, Kontsumo et al Turismo Saila – Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994, p.58.

87MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

que se desenvolve a proteção dos vulneráveis no ordenamento privado brasileiro. Em primeiro lugar, há o paradigma da proteção, fundado no combate à discriminação dos desiguais através de uma “[...] proteção especial ou qualificada [...]”. Trata-se da necessidade de igualar materialmente os mais fracos e, muitas vezes, acaba-se havendo a necessidade de instituir uma diferenciação entre os *players* para atingir este objetivo.

Ademais, os mesmos autores apresentam um segundo estágio de proteção: “[...] o de proteger respeitando as diferenças e assegurando o acesso, sem discriminação”⁸⁸, paradigma por meio do qual se garantirão condições que estes vulneráveis convivam e atuem, sem lhes retirar suas características, isto é, o direito privado passa a criar mecanismos que compensem esta diferença⁸⁹.

Questiona-se o porquê da existência deste tratamento diferenciado, no qual se inclui a proteção do consumidor, e encontrar a resposta é demasiado simples: a garantia da dignidade humana (art. 1º, III, da CF).

Conforme ensina Fábio Konder Comparato⁹⁰, a compreensão de que a dignidade humana e respectivos direitos da pessoa tem sido, ao longo da história, resultado de sofrimento físico e moral e, a cada ataque de violência vivenciado pela humanidade, os homens recuam e um remorso ante as atrocidades ocorridas lhes atinge, fazendo nascer uma consciência da necessidade de uma vida mais digna. Gustav Radbruch⁹¹, escrevendo no perí-

p. 109

88Ibidem, p. 112.

89Ibidem, p. 112.

90COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

91RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1962.

50 O risco de desenvolvimento...

odo pós-guerra, demonstrou que a ideia de justiça material deve ocupar um patamar mais elevado que a segurança jurídica e a eficácia – assim, a justiça deve ser o fim do Direito, com o instituto de proteção da dignidade humana da população.

A partir das arbitrariedades vivenciadas durante os anos de terror da Segunda Guerra Mundial defluiu-se um anseio pela dignidade humana⁹² e proteção dos direitos fundamentais, que passaram a ser positivados nas Constituições pós-modernas. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁹³, utilizando-se de Nipperdey, afirmam que a dignidade humana é base de todo ordenamento e, assim, centralidade dos valores da Constituição Federal brasileira. A dignidade tornou-se o grande marco de proteção da população. Conceito inerente à pessoa humana, a dignidade é conceituada com excelência por Ingo W. Sarlet⁹⁴:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um comple-

92Para Maria Celina Bodin de Moraes, a base material da dignidade se desdobra em quatro postulados, quais sejam, 1) o sujeito moral (ético) que reconhece que as outras pessoas são iguais a ele, 2) que merecem o mesmo respeito à integridade que ele merece, 3) que possui livre vontade (caráter de autodeterminação), que faz parte de um grupo, no qual não será marginalizado. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

93MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

94SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

xo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável dos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Verifica-se, no ordenamento brasileiro, a existência de uma cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III, da CF. Para Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁵, a dignidade humana será protegida, de maneira prioritária, sempre que se manifestar; ainda, devem ter precedência os direitos e prerrogativas de certos grupos considerados frágeis e que exigem especial proteção legislativa, tais como crianças, idosos, adolescentes, portadores de deficiência, consumidores, entre outros.

A pessoa humana, protegida pela ideia de dignidade, passa a ser o centro do ordenamento jurídico e o fundamento principal do direito, e o direito privado permeia-se com os princípios constitucionais de proteção do sujeito. Rompe-se a velha bifurcação entre o direito público e o direito privado, abrindo-se a possibilidade da incidência das normas constitucionais no âmbito privado⁹⁶.

95MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84.

96MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan (coord.). MARTINS, Fer-

52 O risco de desenvolvimento...

O sistema normativo converte-se numa preocupação axiológica com a centralidade da pessoa humana perante o direito e o mercado, revertendo ambas ao respeito e proteção da dignidade, em consonância com os preceitos fundamentais constitucionais. Fernando Rodrigues Martins ensina que houve a transferência da lógica patrimonialista do século XIX para o personalismo ético e a sujeição do direito e da economia ao mundo da ética⁹⁷.

Cumpre, assim, a aplicabilidade do bom direito, que consegue balancear as razões econômicas com a proteção da sociedade, buscando transformar a sociedade para a tentativa de realização de uma vida mais digna e livre para todos, conforme ensina Pietro Perlingieri⁹⁸:

O «bom direito» não se coloca ao exclusivo ou prevaLENcente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação (e o exaurimento) dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial-contratual. O «bom direito» não somente garante a conservação da realidade, como natural e espontaneamente ela se cria e se desenvolve, mas antecipa e promove a transformação da sociedade, para

nando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163.

97MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan (coord.). MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.

98PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 509.

realizar no seu bojo, compativelmente com os recursos, as maiores *chances* de vida livre e digna para todos. O «bom direito» é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em «privilégios», mas, ao contribuir para melhorar a qualidade de vida, tende a difundi-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. Ao propor a conciliação entre interesse individual e interesse geral, «atribui-se um suporte significativo, em termos morais, à economia de mercado».

Assim, o direito deve ser entendido como justo⁹⁹, com fim ao equilíbrio e proteção de pessoas individuais e grupos sociais específicos. O direito, inclusive o privado, pode ser entendido como um instrumento para o justo, para inclusão social, que proteja determinadas pessoas, grupos, que combata abuso de poder e toda ação opostora à boa-fé, aos bons costumes e aos fins sociais e econômicos do direito garantindo ao outro¹⁰⁰.

A regulação da economia por meio do direito do consumidor cumpre este fim, pois, equaliza a relação dis-

99O conceito de justiça impulsionou e impulsiona o estudo filosófico há milênios, sem que, até o presente momento, haja consenso. Miguel Reale ensina que cada época da história possui sua própria ideia ou imagem do conceito de justiça, a depender dos valores dominantes nas sociedades. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.371.

100 MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 121.

54 O risco de desenvolvimento...

forme entre consumidores e fornecedores, combatendo as ações ou omissões prejudiciais a este grupo de vulneráveis.

Conclui-se pela vulnerabilidade do consumidor perante o mercado haja vista ser o poderio dos fornecedores superior à pouca força do cidadão. A indução e criação de desejos e necessidades, as quais geram uma produção em massa, cada vez mais voltada ao aumento dos lucros, e a ausência de amparo e informação da população, tornam o sujeito débil.

Desse modo, resta evidente que o consumidor (individual ou grupos de pessoas) é parte reconhecidamente vulnerável da relação de consumo (art. 4º, I, CDC), carecendo de proteção específica para que sua dignidade humana reste efetivada. Outrossim, o reconhecimento da vulnerabilidade não decorre apenas de lei infraconstitucional. Conquanto a Constituição Federal não haja previsto a expressão vulnerabilidade, o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) o garante, mesmo que de maneira implícita¹⁰¹. O princípio da vulnerabilidade do consumidor¹⁰² é, pois, a base de aplicação de todas as

101MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan. MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121-122.

102Vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, a primeira é o gênero, do qual a segunda é espécie. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis**. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 431- 461, p. 167. Para Paulo de Tarso Sanseverino: "A hipossuficiência, que é um conceito próprio do CDC, relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não é uma definição meramente econômica, conforme parte da doutrina tentou inicialmente cunhar, relacionando-a ao conceito de necessidade da assistência judiciária gratuita. Trata-se de um conceito jurídico, derivando do

normas consumeristas, através do qual o sistema hermenêutico de defesa do consumidor é estruturado.

Deste modo, este princípio possui caráter de presunção legal, em razão de sua imprescindibilidade no microsistema de normas consumeristas. Não é outra a visão de James Marins¹⁰³⁻¹⁰⁴:

A vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo em contrário, por não se tratar de

desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo. Num caso específico, a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor é tão manifesta que, aplicadas as regras processuais normais, teria o autor remotas chances de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. As circunstâncias probatórias indicam que a tarefa probatória do consumidor prejudicado é extremamente difícil”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 332. Cf. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 161.

103MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção do Consumidor. Biblioteca de direito do consumidor, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 38-39.

104Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 431- 461. SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 464-493. ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do MERCOSUL. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 515-548.

56 O risco de desenvolvimento...

mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem¹⁰⁵ associam a ideia de vulnerabilidade com a “[...] fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica”.

A vulnerabilidade vivenciada pelo consumidor subdivide-se em quatro diferentes espécies: técnica, jurídica, fática e informacional. Todas as espécies caracterizam-se por, de alguma forma, tornar o consumidor mais fraco perante o mercado e os fornecedores.

Quando se verifica a vulnerabilidade técnica, o consumidor está diante de ausência de conhecimentos técnicos acerca do produto ou serviço que está adquirindo, “[...] aquela do consumidor em face do empresário detentor monopolístico da tecnologia do produto que coloca no mercado [...]”¹⁰⁶. O fornecedor detém o monopólio das informações, é o *expert* da relação de consumo, e

105MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 162.

106MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LUTUFO, Renan. MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

o consumidor aquele que não possui conhecimentos técnicos específicos. No microsistema de proteção do consumidor, a vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional, podendo atingir o profissional, a depender do caso concreto¹⁰⁷.

A vulnerabilidade jurídica caracteriza-se pelo desconhecimento jurídico do consumidor, o qual ignora o alcance dos contratos que firma durante as relações de consumo. Para Cristiano Heineck Schmitt¹⁰⁸, esta se diagnostica a partir da contratação em massa (contrato de adesão), por meio das condições gerais dos negócios e de outros instrumentos contratuais empregados nas contratações negociais; o consumidor acaba exposto por setores jurídicos próprios dos fornecedores, já organizados para possíveis conflitos, sejam estes judiciais ou extrajudiciais. É presumida aos não profissionais e para as pessoas físicas e, para os consumidores profissionais e pessoas jurídicas, utilizam-se a presunção de que devem possuir um mínimo de conhecimentos jurídicos¹⁰⁹, afastando-se a ideia de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, em seu turno, consiste numa fragilidade real do consumidor perante seu parceiro de contratual ante o grande poderio econômico do fornecedor. Observa-se uma superioridade

107MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 154.

108SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 464-493.

109MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 156.

58 O risco de desenvolvimento...

econômica que aquele que introduz produtos e serviços no mercado impõe ao adquirente¹¹⁰.

A quarta espécie de vulnerabilidade denomina-se informacional, a qual “[...] é o maior fator de desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, porque este último é o único verdadeiro detentor da informação”¹¹¹⁻¹¹². A informação é essencial à escolha do consumidor, o qual é constantemente persuadido em sua liberdade de escolha através de técnicas agressivas de *marketing*, manipulações ou ausência de informacional, evidenciando a desigualdade da relação jurídica.

Nos casos em que produtos aparentemente seguros são colocados no mercado de consumo e, após sua utilização, constata-se vício em sua formulação (risco do desenvolvimento, ainda não há consenso sobre quem deve ser responsabilizado pelos vícios em questão. Destarte, a decisão sobre a imputação da responsabilidade sobre os danos causados nos casos de constatação do risco do desenvolvimento deve objetivar a proteção da dignidade humana do sujeito de direitos “consumidor”, a

110MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

111NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas essenciais: **vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 431-461, p. 435.

112Bruno Miragem entende a vulnerabilidade informacional como subespécie da vulnerabilidade fática. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116. Em sentido contrário, conferir: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 158.

qual somente será efetivada se considerada sua situação de vulnerável.

A resposta à atual problemática, a ser discutida futuramente, deste modo, deverá considerar a proteção do consumidor, sujeito vulnerável perante o mercado, para que consiga efetivar a real guarida que o art. 5º, XXXII, do Constituição Federal, garante.

60 O risco de desenvolvimento...

2. Os novos rumos da responsabilidade civil

A partir da incerteza quanto ao regime adotado nos riscos do desenvolvimento faz-se necessário o estudo da responsabilidade civil, desde seus primórdios, até seu presente status, passando por sua fundamentação constitucional, até encontrar as peculiaridades criadas para o microsistema de proteção do consumidor.

2.1 Breve histórico da responsabilidade civil e sua realidade na contemporaneidade

O Direito constitui-se em um produto e fenômeno histórico e cultural provindo da atividade humana, surgido a partir da necessidade de regulamentação da vida social e pacificação dos conflitos ocorridos no âmbito de cada comunidade. A responsabilidade civil e sua evolução até a contemporaneidade representam a mudança de comportamentos ao longo da história da humanidade.

O instituto aflorou-se, inicialmente, como resposta aos atos antijurídicos¹¹³⁻¹¹⁴, são estes a fonte geradora da responsabilidade civil. A premência de reparar o dano moveu o estudo e desenvolvimento da responsabilidade.

113Art. 186, do Código Civil: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Art. 187, do Código Civil: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

114Cf. GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

62 O risco de desenvolvimento...

Primeiramente, a ideia de vingança coletiva deu início às formas de reparação: o grupo, como um todo, reagia contra o agressor ou sua tribo, quando alguma ofensa fosse realizada a um de seus indivíduos, razão pela qual, muitas vezes, os grupos eram levados a guerrear. Não havia a separação entre responsabilidade civil ou penal e qualquer tipo de equilíbrio entre lesão e vingança. Trata-se de uma metodologia advinda dos primórdios da humanidade¹¹⁵.

Superada a reação coletiva ao dano, passou-se à vingança individual. O conceito de resposta direta à lesão sofrida permaneceu, modificando-se apenas a maneira de como esta reação se daria à resposta do mal pelo mal apenas se individualiza. Caroline Vaz¹¹⁶ lembra que houve evolução desta vingança, evoluindo-se ao momento em que o lesado passou a ver a pretensão de reparação de seu prejuízo causado por terceiro, ao invés de mera vingança.

Por longo tempo, a reação a lesões e danos permaneceu no âmbito privado das pessoas. Todavia, institucionalizou-se, no poder estatal, a punição do agressor, transferindo-se ao Estado o monopólio de controle da justiça e o controle das punições.

O Código de Hamurabi, criado por volta do século XVIII a.C, concebido pelo rei a partir do qual foi a compilação de leis nomeada, representa a institucionalização e formalização da legislação (anteriormente transmitida de forma oral através das gerações). A principalmente regra

115Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

116VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 26.

imputada por este código é representada pelas máximas “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere como ferro será ferido”. Tal regramento é, mais tarde, adotado pelos Romanos na Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou *Duodecim Tabulae*), datada de, aproximadamente, 450 a.C., com o nome de Lei de Talião¹¹⁷. Conquanto muitas vezes cruel, esta legislação representa delimitação da vingança privada pelo Estado.

Remonta desta legislação a ausência de distinção entre ilícito penal e ilícito civil - ambas as esferas eram atingidas pela pena, razão pela qual patrimônio e vida do lesante, assim como terceiros, poderiam adentrar ao campo de penalização. Ademais, não havia uma diferenciação definida para as concepções de indenização, compensação, ressarcimento.

Contudo, lembra Menezes Cordeiro¹¹⁸ que a Lei das XII Tábuas, a seu turno, já diferenciava os dois troncos de responsabilização, quais sejam, a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional, ressaltando-se, ainda, que a própria lei já previa a possibilidade de compensação entre as partes interessadas antes da pena de Talião (Tábua VIII, 2) – a composição era apresentada como solução alternativa.

No que se refere ao Direito Romano, grande evolução no caminhar para a concepção de responsabilidade civil atualmente utilizada foi notada. Primeiramente, é em

117Cf. DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. In Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 6, nº10, Junho-2009: 75-85 <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>. Acesso em: 02 out. 2016.

118CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das Obrigações. 3º tomo: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 293-294.

64 O risco de desenvolvimento...

Roma que surgiu a distinção entre pena e reparação – a primeira passou a ser utilizada nos delitos públicos, enquanto que a reparação destinada aos conflitos privados. O Estado chamou para si a função de punir e a responsabilidade civil tomou corpo por meio da ação de indenização. Assim, responsabilidade civil e penal, deste modo, já se encontravam dissociadas.

A *Lex Aquilia Damno*, plebiscito realizado em Roma, provavelmente no século III a. C., foi a razão da inserção da ideia de culpa como pressuposto da responsabilidade. No regime da referida lei, foi “[...] introduzido um novo delito – o *damnum injuria datum*-, isto é, prejuízo causado à coisa alheia, delito que, à semelhança do furto, empobrece a vítima, sem, no entanto, enriquecer o autor”¹¹⁹.

Ademais, a *Lex Aquilia* fixou as bases da responsabilidade civil extracontratual, haja vista que criou, em seu bojo, uma forma de indenização pecuniária aos prejuízos tratados em seu texto, impondo ao patrimônio daquele que cometeu a lesão o ônus de reparação¹²⁰.

Na Idade Média, houve o resgate da tradição jurídica romana, ocorrendo o aperfeiçoamento da responsabilidade civil em toda a Europa Medieval. Foi neste período que o malefício se ligou à ideia de pecado, e as leis do homem e divinas se confundiam. Culpa e dolo e, portanto, a responsabilidade subjetiva, ganharam maior ên-

119CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 219.

120Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

fase. A primeira ligava-se à responsabilidade civil enquanto o dolo era relacionado aos crimes¹²¹.

Modernamente, a responsabilidade civil inicia sua história a partir das grandes codificações europeias. Trata-se do mundo iluminista, no qual havia as ideias de segurança jurídica, do juiz boca da lei, da ausência de equidade, do legislador racional, reproduzidas pelos grandes códigos¹²².

A Idade Moderna foi caracterizada pelo fato de o paradigma da responsabilidade civil ter sido demudado em seu fundamento “culpa”, para passar a se situar no desequilíbrio patrimonial causado pelo dano.

O Código Civil Francês (*Le Code Napoléon*), promulgado em 21 de março de 1804, foi um marco na instituição da responsabilidade civil alicerçada na culpa. Aduz o art. 1.382 do *Code* que toda pessoa que causar danos outrem obriga-se, pela culpa de seus atos, a repará-los: Article 1382 - “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. A legislação civil francesa difundiu-se por grande parte da Europa, fundamentando a elaboração dos códigos de vários países, influenciando a legislação privada de diversos países.

Após, a Revolução Industrial, principiada em meados do século XVIII, provocou uma mudança da ordem econômica dominada pela manufatura, introduzindo lógica da indústria mecânica. O advento das máquinas resul-

121Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das Obrigações. 3º tomo: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 308.

122Para aprofundamento na Escola da Exegese, recomenda-se betioli, antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2014.

66 O risco de desenvolvimento...

tuou numa modificação da estrutura de produção e lógica social, acarretando o êxodo rural, início da mão-de-obra operária, massificação das relações sociais, condições de trabalho deploráveis. As grandes plantas industriais, acompanhadas da mecanização e aceleração dos sistemas de produção, com vistas ao aumento da produtividade, criaram um crescimento exacerbado dos acidentes dentro das fábricas.

A responsabilidade civil fixada no *Code Civil* francês não mais satisfazia a nova realidade de perigos à vida e saúde humana, haja vista que se tornara impossível aos operários, vitimados pelos acidentes de trabalho, comprovassem a culpa dos empregadores, relegando-se aos trabalhadores suportar os danos sofridos. Nesse diapasão, o elemento culpa tornou-se insuficiente para amparar os danos e prejuízos resultantes dessa revolução provocada pela invenção da máquina e reestruturação das manufaturas.

Por conseguinte, é a partir da Revolução Industrial que ocorre uma reformulação da responsabilidade civil, introduzindo, nesta, a noção de objetivação da responsabilidade pelo risco. A situação de permanente risco vivenciada, principalmente, dentro das indústrias, a partir da Revolução Industrial, gerou a necessidade de proteção jurídica mais efetiva contra a insegurança dos empregados, razão pela qual a responsabilidade objetiva toma corpo.

O Código Civil Alemão de 1.900 (BGB), instituído à luz da Revolução Industrial e da objetivação da responsabilidade civil, optou por prudência ao tratar do tema, almejando a proteção dos empreendimentos em

desenvolvimento ante uma situação de propagação dos riscos¹²³.

Nesse contexto, o risco passou a tomar o lugar da culpa, e a responsabilidade transferiu-se de subjetiva para objetiva. De acordo com Louis Josserand¹²⁴, nesta nova concepção, quem cria o risco deve suportar suas consequências; acrescenta o autor que: *Qui casse les verre les paye [...]*¹²⁵.

A insegurança jurídica vivenciada pelas vítimas de danos durante a vigência apenas da teoria da responsabilidade subjetiva foi suprida, desse modo, pela objetivação da responsabilização. Todo o risco criado passou a ser garantido com vistas à proteção da pessoa humana – todo o qualquer dano deve, assim, possuir um responsável.

Outrossim, o instituto da responsabilidade civil não deixou de se manter em progresso. Procedeu à desvinculação das responsabilidades penal e civil e, após largo espaço de tempo, a culpa foi considerada como centro do sistema de responsabilização civil; posteriormente, a objetivação do instituto deu-se pela necessidade de suprir as lesões originárias da Revolução Industrial. Trata-se de um instituto com profunda relação aos desígnios sociais – a partir de uma modificação da realidade humana que demanda resposta legal no campo da responsabilidade civil, vê-se necessidade de sua evolução.

A realidade mundial transformou-se, de maneira acentuada, na última metade do século XX e início do século XXI. A sociedade encontrou profunda alteração em

123CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das Obrigações. 3º tomo: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 333.

124JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Foresene. Julho 1941, p. 60.

125Ibidem., p. 60.

68 O risco de desenvolvimento...

suas perspectivas de vida, objetivos e organização. As circunstâncias observadas na Revolução Industrial (modernidade pesada de Bauman¹²⁶), isto é, uma sociedade estática, baseada em produtores, grandes indústrias, acumulação, Estados Nacionais, foi substituída por outra dinâmica.

Na Modernidade Líquida¹²⁷, hodiernamente em curso, experienciam-se a flexibilidade do tempo e do espaço, a liquidez das relações sociais, do trabalho, do mercado, do capital – a espontaneidade controla a sociedade atual. Inclusive, aqueles indivíduos que se movimentam e se aproximam do momentâneo é que possuem o controle do poder nessa nova organização mundial¹²⁸. A necessidade que tudo seja rápido e fluído encontra uma de seus principais efeitos no desenvolvimento científico e tecnológico.

Essa nova realidade encontra-se imbricada com a chamada *sociedade de risco*; ao mesmo tempo em que ocorrem novas descobertas e houve o advento de novas tecnologias, que beneficiam o ser humano, também surgiram, inversamente, os riscos e perigos gerados por esta evolução. A sociedade, deste modo, foi e é constantemente bombardeada pelo medo e incerteza do futuro visto que perigos naturais, tais como vulcões, tsunamis, terremotos, e risco criados pelo homem, como medicamentos prejudiciais à saúde, agrotóxicos, a internet e seus crimes e exposições da pessoa humana. A coletividade con-

126BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 132.

127BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 132.

128Ibidem, 2001, p. 132.

vive, pois, com o medo constante de resultados catastróficos.

Sob o manto da sociedade de risco, o sistema de responsabilização atual, abarcando responsabilidade objetiva e subjetiva, tornou-se insuficiente para regular os atuais danos provocados por situações juridicamente relevantes anteriormente não previstas. Novas perspectivas são introduzidas com fulcro a solucionar os novos conflitos instituídos.

Primeiramente, sobreveio a extensão da possibilidade de ocorrência de danos, atingindo um número cada vez maior de pessoas. Isto é, o reconhecimento de mais direitos, eminentemente no período após a Segunda Guerra Mundial, em âmbito mundial, e após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, aumentaram a esfera jurídica de proteção dos direitos da pessoa humana, e, como resultado, majoraram-se as possibilidades de dano. Os riscos deixam de ser individuais, tornando-se sociais: ocorre a coletivização do risco e, assim, a coletivização da responsabilidade civil. O dever de *neminem laedere* (A ninguém é dado causar prejuízo a outrem) passa, nesse contexto, a possuir um caráter social¹²⁹.

Ademais, a alteração da composição dos riscos fez surgir outro posicionamento doutrinário, com vistas a melhor suprir os conflitos sociais. Fala-se da *responsabilidade sem dano*, segundo a qual o risco de um dano grave e irreversível seria suficiente para a responsabilização do ator lesante. Segundo Tereza Lopez Ancona¹³⁰, ao menci-

129LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (coord.). RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 20013, p. 11.

130Ibidem, p. 10.

70 O risco de desenvolvimento...

onar o caso de uma possível contaminação por AIDS, que não pode ser confirmada de imediato, o dano de risco seria perfeitamente possível na prática. O dano, neste caso, é causado pelo risco de uma lesão futura.

Na atualidade, vivenciam-se, pois, novos riscos, os riscos da sociedade pós-moderna. Ensina Tereza Ancona Lopez¹³¹ que o risco zero não existe – “[...] a única certeza na sociedade é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados”¹³². Sempre, por menor que seja, haverá o risco residual, razão pela qual a função preventiva da responsabilização civil (princípios da precaução e prevenção), ganha novos contornos na atualidade.

Não se tenciona esgotar os avanços da responsabilidade civil, mas apresentar suas modificações mais importantes até atualidade com a finalidade de se compreender outra vertente que, também em decorrência da sociedade de risco, é de suma importância: a *responsabilidade civil no risco do desenvolvimento de produtos*.

Outra característica da atualidade fixa-se no alto consumo mundial, o desenvolvimento e introdução de bens no mercado é a principal característica mercadológica do capitalismo pós-moderno – ocorre uma constante renovação do que é oferecido aos consumidores. Parte desta renovação apresenta-se como benéfica, uma vez que, sem o constante aperfeiçoamento tecnológico atual seriam impossíveis as curas de diversas doenças, o avan-

131Ibidem, p. 5.

132LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 31. Mantém o posicionamento: A sociedade tenta, então, controlar ou até anular esses riscos. A segurança social e individual é um dos maiores anseios do ser humano. Almeja-se o risco **zero**, que não existe. Hoje, os maiores estudiosos da matéria mostram que o gerenciamento dos riscos é fundamental, mas que o risco zero é uma utopia, pois sempre haverá um risco **residual**, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos.

ço das telecomunicações, meios de transporte e a melhoria da longevidade humana. Visto por este ângulo, o incremento tecnológico é extremamente favorável.

Todavia, malefícios resultam desde desenvolvimento alígero¹³³ da tecnologia. Ao colocar um produto no mercado, é dever do fornecedor que teste este bem com os mais avançados recursos existentes ao tempo de introdução, com fim de evitar danos aos consumidores.

Há casos, porém, que mesmo analisados sob o estado da arte mais evoluído, através do uso do produto pela população e/ou o desenvolvimento tecnológico, constata-se defeito prejudicial antes impossível de verificação. Utiliza-se a conceituação de Tereza Ancona Lopez¹³⁴ para o risco do desenvolvimento:

São, portanto, aqueles riscos não passíveis de serem conhecidos pelo mais avançado estado da ciência e da técnica (“*state of the art*”) no momento de sua introdução no mercado de consumo. O **defeito** do produto, pois causou acidente ou dano, somente vem a ser percebido após um período de seu uso. Ou seja, quando o produto foi concebido e testado, segundo a mais avançada e apurada ciência e técnica, parecia seguro, pois foi usado todo o conhecimento disponível naquele momento (“*state of the art*”) objetivamente avaliado. O elemento-chave (“*l’ement-clef*”) do risco de desenvolvi-

133Rápido.

134LOPES, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189.

72 O risco de desenvolvimento...

mento é a impossibilidade de perceber a existência do defeito.

Desse modo, corroborando com os ensinamentos de Tereza, o defeito já existe no momento de colocação do produto no mercado, contudo passa desaparecido em decorrência da ausência de tecnologia suficiente para sua constatação.

Cita-se, a título exemplificativo, o caso base do medicamento Talidomida (Amida Nftálica do Ácido Glutâmico). Este medicamento foi criado na Alemanha, em 1954, inicialmente como sedativo¹³⁵. O medicamento era ministrado às grávidas para preliminar o enjoo matinal. Conforme houve sua utilização durante a gestação, os bebês começaram a nascer com terríveis danos físicos no mundo todo. A Associação Brasileira da Síndrome da Talidomida (A.B.P.S.T.)¹³⁶ apresenta os seguintes dados:

Contudo, a partir de sua comercialização, em 1957, gerou milhares de casos de Focomelia, que é uma síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao

135A talidomida foi sintetizada primeiramente como sedativo, em 1953, e causou um dos mais dramáticos episódios da história da medicina. Em 1957, foi comercializada como fármaco sedativo-hipnótico, amplamente vendido em países europeus, asiáticos, no Canadá e América do Sul, tornando-se o medicamento mais vendido na Alemanha Ocidental para o tratamento da insônia (POWELL, 1996; RAJE, 1999). A despeito de sua ampla comercialização nos continentes Europeu e Asiático, este fármaco, em diferentes especialidades farmacêuticas: Kavadon®, Sedalis®, Softenon®, Distartal®, Contergan®, entre outros, não obteve licença da FDA dos Estados Unidos da América para uso neste país (LIMA et al., 2001). FERREIRA, Filipe Galvão. POLLI, Michelle Carneiro. OSHIMA-FRANCO, Yoko. FRACETO, Leonardo Fernandes. Fármacos: do desenvolvimento à retirada do mercado.

Revista Eletrônica de Farmácia. Vol 6(1), 14-24, 2009.

136O que é Talidomida. Disponível em:

<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 21 set. 2014.

tronco do feto - tornando-os semelhantes aos de uma foca - devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos.

A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a sua retirada imediata do mercado mundial.

Tula Wesendonck¹³⁷ apresenta os seguintes dados:

O consumo do medicamento Coter-gan-Talidomida por mulheres grávidas, prescrito para aliviar os enjoos característicos da gravidez, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas (calcula-se que mais de 10.000 crianças em todo o mundo nasceram com malformações dos membros) que eram vítimas de “focomelia” pelo encurtamento dos membros. Importante referir que essas vítimas estão espalhadas pelo mundo todo.

Na Alemanha foram registrados mais de quatro mil recém-nascidos deformados fisicamente, e o fabricante do

137WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 38,n.2, p. 213-227, jul./dez. 2012, p. 213.

74 O risco de desenvolvimento...

medicamento teve que despende a quantia de cento e dez milhões de marcos para a compensação dos danos sofridos pelas vítimas.

Assim, no momento de introdução da droga no mercado, em 1954, o estado da técnica não conseguia constatar que um remédio para enjoos pudesse causar tantas deformidades nos fetos, defeito este identificado apenas a partir de seu uso pela população, e confirmado por estudos mais avançados.

Conforme informa Antonio Carlos Massabni, a talidomida foi retirada do mercado mundial em 1961¹³⁸. Contudo, a situação foi diferente no Brasil:

Apesar de ter sido retirada do mercado na Alemanha e Inglaterra no final de 1961, por total falta de informação quanto aos efeitos adversos já comprovados, o medicamento continuou sendo vendido em nosso país como uma droga "*isenta de efeitos colaterais*", pelo menos até junho de 1962 (Lenz, 1988). Nesse período (1958-1962), a talidomida foi comercializada em território nacional por diversos laboratórios farmacêuticos, sob diversos nomes de marca.

No período compreendido entre 1962 e 1965, a talidomida foi banida de quase todo o mundo. De acordo com informações obtidas junto à Associa-

138 MASSABNI, Antonio Carlos. **Talidomida**. Conselho Regional de Química. Publicado em 20/04/2010. Disponível em: http://www.crq4.org.br/quimica_viva_talidomida. Acesso em: 02 out. 2016.

ção Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida (ABPST), esse medicamento só foi de fato retirado do mercado brasileiro em 1965, ou seja, com pelo menos quatro anos de atraso. O número de vítimas ditas de primeira geração é estimado em cerca de trezentos. Segundo Lenz (1988), os casos que ocorreram no período compreendido entre agosto de 1962 e 1965 devem ser considerados como casos evitáveis da síndrome¹³⁹.

Cumprе ressaltar que, em 1965, foi descoberto que a Talidomida era eficaz no tratamento da Hanseníase, razão pela qual o medicamento foi reintroduzido no país. A BBC Brasil¹⁴⁰ noticiou, em 28 de julho de 2013, um estudo sobre a síndrome elaborado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), entre 2005 e 2010, de fácil controle, mas que continua causando vítimas.

O foco central desse exemplo está direcionado aos danos causados aos bebês vitimados pela Síndrome da Talidomida, efetivos danos causados pelo risco do desenvolvimento, que leva aos seguintes questionamentos: a quem pertencia a responsabilidade sobre as lesões causa-

139 OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda. SOUZA, Arthur Custódio Moreira de Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? In: **Cadernos de Saúde Pública**. v.15 n.1 Rio de Janeiro jan./mar. 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X1999000100011>. Acesso em: 02 out. 2016.

140 **TALIDOMIDA continua a causar defeitos físicos em bebês no Brasil**. BBC Brasil. 28 julho 2013. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2013/07/130725_brasil_talidomida_gm.shtml. Acesso 02 ago. 2014.

76 O risco de desenvolvimento...

das? Ao laboratório distribuidor do medicamento? Ao Estado, que distribuiu a droga? Aos médicos que a receitaram? As mães que fizeram seu uso?

No caso em tela, há a possibilidade de concessão de pensão especial aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), através das leis 7070/82 e 8686/93. Todavia, trata-se de caso especial que a Administração Pública trouxe para si a responsabilidade de manter os lesados.

Acerca de novos problemas que surjam decorrentes do risco do desenvolvimento, questiona-se: o que ocorre com os lesionados por outro problema causado nas mesmas condições? Será o risco do desenvolvimento uma exclusão da responsabilidade civil ou causa de responsabilização do fornecedor? O Estado possui alguma obrigação? E os consumidores lesados são obrigados a suportarem sozinhos, tal ônus?

Lidia Maria Rosa Garrido Cordobera¹⁴¹, autora argentina, é clara ao questionar a problemática: “[...] sitúa la discusión en definir quién asumiría las consecuencias nocivas de un producto que al momento del lanzamiento al mercado se consideraba inocuo, pero que pos-

141CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: Jornadas en Homenaje a A. Alterini, 12 de noviembre de 2013, Rosario: UNR. Disponível em:

[http://www.google.com.br/url?](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C)
[CsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C). Acesso: 27 dez 2014, p.1.

teriores investigaciones científicas demuestran su nocividade [...]”.

O risco do desenvolvimento é tópico ainda sem solução no direito pátrio, razão pela qual a dedicação ao tema é de importância ímpar para que não restem dúvidas quando da ocorrência de danos.

2.2 Fundamentos constitucionais da responsabilidade civil: a constitucionalização do direito civil e os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade como fundamento da indenização

O século XIX foi marcado como período em que se vislumbra a dicotomia entre direito público e direito privado com maior afinco: o primeiro garante os indivíduos perante as ingerências estatais, enquanto que o segundo possuía a função de assegurar autonomia aos indivíduos, mormente em seu campo econômico. Foi a era das grandes codificações, na qual os códigos civis, baseados no *Code de Napoleão*, ganham importância ímpar. Este século foi marcado pelo “[...] triunfo do individualismo, da explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular [...]”¹⁴²; este período caracterizou-se pelo individualismo, pelo paradigma liberal. Deste modo, denominou-se “Era das Codificações”, que ficou conhecida pela literatura jurídica civilista como a “Constituição do Direito Privado”, pois, naquela época:

142MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 237.

78 O risco de desenvolvimento...

O Código, para o direito privado, tem um papel verdadeiramente constitucional, no sentido de ser a Constituição dos Privados, contendo o estatuto completo dos cidadãos e incluindo, portanto, os limites à atividade do Estado em relação a eles. O direito privado existe, principalmente, para impedir as interferências do Estado.¹⁴³

As Constituições, eminentemente, no Estado liberal, não tocavam o direito privado, resumindo-se textos de limitação da interferência do Estatal na esfera do indivíduo, os quais desconsideravam os interesses sociais da população¹⁴⁴.

O século XX presenciou a modificação do paradigma individual para a ideia do Estado Social de Direito. A tutela dos indivíduos foi ampliada para além de seu patrimônio, incluindo-se a proteção ao trabalho, à educação, à cultura, à saúde, à seguridade social, entre outros. Este período traduziu-se nos valores de justiça social (justiça distributiva), alterando o cenário constitucional atual. O Estado tornou-se responsável por fazer prevalecer o interesse da coletividade, evitar abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana.

O final da Segunda Guerra Mundial pode ser indicado como marco para importantes alterações em todo o planeta. Juridicamente, o positivismo jurídico, como conhecido até a metade do século XX, entrou em crise; a segurança jurídica que justificou o sistema jurídico nazista induziu a necessidade de repensar os direitos do homem

143Ibidem, p. 24.

144Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 4.

e como encará-los; houve a revisão da valorização excessiva do formalismo e da lógica meramente dedutiva.

É, principalmente, a partir desse momento, que se inicia a rediscussão e a reformatação da visão dos direitos humanos. O conceito de justiça é reaplicado. A mudança de paradigma é perfeitamente compreendida pelas palavras de Gustav Radbruch¹⁴⁵, antigo defensor do positivismo:

Debemos buscar la justicia y atender al mismo tiempo a la seguridad jurídica, porque es ella misma una parte de la justicia, y volver a construir de nuevo un estado de derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos. La democracia es por cierto un valioso bien, el estado de derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el estado de derecho.

Assim sendo, no contexto histórico do período após Segunda Guerra Mundial, ocorreu a superação do positivismo jurídico, iniciando-se um movimento de constitucionalização dos direitos humanos e princípios com fulcro à preservação da dignidade humana. Dá-se início ao hoje denominado neoconstitucionalismo.

Trata-se de uma nova maneira de abordar a ideia de Constituição, através da revalorização do direito constitucional – há o movimento de difusão e positivação dos

145RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 51-52.

80 O risco de desenvolvimento...

direitos humanos no bojo dos textos constitucionais bem como o respeito à ideia de força normativa da constituição. As constituições deixam de ser apenas cartas políticas para abarcarem a proteção dos direitos humanos fundamentais. Deste modo, “[...] em síntese, a realidade do pós-guerra fez com que se aproximassem as ideias de constitucionalismo e as ideias de democracia apresentando como resultado uma forma nova de organização política”¹⁴⁶.

Ao colocar os direitos fundamentais como vinculantes da decisão da maioria, esse sistema torna-se o último critério de validade do ordenamento como um todo¹⁴⁷. Assim, “[...] o neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático e Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais¹⁴⁸”. Trata-se de:

[...] um conjunto de posturas que adquiriram um sentido comum ao buscar interpretar e explicar o direito dos Estados constitucionais, principalmente os que no pós-guerra e em repúdio aos recém depositos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constituição

146DEMARCHI, Clovis. CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **Da constituição ao neoconstitucionalismo**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4244.pdf> Acesso em 08 jan. 2014, p. 5679.

147CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

148Ibid., p. 29.

nalidade, através de um órgão especializado, normalmente o Tribunal Constitucional.¹⁴⁹

Neste diapasão, encontra-se o direito brasileiro vivenciando o neoconstitucionalismo, no qual há uma defesa ferrenha dos direitos fundamentais e um respeito maior ao direito constitucional. Apesar de críticas¹⁵⁰ contra sua caracterização, compreende-se, sua importância para a atual conjuntura do Estado Democrático Brasileiro, logo, por sua existência.

Com o advento do Regime Militar, em 1964, o Brasil passou por um período de exceção, no qual garantias individuais e sociais foram diminuídas ou nem existiam, tendo uma Constituição imposta pelo governo, sem a participação popular. Durante esse período, o governo reprimiu com violência todos os movimentos de oposição bem como restringiu o exercício da cidadania. Diversos direitos foram limitados ou suprimidos, o país vivenciou torturas, desaparecimentos, ilegalidades – período antidemocrático e supressor dos direitos humanos. Com a decadência do regime ditatorial e o início do processo de abertura política, passa a existir o anseio por uma nova Constituição, defensora dos valores democráticos.

Apesar da tendência global de defesa e institucionalização dos direitos humanos, o Brasil permaneceu

149DEMARCHI, Clovis. CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **Da constituição ao neoconstitucionalismo**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4244.pdf> Acesso em 08 jan. 2014, p. 5680.

150Para posição contrária, conferir: BULLOS, Uadi Iamego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

82 O risco de desenvolvimento...

alheio a isto até a abertura política, na década de 1980. Entre 1987/1988, uma assembleia constituinte foi reunida e trabalhou no desenvolvimento de uma nova Constituição. Neste contexto social, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Seu objetivo precípua foi assegurar diversos direitos e garantias suprimidas pelo Governo Militar, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais além de seguir a tendência global de positivação de direitos humanos de maneira alargada. Estabelecendo, assim, a democracia no Brasil e a instituição de uma nova ordem constitucional, a qual, conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade, representou o rompimento com:

[...] aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo de tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente.¹⁵¹

A Constituição Federal de 1988, pelo teor do seu texto, apresentou-se, de forma irrefutável, como a conclusão das lutas sociais que buscavam o estabelecimento de uma ordem constitucional, que tivesse como fundamento a democracia e a busca da proteção e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, demonstrando, assim, como um instrumento normativo para afastar e extirpar todo o ranço instituído pelo regime constitucional anterior. E isto fica evidente ao passo que o legislador constitu-

151BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil. Brasília:** OAB, 2006, p. 455.

inte de 1987/1988 instituiu como fundamentos¹⁵² e objetivos¹⁵³ fundamentais a proteção da soberania estatal, a prevalência da dignidade da pessoa humana, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Deste modo, o compromisso ideológico e normativo trazido pela Lei Fundamental de 1988 demonstrou o espírito do legislador constituinte de estabelecer, no Brasil, uma nova modalidade de Estado, o qual teria como bases mestras a proteção da dignidade da pessoa humana e a realização da justiça social. Assim sendo, foi instituído o *Estado Democrático de Direito*, consoante determina a redação do *caput* do art. 1º da Constituição Federal de 1988, ao trazer que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.”

Diante deste quadro normativo, o legislador constituinte, na busca garantir e criar possibilidades de concretização dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil, mormente o estabelecimento de um regime político democrático no país, a superação das desigualdades sociais existentes e a instauração um regime constitucional que possibilitasse a realização da dignidade humana e da justiça social. Para tanto, houve o reconhecimento da força normativa da Constituição, o que trouxe imperatividade às normas garantidas constitucionalmente.

Nesse contexto pós-positivista, os valores mais caros à sociedade encontram guarida constitucional na for-

152Os fundamentos da República Federativa do Brasil estão dispostos nos incisos do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

153Os objetivos da República Federativa do Brasil estão dispostos nos incisos do art. 3º da Constituição Federal de 1988.

84 O risco de desenvolvimento...

ma de princípios. Assim, não mais se solucionam os casos concretos através da subsunção do fato às regras, mas através do sopesamento dos princípios jurídicos¹⁵⁴. Assim, há uma interpretação constitucional da legislação ordinária, a qual “[...] partindo da exigência de realizar a legalidade constitucional, adapta os próprios instrumentos hermenêuticos à exigência primária de realização dos valores fundamentais”¹⁵⁵.

O efeito dessa alteração hermenêutica encontra-se na constitucionalização do Direito Civil, isto é, o direito civil passou a ser permeado pelo texto maior, buscando sua fundamentação na Constituição Federal. A expressão *constitucionalização do Direito Civil* pode ser definida como a elevação dos princípios civis ao plano constitucional, o que passa a condicionar os indivíduos, tribunais, legislação infraconstitucional¹⁵⁶. Para Flávio Tartuce¹⁵⁷:

154ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90-91. Diferencia os princípios das regras: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

155PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 573.

156LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 3.

157TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 122.

Vislumbramos o *Direito Civil Constitucional* como uma harmonização entre os pontos de intersecção do Direito Público e do Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de direito privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais.

Ante a força normativa das normas constitucionais, supera-se a rígida dicotomia entre o direito privado e o público, e resta mais evidente a tendência à descodificação do direito civil e ao surgimento dos microssistemas jurídicos de proteção, como o microssistema de defesa do consumidor, que é responsável por uma melhor guarida deste vulnerável. A Constituição, em suma, tornou-se um filtro, através da qual se compreende o Direito Civil, na proteção da dignidade da pessoa humana, implicando em sua despatrimonialização.

Conclui-se que a constitucionalização do direito civil propõe a releitura deste pelo viés constitucional, a partir de seu rol axiológico, e, neste sentido, preceitos como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia material permeiam o direito civil.

A compreensão de Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁵⁸ acerca das obrigações merece especial relevo: “O paradigma do individualismo e do sujeito de direito abstrato foi substituído pelo da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, notadamente no direito das obrigações, que impulsionou intensa transformação de conteúdo e

158LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 3.

86 O risco de desenvolvimento...

fins”. A responsabilidade civil inclui-se na ideia de obrigações¹⁵⁹, razão pela qual dignidade e solidariedade são compreendidas como seus fundamentos constitucionais.

O primeiro fundamento constitucional da responsabilidade civil ora defendido corresponde à solidariedade. O termo possui diversos significados e vieses, cabendo ao presente trabalho a análise direcionada à responsabilidade civil.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁰⁻¹⁶¹ fundamenta a responsabilidade objetiva no princípio constitucional da solidariedade social. O foco da responsabilidade deixa a punição do agressor para voltar-se à preocupação com a vítima, seja através da precaução e prevenção, seja no momento reparatório. Adalberto Pasqualotto¹⁶² explica que a responsabilidade civil, atualmente, afasta-se do individualismo e do voluntarismo jurídico e fundamenta-se num dever de solidariedade social, com base em uma responsabilidade sem culpa.

O responsável pelo dano, neste contexto, passou a ser aquele que provocou o risco causador da lesão, abrindo-se a possibilidade de socialização dos custos com toda a sociedade. A vítima deixou de suportar sozinha os

159Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

160MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 400.

161MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, passim. Compreende pela impossibilidade de justificar responsabilidade subjetiva e objetiva conjuntamente. Ao presente trabalho interessa apenas a segunda.

162PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Seção do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1994, p. 78.

resultados maléficos dos riscos originados da pós-modernidade, razão pela qual:

O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é unitário e deve ser buscado na concepção solidarista de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer com o ato danoso esteja vinculado.

[...]

Em decorrência do princípio constitucional da solidariedade social, pois, distribuem-se e socializam-se as perdas e estendem-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano (injusto ou injustificável) da vítima para os responsáveis pelo ato ou pela atividade, bem como para os pais, tutores e curadores, empregadores etc¹⁶³.

Deste modo, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶⁴ conclui que a Constituição trouxe três valores que marcaram a transformação da responsabilização civil, quais sejam, a primazia do interesse da vítima, a reparação máxima do dano e a responsabilidade social.

163MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 404.

164LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

88 O risco de desenvolvimento...

Ademais, Léon Bourgeois¹⁶⁵, compreendido como o pai do solidarismo, apresenta tese interessante: para o autor, o fundamento do Direito é a justiça, e esta somente pode ser compreendida a partir da noção de solidariedade – ou os homens são inteiramente livres e adimplem seu dever de justiça ao não interferir na liberdade alheia, ou os homens nascem conectados e tiram proveito desta relação, não podendo existir sozinhos, descumprindo seu dever se não colaborarem efetivamente com o toda, viola-se a justiça (para Daniel Ustárroz¹⁶⁶, Bourgeois liga-se à segunda hipótese); assim, trata-se da ideia de um *quasi contrat social* (quase contrato social)¹⁶⁷. As razões que motivam a associação a este quase contrato social são:

[...] é a esperança de uma certa equivalência na situação social de cada um, a coletivização de certos riscos e de certas vantagens; é a esperança de encontrar no livre desenvolvimento das suas atividades o meio de conquistar o bem-estar; é a esperança de observar o desaparecimento das desigualdades arbitrárias e artificialmente adicionadas pelo homem às desigualdades naturais¹⁶⁸.

Encontra-se na era em que este *contrato* passa a ser privado, coletivo e mutual; a atual situação da sociedade, que se vê perante um aumento exacerbado de vantagens e, ao mesmo tempo, de riscos, direciona à ideia de mutualização de ambos, abandonando-se a responsabili-

165O autor parte da noção biológica para desenvolver sua teoria.

166BOURGEOIS, Léon. Apud USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

167Ibidem, 2014, passim.

168Ibidem, 2014, p. 30.

dade de cunho individual para um *dever de responsabilidade mutual* – o quase contrato de associação justifica uma repartição equitativa dos encargos e proveitos, razão pela qual a mutualização leva à justiça reparadora das desigualdades naturais¹⁶⁹.

Por fim, o último ponto que merece destaque acerca de Léon Bourgeois é a sugestão do autor da coletivização da responsabilidade pelos riscos, devendo a sociedade assumir parte dos custos para compensar os riscos assumidos pelos indivíduos¹⁷⁰. A visão do autor será relevante na discussão da possibilidade de instituição dos fundos de compensação para a indenização dos danos causados pelo risco do desenvolvimento.

Ademais, essencial o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como suporte axiológico da responsabilidade civil. O instituto tornou-se símbolo do direito pós-moderno, que funciona como um valor-fonte à existência da pessoa humana, edificando seus princípios à luz da solidariedade social e da ética¹⁷¹⁻¹⁷².

A constitucionalização da dignidade como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana tornou-a o valor máximo pelo ordenamento; é através da dignidade da pessoa humana que se abandona a visão patrimonialista e volta-se ao personalismo ético. Além de fundamentar o próprio texto constitucional, tornou-a princípio embasador de toda legislação infraconstitucional brasileira.

A dignidade da pessoa humana, como viga mestra do ordenamento jurídico brasileiro¹⁷³, infiltra-se no direito civil, completando-o com seu conteúdo axiológico. A res-

169Ibidem, 2014, passim.

170Ibidem, 2014, passim.

171AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

172Conceituação de dignidade da pessoal humana constante no item 2.2.

90 O risco de desenvolvimento...

responsabilidade civil não foge à influência deste postulado, devendo se pautar pela máxima eficácia conferida a este princípio. É sob um contexto social, no qual há o privilégio do ser humano sobre o patrimônio¹⁷⁴, que se tem a responsabilidade civil fundada na dignidade humana.

A responsabilidade civil tornou-se o modo pelo qual, instaurado o dano indenizável, “[...] não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social”¹⁷⁵.

Contexto no qual a discussão da dignidade humana deve ser posicionada caracteriza-se pela sociedade de risco, por meio de uma mudança de paradigma na pós-modernidade alteração a concepção de direito - a segurança cega na ciência, vivenciada no século XIX, perdeu espaço para uma constante de riscos. A nova realidade requereu alteração do Direito:

No decorrer do século XX, porém, a segurança foi sendo irreversivelmente corroída. Como reflexo do novo panorama, pleno de incertezas, o legislador começa a utilizar-se de uma diversa linguagem normativa, passando a adotar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que, ao abri-

173AGUIAR, Marcelo Souza. A dignidade e a constituição cidadão de 1988. In POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza (Coord.). **Ensaio sobre filosofia do direito**: Dignidade da pessoa humana, democracia, justiça. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2011, p. 29-48, p. 29. Entende que “A Dignidade da pessoa humana é o cerne e o núcleo de sentido do ordenamento jurídico brasileiro”.

174SOARES, Renzo Gama. **Responsabilidade Civil Objetiva**: Pressuposto e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

175MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

rem amplo espaço ao intérprete, acabam por acentuar a sensação de indeterminação e de insegurança perante o direito.

Adverte-se então a necessidade de individuar os princípios jurídicos que devem direcionar cada interpretação - aplicação do direito, de os referir continuamente para se enfrentarem as tendências de mais longo prazo e de os adotar para o preenchimento, em cada caso, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais funcionam, assim, como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações intersubjetivas¹⁷⁶.

A dignidade da pessoa humana, desta maneira, é o fundamento último do ordenamento. Sua determinação, no que tange à responsabilidade civil, centra-se na preocupação voltada à vítima. Seja através da prevenção e precaução dos riscos enfrentados pela sociedade pós-moderna, seja através da reparação aos danos que acometem a população, a responsabilização civil possui, como função precípua, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

176Id. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil- constitucional. Rio de Janeiro: Renovar,2010, p. 322.

92 O risco de desenvolvimento...

2.3 Revisitando os pressupostos da responsabilidade civil: visão atual dos elementos constituintes da responsabilização

A responsabilidade civil encontra grande relevância uma vez que é responsável por preservar o princípio do *neminem laedere*. Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁷⁷ entende que, tratando o instituto de maneira mais ampla, trata-se de instituir “[...] mecanismos de garantia da integridade da pessoa humana, preservando-lhe a existência dignidade, afinal valor básico do ordenamento, no Brasil elevado a princípio fundamental da República”.

Louis Jossierand¹⁷⁸ relata que, ao seu tempo de estudante, a responsabilidade civil possuía menor importância e, portanto, era tratada apenas em uma única aula por seu professor; após, explica o autor que o tema passou a tomar grandes proporções no século XX, completando que, “Na verdade, a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: é a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas”.

O doutrinador, ainda, é enfático ao explicar que a causa mais tangível para a aceleração da responsabilidade civil liga-se ao aumento dos acidentes vislumbrados através dos tempos¹⁷⁹. As modificações vivenciadas, principalmente, a partir da revolução industrial, com a presença massiva das máquinas, meios de transporte dife-

177GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. LUTUFO, Renan (coord.) Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

178JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Forensense. Julho 1941, p. 52.

179 Ibidem, 1941, p. 52.

renciados, as armas de fogo mais modernas, as grandes cidades, entre outros fatores, fizeram com que a realidade se modificasse, introduzindo-se a figura da vítima que necessitava de reparação ante o acidente sofrido.

O final do século XIX e início do século XX presenciaram o aumento de acidentes e, assim, a revolução pela qual passou o instituto da responsabilidade civil e seu ganho de importância. Já no fim do século XX e início do século XXI, as necessidades decorrentes dos novos tempos exigem respostas ainda mais eficientes e condizentes com a proteção da pessoa humana, imputando à responsabilidade civil, novas funções outrora não consideradas, objetivando não só a reparação do dano, como também sanção, dissuasão, educação. Assim, quatro são suas funções básicas.

Em primeiro lugar, está a finalidade de ressarcimento do dano: função reparatória, também conhecida como compensatória, ressarcitória ou indenizatória. Estão inseridos nesta a indenização por danos patrimoniais, objetivando reparação de cunho econômico; ressarcimento por danos morais ou estéticos (minorando o sofrimento do indivíduo). Este desígnio liga-se à preservação da vítima, considerando-se que o lesado carece de contraprestação ao prejuízo sofrido.

O desequilíbrio causado pelo ato lesivo é, igualmente, objeto de cuidado do instituto ora em análise. Compete-lhe a função de devolução da vítima ao *status quo ante*, na tentativa de retorno à realidade anterior ao dano.

Outrossim, apenas ressarcir o dano não se faz suficiente ante a realidade vivida no século XXI, razão pelo qual cumpre, à responsabilidade civil, punir proporcionalmente o infrator (retribuição), com fulcro a evitar novas

94 O risco de desenvolvimento...

lesões (prevenção geral), principalmente advindas do próprio lesante (prevenção específica)¹⁸⁰. Trata-se da cognominada função sancionatória (ou punitiva), a qual se assemelha à responsabilidade criminal, pois impõe um sacrifício ao agente.

Paralela à função sancionatória, a preventiva intenta coibir novas práticas similares ao obrigar o lesante à reparação do dano. A função dissuasora pretende obstar que o próprio autor torne a cometer o mesmo ato, servindo de exemplo aos demais indivíduos da sociedade. Sua importância encontra-se na tentativa de educação da população para a redução de avarias que poderiam ser evitadas.

Salienta-se que Fernando Rodrigues Martins¹⁸¹, utilizando-se da doutrina de Guido Alpa, ensina que existem outras duas funções da responsabilidade civil: a função de distribuição da perda e a função de alocação dos custos. Ensina, ainda, que é dever da vítima mitigar o próprio dano. A teoria do “*duty to mitigate the loss*”, originária do direito norte-americano, manifesta-se no dever do titular do direito (credor), na medida do possível, minimizar a esfera de extensão do dano sofrido, com base no princípio da boa-fé objetiva. A *III Jornada de Direito Civil* criou, no mesmo sentido, o enunciado n° 169 (“princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”).

Essa guinada no dever de boa-fé objetiva, outrora pertencente apenas ao lesante, demonstra que a respon-

180CF. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 460.

181 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Função ética da responsabilidade civil e o dever da vítima em mitigar a perda**. *Carta Forense*. 04/07/2011. Disponível em:

sabilidade civil continua sua evolução como fulcro mais voltado à prevenção e precaução, em detrimento do ressarcimento, razão pela qual é certa que todas as funções ora apresentadas possuem fim importante neste campo.

Os defeitos de produtos colocados no mercado de consumo encontram amparo nas funções da responsabilidade civil - o fornecedor de produtos possui a obrigação de tentar coibir os danos causados por estes bens. Ocorrendo a lesão, aplicam-se as penalidades constantes no CDC com vistas à reparação da lesão; punição do autor; prevenção de novos casos; distribuição da perda sofrida pelo consumidor, evitando que suporte o dano causado pelo fornecedor; e alocação dos custos através da pulverização do prejuízo no mercado consumidor.

No que se refere ao risco do desenvolvimento, inquietação existe acerca das funções, havendo certeza apenas quando se firmar a direção a ser tomada em *terra brasilis*. Há depender da escolha entre tornar o risco por desenvolvimento de novos produtos como excludentes de responsabilidade ou motivo de imputação, diferentes resultados serão encontrados.

Concluir qual vertente doutrinária deve ser vitoriosa nessa miríade de linhas doutrinárias é o objetivo principal intentado. Para tanto, cumpre compreender como os pressupostos da responsabilidade civil alteraram-se.

Os pressupostos da responsabilidade civil constituem-se em tema que apresenta divergência na doutrina pátria. Em seu sentido clássico, a responsabilidade civil descansa sobre o tripé culpa (ou dolo), dano e nexo causal. Por muito tempo a doutrina foi fiel a esta aceção, todavia, os estudiosos tendo assimilado novas concepções.

96 O risco de desenvolvimento...

Fernando Noronha¹⁸² é destaque nesta modificação ao apresentar os pressupostos como o fato antijurídico, o nexo de imputação, o dano, o nexo de causalidade e a lesão do bem protegido, estrutura compreendida como mais completa e adequada ao estudo da responsabilidade civil, no âmbito da sociedade de risco, e, por isto, corrente adota.

O *fato antijurídico*¹⁸³ constitui-se no evento que dá causa ao dano. Consiste em conduta comissiva ou omissa provinda de uma pessoa ou de um fato natural que ofenda a esfera juridicamente protegida de terceiro. Salienta-se que a antijuridicidade é aqui considerada em seu sentido amplo, considerando todo ato que contradiga disposições legais, e não apenas uma conduta culposa ou dolosa do agente responsável.

Os ilícitos são atos danos praticados de forma comissiva ou omissiva que não configurem legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito, isto é, que não possua nenhuma excludente de ilicitude, que afastaria a responsabilidade civil do agente. Orlando Gomes¹⁸⁴ dispõe que “O ato antijurídico é ilícito quando pessoa capaz de entender e querer, violando norma jurídica por ação ou omissão culposa, lesa direito subjetivo de outrem, causando-lhe dano suscetível de avaliação pecuniária”.

Compreende-se que, no Código Civil Brasileiro de 1916, dominava, salvo exceções, a responsabilidade sub-

182NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

183GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57 e 58.

184GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57 e 58. Grifo no original.

jetiva, razão pela qual os fatos antijurídicos comumente eram fatos humanos culposos (art. 159). O novo Código Civil, por seu turno, modifica esta realidade, introduzindo a objetivação da responsabilidade civil (art. 186, parágrafo único; art. 927 e ss.) e a possibilidade de o fato antijurídico não necessitar da ocorrência da culpa *lato sensu* (entendida como a culpa *stricto sensu* e o dolo) para que haja a responsabilização, bastando que a atividade envolva risco para os direitos de outro.

Assim, a introdução da cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002 introduziu uma nova categoria de responsabilização, qual seja, aquela prescindível de um ato ilícito. Uma atividade lícita, mas que gere riscos, também pode ser responsabilizada por danos causados a partir de suas ações ou omissões. Esta é a conclusão de Roberto Altheim¹⁸⁵:

De acordo com as lições aqui expostas, a noção de ato culposo ou doloso e as diversas situações previstas em lei geradoras de indenização independentemente de ilicitude formam um rol de hipóteses para as quais surge a responsabilidade civil. Este rol é construído a partir da interpretação dos textos legais de forma prévia à ocorrência concreta dos danos. Desta forma, a idéia de ato ilícito somada às hipóteses legais de responsabilidade civil independentemente de culpa previstas pelas diversas leis possibilitam a construção de um "sistema-perito" da res-

185ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. Dissertação UFPR. Curitiba 2006, p. 96.

98 O risco de desenvolvimento...

ponsabilidade civil. Esta construção está em perfeita sintonia com o que pretendia o "mundo da segurança", pois a todas as pessoas era possibilitado prévio conhecimento dos atos que, uma vez praticados, poderiam gerar dever reparatório na medida em que causassem danos.

No direito de proteção ao consumidor, resta claro que o elemento culpa não é parte dos pressupostos que embasam os acidentes de consumo (a depender do caso, também os defeitos), pois o sistema do CDC foi concebido sob o manto da responsabilidade objetiva. Apenas os profissionais liberais respondem de forma subjetiva¹⁸⁶.

Nesses termos, questiona-se se o suporte fático de responsabilização dos fornecedores inclui, ou não, o ato antijurídico como elemento essencial para sua consecução. Utilizando-se da doutrina de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹⁸⁷, compreende-se que o legislador estabeleceu “[...] uma presunção relativa de ilicitude pela simples colocação no mercado de um produto ou serviço que se mostre inseguro e cause danos a um consumidor”. Assim, o pressuposto “ato antijurídico” encontra-se, de forma implícita, no fato gerador da responsabilidade civil consumeristas, baseada na teoria do risco.

186Art. 14, CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

187SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 107.

O *dano*, outro pressuposto da responsabilidade civil, é o prejuízo sofrido em face de um fato antijurídico, seja em relação à pessoa humana, individual ou coletiva, seja a coisa juridicamente tutelada. A responsabilização ocorre quando o dano originar de fatos ou atos antijurídicos. O dano, em sentido amplo, significa a ocorrência da lesão de um direito subjetivo e, em sentido estrito, “la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales – una sanción patrimonial”¹⁸⁸. Esta é a concepção relevante à responsabilidade civil.

Decorre o dano de alguns requisitos, sem os quais não encontra guarida para imputar obrigação ao lesante. Há a necessidade de violação a um interesse jurídico tutelado, haja vista que o ordenamento jurídico apenas cuida daquilo que lhe é objeto. Ademais, o dano deve ser certo – não de indenizam lesões hipotéticas. A subsistência do dano também é requisito para sua existência; lesão já recomposta não é passível de indenização.

Nota-se, primeiramente, que o dano se constitui na consequência prejudicial da violação de um bem protegido, já que nem toda violação gera prejuízo. Violar um bem configura apenas o ato antijurídico, transformando-se em dano quando houver estrago. Ainda, deve-se entender que o fato do dano se originar a partir de fato antijurídico é que tornará a lesão antijurídica (elemento a ser analisado em breve)¹⁸⁹. Assim, só há a proteção do bem

188ALTERINI, Atilio Anibal. **Responsabilidade civil: Limites de la reparación civil**. Contornos actuales de la responsabilidade civil. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p.123.

189NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 580.

100 O risco de desenvolvimento...

se ele for juridicamente protegido, houver prejuízo e a lesão for injusta.

Observa-se que há diversas correntes doutrinárias com relação à classificação dos danos - compreendendo-se, atualmente, por uma tríplice divisão: os danos materiais, físicos e morais.

Se a lesão recai sobre os bens que formam o patrimônio de um indivíduo, “la significación del daño se contrae y se concreta em el sentido estricto de daño patrimonial”¹⁹⁰. Os danos, também chamados de materiais, relacionam-se a um prejuízo causado patrimônio de pessoas, físicas ou jurídicas, seja por uma diminuição patrimonial configurada pelo fato antijurídico (danos emergentes) ou por vantagens que se deixaram de auferir em decorrência do evento (lucros cessantes).

Os danos físicos, ou pessoais, atingem o corpo da pessoa humana, seja ele apenas uma lesão superficial, seja uma deformidade irreversível. Incluem-se, nesta categoria, os danos estéticos, que agridem não só o corpo, como também a fisionomia da pessoa, a imagem com a qual se relaciona com o mundo.

Os danos morais, por fim, constituem-se numa “ofensa à cláusula geral (e ao princípio) de tutela da pessoa humana e que, por isso, deverá ser preenchida pelo intérprete no caso concreto, que também estabelecerá as conseqüências dessa informação”¹⁹¹.

190ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 9 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 159.

191MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo ÚNICO, DO Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coordenadores). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. Série grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 95-96.

Ademais, os danos, com as modificações introduzidas pela Revolução Industrial, deixaram de ser caracterizado apenas com relação ao indivíduo (danos individuais), para também proteger a coletividade, seja esta um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (interesses ou direitos coletivos), ou seja, ela indivisível, ligando titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (interesses ou direitos difusos), conforme introduziu no ordenamento pátrio o art. 81 do CDC.

Questão que merece referência é o dano reflexo. Denominado também de dano em ricochete, *dommage par ricochet*, traduz a situação em que uma mesma ação ou omissão atinja não só uma vítima direta, mas pessoas ao seu redor. Inovação trazida da França, o reflexo do dano em indivíduos ligados à vítima encontra abrigo na jurisprudência pátria¹⁹².

Por fim, no que tange à lógica consumerista, o dano é parte do fato gerador da responsabilidade civil em razão da necessidade de ocorrência de um acidente de consumo para que a efetiva reparação seja devida.

O *nexo de causalidade*, em seu turno, relaciona o dano ao fato gerador. Por meio deste pressuposto, determinam-se quais as lesões são consequências do evento. Busca-se, aqui, compreender qual fato deu origem aos efeitos danosos – permite o nexo causal que o fornecedor de produtos seja responsabilizado por danos ao consumidor. Tarefa aparentemente simples, definir a causalidade de um evento encontra percalços ao longo do estudo

192BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília. REsp 876.448/RJ. Relator: Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe 21/09/2010. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820017/julgado-do-superior-tribunal-de-justica-universidade-responde-por-aluna-baleada>. Acesso em: 10 dez. 2014.

102 O risco de desenvolvimento...

ante a variedade de teorias que se passa a analisar (há situações complexas em que há concorrência entre várias causas, dificultando a definição de quem é responsável por garantir o consumidor).

A *teoria da equivalência das condições* (dos antecedentes causais ou teoria objetiva da causalidade ou da condição *sine qua non*) aduz que todos os eventos que, de alguma forma, contribuíram para a ocorrência do fato lesivo, são consideradas como causas. Todo e qualquer antecedente do fato deve ser considerado como elemento causal (indivisibilidade de condições). A equiparação das condições perfaz que estas sejam consideradas concausas.

Essa conjectura, aceita em diversos países, inclusive pelo Brasil, no art. 13 do Código Penal, apresenta séria desvantagem - há a ampliação infinita das concausas e o dever de reparação é imputado a autores incalculáveis. Em um assassinato, desde o disparo doloso até a compra do ferro para produção da arma de fogo contribuiriam para o crime, incluindo até o produtor de ferro na responsabilização.

A segunda teoria é denominada de *causa eficiente*, a qual expõe que, dentre todas as concausas, aquela que maior eficácia para causação do evento vincula-o ao responsável. Menezes Cordeiro¹⁹³ apresenta crítica a esta teoria, ensinando que qualquer das causas pode ser a mais eficiente, razão pela qual o autor a entende como uma fórmula vazia.

193CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2º volume: Direito das Obrigações. 3º tomo: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 533-534.

O problema em aplicar a teoria da causa eficiente fez surgir uma tentativa de adaptação: teoria da preponderante e da causa relevante. A sua finalidade é de investigar a “[...] previsibilidade objetiva, incluindo a estipulação do tipo penal e o resultado, com a relevância sendo adquirida no momento em que o ato se mostre proporcional e adequado para a produção do dano estipulado no tipo penal”¹⁹⁴ – esta pesquisa é elaborada de maneira abstrata. A desproporcionalidade que atinge alguns indivíduos acabou por tornar esta teoria não aplicável.

Frota¹⁹⁵ apresenta, com base em Antolisei e Soler, *a teoria da ação humana ou da causa humana*. Baseia-se num conjunto de forças que a pessoa domina nos eventos que possam causar o dano. O juiz resolve a pendenga verificando toda ação humana e toda a força produtora supercausal (vontade do ser humano), considerando a probabilidade, possibilidade de a ação gerar a causalidade. Indaga-se, nesta, se o sujeito é autor determinado para o resultado obtido. Conclui o autor por um certo acolhimento, no Brasil, desta teoria pois o juízo de valor é elaborado a partir a ideia de razoabilidade.

Na *teoria da causalidade adequada, teoria da regularidade ou teoria subjetiva da causalidade* não se considera todas as condições que contribuíram para o evento com causas deste, apenas, segundo um juízo de probabilidade, o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado – aquele que melhor se adequa à ocorrência. Causa, assim, é aquele que melhor se relaciona com o resultado lesivo.

194 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por Danos**. 274 f. Tese –Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 05 jul 2013. P.69.

195Ibidem, p.69-70.

104 O risco de desenvolvimento...

A teoria subjetiva da causalidade apresenta uma dupla formulação. A formulação positiva a causa será adequada quando o evento lesivo for consequência natural ou efeito provável daquele. Na formulação negativa pesquisa-se se a causa em análise é inadequada ou adequada para a produção do dano. Há preferência pela adoção da formulação negativa, primazia esta que influi na responsabilidade civil consumerista, a ser analisada futuramente.

Bustamante Alsina¹⁹⁶, autor argentino, explica a *teoria do seguimento ou da continuidade da manifestação danosa*. Criada por Noël de La Bâtie permite estudar os acontecimentos de uma cadeia natural até o ponto que em que se encontra a causa idônea do fato. É a conjunção dos fatos, e não apenas um isoladamente, que é considerado a causa do dano – sua importância encontra-se nas situações de *daños em casada*, situações em que seria mais difícil a aplicação da teoria da causalidade adequada.

Outra teoria surgida para explicar o nexo de causalidade é a denominada *dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal*. Diversas são as opções apresentadas para esta vertente, todas com ponto de encontro de que resta interrompido o nexo quando houver uma violação por parte do credor ou de terceiro. E, ainda, utilizando-se da subteoria da necessidade, admite-se o rompido do nexo quando ocorre um fato natural que

196ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 9 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 271.

seja a causa necessária do dano¹⁹⁷. Volta-se a lidar com a multicausalidade.

Por meio da teoria da *breach of statutory duty* (teoria da norma violada, da causalidade normativa, da relatividade aquiliana ou do escopo da norma), alvissara-se a causalidade por meio da análise entre a norma e o suporte fático ocorrido. Utiliza-se da causalidade jurídica, isto é, afere-se o nexó através do confronto entre norma e a realidade. Neil Foster¹⁹⁸ ensina que “The law of breach of statutory duty addresses the circumstances in which a private remedy exists, as well as the conditions under which it can be exercised”.

Através da *teoria da causalidade específica e da condição perigosa*¹⁹⁹, responsabiliza-se o indivíduo pelo dano advindo do risco criado por ele. Aplica-se aos casos de responsabilidade objetiva em que há um risco anterior criado.

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, cumpre compreender qual teoria perfilhada. Paulo de Tarso V. Sanseverino²⁰⁰ apresenta o nexó causal como pressuposto da responsabilidade civil (elemento indispen-

197FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexó causal e a responsabilidade por Danos**. 274 f. Tese –Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 05 jul 2013. P. 82.

198FOSTER, Neil. **The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty**. http://sydney.edu.au/law/slr/slr_33/slr33_1/Foster.pdf . SYDNEY LAW REVIEW [VOL 33:67 p. 68

199Cf. BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental**. Florianópolis: UFSC, 2012. 383 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2012.

200SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 235-236.

106 O risco de desenvolvimento...

sável) e como medida para obrigação de indenizar (limite para os danos indenizáveis).

Acrescenta o Ministro do STJ a necessidade de análise da questão em duas perspectivas: a) as principais teorias explicativas da relação de causalidade; b) as principais teorias relacionadas à pluralidade de causadores do dano. O autor, na primeira conjectura, comparando entre a teoria da causalidade adequada e da equivalência de condições, ensina que o STJ dá preferência à primeira²⁰¹. No âmbito de proteção do consumidor, elucida:

No que concerne apenas à responsabilidade por acidentes de consumo, a teoria da causalidade adequada é a que melhor se aplica, devendo ser tomada na sua formulação negativa em combinação com a condicionalidade da teoria da equivalência das condições. Compete à vítima do acidente de consumo demonstrar a relação de causa e efeito entre os danos sofridos e determinado produto ou serviço. Essa prova do nexos causal nem sempre é fácil, pois, freqüentemente, torna-se difícil o estabelecimento desse vínculo causal entre o produto ou o serviço e os danos sofridos pela vítima, apesar da realização de provas técnicas²⁰².

Passando-se ao segundo cenário, apresentam-se duas teorias. A primeira concerne sobre a concausalidade

201Ibidem, p. 244-245.

202SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 244-245.

—quando o dano não ocorre senão por uma concatenação de causas. A responsabilidade entre todos os agentes, nesta, é solidária.

Ademais, com fulcro a resolver a questão da multiplicidade de causas, há a teoria da causalidade concorrente, na qual eventos simultâneos ou sucessivos provocam o dano e, se ocorressem isoladamente, também o fariam. Ambas têm aptidão para provocar o evento lesivo. Em matéria de direito civil, ocorrendo simultaneidade, há responsabilização solidária, acorde o art. 942 do Código Civil.

No CDC houve o acolhimento de ambas as teorias, haja vista que, no art. 7º, parágrafo único, determina a responsabilidade solidária quando a ofensa possuir mais de um autor, bem como o parágrafo 1º e 2º do art. 25, que impõem a responsabilidade objetiva a todos que deram causa à lesão, incluindo-se o fabricante, construtor, importador e incorporador.

Ainda, a causalidade alternativa também encontra lastro no CDC. Nesta, uma só conduta causou a lesão, contudo é impossível identificar, entre as várias situações, qual o fez. Por conseguinte, “O dano é causado por uma pessoa indeterminada que participa de um grupo determinado, embora seus integrantes não apresentam vínculo entre si, não se conseguindo estabelecer com precisão qual dos componentes do grupo é causador do dano”²⁰³. Essa é outra teoria igualmente aplicável ao CDC, no que tange às dificuldades encontradas pelo consumidor, em muitas ocasiões, em definir quem, de fato, causou o dano. O art. 13, do CDC, que impõe a responsabilidade subsidiária do comerciante quando “I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser

203Ibidem, p. 250.

108 O risco de desenvolvimento...

identificados” e quando “II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador”, dentre outros.

Quanto ao elemento *nexo causal*, a utilização concomitante destas três teorias garante maior alcance de amparo destinado ao consumidor uma vez que se alarga a possibilidade de efetiva proteção à vítima.

Outro elemento que forma o instituto da responsabilidade civil versa sobre o *cabimento no âmbito da norma violada* ou *lesão do bem jurídico protegido*, isto é, para que o dano seja passível de reparação deve ofender um bem jurídico tutelado. Este elemento é introduzido para suprir insuficiências em delimitar os danos indenizáveis enfrentado pelo pressuposto da causalidade²⁰⁴. É a norma jurídica que define seu objeto de proteção e, logo, aquele que é o sujeito da reparação civil no caso de lesão ao bem agasalhado pelo ordenamento jurídico.

Almeja-se saber se a lesão cabe no âmbito de proteção da norma violada, logo, cumpre encontrar, entre os danos, qual ou quais estão ligados ao ocorrido por meio da causalidade e quais as vítimas teriam direito à reparação. Noronha entende pela necessidade de visualização da teoria do escopo da norma violada (Teoria da Relatividade Aquiliana), a qual, nos ensinamentos de Gisela Sampaio da Cruz²⁰⁵, baseia-se no fato de não ser possível encontrar um critério único para se encontrar o nexo cau-

204NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 501.

205CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.87 Esta teoria “[...] se funda no pressuposto de que não é possível individualizar um critério único e válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil. Propõe-se, então, que o julgador se volte para função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai em seu âmbito de proteção”.

sal em todas as hipóteses da responsabilidade civil, razão pela qual se alvidra que seja verificada a função da norma violada, com o fim de concluir se o dano está por ela protegido, isto é,

[...] quando o ilícito consiste na violação da regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é vedada”²⁰⁶.

Fundamentado na Teoria da Relatividade Aquiliana, o pressuposto denominado *lesão do bem jurídico protegido* é responsável por definir se haverá aplicabilidade da norma jurídica e, assim, responsabilização do sujeito; se o ato que causou o dano liga-se ao escopo de proteção da norma.

Ressalta-se que Roberto Altheim²⁰⁷ entende que este pressuposto se encontra jungido com o nexos de imputação. Contudo, compreende-se pela separação de ambos em razão de este indicar dentre os danos, qual se liga ao escopo da norma jurídica, enquanto que o nexos de imputação (ainda a ser estudado), é responsável por conectar o dano ao seu responsável.

Nos casos de acidente de consumo, a presente teoria encontra substrato de aplicação, já que o objetivo de proteção do consumidor é o fim último da responsabilização na área consumerista, devendo ser sempre observa-

206CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 87.

207ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. Dissertação UFPR. Curitiba 2006. P. 128.

110 O risco de desenvolvimento...

do nos casos fáticos com o fim de imputar certa conduta ao fornecedor.

O último pressuposto da responsabilidade civil equivale ao *nexo de imputação*, o qual representa a ligação do fato antijurídico ocorrido (danos gerados) a uma pessoa determinada, isto é, é o elemento a conexão entre o fato danoso e o responsável. De acordo com Fernando Noronha²⁰⁸:

Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este.

Esse pressuposto também pode ser chamado de "fator de atribuição", que é definido por Carlos Alberto Ghersi²⁰⁹ como uma situação em que um sujeito de direito tem a responsabilidade de avocar para si a reparação de um dano.

Classicamente, a imputação se dá de forma culposa (ou dolosa). Assim, a teoria tradicional da responsabilidade civil, conforme observado por intermédio de sua evolução histórica, supramencionada, baseia-se na ideia de culpa.

208NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 496.

209Carlos Alberto Ghersi apud de ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. Dissertação UFPR. Curitiba 2006. P. 128.

Para Alvino Lima²¹⁰, a culpa se divide em sentido amplo (*lato sensu*), a qual consiste na “[...] lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico”, e culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), a qual é entendida como um mero erro no comportamento do agente, um desvio, por ação ou omissão, daquilo que é considerado a normalidade.

Flávio Tartuce²¹¹ completa o exposto por Alvino Lima e aduz que a culpa em sentido *lato* engloba o dolo, consistindo na ação ou omissão que, de modo voluntário, tem o sentido de prejudicar alguém, e a culpa em sentido estrito “[...] vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta”²¹².

Assim, conclui-se que a responsabilidade subjetiva trata-se da ação ou omissão de um agente que, calcada, minimamente, na necessidade de existência de culpa (ou dolo, a depender do caso concreto), age com imprudência ou negligência, conforme inteligência do art. 186 do Código Civil de 2002 (e artigo 159 do Código Civil de 1916).

A culpa como elemento essencial à responsabilização civil perdurou por muito tempo. A responsabilidade culposa remonta do direito romano encontra seu ápice nas grandes codificações europeias e americanas. Não haveria responsabilização sem ser comprovada a culpa do agente – sem culpa, sem imputação. Para Gondim²¹³,

210LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

211TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco** – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 65.

212Ibidem, 2011, p. 65.

112 O risco de desenvolvimento...

esta situação está relacionada à influência jusnaturalista dominante entre os séculos XVII e XVIII.

A realidade ocasionada pela Revolução Industrial modificou o enfrentamento da questão. Anteriormente, a responsabilidade individual, subjetiva, respondia aos danos normalmente vivenciados. Contudo, após o início deste novo ciclo, houve uma modificação brusca das espécies e intensidade dos riscos – o surgimento das fábricas, possibilidades de explosões e outros acidentes, poluição do ar trouxeram dúvidas com relação à responsabilização.

Ainda, esse momento histórico gerou uma padronização dos contratos e a conseqüente desigualdade entre fornecedores e consumidores. Assim, “Or cela souligne fortement la necessite d’une protection spécifique des consommateurs contre les risques que créent pour cette situation d’infériorité”²¹⁴.

Ademais, as vítimas dos novos eventos danos passaram a sofrer com a dificuldade de indenização em razão da necessidade de comprovação da culpa do ofensor, legando trabalhadores, consumidores e tantos outros agentes desta nova realidade sem amparo. A prova da culpa, de responsabilidade da vítima do dano, constituiu-se em verdadeira *probatio diabólica*²¹⁵, praticamente impedindo a reparação da lesão. No entendimento de Maranhão²¹⁶, a responsabilidade civil vem ganhando novos

213GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. UFPR dissertação Curitiba 2010. P. 8

214Cf. VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité**. 3. éd., Paris: L.G.D.J, 2008, p. 27.

215Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 150.

216MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro:

contornos, e quatro fatores influenciaram estes novos rumos: 1) fator econômico, o qual representa a substituição da economia agrícola pela industrial, fato que potencializou o risco, principalmente o que o autor chama de risco serial, devido à massificação das relações sociais; 2) fator tecnológico, o qual, apesar de aumentar os lucros, também causava muitas mutilações e mortes; 3) fator moral, o qual consiste no fato de caber à vítima inocente o peso dos danos quase sempre causados pro terceiro; 4) fator ideológico incide sobre a mudança de paradigma haja vista a defesa dos direitos do homem e a valoração da dignidade humana, com o fim não só de recomposição patrimonial do lesado, mas, além disso, a proteção da existência digna da pessoa.

A sociedade é alterada para uma lógica plural, na qual os riscos cercam a pessoa humana por todos os lados, provenientes de causas novas e utilizando uma nova lógica de organização social. A conflagração da indústria, ainda, leva o elemento volitivo da culpa a ter sua essencialidade afastada.

Surge a necessidade de uma nova conjectura que abarque as novas temeridades criadas. Abrolha a objetivação da responsabilidade civil com o fim de suprir os lapsos deixados pela imposição da culpa como pressuposto essencial à responsabilização. Neste diapasão:

[...] a tendência à objetivação da responsabilidade civil atende à sociedade pós-moderna, sociedade de massa e globalizada, caracterizada pelos riscos de da produção e do desenvolvimento, nos quais se inclui a tecnologia,

114 O risco de desenvolvimento...

que tornam mais vulneráveis as pessoas, possíveis vítimas²¹⁷.

Inicialmente, houve uma modificação da lógica conceitual, centrada no ato lícito, para o dano injusto, do lesante para o lesado, fato que resultou numa diminuição do rigor com o qual a culpa era configurada pela doutrina²¹⁸. A presunção de culpa em desfavor do lesante passa a existir - “[...] a simples existência do dano, por si só, já era uma demonstração da culpa do ofensor”²¹⁹ – fato que mitigou o ônus *probandi* da vítima.

Assim, dentre as principais alterações da responsabilidade subjetiva está a teoria da culpa presumida: uma solução intermediária entre o rigoroso e, muitas vezes, injusto, sistema da responsabilidade subjetiva e a atual responsabilidade objetiva. Aguiar Dias²²⁰ advoga no sentido de que, “[...] na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção da culpa é, embora o não confessem os subjetivistas, mero conhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo”.

A presunção de culpa, inicialmente, possuía caráter *juris tantum*, não tardando para que passasse a possuir um caráter absoluto, isto é, *juris et de jure* alcançando status, por vezes, um caráter quase definitivo em sua aplicação pelos magistrados; cumpre ressaltar, contudo,

217CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coordenadores). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**: Responsabilidade Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 588.

218MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, p. 181.

219Ibidem, p. 182.

220DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. V 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 107.

que a culpa ainda é elemento indispensável à configuração da responsabilidade civil do lesante²²¹. Transformar a culpa contratual em extracontratual com o fim de transferir o ônus da prova ao causador do dano, aliviando a pesada carga que repousava sobre os ombros das vítimas.

Após, a tendência a maior proteção da vítima culminou na objetivação da responsabilidade civil. Primeiramente, couber ao legislador elaborar previsões normativas que prescindissem do elemento culpa.

Por fim, a responsabilidade civil sem culpa multiplicou-se em diversos ordenamentos, durante o século XX, a tal ponto que alguns Código Civis consagraram, em seu texto, a responsabilidade objetiva²²².

A partir da revolução criada pelo advento da responsabilidade civil objetiva, conflagra-se que a culpa e, conseqüentemente, o dolo, são elementos meramente acidentais da responsabilidade civil, tornando essenciais apenas os demais pressupostos.

Com relação ao Brasil, o sistema do Código Civil de Clóvis Beviláqua optou por enaltecer o sistema de responsabilidade culposa, em direção inversa às evoluções já verificadas sobre a responsabilidade civil em todo o mundo à época²²³, mantendo-o como regra no direito brasileiro por quase todo o século XX.

Somente em 2002, é que o sistema de direito civil ganhou uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (art. 927, do CC). Entrementes, o ordenamento brasileiro não deixou de apresentar avanços. Alguns textos

221Op.cit., p. 183.

222CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156.

223Cf. JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Forense. Julho 1941.

116 O risco de desenvolvimento...

de lei introduziram, lentamente, a objetivação no Brasil, como, por exemplo, a legislação acerca dos danos causados pelas estradas de ferro (Decreto-lei nº 2.681/1912). A mais importante contribuição para esta evolução, todavia, ocorreu em 1.990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu, em seu âmago, como regra geral, a responsabilidade objetiva. O Código Consumerista fixa a estrutura de responsabilização do fornecedor por defeitos e vícios como objetiva, em decorrência da aplicação da teoria do risco (arts. 12, 13, 14, 18, 19 e 20, todos do CDC), legando ao elemento culpa segundo plano, apenas exceção à regra geral (art. 14, §4º, do CDC).

A Teoria do Risco é trazida à baila com fito a embasar este novo sistema de inculpação. Quando uma atividade gera risco sobre outrem, os danos conectados ao referido risco são imputados ao responsável pela operação. M. Saleilles e L. Josserand introduziram o tema à doutrina, sobre o qual ensina o segundo autor mencionado:

O problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida. Assim, não é cometer uma falta criar, com autorização dos poderes públicos, um estabelecimento incômodo, insalubre ou perigoso, ruídos ou pestilencial; entretanto, não é obrigado

a indenizar os vizinhos lesados pelo funcionamento desse estabelecimento, danos e juros? Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária transitarem seus trens nos trilhos: ela obteve para esse fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público: não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginas, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateiam fogo às florestas e à plantações, não será de toda justiça conceder uma reparação às vítimas desses prejuízos? *Qui casse les verres les payes*; quem cria um risco deve suportar a efetivação dele. Assim o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma o lugar da culpa, essa espécie de pecado jurídico²²⁴.

Georges Ripert²²⁵ explica ser mais fácil impor a reparação de riscos ocasionados pela atividade quando não o causador não possuir o direito de provar que não cometeu nenhuma falha. É, assim, a responsabilidade civil, embasada pela Teoria do Risco, uma facilitadora da reparação de lesões outrora de difícil prova. De acordo com José Jairo Gomes, é a solidariedade que embasa a res-

224JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Foresene. Julho 1941, p. 60-61.

225RIPERT, Georges. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia, 1937, p. 355.

118 O risco de desenvolvimento...

ponsabilidade civil objetiva, em decorrência do fato de “procurar atender os interesses da vítima, que, em regra, não quer nem procura o dano”²²⁶. É nestes termos de proteção do lesado que CDC institui a utilização da responsabilidade objetiva em seu bojo.

Assim, salienta-se que a sociedade pós-moderna atual consiste, eminentemente, na sociedade de risco. A evolução científica e mercadológica é manejada de forma vertiginosa, acelerando os processos e tornando-os, na maioria das vezes, imprevisíveis. Assim, o mundo encontra-se cercado por constante incerteza, sempre de difícil prenúncio. A sociedade se modificou para que possa conviver com a insegurança continuamente presente na realidade pós-industrial, razão pela qual se faz essencial a teoria da responsabilidade civil objetiva com fulcro à proteção da pessoa humana.

O risco ganhou grande magnitude, enfrentando, muitas vezes, um caráter global – passou a atingir um maior número de pessoas, deixando de possuir um caráter de fácil controle. Há, ainda, uma crescente descrença nas instituições – “As organizações actuais são produtoras e consumidoras das atividades fonte de riscos e, simultaneamente, revelam-se incapazes de os controlar”²²⁷.

Várias modalidades de risco foram desenvolvidas com o objetivo de justificar a responsabilidade civil objetiva. Cumpre entendê-los para que a compreensão da res-

226GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. In: NEY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil : teoria Geral. V1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.263.

227FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (coord). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, p. 377.

ponsabilidade civil, no CDC, seja corretamente abarcada. Utilizar-se-á a classificação apresentada por Gáudio Luiz Bueno de Godoy²²⁸, em razão da clareza de seus argumentos.

A primeira classificação encontra-se na diferenciação entre risco integral e risco mitigado. Teoria muito recorrente no âmbito ambiental, o risco integral impõe total responsabilidade ao causador do ato, sem que qualquer possibilidade de exclusão ou mitigação da carga a ser suportada por aquele. O dever de reparação surge apenas a partir do nexo entre o dano e o fato, bastando que a ação ou omissão seja a causa material do evento²²⁹ - não há que se falar em excludentes na teoria do risco integral (basta existência do dano e o nexo). Assim, nessa teoria verifica-se uma responsabilidade agravada, na qual a pessoa obriga-se por danos causados não só por ela e seus empregados, mas por qualquer acontecimento danoso durante a atividade que desenvolve²³⁰.

A teoria do risco mitigado, em oposição ao risco integral e sua causalidade pura, há também a necessidade de um dano qualificado, isto é, “[...] a ideia é a de que a responsabilidade sem culpa se determine por um fato danoso marcado por algum elemento específico a ele ou ao agente concernente”²³¹. O CDC traz, em seu bojo,

228GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. LUTUFO, Renan (coord.) Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p.77-110.

229GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. LUTUFO, Renan (coord.) Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

230NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 510.

231 Op.cit., p. 82.

120 O risco de desenvolvimento...

uma responsabilidade pelo risco mitigado em razão de que, além do nexó entre dano e fornecimento, imprescindível a existência de um defeito ou vício (arts. 12 e 14, 18 e 20, todos do CDC) para que haja a responsabilização do fornecedor²³².

Outra divisão concentra-se na ideia de risco criado e risco proveito. Para Caio Mário da Silva Pereira²³³, no risco criado, “[...] haverá obrigação de indenizar ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’”. O risco criado consiste no fato de que qualquer atividade humana que possa gerar danos, independentemente de possuir caráter econômico ou profissional, ou não, nasce a obrigação de indenizar. A responsabilidade deriva de uma atividade que crie ou exponha outrem a risco.

No que tange à teoria do risco-proveito, em razão das vantagens auferidas, aquele que sujeita pessoas a um risco deve arcar com os resultados desta ação. Não é diferente o entendimento de Flávio Tartuce²³⁴:

O risco pode trazer benefícios ou vantagens. Essa é a premissa maior da chamada teoria do risco-proveito. Desse modo, aquele que expõe a risco outras pessoas, determinadas ou não,

232GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. LUTUFO, Renan (coord.) Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82.

233PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 304.

234TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco** – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 140.

por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva do agente.

Para o autor, o risco-proveito é a modalidade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor com o fim de explicar a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores²³⁵ devido às vantagens auferidas por aqueles que introduzem produtos e serviços do mercado de consumo.

Contudo, um exemplo simples leva à reflexão em contrário: um clube esportivo que não possua fins lucrativos, mas ofereça serviços a seus sócios, deixa de ser responsabilizado perante as normas do CDC? Seria absurda tal conclusão, o clube constitui-se como fornecedor, nos termos do art. 3º, do CDC, razão pela qual se opta pela teoria do risco criado, por ser mais abrangente e resultar em melhor proteção do consumidor²³⁶.

Apresentam-se, ainda, algumas subespécies do risco proveito: teoria do risco administrativo, teoria da atividade ou do risco profissional, e teoria do risco perigo. O art. 37, §6º, da CF consagrou a teoria do risco administrativo, segundo a qual é dever do Estado ressarcir danos decorridos de atos lesivos causados pela administração pública:

Para esta teoria, não se questiona da existência de culpa. O que importa apenas é saber se há relação de causalidade entre o dano e o ato do agente. Basta a lesão, sem que se possa falar

235Ibidem, 2011, p. 140.

236Cf. PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 305.

122 O risco de desenvolvimento...

em um das excludentes da responsabilidade. Havendo nexo de causalidade entre o fato e o dano, deve o Estado indenizar. [...] na teoria do risco administrativo exige-se o *fato do serviço*²³⁷.

Para Flávio Tartuce²³⁸, esta teoria, vigorante no que tange à Administração Pública, “[...]gera uma responsabilidade objetiva mitigada, uma vez que pode ser afastada ou diminuída pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima [...]”²³⁹.

Para Fernando Noronha²⁴⁰, na teoria da atividade ou do risco profissional, quem exerce, de maneira profissional, atividade econômica, dever suportar o gravame de qualquer dano causado pelo processo produtivo ou distributivo; e é responsável pelo risco perigo quem atua em uma atividade perigosa, tirando proveito desta.

Ressalta-se que o risco resulta em um desequilíbrio entre seu responsável e a vítima, verificando-se a presença da vulnerabilidade de uma das partes em certas relações jurídicas. Para Roberto Senise Lisboa²⁴¹, está na inferioridade ou vulnerabilidade vivenciada por alguns agentes a necessidade de o direito pós-moderno adotar a

237FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 20011, p. 87.

238TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. [livro eletrônico], p. 436.

239GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002**. LUTUFO, Renan (coord.) Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

240NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 509.

241LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

teoria da responsabilidade objetiva, “[...] porém, sob a ótica da justiça distributiva e da solidariedade social, fundada na teoria do risco da atividade profissional”.

Observa-se a vulnerabilidade dos agentes no mercado de consumo e em tantos outros aspectos da vida cotidiana, pois o risco é inerente a toda a sociedade. Conclui-se que o risco é o centro da sociedade contemporânea pós-moderna. Toda a realidade contemporânea é rodeada por situações que fogem ao previsível e possuem um caráter de instabilidade. Eis a pós-modernidade.

Cumpra aos agentes pós-modernos, dentre os quais possuem grande importância os fornecedores, prestar pela prevenção e evitar que os danos tomem corpo, em razão da dificuldade, e muitas vezes, impossibilidade, de reparação. Encontra-se na responsabilidade preventiva uma das principais necessidades deste século XXI. A tendência à objetivação da responsabilidade civil trata-se de uma lógica fundada nos deveres de prevenção e de precaução de danos em detrimento da mera reparação. Evitar que uma lesão ocorra deve ser o intuito de todo aquele que, por meio de uma atuação (ou omissão), produza algum risco a qualquer membro da sociedade.

Na pós-modernidade, a responsabilidade civil deixou de tomar a reparação dos danos como prioridade; atualmente, a noção de precaução e prevenção devido à constante impossibilidade de recuo ao *status quo ante*²⁴².

242 KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Por uma aplicabilidade do princípio da precaução do direito ambiental internacional no direito do consumidor brasileiro**: um diálogo possível na sociedade de risco. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF, 2008. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_236.pdf. Acesso em: 14 out. 2014, p. 1797. Advoga no sentido da possibilidade do “diálogo das fontes” entre o direito do consumidor e direito ambiental, para maior proteção do consumidor, através da aplicação do princípio da

124 O risco de desenvolvimento...

Eis a grande inovação da responsabilidade civil. Patricia Faga Iglecias Lemos²⁴³ advoga pela possibilidade de “[...] uma responsabilidade sem dano, uma responsabilidade preventiva, ainda mais justificável quando se tratar de riscos inaceitáveis (riscos de danos graves e irreversíveis)”. Trata-se de uma responsabilidade que visa a prevenção e precaução dos riscos.

Nessa, o grande desafio é encontrar maneira de sancionar os agentes “[...] criadores dos riscos que não gerenciam adequadamente os perigos conhecidos (prevenção) e os riscos possíveis (precaução)”, nas palavras de Tereza Ancona Lopez.²⁴⁴

Silviana L. Henkes²⁴⁵ ensina que, além do dano efetivo, também há o dano futuro (aquele que é certo, mas não ocorre), e o risco de dano (provável, mas ainda incerto). Hodiernamente, a responsabilidade civil almeja a proteção da sociedade em face dos riscos, buscando evitá-los a indenizá-los. Para tanto, utilizam-se os princípios da precaução de prevenção, que, para a autora supracitada:

Pode-se afirmar que a adoção do princípio da prevenção impede a ocorrência do dano futuro, visto que baseado em conhecimento do resultado (certo); já a aplicação do princípio da precau-

precaução na proteção dos consumidores.

243LEMOS, Patricia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-moderna**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

244LOPES, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 141.

245HENKES, Silviana L. A tutela jurídica frente aos riscos e danos ambientais e à saúde pública: os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro. In: **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Agosto 2013. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/25/saude.html. p 9.

ção se aproxima da obstrução do risco, uma vez que não se tem certeza absoluta do resultado.²⁴⁶

É esta a nova tendência da responsabilidade civil, qual seja, o emprego dos princípios da prevenção, para os riscos conhecidos, e a aplicação do princípio da precaução, para riscos hipotéticos ou virtuais, como conclui Tereza Ancona Lopez^{247, 248}. Evitar que os danos ocorram (função preventiva da responsabilidade civil) é mais benéfico para a população mundial que a reparação posterior, já que jamais tal reparação será integral ou retornará a situação ao *status quo ante*.

Tais danos merecem atenção especial em decorrência da constante evolução tecnológica vislumbrada na pós-modernidade, que vem dificultando o retorno dos lesados ao *status quo ante*. A responsabilização dos fornecedores pelo risco de dano e pelo dano futuro, quando não observados os princípios da prevenção e precaução, respectivamente, faz-se necessária para que se evitem danos, muitas vezes, irreversíveis.

Todavia, é recorrente que tais princípios deixem de ser observados e que danos ocorram, restando à vítima a tentativa de reparação ao *status quo ante* ou, caso impossível, a reparação do dano sofrido. Há uma situação, porém, na qual resta impossível o conhecimento prévio do

246HENKES, Silvana L. A tutela jurídica frente aos riscos e danos ambientais e à saúde pública: os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro. In: **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Agosto 2013. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/25/saude.html. p 9.

247LOPES, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 63.

248Há variação na nomenclatura, contudo, cuidam de riscos conhecidos e determinados, ligados ao princípio da prevenção, e riscos incertos, relacionados ao princípio da precaução.

126 O risco de desenvolvimento...

resultado danoso: o risco do desenvolvimento – trata-se de situação que carece de decisão acerca de a qual dos agentes da relação de consumo cabe a imputação da dos prejuízos.

3. As peculiaridades da responsabilização civil na microssistema de defesa do consumidor

3.1 A relação jurídica consumerista: elementos suporte para a compreensão da responsabilidade civil do fornecedor

O sujeito pós-moderno *consumidor*, conforme anteriormente verificado, é uma personagem que necessita de maior proteção devido à vulnerabilidade que apresenta perante o mercado. O Código de Defesa do Consumidor foi instituído com o fim de seu amparo e equilíbrio da desigualdade presente nas relações de consumo. A compreensão da esfera de proteção deste *codex* criado para desiguais resta essencial para a correta guarida.

Assim, a definição de relação jurídica de consumo é tema amplamente discutido pela doutrina consumerista, haja vista que, a partir de sua percepção, há a possibilidade de delimitação do âmbito de aplicação das normas de proteção ao consumidor. Controvérsias são constantes devido ao fato de o limiar que separa os casos de incidência do Código Civil e aqueles aos quais se aplica o Código de Defesa do Consumidor ser diminuto.

Uma vez que se cuida de tema de alta complexidade, faz-se essencial a compreensão do que deve ser entendido por relação jurídica de consumo e quais seus elementos, com o fim de determinar a incidência das normas do microssistema consumerista.

O corpo de legisladores do CDC optou por não definir, no bojo no código, o que seria relação jurídica de consumo, definindo-a através da delimitação de seus ele-

128 O risco de desenvolvimento...

mentos, metodologia que se entende apropriada. Nelson Nery Junior²⁴⁹ explica que as relações de consumo são aquelas que se desenvolvem a partir de três elementos, quais sejam, sujeitos (fornecedor e consumidor), objetos (produtos e serviços); elemento teleológico (finalidade com a qual o objeto é adquirido ou utilizado, isto é, como destinatário final)²⁵⁰.

Ensina Bruno Miragem que o CDC escolheu definir os sujeitos e objetos dessa relação, acrescentando que estes conceitos “[...] são considerados conceitos relacionais e dependentes”²⁵¹. Neste diapasão, impossível existir um consumidor sem que exista um fornecedor e, ainda, um produto ou serviço. Complementa informando que as concepções:

[...] em questão não se sustentam por si mesmo, nem podem ser tomados isoladamente. Ao contrário, as definições do âmbito de aplicação da norma, como é o caso das relações trabalhistas e os contratos administrativos, cada qual com leis específicas para sua regulação.²⁵²⁻²⁵³

249NERY JUNIOR, Nelson. Capítulo VI – Da proteção contratual In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 493-620.

250No mesmo sentido: BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. 935-954. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. VI. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. P. 1265-1294. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1265-1294.

251Ibidem, 2013, p.136.

252Ibidem, 2013, p.136.

253Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43.

Destarte, inicia-se a análise pela compreensão do conceito de consumidor; o CDC define-o, em seu art. 2º, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Inicialmente, o texto apresenta aparente simplicidade, pois o consumidor poderá ser pessoa tanto física quanto jurídica, que contrate (relação contratual) ou utilize um produto ou serviço (relação não contratual).

Assim, em uma análise inicial este conceito aparenta completude, todavia, dúvidas surgem quando se procede a uma verificação mais aprofundada no que tange à expressão *destinatário final*, questionamentos que a doutrina busca responder.

A doutrina divide-se em como compreender a locução “destinatário final” às várias interpretações que o termo comporta, razão pela qual cumpre investigar dentre as teorias existentes, qual deve ser utilizada²⁵⁴.

A primeira das teorias que buscam o alcance da expressão denomina-se Teoria Maximalista. Esta consiste em uma interpretação extensiva, a qual considera como consumidor final pessoa, física ou jurídica, que adquira o

254 Adalberto Paqualotto ensina que: “Em vista da sua especialidade, a interpretação do Código de Defesa do Consumidor causou polêmica desde o início de sua vigência, o que aconteceu, recorde-se, em março de 1991. Desde logo surgiram os que propugnavam uma aplicação ampla da lei inovadora, de modo à colmatar as lacunas e suprir as deficiências do Código Civil de 1916, então em vigor. Estes foram chamados maximalistas. Em posição contrária situavam-se os que entendiam que a finalidade protetora do Código de Defesa do Consumidor só poderia ser preservada mediante a limitação de sua aplicação aos consumidores, sob pena de banalizar a tutela especial e, por consequência, torná-la inócua, fazendo tábua rasa da diferença introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor. Estes foram chamados finalistas”. PAQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. P. 901-933. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 903.

130 O risco de desenvolvimento...

produto ou serviço, sem que haja qualquer preocupação com que finalidade será empregada ou haja a necessidade de que seja retirado do mercado. O consumidor é o destinatário fático do produto ou serviço, incluindo-se, inclusive, os profissionais que os utilizam como insumo.

Thierry Bourgoignie,²⁵⁵ a denomina de concepção objetiva da noção jurídica do conceito de consumidor: baseando-se no ato de consumo, não há a necessidade de se verificar aquele que adquire o produto ou serviço, bastando o consumo e assim seja aplicável a todos a normatização destinada ao consumidor.

Nessa, há uma abrangência muito alargada do âmbito de aplicação do CDC devido à prescindibilidade de verificação da finalidade para a qual se empregará o produto ou serviço e da desnecessidade de que os produtos e serviços sejam retirados do mercado, fatos que autorizam que grandes empresas, por exemplo, utilizem-se dos benefícios da legislação consumerista (voltada à proteção da vulnerabilidade do consumidor).

A ampliação em demasia da incidência do CDC, devido à Teoria Maximalista, merece críticas. A legislação do microsistema consumerista, ante seu objetivo precípuo de proteger o consumidor devido à sua vulnerabilidade perante o fornecedor, conta normas mais benéficas que as disciplinadas no Código Civil. A ausência de uma limitação de quem seria consumidor, e a consequente possibilidade de inclusão do fornecedor e suas contendas com outros fornecedores na seara do CDC, legaria o diploma civil ao abandono e inutilização prática em razão

255 BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo**. Vitória- Gobierno Basco: Merkataritza, Kontsumo eta Turismo Saila – Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994, p. 32-34.

das vantagens disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, ocorreria uma banalização da aplicação do CDC, já que aplicável a todos que adquiram ou utilizem um produto ou serviços, o qual perderia a característica de proteção de um agente vulnerável. Os pontos acima expostos elucidam a inviabilidade de utilização da Teoria Finalista em território brasileiro.

A Teoria Finalista, em seu turno, giza a necessidade de que o consumidor, destinatário final, seja, concomitantemente, o destinatário fático e econômico do produto ou serviço, isto é, deve retirá-los do mercado apenas com o fim de consumo pessoal ou familiar, sem finalidade profissional ou de geração de lucro.

Ricardo Luis Lorenzetti²⁵⁶ divide as teorias finalistas em positivas e negativas: as primeiras, segundo o autor, consideram o fim do ato celebrado pelo consumidor, isto é, definem o conceito de consumidor como aquele que adquire para si próprio ou para seu grupo familiar, enquanto que as teorias negativas não dependem do consumo final, mas da ausência de profissionalismo.

Brasil, a presente teoria visa à proteção do agente mercadológico vulnerável, o consumidor, restringindo a incidência do microssistema a pessoas físicas e jurídicas que utilizem produtos e serviços com insumos (consumo intermediário). Claudia Lima Marques²⁵⁷, representante da Teoria Finalista no país, assim expõe:

256LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 97.

257BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

132 O risco de desenvolvimento...

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluso no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Teoria mais restrita que a primeira, a Finalista vem proteger apenas o ente vulnerável, excluindo aquele que não adquire ou utiliza bens e serviço como forma de insumo. A normatização civil é utilizada para reger relações entre iguais e o CDC se debruça sobre a vulnerabilidade, disciplinando relação entre agentes em condições diferenciadas. Todavia, há casos fáticos nos quais alguns agen-

tes, mesmo que adquirindo produtos ou serviços com o fim de lucro, isto é, como insumo, estão permeados pela vulnerabilidade, e com a incidência do CDC comprometida, acabam por sofrer abusos.

Assim, ambas as doutrinas encontram prós e contras, razão pela qual o STJ se debruçou sobre o assunto, mantendo-o em discussão por 14 anos²⁵⁸. Após, manifestou-se pela Teoria Finalista, com algumas peculiaridades – optou por uma mescla entre a vulnerabilidade e o conceito de consumidor final imediato. Trata-se da Teoria Finalista, aplicada de um modo mitigado, chamada de teoria do Finalismo Aprofundado (ou mitigado).

A teoria do Finalismo Aprofundado consiste no entendimento, advindo do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o consumidor é aquele que retira produto ou serviço do mercado sem o objetivo de lucro, utilizando-se a lógica do consumidor fático e econômico, e, quando constatada vulnerabilidade, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço poderá ser equiparada à condição de consumidora. As pequenas e médias empresas e empreendedores individuais são o grande foco da presente vertente. Claudia Lima Marques²⁵⁹ descreve esta nova tendência do tribunal:

Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais

258BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

259MARQUES, Claudia Lima. Art. 2º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 197-198.

134 O risco de desenvolvimento...

“finalista” e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto a atividade ou o papel do fornecedor. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.

Thierry Bourgoignie²⁶⁰ aponta uma sistemática similar, ensinando que algumas legislações têm concedido proteção de viés consumerista a pequenas empresas, ao pequeno comércio e pequenas propriedades agrícolas, “[...] desde que adquiram bens ou serviços por necessidade de sua atividade econômica junto das grandes empresas de produção e distribuição dos grandes prestadores de serviços”. Contudo, o autor opta por possibilitar a legislação de proteção ao consumidor apenas quando o

260BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo**. Vitória- Gobierno Basco: Merkataritza, Kontsumo eta Turismo Saila – Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994, p. 38-39.

profissional, aduzindo pela necessidade de o consumidor ser uma empresa de pequeno porte, o que caracteriza sua vulnerabilidade e, ainda, que não haja semelhança entre o produto ou serviço objetos da relação jurídica de consumo e o objeto específico de sua empresa²⁶¹. Ressalta-se que o Brasil apresenta solução um pouco diferente, havendo a possibilidade de consideração do profissional como consumidor no país²⁶².

Ainda, a concepção de consumidor comporta dupla classificação: consumidor padrão e consumidor por equiparação. O primeiro, também conhecido como consumidor *standard ou stricto sensu*, consiste na pessoa que efetivamente realiza o ato de consumir; é o consumidor destinatário final, definido pelo *caput* do art. 2º, do CDC.

O legislador pátrio, nos dizeres de Zanellato²⁶³, compreendeu que apenas o conceito de consumidor *stricto sensu* não seria suficiente para que o CDC garantisse todas as situações que violassem suas normas, razão pela qual alargou o conceito, introduzindo a ideia de consumidor equiparado ao projeto do Código.

Os consumidores por equiparação, ou *bystanders*, são terceiros estranhos à atividade de consumo que, por alguma razão, estão protegidos pelo CDC. Os *bystanders* são pessoas que não podem ser caracterizadas como consumidores *stricto sensu*, mas que acabam prejudicadas ou atingidas pelas atividades desenvolvidas pelas operações

261Ibid., p. 40.

262Cf. BRASIL. STJ. REsp 1.195.642/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJe 21-11-2012.

263ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, P. 1031-1053.

136 O risco de desenvolvimento...

de mercado. Três são as categorias pelas quais, de alguma forma, o CDC é chamado para proteger pessoas que não participaram diretamente das relações de consumo: a) a coletividade (art. 2º, parágrafo único, do CDC); b) as vítimas de acidentes de consumo (art. 17, do CDC); c) os expostos às práticas comerciais (art. 29, do CDC).

Depreende-se, a partir do contexto acima, que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço sem fim de lucro, isto é, é o destinatário final fático e econômico, salvo quando aquele que adquire com o objetivo profissional (insumo) o fizer em caráter de vulnerabilidade, além de se incluírem os *bystanders*.

Conforme já observado, os conceitos definidos no CDC são relacionais e interdependentes, razão pela qual só haverá consumidor se, na outra extremidade, há um fornecedor, seja esta relação contratual ou extracontratual. O art. 3º, *caput*, do CDC, define-o como sendo toda pessoa física ou jurídica, tanto de caráter público ou quanto privado, seja nacional ou estrangeira, incluindo-se os entes despersonalizados, os quais desempenham atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para Geraldo Filomeno²⁶⁴, fornecedores “[...] são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores [...]”. Dessar-

264FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 17-43.

te, sobressai a grande amplitude do conceito, tanto no viés das pessoas que atuam, quanto nos objetos oferecidos – produtos e serviço.

Em primeiro lugar, não há nenhuma diferenciação entre fornecedores de caráter interno ou externo, razão pela qual independe a procedência do produto ou serviço, isto é, seja de caráter nacional ou estrangeiro a pessoa jurídica ou física, será considerada fornecedora nos termos da lei 8.078/90.

A habitualidade é requisito fundamental para que a pessoa, seja física ou jurídica, seja caracterizada como fornecedora. Todavia, parte minoritária da doutrina entende pela possibilidade de que uma pessoa física, mesmo que exerça atividade de forma eventual, seja considerada fornecedora²⁶⁵.

No que tange à pessoa física, também se incluem na categoria de *fornecedor* os prestadores de serviços e os profissionais liberais. Compreendem-se, ainda, no conceito de fornecedor, o ente despersonalizado, o Estado (quando atua como tal), além das pessoas jurídicas regularmente organizadas²⁶⁶.

A pessoa jurídica fornecedora carece de algumas considerações. Primeiramente, lembra Roberto Senise

265 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

266 Art. 3º, CDC: Art. 3º *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

§ 1º *Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

§ 2º *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

138 O risco de desenvolvimento...

Lisboa²⁶⁷ que mesmo as entidades sem fins lucrativos podem ser, ocasionalmente, fornecedoras e, assim, estarem sujeitas ao CDC; explica o autor que o caso concreto deve ser analisado, acrescentando que:

Para que a entidade sem fins econômicos seja considerada fornecedora, é indispensável que ela forneça alguma atividade em prol de “filiados”, que possuem a obrigação de pagar uma manutenção periódica, mas que não tem qualquer poder deliberativo para influir, fazendo prevalecer a sua vontade nas decisões do ente moral. Em tal caso, torna-se evidente que a entidade procura se acobertar na forma de uma pessoa jurídica sem fins econômicos, porém atua no mercado de consumo como prestadora de serviços remunerados e, por isso, deve ser considerada fornecedora²⁶⁸.

Todavia, além do caso acima exposto, aquelas pessoas jurídicas de direito privado, ou as de direito público que sejam compreendidas como fornecedores pelo CDC, que fornecem serviços totalmente gratuitos, a exemplo dos hospitais beneficentes, também são, atualmente, consideradas sujeitos passivos da relação de consumo²⁶⁹.

267LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 130-131.

268LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 130-131.

269BRASIL. STJ. Acórdão RESP 519310 / SP; RECURSO ESPECIAL 2003/0058088-5. Fonte DJ DATA: 24/05/2004 PG:00262. Relator Min. NANCY ANDRIGHI (1118). Data da Decisão 20/04/2004. Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA.

Compreende-se, por fim, a desnecessidade de profissionalismo para que uma pessoa seja considerada como fornecedora. A mera habitualidade, ou eventualidade seguida de lucro, são suficientes para tornar a aquele que disponibiliza produto ou serviço fornecedor e a negociação protegida pelo CDC²⁷⁰.

Além de sujeitos e do elemento teleológico, já analisados, a relação de consumo também é formada pelo elemento objetivo, o qual se divide em produtos e serviços. Produto, para o CDC, “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º, § 1º, CDC). Neste viés, a conceituação de produto assume um caráter econômico, isto é, trata-se de um bem colocado no mercado com o fim de lucro. O conceito legal almeja uma abrangência maior, que compreende não só bens de natureza material, como também, imaterial, tanto móveis quanto imóveis.

Cumpra analisar os ensinamentos de Ricardo Luis Lorenzetti²⁷¹, o qual doutrina sobre o vocábulo *produto*; aduz o autor que os termos *produto*, *coisa* e *bem* são utilizados para identificar este elemento objetivo, concluindo ser a expressão *bem* mais apropriada:

Sin embargo, la noción de bien debe mantenerse por ser más amplia que la de producto y permite incluir a a los inmuebles, que normalmente no sufre

270Em sentido contrário: BESSA, Leonardo Roco. Fornecedor equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. VI. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1265-1294.

271LORENZETTI, Ricardo Luis. La relación de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. VI. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. P. 1265-1294. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

140 O risco de desenvolvimento...

elaboración. Esta última categoría, que normalmente es regulada por el derecho común, ingresa al derecho del consumo por um requisito subjetivo y no objetivo; no es la cosa en si la que provoca la aplicación de la ley, sino su “comercialización”, es decir, su uso a través de um proveedor típico²⁷²

Assim, os bens colocados no mercado de consumo merecem proteção da legislação consumerista não por sua existência propriamente dita, mas sim por seu caráter comercial, ligado a um fornecedor.

Grande valor possui a diferenciação entre bem durável e não durável, em razão da importância que possuem na legislação de defesa do consumidor. O primeiro consiste em algo que pode ser utilizado por diversas vezes sem que se perca, isto quer dizer, “produto durável é aquele que, como o próprio nome diz, não se extingue com o uso. Ele dura, leva tempo para se desgastar”²⁷³.

Os bens não duráveis, em contrapartida, se esgotam com o uso; também denominados consumíveis, são “os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”²⁷⁴.

O segundo elemento objetivo consiste na *prestação de serviços*, disposto no art. 3º, § 2º, do CDC. Serviço é, pois, qualquer atividade prestada por um fornecedor, caracterizado no significado jurídico do termo, mediante remuneração (direita ou indireta). Incluem-se as ati-

272Ibidem, 2011, p.1283.

273NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

274AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

vidades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias, excluindo-se as de natureza trabalhista.

Ao serem suprimidas as atividades de natureza trabalhista do conceito de serviço, pode-se concluir que todas as demais áreas jurídicas são passíveis de recaimento das leis de proteção consumidor²⁷⁵.

3.2 Peculiaridades da responsabilidade civil protetiva do consumidor: um microsistema elaborado para proteção específica do vulnerável e ausência de proteção do sujeito nos eventos danosos relativos ao risco do desenvolvimento

O desnivelamento entre consumidor e fornecedor é responsável por determinar a vulnerabilidade deste sujeito de direitos. Há, entretanto, outro fator que torna o sujeito da pós-modernidade débil, no que tange à relação entre sujeito e mercado: o risco criado pelo desenvolvimento dos produtos na atual da sociedade.

Os riscos enfrentados pela sociedade pós-moderna, conforme aduz Luhman²⁷⁶, são aqueles originários da decisão humana, riscos estes indetermináveis, incalculáveis e incontroláveis. O acidente na usina nuclear de Chernobil, a crise da vaca louca e o caso do medicamento Talidomida exemplificam a condição atual do risco.

A sociedade de consumo e a sociedade de risco conectam-se vez que a primeira existe com fulcro a satisfazer a lei da oferta e da procura, enquanto que a segun-

275 LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

276 LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. México: Universidade Iberoamericana, A.C., 1992, p.16.

142 O risco de desenvolvimento...

da concebe o avanço da sociedade industrial derivado da modernização²⁷⁷.

A imprescindibilidade de desenvolvimento tecnológico, em todas as áreas do conhecimento, encontra respaldo na sua capacidade de melhoramento da qualidade de vida humana por meio das vantagens alcançadas. Os antibióticos, por exemplo, representam um avanço no combate à doenças; o aumento da capacidade de produção de alimentos, através de alimentos transgênicos e outros métodos, leva à mesa de um maior número de pessoas o que comer; aviões e carros facilitam o deslocamento populacional; a invenção do computador e da internet representam avanços sem precedentes para a humanidade.

O mérito do progresso hoje vivido é inegável. Entretanto, o desenvolvimento de produtos e serviços pode conter resultados catastróficos – comumente, produtos são disponibilizados ao consumo sem, no momento de seu lançamento haja qualquer problema, e descobre-se serem perigosos conforme a população os utiliza. Trata-se dos riscos do desenvolvimento. A compreensão do tema remonta, necessariamente, à estruturação do microsistema de proteção do consumidor.

O surgimento do microsistema de defesa do consumidor, a partir de sua base constitucional, suscitou uma normatização própria com vistas a uma proteção mais adequada do consumidor, seja ele individual, coletivamente ou de maneira equiparada. Este microsistema baseia-se respeito à dignidade, saúde e segurança, a prote-

277CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**, v. 4 – indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.627.

ção de interesses econômicos do consumidor, bem como a melhoria da sua qualidade de vida. Luis Miguel Barudi de Matos²⁷⁸, em dissertação sobre o tema, conclui que:

[...] a gênese do direito do consumidor e, em consequência do CDC, encontra-se na garantia de segurança à vida e integridade física e psíquica dos consumidores, tendo como fundamento operacional a prevenção de danos, entendida em sentido amplo.

Um dos princípios a serem seguidos pela Política Nacional das Relações de Consumo consiste no “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo” (art. 4º, V, do CDC).

Ainda, a proteção ao consumidor foi ampliada através da garantia do direito de proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6, inciso I, do CDC). Trata-se do mais importante dos direitos do consumidor:

O inciso I do art. 6.º assegura um direito de proteção “da vida, saúde e segurança”, o mais básico e mais importante dos direitos do consumidor, ainda mais tendo em vista que nossa sociedade é uma sociedade de riscos,

278MATOS, Luis Miguel Barudi de. **Risco de desenvolvimento, responsabilidade civil do fornecedor de produtos e segurança da sociedade de consumo**. Curitiba: PUC, 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 86.

144 O risco de desenvolvimento...

muitos produtos, muitos serviços e mesmo práticas comerciais são efetivamente perigosos e danosos para os consumidores²⁷⁹.

Do mesmo modo, apenas produtos e serviços que possuam riscos normais e previsíveis devido à sua natureza ou fruição são permitidos pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo vetados aqueles que acarretem qualquer risco à saúde ou segurança dos consumidores, matéria determinada pela seção I, do capítulo IV, do CDC.

O CDC, pois, possui um caráter preventivo, objetivando impedir, antecipadamente, que o consumo possa gerar danos à população: “[...] os princípios da precaução e da prevenção estão consagrados pelo direito do consumidor”²⁸⁰. O código impõe ao Estado e aos fornecedores uma série de deveres voltados à eliminação ou redução dos riscos de dano aos consumidores²⁸¹.

Apesar de deveres de prevenção e precaução, previstos no CDC, objetivarem a repressão dos riscos no Brasil, o progresso econômico e científico iniciado na segunda metade do século XX, alterou, de maneira considerável, a ideia de risco e a forma que o Direito deve encarar. Assim, os riscos não mais são controláveis ou previsíveis, tornando a pós-modernidade uma era de incertezas:

279MARQUES, Claudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

280LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 174. Em negrito no original.

281MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

A contemporaneidade é, assim, um período de *incerteza*, ou seja, uma era marcada por acontecimentos aleatórios, dificilmente previsíveis mesmo em situações planeadas. A crença na racionalidade científica e nas suas “certezas” desfez-se pois a ciência não controla nem resolve os riscos hodiernos. Estes são insusceptíveis de serem calculados uma vez que os cálculos – na sua dimensão espacial, temporal e social – não mais são capazes de estimar a probabilidade de catástrofes²⁸².

Desse modo, há situações nas quais os deveres de qualidade e segurança de produtos e serviços acabam violados, razão pela qual se torna necessário que o lesado recorra às garantias legais asseguradas pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu capítulo IV, denominado “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”²⁸³.

Cumpre salientar que o código consumerista foi precursor da responsabilização objetiva no país. A objetivação da responsabilidade civil já era discutida no início do século XX²⁸⁴, todavia o Código Civil de 1916 optou por manter a responsabilidade subjetiva como regra geral, ou seja, havia apenas a possibilidade de imputar a al-

282FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (Coord). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 375-379.

283A utilização da garantia legal não prejudica uma eventual garantia contratual, entende-se pela cumulação de ambas ou aplicação daquela assegurada em contrato, caso aís benéfica ao consumidor.

284Cf. JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Foresene, Julho 1941.

146 O risco de desenvolvimento...

guém responsabilidade por seu ato se comprovada sua culpa (a responsabilidade objetiva consistia em exceção, só admitida quando houvesse previsão legal). Desta sorte, o ordenamento jurídico civil brasileiro conviveu com a responsabilização subjetiva por quase todo o século XX.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), lei central do microsistema de proteção, inovou ao optar pela responsabilidade civil objetiva como regra geral (arts. 12 e 14), em detrimento da subjetiva, que foi instituída pelo *códex* em termos de exceção (art. 14, §4º).

A responsabilidade civil no CDC impõe ao fornecedor um dever de segurança e qualidade com relação ao que se disponibilize no mercado de consumo, isto é, há uma obrigação legal do fornecedor de ofertar produtos e serviços sem oferecer riscos ao consumidor quanto a sua saúde, integridade e patrimônio²⁸⁵.

Aqui, assenta-se o fundamento da responsabilidade no CDC: a Teoria da Qualidade. Ante a necessidade de proteção efetiva dos consumidores, demonstrou inapta a divisão clássica entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, razão pela qual o código criou aos fornecedores um dever de qualidade dos produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Em razão da ausência da dicotomia entre esses dois tipos de responsabilização, surgiu a Teoria da Qualidade, a qual é definida pelo Ministro Antônio Herman V. Benjamin²⁸⁶:

285Cf. MARQUES, Claudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

286BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.

Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a *teoria da qualidade* – nos termos da formulação que propomos – comporta dois aspectos distintos: a proteção do patrimônio do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e a proteção da saúde do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica.

De tal modo, “[...] os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera”²⁸⁷. É, pois, a teoria da qualidade responsável por assegurar tanto a proteção do patrimônio quanto a saúde do consumidor.

Por fim, ressalta-se que, além dos vícios e defeitos de qualidade, há também um terceiro elemento que deve ser lembrado, qual seja, a ideia de vício de quantidade introduzido pelo CDC.

Neste ínterim, o Código de Defesa do Consumidor introduziu três regimes jurídicos diversos: 1) o primeiro

Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131. Cf. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 4 ed. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

287MARQUES, Claudia Lima. Art. 12. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 378-379.

148 O risco de desenvolvimento...

regula os vícios de qualidade por insegurança (denominados de acidentes de consumo ou responsabilidade pelo fato); 2) o segundo, os vícios de qualidade por inadequação (tratam dos vícios de qualidade de produtos e serviços); 3) e o terceiro regime, que regula os vícios de quantidade²⁸⁸.

Desse modo, os autores do anteprojeto optaram por diferenciar a responsabilidade civil consumerista objetiva por meio dos conceitos de vício (relacionado à adequação de produtos e serviços, e à incolumidade econômica do consumidor) e defeito (relacionado à segurança de produtos e serviços, e à incolumidade físico-psíquica do consumidor), fato que resultou na objetivação da responsabilidade civil no CDC²⁸⁹. Diferentes circunstâncias e resultados englobam cada opção legislativa. A diferenciação é apresentada por Heloísa Carpena Vieira de Mello²⁹⁰:

A distinção entre vícios e defeitos é feita tendo em vista a natureza da falha apresentada pelo bem ou serviço: se provoca danos – externos – à saúde

288BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

289Cf. MARQUES, Claudia Lima. Art. 12. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 378-379.

290MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.410.

ou ao patrimônio do consumidor, estamos falando de um defeito ou fato do produto ou serviço; se o problema é de molde a causar uma diminuição patrimonial apenas, seja porque não foram correspondidas as legítimas expectativas do consumidor, seja porque o produto não contém o afirmado pelo fornecedor, trata-se de vício²⁹¹.

O vício²⁹², neste diapasão, ocorre quando um produto ou serviço apresenta uma irregularidade que afeta sua funcionalidade ou seu valor econômico sem que, contudo, haja um acidente de consumo. Segundo Alberta do Amaral Júnior²⁹³, o vício é inerente à própria coisa, o que afeta a utilidade da coisa ou seu valor. Nesse caso, a tutela do CDC volta-se à esfera econômica do consumidor devido à frustração da expectativa previamente existente sobre produto ou serviço.

O código distingue duas modalidades de vício do produto: quantitativos e qualitativos, conforme dispõem o art. 18 e seguintes do CDC. No que se refere ao vício de qualidade, aduz o art. 18, caput, do CDC, que são os fornecedores responsáveis, de forma objetiva e solidariamente, pelas discrepâncias de qualidade que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, o que causem diminuição de valor. Ade-

291Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 122 e ss.

292Optou-se por iniciar pelo conceito de vício por questões metodológicas.

293AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 825.

150 O risco de desenvolvimento...

mais, são os fornecedores solidariamente responsáveis quando houver disparidade entre as informações apostas na embalagem, rótulo, recipiente, mensagem publicitária, ressaltando-se o respeito a possíveis variações decorrentes da própria natureza do produto.

Em contrapartida, produtos levemente viciados podem ser ofertados no mercado de consumo, sob o imperativo de que o consumidor seja avisado de forma clara e precisa e haja o abatimento proporcional do preço²⁹⁴.

De acordo com Alberto do Amaral Júnior²⁹⁵, a técnica legislativa foi deficiente ao determinar a conceituação de adequação de produtos e serviços em razão de que o *caput* do art. 18, do CDC, diferenciar produtos impróprios e inadequados e o §6º, também do art. 18, do CDC, considerar produto inadequado como espécie do produto impróprio, concluindo que o conceito de adequação é mais amplo que o de impropriedade. Portanto, considera-se a ausência de adequação para a constatação de vício por qualidade do produto.

Na hipótese de ocorrência de vício de qualidade do produto, é direito do fornecedor, no prazo de 30 dias, a tentativa de saneamento do vício do produto²⁹⁶, prazo este que pode ser diminuído a sete e aumentado a cento e oitenta dias, caso seja convencionado entre as partes da relação de consumo²⁹⁷.

294DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da Reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 163-239. P. 169.

295Op.cit., 2010, p. 829.

296Art. 18,§1º, do CDC.

297Art. 18,§2º, do CDC

Não havendo o saneamento do vício, no prazo legal, cabe ao consumidor exigir, de forma alternativa, e ao seu arbítrio, que o produto: 1) seja substituído por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ou 2) a quantia paga seja restituída de imediato, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou 3) o abatimento proporcional do preço (art. 18, CDC).

Por fim, peculiaridade aparece no §5º, do art. 18, do CDC, em razão de determinar que o fornecedor imediato será o responsável por produtos *in natura*, salvo quando houver indicação clara do produtor.

Além do vício qualitativo, o CDC também instituiu o vício de quantidade dos produtos (mencionado no art. 18 e disciplinado no art. 19, ambos do CDC). Para Marcelo Marco Bertoldi²⁹⁸, estes “[...] ocorrem quando, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, causando prejuízo ao consumidor.”

No caso de vícios de quantidade, o saneamento do problema engloba as seguintes possibilidades, escolhidas alternativamente pelo consumidor: 1) o abatimento proporcional do preço pago pela mercadoria; ou 2) o complemento do peso ou medida; ou 3) a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, o qual não deve possuir os vícios constatados; ou 4) a devolução imediata do valor pago, monetariamente atualizado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Ade-

298BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço. p. 909-933. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 921.

152 O risco de desenvolvimento...

mais, será o fornecedor responsabilizado quando for elaborar a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais²⁹⁹.

No que concerne aos vícios nos serviços, cumpre ao fornecedor a responsabilidade por falhas de qualidade que tornem os serviços impróprios (aqueles inadequados para os fins que razoavelmente esperados, assim como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade) ou lhes diminuam o valor, bem como quando ocorra disparidade entre as indicações expostas na mensagem publicitária ou oferta. Segundo Leonardo Roco Bessa³⁰⁰:

Com o mesmo objetivo da disciplina relativa aos vícios dos produtos, o CDC inova ao disciplinar no art. 20 os vícios dos serviços. A preocupação básica é que os serviços oferecidos no mercado de consumo atendam a um grau de qualidade e funcionalidade

299 Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

300 BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

que não deve ser aferido unicamente pelas cláusulas contratuais, mas de modo objetivo, considerando, entre outros fatores, as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, a inadequação para os fins que razoavelmente se esperam dos serviços, normas regulamentares de prestabilidade.

Verificando-se qualquer das situações acima, cabe ao consumidor escolher entre a reexecução dos serviços, sem qualquer acréscimo e, quando for possível (ou confiada a terceiros, por conta e risco do fornecedor); ou requerer a restituição imediata do valor pago, monetariamente atualizado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço.

Quanto à responsabilidade do fornecedor de serviços, a solidariedade é estabelecida não pelo art. 20, do CDC, mas advém da interpretação do art. 7º, parágrafo único, em conjunto com o art. 25, §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, a partir dos quais se pode concluir que “[...] a responsabilidade incide diretamente sobre quem prestou o serviço, seja uma ou várias pessoas, ou ainda uma cadeia de fornecedores, todos responderão pelos vícios de qualidade ou quantidade por inadequação do serviço”³⁰¹.

Ressalta-se que, apesar da grande relevância que a disciplina dos vícios tem no ordenamento brasileiro, ela

301BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço. p. 909-933. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 925.

154 O risco de desenvolvimento...

não se liga à questão do risco do desenvolvimento, em razão da ausência de acidente neste íterim.

O Código de Defesa do Consumidor, além de disciplinar os vícios de consumo, também regulamente os casos de tutela dos defeitos de consumo. Por defeitos compreendem-se, segundo Clarissa Costa de Lima³⁰²⁻³⁰³, “[...] as falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais [...]”, os quais se encontram disciplinados nos ditames dos arts. 12 ao 17, do CDC. Trata-se de imputação da responsabilidade por acidentes de consumo, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre as utilizações e riscos dos produtos e serviços.

Responsabiliza-se o fornecedor, independentemente da comprovação de culpa, pelo fornecimento de serviços defeituosos. Ainda, responde o fornecedor pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos relativos aos serviços, conforme art. 14, do CDC. Desse modo, o fornecedor sempre será responsável pelos defeitos dos serviços de forma objetiva, salvo nos casos em que o defeito advém da atividade de profissionais liberais, os quais são responsabilizados de forma subjetiva pelo CDC³⁰⁴.

302LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no Novo Código Civil e no CDC. p. 757-778. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 764.

303Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. P. 675-681. In: In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 676.

Os serviços serão defeituosos, nos termos do art. 14, §1º, do CDC, quando não provisionam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, levando-se em conta algumas circunstâncias, dentre as quais estão 1) o modo de seu fornecimento; 2) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; 3) a época em que foi fornecido³⁰⁵.

A época em que o serviço foi fornecido liga-se à questão do risco do desenvolvimento. Tratam-se das técnicas que, quando disponibilizadas, não apresentavam qualquer problema, contudo, após sua utilização, acompanhada de desenvolvimento da tecnologia voltada à criação do serviço, defeitos são constatados. Tula Wesendonck³⁰⁶⁻³⁰⁷ ensina que o risco do desenvolvimento pode ocorrer não somente no caso dos produtos, mas também com relação os serviços que são colocados em circulação.

Ademais, os serviços não são considerados defeituosos pela utilização de novas técnicas. O estado da arte, neste íterim, não caracteriza defeito dos serviços, mas sim uma evolução das técnicas utilizadas.

Ainda, o CDC apresenta duas hipóteses de exclusão da responsabilidade por defeito do serviço, quais sejam, a prova de inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

304Cf. LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 241.

305A análise dos demais fatores relativos ao fato do serviço não se faz necessária no presente trabalho.

306WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 38,n.2, p. 213-227, jul./dez. 2012, p. 214.

307SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 313.

156 O risco de desenvolvimento...

A última hipótese de responsabilização extracontratual introduzida pelo CDC consiste no defeito dos produtos. Quando se verificam produtos defeituosos, respondem o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, independentemente de culpa, pela recomposição de eventuais danos ocasionados aos consumidores por acidentes provindos do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, assim como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos – trata-se da responsabilidade pelo fato do produto³⁰⁸⁻³⁰⁹.

O defeito está diretamente ligado à segurança que o produto proporciona ao consumidor, independente de ser o produto apto ou não ao fim a que se destina – importa saber se o produto capacidade de produzir um acidente de consumo.

Deste modo, a responsabilização encaixa-se em uma compreensão de que o dever de qualidade e segurança não se apresenta como absoluta, isto é, há apenas uma limitação relativa à colocação de produtos perigosos no mercado – há um dever de não causar prejuízos às pessoas³¹⁰. É, pois, defesa a fabricação e comercialização

308Art. 12 e 14, ambos do CDC.

309THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Processo civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 354 e ss.

310Cf. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 683-709; ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do produto no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos

de produtos altamente nocivos, de acordo com o art.10º, do CDC, sendo, contudo, permitido que produtos que causem risco à saúde, desde que normais e previsíveis, sejam disponibilizados no mercado, conforme dispõem os art. 8º e 9º, ambos do CDC.

Silvio Luís Ferreira de Rocha³¹¹ ensina que o conceito de produto defeituoso deve incluir não só as expectativas da vítima com relação à segurança esperada, mas também, às expectativas esperadas da sociedade de consumo como um todo. Deve-se observar, no caso concreto, se o produto ou serviço apresentam a segurança que deles legitimamente se esperam.

O produto não pode ser tomado por defeituoso se outro de melhor qualidade for colocado no mercado³¹²; somente considerando-se a responsabilidade do produto quando o dever de segurança seja violado. De tal modo, ensina Rui Stoco³¹³ o que se compreende por produto defeituoso:

Entende-se como defeituoso produto tanto aquele intrínseco, oculto ou aparente, decorrente de erro ou equívoco de concepção ou da utilização de material inadequado, como aquele extrínseco, resultante da ausência de contro-

Tribunais, 2010, p. 689.

311ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

312Art. 12, §2º, CDC.

313STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. P. 675-681. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 677.

158 O risco de desenvolvimento...

le de qualidade, que comprometa a sua utilidade, em razão, por exemplo, da montagem inadequada, da falta de um componente, da ausência de ajuste etc. também se equipara a defeito de fabricação a inadequação do produto para o fim que é vendido, ou seja, a sua inocuidade, de modo que jamais alcançará a utilidade apontada como finalidade ou proporcionará o benefício ou resultado propalado.

No que tange à periculosidade dos produtos, deste modo, a periculosidade divide-se em inerente (ou latente) e periculosidade adquirida. A periculosidade inerente consiste no risco intrínseco ao produto, à sua qualidade ou funcionamento, isto é, os produtos são capazes de causar acidentes, contudo não há defeito, quer diz que, nas palavras de Antônio Herman V. Benjamin³¹⁴, “Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade dos produtos e serviços, nesses casos, diz-se normal e previsível em decorrência de sua natureza ou fruição, ou seja, está em consonância com as expectativas legítimas dos consumidores”.

Dois elementos são essenciais para a configuração da periculosidade inerente, quais sejam, a normalidade e a previsibilidade³¹⁵: a nocividade deve ser parte integrante do produto e ao consumidor deve ser possível prevê-la.

314BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119.

315PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos**: a teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.225.

Ressalta-se que a apresentação do produto abarca a informação do consumidor, razão pela qual cumpre aos fornecedores o dever de informação acerca da periculosidade inerente dos produtos.

Por outro lado, um produto pode conter um defeito e, em decorrência deste, ser nocivo. Na periculosidade adquirida, os produtos, à primeira verificação, não apresentam risco latente, contudo, em razão de algum defeito, colocam em risco a saúde e a segurança do consumidor. Ao contrário da periculosidade inerente, na adquirida não há possibilidade de previsão pelo consumidor³¹⁶.

Os defeitos dos produtos classificam-se em imperfeições de criação ou concepção, fabricação ou produção, informação ou comercialização³¹⁷. Por defeitos de criação compreende erro na elaboração do projeto ou fórmula. Nesses casos, é responsabilidade do fabricante que deixou o dever de segurança e cuidado ao elaborar um projeto falho.

O fornecedor também é responsável por eventuais falhas em sua linha de produção, nas quais o projeto ou fórmula encontra-se correto, mas em algum momento é adulterado. James Marins³¹⁸ explica que os defeitos de produção se diferenciam dos demais em razão de três aspectos: 1) não atingem todas as peças; 2) são previsíveis; 3) são inevitáveis.

316Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119-122.

317Art. 12, caput, CDC

318MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção do Consumidor. Biblioteca de direito do consumidor, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 114

160 O risco de desenvolvimento...

Ainda, os defeitos ocorrem devido à ausência, insuficiência ou inadequação das informações que, obrigatoriamente, devem ser fornecidas ao consumidor. Estes defeitos “[...] decorrem de sua apresentação ao consumidor, vale dizer, de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização, veiculadas no próprio produto, em sua embalagem ou condicionamento, bem como através dos meios de comunicação”³¹⁹.

Ademais, alguns fatores devem ser observados para a caracterização do defeito, nos termos do §1º do art. 12, do CDC³²⁰. Primeiramente, situação vinculada ao defeito informacional, a apresentação do produto deve ser observada para a caracterização de eventuais defeitos. Devem ser consideradas todas as informações disponibilizadas ou não aos consumidores para se concluir sobre se há a existência de defeito.

O segundo ponto a ser considerado consiste nos riscos que razoavelmente se esperam do produto. Adota-se o critério do consumidor-médio, utilizando-se o consumo socialmente adequado como juízo para a determinação do uso razoável do produto, e não os ideais subjetivos do consumidor ou do próprio produtor³²¹.

319DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da Reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 163-239, p. 184.

320Guilherme Henrique Lima Reinig entende que o rol apresentado pelo art. 12, §1º, do CDC não é exaustivo, possuindo caráter exemplificativo. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

321Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do produto no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade Nery (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribu-

A informação correta, completa e clara sobre a periculosidade inerente, conservação do produto ou possíveis efeitos colaterais acarretados pela utilização do produto é essencial para o fim de elidir a responsabilização, a qual toma corpo caso devido a erros no dever de advertir o consumidor sobre a periculosidade existente.

Por fim, o inciso III, do §1, do art. 12, do CDC, aduz que, para a compreensão do defeito do produto, também deve ser apreciada a época em que este foi colocado em circulação. A expectativa de segurança, deste modo, deve ser aquela vislumbrada no momento de colocação do produto no mercado consumidor.

Considera-se, para o fim de determinação da imputação de responsabilidade ao fornecedor, a segurança que possuía o produto no momento em que este se separa do produtor e passa à esfera do consumidor³²².

O momento de colocação dos produtos no mercado suscita a problemática do risco do desenvolvimento: há que se compreender os limites da ciência e da técnica existentes no momento de colocação do produto ou serviço no mercado para a definição da presença ou ausência de defeito.

Deste modo, faz-se essencial a compreensão do estado da arte (*state of art*) como fundamento para o risco

nais, 2010, p. 689.

322Guilherme Henrique Lima Reinig ensina que a ideia do momento de colocação do produto no mercado, na doutrina nacional, liga-se ao instante em que o objeto desliga-se da cadeia de produção e distribuição, e passa ao controle do consumidor. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32. Já João Calvão da Silva é claro ao afirmar que o momento a ser considerado é o de colocação do produto no mercado consumidor, e não o instante de configuração do dano ou da apreciação da ação judicial cabível. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 508

162 O risco de desenvolvimento...

do desenvolvimento, seja ele considerado como fator de imputação ao fornecedor, ou como excludente de responsabilidade civil, conforme ensinam Coderch e Feliu³²³:

Quando se produz um dano derivado de riscos de desenvolvimento, alguns ordenamentos jurídicos imputam a responsabilidade correspondente ao fabricante do produto em questão, porém outros lhe concedem uma exceção que lhe permite exonerar-se de tal responsabilidade. O elemento-chave da exceção de risco de desenvolvimento é o estado da ciência e da técnica (State-of-Art), porém ambas noções operam de forma distinta em relação ao defeito: o estado da ciência e da técnica se vincula ao conhecimento do defeito; e a exceção dos riscos de desenvolvimento pressupõe um defeito e persegue exonerar ao fabricante que prova que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos impedia apreciar a existência daquele defeito.

O *state of art* possui diversas significações; considera-se a classificação adotada por Guilherme Henrique Lima Reinig³²⁴ como correta. O referido autor categoriza o estado da arte como: “[...] (i) o atendimento dos padrões técnicos usuais de produção e/ou o cumprimento

323CODERCH, Pablo Salvador. FELIU, Josep Solé. *apud* Pereira, Agostinho Oli Koppe. **Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos**: a teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.222.

324 REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43-44.

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”³²⁵⁻³²⁶.

Com relação ao cumprimento da normatização legal e administrativa, considera-se que as normativas legais representam um mínimo a ser verificado pelos fornecedores no momento de colocação do produto no mercado. Deste modo, a legislação não pode ser considerada, de maneira isolada, para fins de segurança dos produtos em razão, principalmente, da demora em sua atualização devido à dificuldade do poder público em se manter informado sobre todo o desenvolvimento científico e técnico.

Assim, essencial que os fornecedores também verifiquem normas técnicas emitidas por órgãos especializados para o fim de atingir a segurança que dele legitimamente se espera³²⁷. Em primeiro momento, o cumprimento

325REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

326CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: Jornadas en Homenaje a A. Alterini, 12 de noviembre de 2013, Rosario: UNR. Disponível em:

[http://www.google.com.br/url?](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C-CsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C-CsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0C-CsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY). Acesso: 27 dez 2014, p.1. Ensina que ciência representa uma junção de conhecimentos teóricos e sistemáticos relativos a uma parte do conhecimento, bem como princípios, regras e técnicas que explicam a realidade. Como técnica a autora entende ser o conhecimento aplicado, isto é, a prática.

327Como exemplo podem se indicar as normas da (ABNT). Associação Brasileira de Normas Técnicas

164 O risco de desenvolvimento...

to de todas as normas técnicas e legais elidiria a responsabilidade do fornecedor.

A segunda circunstância que envolve o estado da arte é a ideia de riscos do desenvolvimento, a qual se relaciona à impossibilidade de conhecimento do defeito do produto no momento de sua disponibilização no mercado, mas passa a ser conhecido após seu uso. Nessa situação, “[...] os riscos do produto são objetivamente desconhecidos pelo mais avançado estado da ciência e da técnica, só vindo a ser descobertos com o desenvolvimento posterior do estado dos conhecimentos científicos e técnicos”³²⁸.

Os argumentos centram-se em duas linhas de pensamento: a primeira define que não haveria a impossibilidade de os fornecedores conhecerem os riscos em razão de sua incognoscibilidade pela ciência e a segunda vertente entende que as expectativas de segurança não se modificam ante o estado da arte, razão pela qual este não influiria no dever de cuidado com o consumidor.

O ponto crucial repousa em saber em que nível era o defeito perceptível de acordo com a técnica e ciência ou, ainda, utilizando-se a negativa, com base na lógica de compreender a inexistência de um defeito no momento de colocação do produto no mercado consumidor³²⁹. O critério deve ser objetivo, havendo a necessidade de total incognoscibilidade do defeito pelo fornecedor. Deste modo, explica João Calvão da Silva³³⁰ a necessidade de atualização do fornecedor:

328CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.236.

329SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 508.

330Ibid., 1990, p. 511-512.

Não basta, pois, que seja difícil ou dispendioso descobrir o defeito, que outros produtores façam o mesmo e, até, que seja respeitada a prática, o uso e o costume da indústria (*industry custom*). Crucial e decisivo é a *incognoscibilidade* do defeito e periculosidade do produto segundo o estado geral da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos, no setor.

Vale isto por dizer que o produtor (grande, médio ou pequeno) não pode fiar-se na prática da indústria, pois tal prática pode corresponder a critérios “economicistas” que não tenham na devida conta a segurança do consumidor, a exigir a redução de riscos e a substituição de controles de qualidade antiquados. O produtor tem de estar sempre actualizado, a par de experiências científicas e técnicas mundiais, e ser da literatura nacional e internacional especializada, pois o critério determinante é o *mais avançado estado da ciência e da técnica mundial*, entendido objectivamente como a *essência do conhecimento* (“*Inbegriff der Sachkunde*”).

Assim, cumpre aos fornecedores o dever de constante actualização. Entretanto, Guilherme Henrique Lima Reinig³³¹ lembra que “[...] o conhecimento esteja genericamente acessível”, isto é, “[...] é imprescindível que ela

331 REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, 93-94.

166 O risco de desenvolvimento...

esteja disponível à comunidade científica para que possa ser sistematicamente combatida”. Somente informações disponíveis podem ser consideradas para fins de qualificação do feito como cognoscível ou não.

Por fim, há que se verificar se, existindo o conhecimento técnico ou científico acerca do defeito, seria possível a resolução do problema ou, impossível, se seria economicamente viável a aplicação prática destas informações. A definição de *state of art* abrange, ainda, uma graduação do conhecimento sobre a cognoscibilidade e controle dos riscos. É comum se confundirem as hipóteses de risco do desenvolvimento, lacunas de desenvolvimento e riscos controláveis³³².

Nas situações de riscos do desenvolvimento o fornecedor está impossibilitado de detectar os riscos presentes no produto em razão de que a ciência existente no mundo naquele momento não apresenta as condições necessárias para tanto, motivo pelo qual o risco somente será constatado no momento em que ocorrer um dano, ou quando o desenvolvimento científico ou técnico seja suficiente para contatem o defeito³³³. Assim, os riscos dos produtos são impossíveis de serem verificados pela própria ciência e técnica, “[...] caracterizando-se pela impossibilidade de detecção da periculosidade potencial”³³⁴. O

332A diferença entre risco do desenvolvimento, lacunas de desenvolvimento e riscos controláveis baseia-se em: REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47-52.

333PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. **Risco de desenvolvimento e responsabilidade civil**: a responsabilização dos fornecedores de alimentos quimicamente manipulados e geneticamente modificados na perspectiva do biodireito. 2008. 115 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2008, p. 78-79.

334REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48. [livro

defeito é incognoscível no momento de colocação do produto no mercado consumidor.

Para Guilherme Henrique Lima Reinig³³⁵, as lacunas de desenvolvimento, em seu turno, atentam-se à potencialidade propriamente dita, e não à possibilidade de conhecimento do risco – concernem acerca da limitação da possibilidade humana de solucionar problemas, isto é, conhece-se a periculosidade potencial, mas esta não pode ser eliminada³³⁶.

Nas lacunas de desenvolvimento há o conhecimento da periculosidade sem, contudo, haver a capacidade do estado da arte em supri-la; o risco não mais é desconhecido, mas sim incorrigível por meio do estado da arte no momento. A disponibilização desses produtos aos consumidores não enseja a responsabilidade do fornecedor em razão do conhecimento prévio do consumidor acerca da periculosidade, nos termos do art. 12, §1º, e §2º, do CDC³³⁷⁻³³⁸. Há hipóteses em que o conhecimento dos defeitos pelo consumidor não elidirá a responsabilidade do fornecedor em decorrência da necessidade de

eletrônico].

335Ibidem, 2013, p. 48. [livro eletrônico].

336A exemplo dos venenos para insetos comercializados no mercado brasileiro.

337REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49. No que tange a Portugal, João Calvão da Silva dispõe que: “Equivale dizer que o já conhecido escalão do “estado da ciência e da técnica” serve de linha de fronteira entre os defeitos de concepção e informação e os chamados defeitos do desenvolvimento, ficando, do primeiro lado, os riscos conhecidos, cognoscíveis ou previsíveis, e, de outro, os riscos ignotos, incognoscíveis ou imprevisíveis: por aqueles, o produtor responde na base da culpa ou independentemente de culpa; por estes, o produtor não é responsável”. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 521.

338Como exemplo, apresentam-se os refrigerantes, que possuem a capacidade de causar diversos problemas de saúde, contudo são comercializados.

168 O risco de desenvolvimento...

que tais produtos jamais adentrassem à esfera do vulnerável³³⁹. Cabe à análise do caso concreto a resposta para a presente ponderação, isto quer dizer que se trata “[...] de um problema de ponderação entre riscos e utilidade. Se a utilidade do produto supera os riscos relacionados à periculosidade inevitável, então o produto não deverá ser considerado defeituoso”³⁴⁰.

A gradação do *state of art* também abrange o conhecimento da periculosidade e a possibilidade de sua fixação. Quando há plenas possibilidades de que o produto seja disponibilizado aos consumidores sem que os referidos defeitos atinjam a coisa, e ainda sim não ocorre a preocupação em fazê-lo, verifica-se efetivo desrespeito à vida, saúde e segurança das pessoas, ensejando a responsabilização disciplinada no art. 12, caput, e §1º, do CDC.

Ademais, conforme art. 12, § 2º, do CDC, “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. O mero avanço tecnológico não representa defeito dos antigos produtos.

A compreensão do risco do desenvolvimento também demanda, em sua análise, a verificação das excludentes de responsabilidade explicitamente aceitas pelo CDC (art. 12, §3º, do CDC). O fabricante, o construtor, o produtor ou importador não serão responsabilizados caso consigam provar: 1) que não colocou o produto no mer-

339Automóveis com defeitos de fábrica que sofrem o processo de *recall* não deixam de apresentar periculosidade e o ato de informar o consumidor acerca do risco e disponibilizar a solução do problema não ilide a responsabilização do fornecedor por possíveis danos, mesmo que posteriores à publicização da questão.

340REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

cado; 2) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; 3) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. As três hipóteses rompem o nexo de causalidade, desmantelando a responsabilização do fornecedor³⁴¹.

Grande polêmica cerca o art. 12, §3º, do CDC: haveria a possibilidade de outras cláusulas excludentes de responsabilidade do fornecedor ou seria o rol taxativo? A interpretação literal do dispositivo resulta na exclusão de qualquer outra excludente de responsabilização. Todavia, com base em uma interpretação do sistema geral de responsabilidade civil, esta conclusão escaparia a razoabilidade, razão pela qual o microsistema consumerista deve ser analisado com base na totalidade do sistema geral, permitindo-se a verificação de outras causas de exclusão da responsabilidade.³⁴² Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁴³ apresenta cinco causas que merecem especial análise: 1) caso fortuito e força maior; 2) a prescrição; 3) o fato do príncipe; 4) as cláusulas de não indenizar; 5) os riscos do desenvolvimento.

Caso fortuito e força maior constituem-se em causas tradicionais da exclusão da responsabilidade. A diferenciação dos institutos não foi introduzida no Código Civil (art. 393), cabendo à doutrina fazê-la. Modernamente, a doutrina vem compreendendo ser o “[...] caso fortuito

341Cf. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.283.

342SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 287.

343SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 287.

170 O risco de desenvolvimento...

um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo”³⁴⁴.

O grande questionamento com relação à matéria encontra na ausência de sua disciplina pelo CDC. Utilizando-se dos métodos de interpretação lógico e sistemático³⁴⁵, compreende-se que a existência de ambas as causas na teoria geral da responsabilidade civil garante que situações externas à relação entre fornecedor e produto interferiam na coisa e causem danos, fator excludente da imputação.

Ressalta-se que apenas se constata a violação do nexo de causalidade e, logo, a supressão da responsabilização, quando o caso fortuito ou a força maior ocorrem após a colocação do produto no mercado. No caso verificação de caso fortuito ou a força maior anteriores à introdução do produto no mercado consumidor, e posterior disponibilização, há imputação ao fornecedor³⁴⁶⁻³⁴⁷.

A prescrição, conforme verificado acima, também merece especial atenção. Nos dizeres de Carlos Roberto

344MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior excluídos de culpabilidade no código civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 45.

345Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

346SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 297.

347Cf. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. seção do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1994, p. 83-84.

Gonçalves³⁴⁸, "Prescrita a pretensão à reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento da indenização. A responsabilidade do agente causador do dano se extingue". Por certo, a prescrição é responsável por ilidir a responsabilização do fornecedor devido à inércia o consumidor.

No que se refere ao vício do produto, disciplinado pelo CDC, o prazo prescricional é de cinco anos, e o termo inicial da contagem do prazo associa dois fatores, quais sejam, o conhecimento do dano e sua autoria, nos termos do art. 27, do CDC:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Outra causa de exclusão não elencada no art. 12, §3º, CDC, denomina-se fato do príncipe: neste, o Estado impõe normas regulamentadoras imperativas para produtos e serviços³⁴⁹. Trata-se da regulamentação imposta pelo poder público aos fornecedores, fato que levanta a questão acerca da possibilidade de exoneração da responsabilidade em decorrência destes regramentos.

Em primeiro lugar, "[...] o estabelecimento de normas mínimas sobre a qualidade e a segurança do produto

348GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8.ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2012). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 752.

349Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 308 e ss.

172 O risco de desenvolvimento...

não afasta o dever de cautela do fornecedor de confeccionar produtos seguros para os seus consumidores”³⁵⁰ em razão de formarem apenas a base mínima de cautela que deve ser seguida pelo fornecedor.

Ademais, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino também instrui que, caso de que o fornecedor possua consciência de que o regramento estatal acarretará um defeito, deve recusar-se a cumpri-lo e discuti-lo por via judiciais, sob pena de responder solidariamente com o Estado pelos eventuais danos causados³⁵¹. Ante tais constatações, a responsabilidade do fornecedor será excluída se o defeito foi causado pelo regulamento estatal, entretanto, somente se tais normas forem impositivas:

A única hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor seria a existência de norma imperativa que, em termos taxativos e cogentes, prescrevesse particularmente padrões de produção dos produtos, não deixando margem para qualquer alternativa do fornecedor. Nesse caso, o fornecedor, para exonerar-se da responsabilidade, deveria provar o nexo de causalidade entre o defeito e a conformidade à norma imperativa; teria de provar que o conteúdo obrigatório da norma é que originou o defeito do produto, de tal sorte que o dano seja inteiramente devido *au fai du prince*³⁵².

350SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 308.

351Ibid., 2002, p. 312.

352ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do

Assim, conclui-se que o fato do príncipe se ajusta ao conceito de exclusão da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva de terceiro, contemplada pelo art. 12, §3º, inciso III, do CDC³⁵³, nas situações em que o Estado trazer uma normatização seja impositiva e rígida a respeito da elaboração dos produtos.

No que tange às cláusulas de não indenizar, o código consumerista é expresso em proibi-las. O art. 25, *caput*, do CDC veda “[...] a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

Ainda, a partir da análise do art. 51, inciso I, do CDC, conclui-se ser nula, de pleno direito, cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor com relação a vícios dos produtos e serviços ou que provoquem renúncia ou disposição de direitos.

A parte final do art. 51, inciso I, do CDC (“Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”) carece de análise mais aprofundada. Sua interpretação deve ser elaborada de maneira restritiva, considerando-a aplicável apenas a situações de vícios, as quais possuam pessoa jurídica como consumidora, e desde que se identifique razoável equilíbrio entre as partes da relação de consumo³⁵⁴.

consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.

353 Art. 12, § 3º, CDC: O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

[...]

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

354 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora

174 O risco de desenvolvimento...

Por fim, a última causa de excludente versa sobre os riscos do desenvolvimento, defeitos os quais “[...] representam uma espécie de gênero de concepção, em virtude da carência de informações científica à época da concepção, aumento dos riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia”³⁵⁵⁻³⁵⁶. Assim, surgem preocupações a partir do risco do desenvolvimento, em decorrência da possibilidade de perigos não previsíveis.

Ao se utilizar a lógica econômica, toda atividade humana ocasiona tanto um custo como um benefício, afetando ou aquele que pratica a ação, ou a um terceiro, contudo, nem sempre os autores da ação [no caso do direito do consumidor, tratam-se dos fornecedores] internalizam as externalidades, em razão do fato de ser mais vantajoso apenas auferir os lucros, sem que se assumam os custos³⁵⁷. A discussão acerca da imputação dos custos

Saraiva, 2002, p. 327.

355CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 638.

356ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

357CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: Jornadas en Homenaje a A. Alterini, 12 de noviembre de 2013, Rosario: UNR. Disponível em:

[http://www.google.com.br/url?](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acadec.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usq=AFQjCNEJV8UWgM_m3_8_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acadec.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usq=AFQjCNEJV8UWgM_m3_8_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acadec.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usq=AFQjCNEJV8UWgM_m3_8_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY). Acesso: 27 dez 2014, p.1.

dos riscos do desenvolvimento, deste modo, é essencial para a conclusão de quem deve internalizar os custos dos defeitos apresentados.

Portanto, o silêncio do CDC com relação ao risco do desenvolvimento causa dúvida acerca de sua compreensão como excludente ou como motivo de responsabilização do fornecedor, incerteza esta que assombra a proteção do consumidor, o que o torna ainda mais vulnerável perante o agente econômico que introduz o produto no mercado.

Conclui-se que o microsistema de defesa do consumidor possui sua estrutura de responsabilidade civil extracontratual bem organizada para a proteção do usuário. Todavia, a ausência de disciplina do instituto do risco do desenvolvimento gerou, no ordenamento jurídico brasileiro, insegurança na garantia do vulnerável em face de defeitos do produto não identificáveis à época de colocação do produto do mercado. A guarida completa do consumidor depende da solução da presente controvérsia.

176 O risco de desenvolvimento...

4. A problemática dos riscos do desenvolvimento no Brasil: possíveis desfechos

Neste último capítulo, o risco do desenvolvimento será analisado a fundo por meio da verificação dos principais ordenamentos mundiais que tratam da questão, bem como do estudo das vertentes doutrinárias que cuidam da problemática no Brasil para que possíveis sugestões de solução sejam alcançadas.

4.1. Conceituação inicial acerca da problemática dos riscos do desenvolvimento

Importante questionamento na proteção dos consumidores no Brasil, hodiernamente, concentra-se na multiplicidade de vertentes acerca do risco do desenvolvimento, incerteza que gera insegurança jurídica ao ordenamento jurídico pátrio e às partes da relação de consumo.

Os denominados *riscos do desenvolvimento*, conhecidos também como *development risks*, *riesgos de desarrollo*, ou *risques de développement*, são, na verdade, a abreviatura de “[...] risos que o desenvolvimento técnico e científico não permitiu descobrir”³⁵⁸. Estes são apresentados por Marcelo Junqueira Calixto³⁵⁹, que define o instituto como:

358LOPES, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189.

359CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.175-176.

178 O risco de desenvolvimento...

Para nós os riscos do desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência dos estudos científicos³⁶⁰.

O instituto consiste naqueles riscos impossíveis de detecção no momento de sua introdução no mercado consumidor, de acordo com o estado da arte naquele momento, isto é, o mais avançado estado da ciência e da técnica, e que passa a ser conhecido ou por problemas apresentados em decorrência de seu uso ou por estudos científicos mais avançados, posteriormente criados.

A relação entre avanços tecnológicos e o cidadão dá-se através do consumo - estes progressos somente encontram guarida caso se revertam em lucro àqueles que o desenvolveram, resultando na colocação de novos produtos no mercado. O consumo em massa é responsável por alocar nas mãos do indivíduo não só produtos, mas também riscos incalculáveis e incontroláveis.

Nesse diapasão, a proteção do consumidor faz-se imperiosa - cabe ao microsistema consumerista a defesa do sujeito de direitos ante os problemas causados por algo introduzido pelos detentores dos meios de produção.

A principal questão gira em torno de saber quem é o responsável por suportar os danos causados pelo risco

360No mesmo sentido, conferir: BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 540 e ss.

do desenvolvimento – riscos estes criados pelo homem durante o processo decisório³⁶¹. Neste sentido são as indagações de Fabiana Maria Martins Gomes de Castro³⁶²:

É neste contexto que se revela um dos mais interessantes questionamentos da responsabilidade civil do fabricante: o risco do desenvolvimento. Daí questionarmos; quem deve suportar os riscos de desenvolvimento? Fornecedor ou consumidor? Seria pretensioso indagar se esse risco deveria ser arcado pela sociedade no seu conjunto por um fundo de indenização apoiado por receitas públicas ou, ainda, pelo setor produtivo respectivo em que sejam chamados a participar os membros do mesmo.

A responsabilização do detentor dos meios de produção não é total e irrestrita no ordenamento brasileiro. A responsabilidade objetiva do fornecedor é mitigada por algumas excludentes (parte positivada no CDC e outras apresentadas pela doutrina).

O art. 12, §3º, I, II e III, do CDC, exclui a responsabilidade do fabricante, o construtor, o produtor ou importador quando provarem que 1) não colocaram o produto no mercado, 2) mesmo que o tenham colocado, inexistente o defeito, e 3) há culpa exclusiva do consumidor ou

361LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. México: Universidade Iberoamericana, A.C., 1992, p.16.

362CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.628.

180 O risco de desenvolvimento...

de terceiro. O código foi omissivo quanto ao risco do desenvolvimento. Ademais, o art. 12, §1º, inciso III, do CDC refere-se à segurança dos produtos à época de sua colocação no mercado, sendo necessário se considerar o estado da arte naquele momento. E o art. 10, também do CDC, explicita que é defeso ao fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço os quais saiba ou deveria saber que apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

A análise conjunta desses dispositivos leva a dúvidas com relação ao instituto do risco do desenvolvimento. Seria o risco do desenvolvimento considerado uma excludente de causalidade uma vez que o Código de Defesa do Consumidor o instituiu entre o rol do art. 12, §3º e dispõe que o estado da arte do momento da colocação do produto no mercado deve ser considerado na responsabilização por defeito do produto? Ou seriam os resultados gerados pelo risco do desenvolvimento responsabilidade dos fornecedores? O Estado possui alguma responsabilidade nesta situação?

4.2 O Risco do desenvolvimento no mundo: diferentes soluções em acordo com a realidade de alguns países relevantes à situação brasileira

A problemática da responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento é tema que apresenta disciplina diferenciada, a depender da realidade enfrenta por cada país em decorrência da opção legislativa, muitas vezes, provinda de resultados catastróficos enfrentados por suas populações. A análise de algumas dessas legislações apresenta-se essencial para o enfrentamento da questão no direito brasileiro.

No direito comunitário europeu, a partir da década de 70, eclodiram discussões efervescentes acerca do tema, nas quais parte dos países defendia a responsabilização dos fornecedores pelos riscos do desenvolvimento, e outros a exclusão de imputação³⁶³.

A Diretiva n^o 374 da Comunidade Econômica Europeia, de 25 de julho de 1985, conhecida como Diretiva 85/374/CEE³⁶⁴ (a qual trata acerca da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos), é um documento que foi:

[...] idealizado para aproximar as legislações nacionais dos países membros da CEE em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos oriundos de produtos defeituosos, e garantir, a um só tempo, mediante justa reparação dos riscos, a proteção da vida e do patrimônio do consumidor, de um lado, e, de outro, o desenvolvimento econômico e o progresso científico [...]³⁶⁵.

363REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57 e ss. Traz o histórico completo das discussões levantadas. Cf. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 505.

364Alterada pela Diretiva 1999/34/CE.

365LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 131.

182 O risco de desenvolvimento...

Os riscos de desenvolvimento são disciplinados, na comunidade Europeia, através deste instrumento. Cumpre salientar que a grande demora em aprová-lo deu-se pelas discussões em decorrência da ausência de entendimento entre os países-membros.

A União Europeia, assim, adotou uma solução de compromisso³⁶⁶, na qual os fornecedores não serão responsabilizados pelos danos causados por produtos decorridos da situação de risco do desenvolvimento, isto é, adotaram-se os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilização civil. A Diretiva 85/374/CEE elencou o instituto entre as excludentes de responsabilidade dos fornecedores, conforme identifica o texto do art. 7º, alínea e: “O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”.

Além do texto garantindo que os riscos do desenvolvimento sejam compreendidos como excludentes de responsabilização, a Diretiva 85/374/CEE garantiu, em seu art. 15º, nº 1, alínea b, autonomia aos Estados-membro para decidir, internamente, se pretendem aceitar a eliminação de responsabilidade civil ou se pretendem derrogar a alínea “e” do art. 7º:

Artigo 15º

1. Qualquer Estado-membro pode:

b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever

366SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 505.

na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito;

No art. 15, nº 2, a Diretiva 85/374/CEE³⁶⁷ introduziu um *stand-still* comunitário³⁶⁸ - há um procedimento específico a ser seguido pelo Estado-membro, para o fim de introduzir, em seu ordenamento interno, o risco do desenvolvimento como causa de responsabilização dos fornecedores.

A magnitude das discussões e relevância do tema levou à previsão do nº 3, do próprio art. 15, da Diretiva 85/374/CEE³⁶⁹, garantiu um prazo de dez anos da data

367O procedimento a ser adotado pelo país que deseje utilizar a exceção do art. 15, nº1, alínea “e” encontra-se disciplinado no art. 15, nº 2: 2. O Estado-membro que desejar introduzir a medida prevista no nº 1, alínea b), comunicará à Comissão o texto da medida em causa. A Comissão informará desse facto os Estados-membros. O Estado-membro interessado suspenderá a adoção da medida prevista por um período de nove meses a contar da informação à Comissão, e na condição de que esta não tenha, entretanto, submetido ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva respeitante à matéria em causa. Se, contudo, a Comissão não comunicar ao Estado-membro interessado, no prazo de três meses a contar da recepção da referida informação, a sua intenção de apresentar tal proposta ao Conselho, o Estado-membro pode tomar imediatamente a medida prevista. Se a Comissão apresentar ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva no prazo de nove meses acima mencionado, o Estado-membro interessado suspenderá a adoção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta.

368REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

369Artigo 15º, nº 1. Qualquer Estado-membro pode: 3. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribu-

184 O risco de desenvolvimento...

de notificação da diretiva para a revisão do tema, o qual seria feito através de apresentação de relatório, pela Comissão. A matéria, entretanto, permanece sem qualquer alteração.

Após aprovada a Diretiva, três relatórios foram elaborados pela Comissão, com intuito de verificar a aplicação do art. 7º, alínea e. O último, elaborado em 2006, compreendeu pelo funcionamento, de forma satisfatória, da Diretiva 85/374/CEE e pela desnecessidade de emenda ao seu texto³⁷⁰. Dois estudos realizados na Europa influenciaram o documento.

O primeiro documento, encomendado pela Comissão das Comunidades Europeias, no ano de 2001, intitula-se *Responsabilidade do Produto na União Europeia: Um relatório para a Comissão Europeia*, corriqueiramente denominado de relatório *Lovells*³⁷¹. O referido relatório limitou-se a demonstrar o significado econômico da excludente por riscos de desenvolvimento, concluindo que, àquela altura, havia pouca justificação para qualquer reconsideração da excludente, “[...] particularmente por ter sido historicamente considerada como um fator significativo em alcançar o equilíbrio da Directiva entre os interesses dos consumidores e dos produtores”.

nais da alínea e) do artigo 7o e do no 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100o do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7o.

370REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

371MELTZER, John; FREEMAN, Rod; THOMSON, Siobhan. **Responsabilidade do Produto na União Europeia**: Um relatório para a Comissão Europeia. Lovells: Fevereiro 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia/Downloads/product-liability-report-lovells-study-pt.pdf>. Acesso em: 10 jan 2014.

O estudo da *Fondazione Rosselli*³⁷², datado de 01 de abril de 2004, concluiu que a excludente se demonstra como importante fator de equilíbrio entre o incentivo à inovação e à proteção consumerista uma vez que não haveria o fomento da elaboração de novos produtos já que os recursos que seriam destinados às apólices de seguro podem ser investidos na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias.

O relatório menciona, também, que a excludente seria determinante para a estabilização da securitização e manutenção dos litígios em estágios razoáveis; por fim, ressalta que utilizar os riscos do desenvolvimento como fator de responsabilização dos fornecedores implicaria na dificuldade de contratação de seguros por empresas de alta tecnologia³⁷³.

Entretanto, críticas são apresentadas ao relatório por supostamente ser baseado em previsões e avaliações meramente teóricas, já que o próprio texto admite a dificuldade em coletar dados empíricos³⁷⁴.

Diante desse contexto, os países europeus se comportaram de maneiras diferentes ao texto da Diretiva 85/374/CEE. Tais Estados podem ser agrupados em três grandes grupos: a) os países que adotaram o texto da Diretiva, mantendo a excludente em seus ordenamentos; b) os países que derogaram o texto e optaram por respon-

372FONDAZIONE ROSELLI. **Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products**. Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004.

373REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

374REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

186 O risco de desenvolvimento...

sabilizar os fornecedores pelos riscos do desenvolvimento e, por fim, c) aqueles que elegeram uma solução intermediária.

Conforme ensina Marcelo Junqueira Calixto³⁷⁵, tem prevalecido, dentre os países europeus, a exclusão da responsabilidade nos casos de risco do desenvolvimento. Áustria, Bélgica, Dinamarca, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Itália, Portugal, e Suécia perfilharam-se às determinações da Diretiva 85/374/CEE e internalizaram a excludente de responsabilização³⁷⁶.

Luxemburgo e Finlândia são os dois únicos países da União Europeia que optaram por derogar a regra do art. 7º, alínea e, da Diretiva 85/374/CEE.

Em ambos os países, a responsabilidade pelos riscos de desenvolvimento é irrestrita³⁷⁷⁻³⁷⁸; a Noruega³⁷⁹

375CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187.

376BREVIGLIERI, Etienne Maria Bosco. **O risco de desenvolvimento e a responsabilidade civil**. São Paulo: PUC, 2013. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Comparado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 127-128.

377MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0547> Acesso em: 10 dez 2014.

378Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64. WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, p. 213-227, jul. dez. 2012. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>, acesso em 20 out 2014, p. 219.

379O país não pertence à União Europeia.

também decidiu pela total responsabilidade dos fornecedores³⁸⁰⁻³⁸¹.

O terceiro grupo é formado por países que optaram por uma solução intermediária para a responsabilização dos riscos de desenvolvimento: Alemanha, Espanha e França. A análise do presente grupo requer importância devido à possibilidade de influência na resolução da questão no Brasil.

A Alemanha adotou o entendimento da Diretiva 85/374/CEE. Todavia, encontra-se, em seu ordenamento jurídico, a responsabilização dos produtores de medicamentos (em decorrência dos episódios derivados do problema causado pela Talidomida³⁸²) e dos fornecedores de produtos que contenham organismos geneticamente modificados, desde que o defeito se relacione com a modificação genética³⁸³.

No que tange à Espanha, o país internalizou a Diretiva de 1985 através da *Ley 22/1994*, adotando, como

380REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69-70.

381MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0547>

. Acesso em: 10 dez 2014. BREVIGLIERI, Etienne Maria Bosco. **O risco de desenvolvimento e a responsabilidade civil**. São Paulo: PUC, 2013. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Comparado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

382CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187-188.

383REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

188 O risco de desenvolvimento...

regra geral, a eximente de responsabilização na hipótese de riscos de desenvolvimento, ressaltando a responsabilização do fornecedor nos casos de medicamentos, alimentos ou produtos alimentícios destinados ao consumo humano³⁸⁴⁻³⁸⁵. Neste sentido é a análise de José Fernando Márquez y Luis Moisset de Espanés³⁸⁶:

Aprobada la directiva de la C.E.E. España sanciona una nueva ley que, siguiendo en alguna medida la interpretación doctrinaria de la ley anterior, la sitúa entre los países que han aceptado la eximente de los riesgos de desarrollo, aunque ahora - tomando como antecedente la anterior Ley General del Consumo - excluye esta eximente

384MÁRQUES, José Fernando; ESPANES, Luis Moisset. **Riesgos de desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em:

[https://www.google.com.br/url?](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3MCY-SeggTb8YHABA&usq=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MVOcpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3MCY-SeggTb8YHABA&usq=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MVOcpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Friesgos-de-desarrollo%2Fat_download%2Ffile&ei=6UCjVM3MCY-SeggTb8YHABA&usq=AFQjCNHBFSEtZTFK2JMiCJ9_MVOcpllktA&sig2=UzYysvlp-dB36yIA9uay0A&bvm=bv.82001339,d.eXY). Acesso em: 20 dez 2014, p. 10-11.

385Cf. GATO, José Ricardo Pardo. Neurociencia y riesgos de desarrollo: responsabilidad civil. In: **Congreso de Academias Jurídicas Y Sociales de iberoamérica**. Comunicación Ponencia 2: “Derecho y Neurociencia”, VIII, 2012, Santiago de Chile. Anais. Santiago de Chile: Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, Instituto de Chile, 2012. Disponível em: <http://www.institutodechile.cl/congreso/ponencias/PONENCIAPARDO-GATO.pdf>. Acesso em: 8 ago 2014.

386MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0547>

Acesso em: 10 dez 2014.

cuando se trata de alimentos y drogas para consumo humano [...].

O caso do azeite de canola, que causou uma doença denominada pneumonia atípica, dizimando centenas de pessoas e intoxicando mais de 15 mil³⁸⁷ na Espanha, deu origem à legislação de 1984, que impunha a responsabilização dos fornecedores. A atual legalização, muito provavelmente, foi elaborada para manter coerência com este entendimento³⁸⁸.

A França, anteriormente à Diretiva 85/374/CEE, compreendia pela total responsabilidade dos fornecedores pelos riscos de desenvolvimento, alterando, radicalmente, seu entendimento após a introdução da referida legislação³⁸⁹. O país adotou a excludente de responsabilidade, seguindo a tendência da maioria dos países da Europa: o fornecedor será responsável pelo defeito do produto a não ser que prove que o estado da arte, no momento de colocação do produto no mercado, não lhe permitia descobrir a existência do defeito³⁹⁰.

387SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 125.

388Entendimento de ALABART, Silvia Diaz. Adaptacion du droit espagnol a la directive communautaire sur la responsabilité pour produits défectueux. La Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits: diz ans après. Louvain-la-Neuve: Monique Giyens ed., 1996, p. 109. **Apud CALIXTO**, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 187.

389CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 188.

390Code Civil: Article 1386-11: Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve : 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;

190 O risco de desenvolvimento...

Entretanto, o *Code Civil* apresentou exceção à regra geral. O produtor não poderá invocar a referida excludente de responsabilidade nos casos do dano ser causado por elemento do corpo humano ou produtos resultantes deste³⁹¹ (Article 1386-12). Esta determinação se relaciona aos casos de sangue contaminado que assombraram a França³⁹² década de 1980.

Até o ano de 2004, o artigo 1386-12, do Código Civil francês, possuía outro parágrafo, que impunha um segundo caso de responsabilização dos fornecedores: “[...] quando o defeito tenha sido revelado em até dez anos após a entrada em circulação do produto e o fornecedor não tenha tomado qualquer medida para prevenir suas consequências danosas [...]”. A lei 2004-1343 retirou o referido parágrafo da legislação francesa. Assim, atualmente, apenas serão responsabilizados pelos riscos de desenvolvimento os fornecedores nas hipóteses de o dano ser causado por elemento do corpo humano ou produtos resultantes deste.

A Argentina também merece destaque em razão de ainda não haver consenso entre os doutrinadores acerca da imputação de responsabilidade dos riscos do desenvolvimento. Nestes termos, ensina Ricardo Luis Lorenzetti³⁹³ que a questão segue aberta no direito argentino.

391Code Civil: Article 1386-12: Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

392CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.188-189, nota 292.

393LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 544.

Conclui-se pela ausência de padronização do tratamento da questão da responsabilização civil dos fornecedores; há países, como Argentina e Brasil, que ainda não resolveram a questão, e países que, de acordo com sua realidade, apresentam resoluções diferenciadas. Deste modo, cumpre ao Brasil encontrar qual a melhor saída para seu contexto social e jurídico.

4.3 As vertentes do risco do desenvolvimento: soluções antagônicas para resolução da dúvida acerca da efetivação ou exclusão da responsabilidade civil do fornecedor no Brasil

Os denominados *riscos do desenvolvimento* caracterizam-se como os defeitos de um produto que os produtores, conforme expõe a autora María Paz García Rubio³⁹⁴.

[...]o bien quien está a éste asimilado, no há podido descubrir, ni evitar, porque el estado de los conocimientos científicos y técnicos, objetivamente accesibles a su conocimiento en el momento de la puesta em circulación del producto no se lo permitirá” [...]

394RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo em la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto em el derecho español. In: MARQUES, Claudia Lima (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999.

192 O risco de desenvolvimento...

Afirma Tula Wesendonck³⁹⁵ que esses “[...] demonstram a ocorrência de danos tardios, já que somente em um momento posterior, com o desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos, é que se torna possível determinar que o produto é defeituoso”.

O tema é amplamente discutido no Brasil em razão da ausência de regulamentação³⁹⁶, razão pela qual a doutrina pátria bifurca-se em flancos distintos: a primeira vertente sustenta a inexistência do defeito e, logo, da responsabilidade civil³⁹⁷ e a segunda posição advoga pela existência de todos os elementos da responsabilidade civil e, assim, configurada a possibilidade de imputação ao fornecedor, a depender da escolha política. James Marins³⁹⁸⁻³⁹⁹, ao filiar-se à vertente que compreende serem os

395WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, p. 213-227, jul. dez. 2012. Disponível em: <http://revista-seletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>, acesso em 20 out 2014, p. 214.

396A lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) traz sistemática similar aos riscos do desenvolvimento, impondo a estrita necessidade de seguimento da referida lei, sob pena de responsabilidade. “Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento”.

397CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.200.

398MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção do Consumidor. Biblioteca de direito do consumidor, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 137.

399Cf. MARINS, James. **Risco do Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos

riscos do desenvolvimento instituto excludente de responsabilidade civil do fornecedor, aduz amoldar-se esta hipótese ao art. 12, §3º, inciso II, do CDC, demonstrando que não há defeito juridicamente relevante que justifique a responsabilização do fornecedor, nos termos do art. 12, §1º, incisos II e III, isto é, “[...] o risco do desenvolvimento é espécie de *defeito juridicamente irrelevante, insuscetível, portanto, de levar à responsabilização do fornecedor pelo fato do produto* [...]”.

A seu turno, Fábio Ulhoa Coelho⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ inicia seu fundamento por uma interpretação *a contrario sensu* do art. 10, do CDC, alegando que ao empresário não é defeso oferecer produtos e serviços cujos riscos eram impossíveis de detecção total pelo estado da arte no momento de seu lançamento devido à ausência de previsão do oposto. O autor restringe a responsabilidade fornecedor à imposição do dever de comunicação do fato de descoberta posterior da periculosidade dos produtos às autoridades e aos consumidores, nos termos do art. 10, §1º, do CDC. Neste diapasão, aduz o autor:

Assim, pode-se afirmar que o produto ou serviço, que manifeste nocividade apenas depois de sua inserção na cadeia de circulação econômica, torna-se juridicamente perigoso somente se, uma vez revelada a real extensão do

Tribunais, 1993.

400COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1: direito da empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

401O entendimento inicial do autor também menciona o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilização. COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

194 O risco de desenvolvimento...

potencial de risco, omitir-se o fornecedor de proceder à devida divulgação da descoberta aos consumidores e ao poder público. Lembre-se que a questão da periculosidade do fornecimento se exaure na análise do cumprimento do dever de informar. Se for dado pronto atendimento a esse dever, nenhuma responsabilidade poderá advir ao empresário em razão dos danos ocasionados pelo risco anteriormente desconhecido⁴⁰².

Com base na concepção de segurança das relações sociais, Gustavo Tepedino⁴⁰³ apadrinha o entendimento de que não há defeito do produto ou serviço no caso de ocorrência de situação abarcada pelo risco do desenvolvimento, com base nos termos definidos pelo art. 12, §1º, corroborado pelos arts. 6º, e 10, todos do CDC. Assim sendo, não se imputa defeito ao fornecedor quando, utilizando-se da disciplina do art. 12, §1º, III, do Código de Defesa do consumidor, leva-se “[...] em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistente vício de segurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente, com base no atual conhecimento científico”⁴⁰⁴.

402COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1: direito da empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

403TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 287.

404TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 287-288.

Rui Stoco⁴⁰⁵, outro defensor da exclusão da responsabilidade, baseia sua tese, centralmente, na ausência de disciplina do risco do desenvolvimento pelo CDC, a qual considera o autor como, voluntária e intencional; entende que cumpre ao fornecer, apenas, a comunicação às autoridades e aos consumidores acerca do problema.

A despeito de se compreender que a vertente defensora dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil dos fornecedores, opta-se pela acepção segundo a qual os defeitos desconhecidos no momento de introdução dos produtos no mercado de consumo devido a sua incognoscibilidade pelo estado da arte naquele instante, verificados apenas após sua utilização, configuram causa de responsabilização dos fornecedores no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina que explicita esta vertente é vasta, apresentando diversos critérios como suporte.

Inicialmente, conforme já analisado, parte da doutrina⁴⁰⁶ centra-se em compreender que os riscos do desenvolvimento como possibilidade de eximir o dever de responsabilização do fornecedor, com base no art. 10º, do CDC, alegando que é permitido ao empresário oferecer produtos que não sabia serem defeituosos, restando a ele ser responsabilizado apenas se, quando descoberto o defeito, não notificar o poder público.

Não encontra procedências tais alegações – admiti-la seria o mesmo que reintroduzir a culpa no microsistema do consumidor, isto é, a discussão acerca da pos-

405STOCO, Rui. Responsabilidade pelo risco do desenvolvimento e a defesa do consumidor. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto. (Coord.). **Atualidades de direito civil**. v. 2. Curitiba, Juruá, 2007, p. 75-85.

406COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1: direito da empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

196 O risco de desenvolvimento...

sibilidade de conhecimento prévio do defeito (art. 10, do CDC) ensejaria o retorno à ideia do elemento subjetivo da responsabilidade civil.

Aceitar a excludente representaria um retrocesso ao regime de responsabilidade objetiva introduzida no direito pátrio, o que é inconciliável com o sistema objetivo criado no microsistema consumerista⁴⁰⁷. Flávio Tartuce⁴⁰⁸ utiliza o mesmo dispositivo para concluir pela responsabilização dos fornecedores.

A tese acima mencionada também não se encontra correta no que se refere ao art. 10, §1º, do CDC, qual seja:

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.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

[...]

407SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 317-320.

408TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco** – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 160

A partir da análise deste dispositivo, é impossível se concluir que o fornecedor apenas seria responsável por comunicar às autoridades a descoberta de algum problema relativo aos riscos do desenvolvimento⁴⁰⁹, sem qualquer outra espécie de obrigação. O dever de informação não exime o fornecedor dos deveres de cuidado, tornando-os obrigatórios pelo CDC.

Outras circunstâncias a serem observadas envolvem o art. 12, do CDC. Para Flávio de Queiroz B. Cavalcanti⁴¹⁰⁻⁴¹¹, não há que se invocar o art. 12, §1º, inciso III, do CDC, o qual se refere à necessidade de verificação da época em que o produto foi colocado no mercado, com o fim de admitir o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade; aceita o autor a coexistência do dispositivo com a ideia de riscos do desenvolvimento, filiando-se à vertente que não compreende o instituto como excludente de responsabilização. O magistério de Zelmo Denari⁴¹² também opta pela inexistência de relação entre o referido dispositivo e os riscos do desenvolvimento:

409Cf. LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 144.

410CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. **Responsabilidade civil**: por fato do produto no código de defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 128-131.

411Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

412DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da Reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p.163-239.

198 O risco de desenvolvimento...

A nosso aviso, a dicção normativa do inc. III do art. 12, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito distante de significar adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia. De resto, o exemplo da nocividade de certas drogas, como a talidomida, e da comoção social causada em todo o mundo em decorrência do seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsciência dos postulados dessa teoria para aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as eximentes de responsabilidade devem ser recebidas com muita reserva e parcimônia.

Considera-se que os riscos apresentados pelo dispositivo são conhecidos e previsíveis⁴¹³, (dano efetivo, dano futuro ou risco de dano), isto é, passíveis de serem evitados, razão pela qual não se relacionam com o conceito de risco do desenvolvimento.

Outrossim, parte da doutrina entende que o rol do §3º, do art.12, do CDC, responsável pelas excludentes de responsabilidade civil, seria taxativo⁴¹⁴. Todavia, já se de-

413Cf. LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 20013, p. 143.

414A favor da taxatividade do rol apresentado no art. 12, §3º, do CDC, Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 920.

monstrou a possibilidade de outras causas de exclusão da responsabilidade serem acrescentadas a esta lista, defendendo-se a abertura deste rol⁴¹⁵⁻⁴¹⁶.

Outra questão que merece atenção refere-se ao *diálogo das fontes* entre os textos do CDC e do CC. O art. 7º, do diploma consumerista, que os direitos previstos no CDC não excluem outros que garantidos pela legislação interna ordinária – o que pode se denominar entrelaçamento normativo⁴¹⁷. Nestes termos, afirma Leonardo Roscoe Bessa⁴¹⁸ que “Outras normas podem, particularmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas e aplicadas e, inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se coerência e harmonia nas conclu-

415Destacam-se, contrariamente à taxatividade do rol apresentado no art. 12, §3º, do CDC, cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 287; DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da Reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 163-239.

416Apesar da abertura deste rol, os riscos do desenvolvimento não podem ser incluídos em razão da ausência total de sua disciplina no direito pátrio - Silvio Luís Ferreira da Rocha também assevera pela abertura do rol, bem como entende pela necessidade de previsão expressa dos riscos do desenvolvimento para que funcionassem como excludente. In: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 104-105.

417MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor**. v. 94. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 2.

418BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo de fontes no direito do consumidor: a visão do STJ. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 183- 204.

200 O risco de desenvolvimento...

sões”. Baseada em Erik Jayme, Claudia Lima Marques⁴¹⁹ define a teoria do *diálogo das fontes* como:

Aqui a preocupação do direito é a legitimidade da solução, pois todas as normas em conflito são ‘válidas’ e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar. O *diálogo das fontes* é, pois, a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O ‘brilho’ maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente.

A relevância desta teoria encontra-se na insuficiência que os critérios clássicos de interpretação, o cronológico, o da especialidade e o hierárquico, previstos no art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), tem enfrentado na resolução de antinomias. Há, pois, um *diálogo* entre as diversas fontes, aplicando-as de forma coerente e simultânea para a melhor proteção do consumidor. Além da função de solução de antinomias, a teoria do *diálogo das fontes* também

419MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. Ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 603-604.

possibilita a influência recíproca entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor⁴²⁰.

Três são os tipos de *diálogos* verificados, quais sejam, 1) o diálogo sistemático de coerência, no qual uma lei serve de base para outra; 2) diálogo de complementariedade e subsidiariedade, neste uma lei complementa outra, seja através de seus princípios, cláusulas gerais e normas, a depender do campo de aplicação; 3) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, havendo influência do sistema geral ao especial e do especial no geral⁴²¹.

O art. 931, do CC, define que, salvo exceção de casos previstos em leis especiais, empresários individuais e as empresas são responsáveis, independentemente de culpa, pelos produtos que coloquem no mercado de consumo. Guilherme H. Lima Reinig⁴²² sustenta que o art. 931, do CC, não confere ao fornecedor a possibilidade de exclusão de sua responsabilidade no caso de ocorrerem riscos de desenvolvimento, razão pela qual o CDC não poderia fazê-lo. Corrobora-se com o autor ante o fato da ausência de disposição literal no CDC acerca dos riscos do desenvolvimento.

420MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática do direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-109.

421MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 32-109.

422REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

202 O risco de desenvolvimento...

O entendimento foi o mesmo dado pela I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em 2002, através do Enunciado 43, o qual dispõe: “Art. 931: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”⁴²³.

Desta maneira, CC e CDC dialogam, através dos art. 931, do primeiro, e art. 12, do segundo e apresentam a inexistência de possibilidade do instituto como cláusula excludente de responsabilidade civil em todo o ordenamento brasileiro, em um diálogo de complementariedade e subsidiariedade⁴²⁴.

Marcelo Junqueira Calixto⁴²⁵ posiciona-se pela responsabilização do fornecedor em razão de tratar-se de responsabilidade objetiva por danos causados pelo defeito do produto – o autor opta pela existência do defeito, mesmo que ainda não descoberto, entendimento corroborado por Sílvio Luís Ferreira Rocha⁴²⁶. O jurista alicerça

423Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil – Novo Código Civil, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal CJF, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Disponível em

<http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>, acessado em 07 jan 2015.

424Cf. RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A Tutela do Consumidor Frente aos Riscos do Desenvolvimento**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, Belo Horizonte-MG.. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, p. 4717.

425CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 231.

426ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

seu fundamento na proteção à dignidade da pessoa humana:

No nosso entendimento o fundamento último da imposição da responsabilidade civil do fornecedor na hipótese de riscos do desenvolvimento é a proteção da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista. A proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, bem como a reparação dos danos por este sofridos, são, em verdade, consequência desta proteção constitucional⁴²⁷.

Tereza Ancona Lopez⁴²⁸ compreende que a excludente de responsabilidade não é aplicada no ordenamento brasileiro, conduto opina favoravelmente à exclusão, a exceção dos alimentos e medicamentos, compreendendo pela necessidade de Fundos de Indenização nestes casos.

As vertentes acima encontram consonância com o entendimento adotado no presente trabalho. Outros pontos também são levantados pela doutrina acerca da responsabilização dos fornecedores pelos riscos do desenvolvimento.

A primeira orientação aduz que os riscos do desenvolvimento devem ser entendidos como fortuito interno, sendo, assim, “[...] risco integrante da atividade do fornecedor-, pelo que não exonerativo da sua responsabilidade”⁴²⁹. No entanto, compreende-se que ambos os institutos não se confundem em razão de os riscos do desen-

427CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.

428LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 198.

204 O risco de desenvolvimento...

volvimento constituírem-se em situação de imprevisibilidade do surgimento da periculosidade no momento de surgimento do produto e o fortuito interno trata-se de um evento posterior ao surgimento do defeito, que possui o condão de rompimento do nexo causal⁴³⁰.

Outro argumento centra-se na alocação dos custos dos riscos. Arthur M. R. Rodrigues⁴³¹ compreende que “A responsabilização do fornecedor pelos danos causados distribui equitativamente os riscos entre as partes, impedindo que o consumidor suporte toda a carga onerosa da relação”.

Alega o autor que a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento não diminuiria o investimento em pesquisas em razão de mecanismos de redução ou eliminação de prejuízos em caso de condenação, como, por exemplo, os seguros e pulverização dos valores a todos os

429CAVELIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 309.

430Cf. HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A. Eximientes en supuestos de daños al consumidor. In: **Revista Trabajos del Centro: Segunda Serie**. n. 8. Rosário: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: 2010. RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo em la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto em el derecho español. In: MARQUES, Claudia Lima (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116-122. LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 142.

431RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A Tutela do Consumidor Frente aos Riscos do Desenvolvimento**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, Belo Horizonte-MG.. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, p. 4716.

consumidores, ressaltando que o empresariado aumentaria sua preocupação em incentivar pesquisas, com o fim de evitar maiores danos⁴³². Não é outro o entendimento de Tula Wesendonck⁴³³:

Colocar o risco do desenvolvimento a cargo das vítimas não cumpre como o princípio da equidade, pois deve-se imputar a responsabilidade àquele que tomou a iniciativa de colocar o produto em circulação no intuito de obter lucro dessa atividade. Mesmo porque a responsabilidade civil pelos produtos defeituosos permite a indenização das vítimas e conduz à coletivização dos riscos, já que o risco corrido por cada produtor é integrado por ele nos seus preços, que dessa forma repercute na massa de consumidores.

Este argumento não encontra veracidade no que tange à responsabilização dos fornecedores. Tereza Ancona Lopez⁴³⁴ leciona que o maior desafio atual, seja para os países, seja para as seguradoras, são os *riscos emergentes ou novos riscos* (resultados de uma sociedade in-

432RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A Tutela do Consumidor Frente aos Riscos do Desenvolvimento**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, Belo Horizonte-MG.. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito., 2007, p. 4716.

433WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, p. 213-227, jul. dez. 2012. Disponível em: <http://revista-seletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>, acesso em 20 out 2014, p. 216.

434LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 65.

206 O risco de desenvolvimento...

dustrial e pós-moderna) em razão de que a ciência não possui segurança sobre os riscos graves e futuros. Ante as incertezas que os riscos pós-modernos trazem ao mercado, afirma a autora que: “Podemos conjecturas que as seguradoras ou não farão seguros para esses riscos de proporções muito arriscados ou, se os fizerem, cobrarão tão altos prêmios que não valerá a pena para diversas atividades econômicas subscrever tais apólices”⁴³⁵.

Ademais, a ideia de distribuição dos custos no mercado consumidor parece tentadora, contudo, no caso de riscos futuros e incertos, há a possibilidade de a reparação ser de tamanha monta que os fornecedores não conseguirão quitá-la, e, assim, também não seria possível sua diluição no mercado.

O relatório da *Fondazione Rosselli*⁴³⁶ afirma que a securitização é o principal problema do assunto *riscos do desenvolvimento*, alegando que o afastamento deste como excludente de responsabilidade, provavelmente, não encontraria um mercado de seguros em razão de, em princípio, não permitiram uma análise atuarial⁴³⁷.

A dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de securitização e a possível incapacidade econômica dos fornecedores em indenizar acidentes causados por riscos incalculáveis, derivados da situação de risco do desenvolvimento, tornariam a evolução científica dos produtos es-

435Ibidem, 2010, p. 63-64.

436FONDAZIONE ROSELLI. **Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products.** Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004.

437REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 132.

tagnada, atingindo a qualidade de vida da sociedade global, além de resultar na não indenização dos lesados⁴³⁸.

Os alimentos transgênicos, por exemplo, não possuem, cientificamente, nenhum risco à saúde dos indivíduos até hoje comprovados; todavia, é possível que algum evento danoso, gerado pelo seu consumo, venha a se comprovar em momento futuro, como, por exemplo, o desenvolvimento específico de uma doença em razão de sua ingestão contínua. Os danos seriam universais, e de grande monta. Impossível que apenas uma ou outra empresa se responsabilizasse pela indenização.

Assim, é possível que o setor produtivo não consiga internalizar os custos sozinho, prejudicando o próprio desenvolvimento social e, muitas das vezes, a comercialização de produtos essenciais à população.

Trata-se não de garantir a estabilidade econômica das empresas, mas sim da preservação da própria dignidade do consumidor vulnerável que, como pessoa humana, necessita de melhorias em sua qualidade de vida. James Marins⁴³⁹, ao tecer comentários acerca do desenvolvimento farmacêutico, explicita corretamente a questão:

[...] o interesse da sociedade em que haja crescente e constante aprimoramento da ciência, especialmente no que diz respeito a novos medicamentos e sua peculiar capacidade de gerar riscos, o que já foi denominado, com

438Em sentido contrário, cf. LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 248-250.

439MARINS, James. **Risco do Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 118-133, p. 126.

208 O risco de desenvolvimento...

acerto por Huet, de o “paradoxo dos medicamentos”. Aqui confronta-se o incentivo a novas descobertas com o risco que delas podem advir. Por outras palavras, atende aos interesses dos consumidores – que almejam melhoria na sua qualidade de vida – a existência de medicamentos cada vez mais aperfeiçoados no combate aos inevitáveis males à saúde, ao passo que, ao se impingir imensurável e excepcional carga de risco ao fornecedor, desestimula-se a criação de novas técnicas, redundando em uma possível diminuição do bem-estar do consumidor.

É inversamente proporcional a lógica entre segurança e inovação: quanto maior o risco, maior o desenvolvimento dos produtos, razão pela qual se conclui que “[...] o aumento das possibilidades de responsabilização prejudicará a taxa de inovação”⁴⁴⁰.

A população mundial, ou local, a depender da abrangência do fornecedor em questão, perderia com o retardamento ou desaparecimento do desenvolvimento tecnológico. Todavia, a total irresponsabilidade do fornecedor significaria repassar os custos dos defeitos causados pelo risco do desenvolvimento ao consumidor, sujeito

440REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 130.

vulnerável perante o mercado, o que causaria um desrespeito à dignidade da pessoa humana⁴⁴¹⁻⁴⁴².

Nas poucas vezes em que o judiciário se viu perante a questão, não se verificou padrão nas decisões. Em decisão em sede de Apelação Cível, o Tribunal de Justiça Do Rio Grande do Sul⁴⁴³, julgou um caso de acidente com uma motosserra devido a um aumento repentino da aceleração do aparelho, provando danos físicos ao autor da demanda, a qual não possuía freio para bloquear a corrente. O produto foi considerado perigoso.

No Tribunal de Justiça do Paraná⁴⁴⁴, os riscos do desenvolvimento foram entendidos como fortuito interno e, assim, integrantes da atividade do fornecedor e não eximentes da responsabilidade civil.

441Cf. MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. A responsabilidade objetiva pelo risco do desenvolvimento dentro do contexto da sociedade de risco e da defesa do consumidor. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f74b6a56785817c3>. Acesso em 30 dez 2014.

442LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

443BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70000228684, da 9ª Câmara Cível. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Porto Alegre, 01 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22risco+do+desenvolvimento%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 08 dez. 2014.

444BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 902589-2, Curitiba. Relator: Des. Albino Jacomel Guerios. J. 05/07/2012. Publicação: DJ: 904 13/07/2012. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11305650/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-902589-2#integra_11305650. Acesso em: 20 dez. 2013.

210 O risco de desenvolvimento...

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁴⁵, em decisão acerca de erro de exame de pericial, em exame de DNA, que acabou em equívoco no reconhecimento de paternidade. O relator entendeu o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, compreendendo rompido o nexu causal, compreendendo que o exame em questão não causou danos ao recorrente⁴⁴⁶.

Assim, a jurisprudência, quando analisa a problemática dos riscos do desenvolvimento, não encontra consonância, razão pela qual o tema encontra-se em plena discussão.

Em conclusão, advoga-se pela vertente que responsabiliza o fornecedor de produtos pelos riscos existentes, mas desconhecidos pelo estado da arte neste instante, ao tempo de disponibilização do produto no mercado, e que, posteriormente, passa a ser conhecido.

Compreende-se que, em questões práticas, a solução apresenta impasses econômicos reais, que a tornam de difícil aplicabilidade na proteção do consumidor vulnerável. Deste modo, a proteção da dignidade do consumidor resulta na necessidade de soluções concretas passí-

445BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 0022469-93.2007.8.26.0196, da 13^a Câmara de Direito Público. Relator: Borelli Thomaz. São Paulo, 16 de maio de 2011. Disponível em: [http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22282964/apelacao-apl-224699320078260196-tjsp/inteiro-teor-110636278](http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22282964/apelacao-apl-224699320078260196-sp-0022469-9320078260196-tjsp/inteiro-teor-110636278). Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22282964/apelacao-apl-224699320078260196-sp-0022469-9320078260196-tjsp/inteiro-teor-110636278>. Acesso em: 20 dez. de 2014.

446Cf. BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2005.024757-9, de Criciúma, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 27-08-2009. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=risco%20do%20desenvolvimento%20e%20PUFFING&cat=&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=#resultado_ancora. Acesso em: 22 dez. 2014.

veis de resolver o impasse dos riscos do desenvolvimento, com o fim de preservar a vida humana, bem como manter a segurança jurídica ao mercado.

4.4 A realidade brasileira e o risco do desenvolvimento: parâmetro para resolução da problemática

Atualmente, vivencia-se a sociedade de risco, uma sociedade assimétrica, de características globais, marcada por relações jurídicas plurais, líquidas, acompanhada de perto por um avanço tecnológico de rápida evolução. Nesta, verifica-se a introdução de produtos no mercado eivados de riscos à segurança e à vida dos consumidores. Entende Luciano Gonçalves Paes Leme⁴⁴⁷ que, deste modo, é razoável que a responsabilidade que tutela o consumidor seja objetiva, acrescentando que, com isto, realiza-se a justiça distributiva, em acordo com a visão atual de responsabilização, a qual objetiva a tutela da vítima, bem como a identificação e eleição de um responsável para ressarcir os danos.

A questão ainda é demasiado complexa e nem a doutrina, nem a jurisprudência, atingiram um denominador comum, restando a ausência de certeza com relação à responsabilização nos casos de danos decorrentes de riscos do desenvolvimento. Deste modo, verificar-se-ão sugestões de solução à problemática, as quais possuem o escopo de atender aos princípios da dignidade da pessoa

447LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 135.

212 O risco de desenvolvimento...

humana e da solidariedade, logo, melhor garantem a proteção do consumidor.

Para Ricardo Luis Lorenzetti⁴⁴⁸, a aplicação da tutela ilimitada dos direitos individuais, somado à desconexão entre o público e o privado, causa elevada questão e tornam a vida em sociedade insuportável, razão pela qual o autor apresenta, para solução desta questão, o paradigma consequencialista, segundo o qual a “[...] decisão obtida com base nas regras e nos princípios deve ser controlada mediante o exame das suas consequências, que incluem os aspectos econômicos e sociais”⁴⁴⁹.

Para resolver a questão, o autor⁴⁵⁰ apresenta soluções diferenciadas, a primeira entenderia pela necessidade de se criarem vários sistemas jurídicos para cada diferente grupo na sociedade ou a imposição de um único projeto, a ser acolhido por todos, ambos os quais não aceitos pelo autor; como segunda ideia, pela qual opta o autor, este apresenta a regulamentação da estrutura básica da sociedade em função de um “metavalor”, que é a liberdade, exigindo as seguintes graduações:

[...] um conteúdo mínimo de direitos inexpugnáveis, a partir do qual serão admitidas algumas limitações baseadas na colisão entre direitos horizontais (direitos individuais entre si que requeiram limites) e entre direitos individuais e noções coletivas normativa-

448LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas de Tradução: Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 311.

449Ibidem, 2010, p. 371.

450Ibidem, 2010, p. 311.

mente definidas (por exemplo, entre direito de propriedade e ambiente)⁴⁵¹.

Verifica-se a necessidade de equilíbrio entre o individual e coletivo, visando a racionalidade coletiva. Cumpre às decisões compatibilizarem os direitos individuais com o fim social e coletivo da norma, compatibilizando-se com os princípios constitucionais. Importante relevância há na responsabilização civil, ao se relacionarem os princípios da solidariedade e da dignidade humana.

A decisão deve ser voltada à busca pela justiça, a qual será baseada num equilíbrio entre direito individuais e os bens coletivos, em razão de que “Os bens coletivos não podem servir como desculpa para a desconsideração dos direitos individuais. O bem-estar de todos e de cada um deve ser favorecido por aqueles que são responsáveis pela vida comum, e vice-versa”⁴⁵². A decisão acerca dos conflitos deverá considerar a integração entre individual e coletivo, para que o bem-estar coletivo seja implementado sem que, todavia, viole o individual.

A responsabilidade civil ganha nos contornos a partir da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como com base no direito e dever fundamentais de defesa do consumidor, razão pela qual ela não poderá apenas focar suas atenções ao indivíduo, mas também à coletividade.

Deste modo, quando se analisam os riscos do desenvolvimento, não há que se focar unicamente no indivíduo, mas também na sociedade como um todo – as deci-

451Ibidem, 2010, p. 311.

452LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas de Tradução: Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 313.

214 O risco de desenvolvimento...

sões devem concentrar-se em atingir um equilíbrio entre o individual e o coletivo.

A total e irrestrita responsabilização dos fornecedores, como atualmente parece ser imposta pelo ordenamento pátrio, socorreria os direitos individuais com primazia, contudo legaria à coletividade prejuízos incalculáveis. As indenizações milionárias a pessoas individuais podem causar a falência das empresas, a possível migração destas a outros países do globo (que possuam melhores condições econômicas), a quase impossibilidade de securitização destes riscos, a estagnação do desenvolvimento tecnológico e a perda de qualidade de vida da população mundial, nos termos dos relatórios da *Fondazione Rosselli*⁴⁵³ e relatório *Lovells*⁴⁵⁴. Portanto, encontra-se plausível a opinião de Guilherme Henrique Lima Reinig⁴⁵⁵, para quem a solução legislativa brasileira, a qual compreender que são os riscos do desenvolvimento causas de responsabilização civil do fornecedor, não se mostra, a princípio, adequada, no que se refere ao ponto de vista econômico:

Dois pontos de vista já merecem ser destacados: (i) a relação entre a disposição à inovação dos agentes econô-

453 FONDAZIONE ROSELLI. **Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products**. Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004.

454 MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0547>. Acesso em: 10 dez 2014.

455 REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 129.

nicos e o tema da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento e (ii) a viabilidade de “securitização” destes riscos. Um terceiro aspecto a ser considerado é a interferência da responsabilização pelos riscos do desenvolvimento na competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional. Ainda que securitário, isso também deve ser levado em conta. Saliente-se que um dos motivos geralmente mencionados pelos legisladores dos Estados-membros da União Europeia para não se valerem da opção de derrogação da excludente é evitar que a capacidade de concorrência das empresas nacionais seja prejudicada em face dos demais países.

Conseqüentemente, na hipótese de ocorrência de danos oriundos dos *development risks*, a responsabilização completa dos fornecedores raramente garantirá as vítimas, de maneira total, razão pela qual corrobora-se com as alegações apresentadas. Assim, busca-se apresentar algumas sugestões que poderiam equilibrar a responsabilização dos fornecedores e reparação civil dos consumidores.

Inicialmente, apresentam-se algumas sugestões de criação legislativas como forma de minorar os problemas acerca da responsabilidade civil dos fornecedores quanto aos danos causados pelos riscos de desenvolvimento. Em primeiro lugar, sugere-se uma alteração legislativa para que haja a exclusão da responsabilidade dos fornecedores, salvo nos casos de alimentos e medicamentos, nos moldes aplicáveis na Espanha.

216 O risco de desenvolvimento...

O Estado espanhol apresenta os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil dos fornecedores, acompanhando o entendimento da maioria dos países europeus, a partir da diretiva 85/374/CEE. Entretanto, o legislador da Espanha optou por caracterizar a responsabilidade nos casos de danos causados por produtos alimentícios e remédios que, ao tempo de sua introdução no mercado não se conheciam os defeitos, mas que, com o desenvolvimento do estado da técnica e ciência, se descobriram perigosos, nos termos da Lei 22/1994.

Paulo de Tarso Sanseverino⁴⁵⁶ entende pela solução intermediária, de cunho legislativo, semelhante à Espanha, no caso de serem acolhidos os riscos de desenvolvimento com excludente, alegando que, de maneira alguma o mercado de medicamentos deve ser incluído na existência, sob alegação de ser este o que gera danos muito gravosos à população, considerando, ainda, não ser razoável atribuírem-se, ao consumidor, tais riscos.

No mesmo sentido, Tereza Ancona Lopez também é favorável a se aplicar a excludente do risco de desenvolvimento, com exceção dos remédios e alimentos, “[...], pois podem ser perigosos para a saúde humana e também para os animais”⁴⁵⁷. Acertada está a legislação espanhola, bem como a visão dos autores apresentados, em razão da proteção da saúde e integridade física dos consumidores. No Brasil, o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático, bem como

456SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 320.

457LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 198.

a defesa do consumidor e demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos estabelecem um respaldo normativo que leva à necessidade de se imputar a responsabilidade civil do fornecedor nos casos de danos causados aos consumidores por produtos alimentícios e remédios.

Diante do apresentado, salvo melhor juízo, no presente trabalho, indica-se como sugestão, a inclusão no texto do CDC, ou mesmo a criação de uma lei específica, nos quais estabelecer-se-ia a imputação da responsabilidade civil do fornecedor em razão de danos causados aos causados por produtos alimentícios e remédios que, ao tempo de sua introdução no mercado, não apresentariam defeitos, mas que, com o desenvolvimento do estado da técnica e ciência, haveria a conclusão acerca de sua periculosidade. Segue uma possível redação para o §3º, do art. 12, do CDC, com a inclusão de uma quarta alínea:

Art. 12, § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

IV – a impossibilidade de cognição do defeito do produto no mercado, em decorrência do estado da arte à época, salvo nos casos em que os defeitos ocorram em alimentos e medicamentos.

Outra sugestão legislativa ora defendida referenciar-se aos Fundos Indenizatórios – solução que pode ser aplicada de maneira isolada, ou em conjunto com outras decisões, como as alternativas acima apresentadas.

Há casos em que a vítima não será indenizada, seja por compreender-se pela excludente de responsabili-

218 O risco de desenvolvimento...

zação, seja pela insolvência ou mesmo má-fé dos fornecedores. Apesar da necessidade de um equilíbrio econômico, ante o princípio da livre iniciativa, direito fundamental ao trabalho, ao desenvolvimento econômico, entres outros, compreende-se que não encontra consonância com a noção de justiça repassar às vítimas todo o prejuízo. Deste modo, o relatório da *Fondazione Rosselli*⁴⁵⁸ apresenta várias sugestões para a resolução da questão, em nível de União Europeia. A realidade brasileira encontra consonância com a formação de fundos específicos para os setores industriais, formados por meio de contribuições estatais e do setor privado⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰:

Another solution could be the creation of compensation funds partly financed by producers and partly financed by the governments, as exists in Austria for HIV victims. Using this system, the economic expenses would be shared between the governments and producers and among the producers themselves.

458FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products.** Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004, p. 120 e ss.

459FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products.** Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004, p. 124. Tradução livre: Outra solução poderia ser a criação de fundos de compensação, em parte financiados por produtores e em parte financiados pelos governos, como o que existe na Áustria para as vítimas do HIV. Usando este sistema, as despesas econômicas seriam compartilhada entre os governos e os produtores e, também, entre os próprios produtores.

460Cf. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 139-140.

Também denominado de Fundos de Indenização, estes tornam maior possibilidade de indenização integral das vítimas e a prevenção da falência das instituições, evitando o desemprego⁴⁶¹ e prejuízo econômicos ao país. Sugere-se que vítimas que restassem sem proteção, devido à aplicação da excludente, bem como aquelas que não obtiveram a reparação total, devido à insolvência dos responsáveis, fizessem jus à utilização dos fundos. Ademais, propõe-se, também, que o fundo trabalhe de maneira subsidiária nos casos de responsabilização dos fornecedores, arcando com parte das indenizações⁴⁶².

Considera-se que não somente o poder público, mas também as empresas devem participar da criação e manutenção s fundos específicos, haja vista que pretendesse manter as funções preventiva e dissuasória da responsabilidade civil, o que se perderia ante a total irresponsabilidade dos fornecedores. Sua criação baseia-se no respeito e eficácia dos princípios da dignidade humana, solidariedade e proteção dos consumidores, dentre outros.

Ressalta-se a impossibilidade de criação Fundos de Indenização para todos os setores econômicos, bem como a dificuldades de elaboração das normas de sua composição quando se trata de setores com muitas empresas e características dispersas, como, por exemplo, o setor alimentício, que inclui bebidas, alimentos prontos, restaurantes, enlatados, transgênicos. Ainda, encontra-se justificativa para a criação dos fundos específicos quando

461LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 198.

462Tais sugestões merecem uma análise mais aprofundada, a ser elaborada em momento futuro.

220 O risco de desenvolvimento...

o setor demonstra tendência aos riscos de desenvolvimento, como o setor farmacêutico⁴⁶³.

Guilherme Henrique Lima Reinig⁴⁶⁴ apresenta, como solução para os questionamentos acima, a criação de um fundo geral, com recursos exclusivamente estatais, devido à impossibilidade de determinação de critérios para a colaboração dos agentes econômicos.

Compreende-se ser esta a melhor solução em razão da participação governamental nos fundos indenizatórios, em razão da possibilidade de equilíbrio entre a proteção do ser humano e o desenvolvimento econômico e tecnológico dos fornecedores, sem, contudo, livrar totalmente os fornecedores de sua responsabilidade.

Considera-se que a instituição de tais fundos levanta sérios questionamentos, conforme seguem: qual seria a porcentagem de participação das empresas e do governo? Haveria limitação de indenização a cada vítima? Quais seriam os critérios necessários para que as vítimas pudessem recorrer aos fundos? Haveria a necessidade de ajuizamento de ação em face dos fornecedores ou o acionamento dos fundos seria direto (administrativo)? Haveria a participação do Ministério Público e da sociedade civil no controle e gerência dos fundos? A quem incumbiria sua administração? Não se pretende esgotar o rol de questionamentos, apenas trazer, a título ilustrativo, algumas das principais críticas acerca do tema.

Essas indagações ficarão a cargo do mundo factual caso o ordenamento brasileiro opte pela instituição dos fundos específicos, devendo ser analisadas e sopesadas

463REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 140.

464Ibidem, 2013, p. 140.

pelo legislador infraconstitucional pátrio, caso opte pela instituição, mediante lei, de fundos específicos ou um fundo geral para a reparação das vítimas de danos provenientes dos riscos do desenvolvimento.

Em razão da grande demora que o Poder Legislativo brasileiro possui na criação de novas leis, bem como a necessidade imediata em apresentar algum tipo de resolução prática para irresolução da responsabilidade civil sobre os riscos do desenvolvimento, apresenta-se proposta a ser utilizada no âmbito do Poder Judiciário, o qual já tem sido, e poderá ser, o local de resolução da forma e possibilidade de indenização por danos causados pelo risco do desenvolvimento, até que sejam criadas leis que regulamentem problemática.

As decisões acerca da imposição da responsabilidade sobre os riscos do desenvolvimento devem ser analisadas na concretude do caso fático, de acordo com as especificações e realidades de cada situação que bata às portas do judiciário. Assim, para que haja o devido equilíbrio entre o coletivo (proteção da ordem econômica, manutenção de empregos, desenvolvimento das pesquisas) e o indivíduo (proteção da pessoa humana), ponderação, a cargos dos juízes, deverá ser a técnica jurídica resposta para o presente dilema.

Na ponderação, o juiz deliberará, de maneira justificada, conforme o caso factual; contudo, apresentam-se, a título de sugestão, dois parâmetros a serem utilizados: o binômio benefício/risco e o princípio da precaução.

Será função do magistrado graduar o caso concreto, verificando a extensão do dano, bem como se as vantagens auferidas pela sociedade a partir daquele produto ultrapassam seus riscos. Cite-se um medicamento para câncer que causa extrema náusea, e o fornecedor é acio-

222 O risco de desenvolvimento...

nado por este motivo: os enjoos serão de baixa problemática ao consumidor, se comparado à função combativa do câncer. A utilidade do medicamento supera seu risco. Deste modo, caberá ao magistrado a verificação dos benefícios e riscos envolvendo as demandas relacionadas aos casos de risco do desenvolvimento.

Ainda, Tereza Ancona Lopez⁴⁶⁵ advoga pela possibilidade de aplicação do princípio da precaução aos riscos do desenvolvimento, quando houver indícios de risco potenciais da ocorrência de danos graves e irreversíveis, mesmo que ainda não provados pela ciência.

Ressalta-se, ainda a necessidade de se agir com prudência ao se prevenir os consumidores com relação aos riscos, com o fim de evitar que as inovações fiquem paralisadas em decorrência da impossibilidade de criação de produtos com qualidade total: “Havendo dúvida, há a possibilidade de aplicação do princípio da precaução, sempre levando em conta o binômio risco/benefício e não se afastando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”⁴⁶⁶. A informação ilidira a responsabilidade do fornecedor.

As alegações da autora encontram veracidade. A informação de possíveis riscos à saúde e segurança configura maneira de se evitarem danos, sendo mais apropriado à proteção que a reparação, após a ocorrência do fato.

O critério a ser utilizado envolve verificar “[...] se o produtor efetivamente atendeu a seu dever de contribuir com o desenvolvimento do estado dos conhecimentos ci-

465LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, 187-205.

466Ibidem, 2010, p. 201.

entíficos e técnicos”⁴⁶⁷, isto é, se utilizou os padrões de investimento e de verificação das pesquisas mais atuais sobre o produto que está introduzindo no mercado consumidor.

A ponderação deve ser utilizada para que, de acordo com o caso concreto, defina-se se as informações transmitidas pelos fornecedores seriam suficientes para conscientizar os consumidores e, assim, colaborar para o afastamento da responsabilidade, quando possível no caso concreto.

Por fim, ressalta-se que mais critérios poderão ser desenvolvidos no exame da realidade dos fatos, sugerindo-se a análise do binômio utilidade/risco e do princípio da precaução como um mínimo a ser seguido.

Utilizando-se das ferramentas jurídicas, acima mencionadas, a depender do caso concreto, o juiz possuiiria instrumental suficiente para respaldar sua decisão, através da ponderação, e escolher se o risco do desenvolvimento seria uma excludente de responsabilização ou se haveria responsabilização daquele que introduzisse o produto aos consumidores.

467REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

224 O risco de desenvolvimento...

Conclusão

O risco do desenvolvimento consiste no defeito do produto que, ao tempo de sua colocação no mercado consumidor, era desconhecido pelo mais avançado estado da ciência e da técnica, passando a ser conhecido com o desenvolvimento posterior dos conhecimentos científicos e técnicos.

Verificou-se que, a legislação brasileira, atualmente, não traz solução para os questionamentos acerca do risco do desenvolvimento, havendo diversas correntes doutrinárias acerca do problema, sem que haja qualquer sinalização de pacificação. Do mesmo modo, não há, na jurisprudência, qualquer indicativo de padronização referente ao tema.

Assim, ante a diversidade de soluções globalmente verificadas, e a realidade brasileira, o presente trabalho buscou analisar a problemática com o fim de compreendê-la e formalizar algumas sugestões, com fim a elucidar as incertezas presentes no ordenamento pátrio acerca da questão.

Em primeiro lugar, concluiu-se pela necessidade de mitigação da responsabilidade dos fornecedores, a qual se faz essencial para que o equilíbrio entre interesses individual se coletivos seja alcançando nas hipóteses de risco do desenvolvimento.

Após, duas propostas para alteração da legislação foram elaboradas: a obrigatoriedade de responsabilização dos fornecedores nos casos de alimentos e medicamentos, por meio da alteração do próprio CDC ou outra lei apartada deste, mas que complemente o microsistema consumerista.

226 O risco de desenvolvimento...

Ainda, foi aventada a possibilidade de instituição de fundos específicos (Fundos de Indenização), que suprisse, no que fosse possível, os danos advindos dos riscos de desenvolvimento.

Ademais, diante da ausência de regulamentação específica da matéria, compreende-se que cabe ao judiciário a resolução das controvérsias reais, através da ponderação. Utilizar-se-ão os juízes, entre outros critérios, do binômio benefício/risco e do princípio da precaução.

Cumprе concluir, todavia, que a decisão acerca da responsabilização dos fornecedores é possui caráter eminentemente político. A decisão cabe, pois, ao Poder Judiciário, através do sistema de ponderação, e ao Poder Legislativo, caso decida por legislar a matéria.

Espera-se que qualquer que seja a opção, seja a sociedade, como um todo, responsabilizada pelos custos dos riscos de desenvolvimento em razão de ser ela a principal beneficiada por seus melhoramentos, em razão dos maiores benefícios que esta socialização dos riscos trará ao país e sua população.

Referências

AGUIAR, Marcelo Souza. A dignidade e a constituição cidadã de 1988. In POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza (Coord.). **Ensaio sobre filosofia do direito**: Dignidade da pessoa humana, democracia, justiça. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2011, p. 29-48.

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALTERINI, Atilio Anibal. **Responsabilidade civil**: Limites de la reparacion civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro e superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. 2006. Dissertação de Mestrado – UFPR, Curitiba, 2006.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

228 O risco de desenvolvimento...

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 96.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 33.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente**: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental. Florianópolis: UFSC, 2012. 383 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131..

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço. p. 909-933. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de An-

drade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 4 – indenização e direito do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo.** Vitória-Gasteiz: Gobierno Vasco. Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BESSA, Leonardo Rocco. Fornecedor equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor.** P. 1265-1294. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo de fontes no direito do consumidor: a visão do STJ. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 183- 204, p. 185.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. 935-954. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (Org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor.** P. 1265-1294. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil. Brasília:** OAB, 2006.

BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2005.024757-9, de Criciúma. Relator: Des. Jaime Luiz Vicari, j. 27-08-2009. Disponível em:

230 O risco de desenvolvimento...

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=risco%20do%20desenvolvimento%20e%20PUFFING&cat=&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=#resultado_ancora. Acesso em: 22 dez 2014.

BRASIL SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n° 0022469-93.2007.8.26.0196, da 13^a Câmara de Direito Público. Relator: Borelli Thomaz. São Paulo, 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22282964/apelacao-apl-224699320078260196-sp-0022469-9320078260196-tj-sp/inteiro-teor-110636278>. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22282964/apelacao-apl-224699320078260196-sp-0022469-9320078260196-tj-sp/inteiro-teor-110636278>. Acesso em: 20 dez de 2014.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 902589-2, Curitiba. Relator: Des. Albino Jacomel Guerios. J. 05/07/2012. Publicação: DJ: 904 13/07/2012. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11305650/Ac%C3%B3rd%A3o-902589-2#integra_11305650. Acesso em: 20 dez 2013.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n° 70000228684, da 9^a Câmara Cível. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Porto Alegre, 01 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22risco+do+desenvolvimento%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields

=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 08 dez 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília. REsp 876.448/RJ. Relator: Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe 21/09/2010. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820017/julgado-do-superior-tribunal-de-justica-universidade-responde-por-aluna-baleada>. Acesso em 10 dez 2014.

BREVIGLIERI, Etienne Maria Bosco. **O risco de desenvolvimento e a responsabilidade civil**. São Paulo: PUC, 2013. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Comparado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

BULLOS, Uadi Iamego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2001.

232 O risco de desenvolvimento...

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**, v. 4 – indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. **Responsabilidade civil**: por fato do produto no código de defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 128-131.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo**: Reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**: Responsabilidade Civil. Série grandes Temas de Direito Privado. v. 5. São Paulo: Método, 2006.

CAVELIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: Jornadas en Homenaje a A. Alterini, 12 de noviembre de 2013, Rosario: UNR. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fla-responsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLuKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY. Acesso em: 27 dez. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1: direito da empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Andréia da Silva. JUCA Roberta Laena Costa. **Os desafios da educação ambiental na pós-modernidade**. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte - MG: CONPEDI, 2015. Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/g49b169m/hmbzVJAN5Ph10DfU.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016, p. 570.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. Tomo 3.

CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de esarrollo en materia de productos de consumo**. En: Jornadas en Homenaje a A. Alterini, 12 de noviembre de 2013, Rosario: UNR. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=ria&uact=8&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fresponsabilidad-por-riesgo-de-desarrollo-en%2Fat_download%2Ffile&ei=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQ-jCNEJV8UWgM_m38-

234 O risco de desenvolvimento...

Yob790k_RIP53Ng&bvm=bv.82001339d.eXY Acesso em: 27 dez. 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. V 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 107.

DEMARCHI, Clovis. CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **Da Constituição ao neoconstitucionalismo**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4244.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014, p. 5679.

DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da Reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 163-239.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. In Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 6, nº10, Junho-2009: 75-85 <http://www.hegel-brasil.org/Reh10/melina.pdf>

ENUNCIADOS aprovados na Jornada de Direito Civil – Novo Código Civil, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciá-

rios do Conselho da Justiça Federal CJF, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Disponível em http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm. Acesso em: 07 jan. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (coord.). RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 380-393.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. – São Paulo: Método, 2008, p. 196 e ss.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERREIRA, Filipe Galvão. POLLI, Michelle Carneiro. OSHIMA-FRANCO, Yoko. FRACETO, Leonardo Fernandes. Fármacos: do desenvolvimento à retirada do mercado. **Revista Eletrônica de Farmácia**. Vol 6(1), 14-24, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 17-20.

236 O risco de desenvolvimento...

FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the economic impact of the development risk clause as provided by directive 85/374/eec on liability for defective products.** Torino - Italy: Fondazione Rosselli, 2004.

FOSTER, Neil. **The merits of the civil action for breach of statutory duty.** http://sydney.edu.au/law/slr/slr_33/slr33_1/foster.pdf. SYDNEY LAW REVIEW [VOL 33:67. Acesso em: 20 jan. 2015.

FREIRE, Paula vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (coord). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais.** São Paulo: Atlas, 2013.p. 375-379.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexso causal e a responsabilidade por Danos.** 2013. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 05 jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos direito do consumidor.** P. 161-166. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado**

pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-16.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Modernidade e identidade.** Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade:** uma cláusula geral no Código Civil de 2002. LUTUFO, Renan (Coord.). Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil na pós-modernidade:** influência da solidariedade e da cooperação. In: NEY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil : teoria Geral. V1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil.** Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 8.ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2012). São Paulo: Saraiva, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance.** 2010. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

HENKES, Silviana L. a tutela jurídica frente aos riscos e danos ambientais e à saúde pública: os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro. In: **Contribuciones a las Ciencias Sociales,** Agosto

238 O risco de desenvolvimento...

2013. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/25/saude.html. Acesso em: 10 dez 2014.

HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A. Existentes en supuestos de daños al consumidor. In: **Revista Trabajos del Centro**: Segunda Serie. n. 8. Rosário: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JAMESON, Fredric. Pós-modernidade e a sociedade de consumo. Tradução Vinicius Dantas. In: **Novos Estudos**. N. 12. p. 16-26. São Paulo: CEBRAP. São Paulo, jun. 1985.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Foresene. Julho, 1941.

KENNEDY, John F. – 93 **Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest**. 15 de março de 1962. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acesso em: 14 out. 2014.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Por uma aplicabilidade do princípio da precaução do direito ambiental internacional no direito do consumidor brasileiro**: um diálogo possível na sociedade de risco. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_236.pdf. Acesso em: 14 out. 2014.

LEME, Luciano Gonçalves Paes. Os riscos do desenvolvimento à luz da responsabilidade do fornecedor pelo fato

do produto. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 20013.

LEMOS, Patricia Faga Iglecias. **Resísuos sólidos e responsabilidade civil pós-moderna**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (coord.). RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 20013, p. 5.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas de Tradução: Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La relación de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais: **Direito do consumidor**. v.

240 O risco de desenvolvimento...

1. Fundamentos dos Direito do Consumidor. P. 1265-1294. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais: **Direito do consumidor**. v. 4. Fundamentos dos Direito do Consumidor. P. 163-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 540-541.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. México: Universidade Iberoamericana, A.C., 1992.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no código civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. Série grandes Temas de Direito Privado. v. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 41-63.

MATOS, Luis Miguel Barudi de. **Risco de desenvolvimento, responsabilidade civil do fornecedor de produtos e segurança da sociedade de consumo**. Curitiba: PUC, 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidad Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 86.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. **A responsabilidade objetiva pelo risco do desenvolvimento dentro do contexto da sociedade de risco e da defesa do consumidor.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f74b6a56785817c3>. Acesso em: 30 dez. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. Ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. Art. 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Art. 2º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Art. 12. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

242 O risco de desenvolvimento...

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-109.

MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em: [file:///C:/Users/Patricia/Downloads/Riesgosdedesarrollo-HomenajeaTrazegnies%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Patricia/Downloads/Riesgosdedesarrollo-HomenajeaTrazegnies%20(1).pdf). Acesso em: 10 dez 2014.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção do Consumidor. Biblioteca de direito do consumidor, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARINS, James. **Risco do Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 118-133.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Função ética da responsabilidade civil e o dever da vítima em mitigar a perda**. **Carta Forense**. 04/07/2011. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/funcao-etica-da-responsabilidade-civil-e-o-dever-da-vitima-em-mitigar-a-perda/7280>. Acesso em: 10 set. 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LU-

TUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor.** v. 94. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MASSABNI, Antonio Carlos. **Talidomida.** Conselho Regional de Química. Publicado em 20/04/2010. Disponível em: http://www.crq4.org.br/quimica_viva_talidomida. Acesso em: 02 out. 2016.

MÁRQUEZ, J. y Moisset de Espanés, L. **Riesgos de Desarrollo.** Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0547>. Acesso em: 10 dez 2014.

MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo ÚNICO, DO Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coordenadores). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil.** Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

244 O risco de desenvolvimento...

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). **Revista de direito do consumidor**. V. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 131.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática do direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). **Diálogo de fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-109, p. 75.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil- constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V 4. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. P. 163-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Capítulo VI – Da proteção contratual In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 493-620.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda. SOUZA, Arthur Custódio Moreira de Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? In: **Cadernos de Saúde Pública**. v.15 n.1 Rio de Janeiro jan./mar. 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X1999000100011>. Acesso em: 02 out. 2016.

PAQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. P. 901-933. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Seção do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1994.

246 O risco de desenvolvimento...

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1962.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIPERT, Georges. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia, 1937.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Biblioteca de direito do consumidor, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo em la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto em el derecho español. In: MARQUES, Claudia Lima (dir.). **Revista de direito do consumidor**. v. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na pers-

pectiva constitucional. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990.

SOARES, Renzo Gama. **Responsabilidade Civil Objetiva**: Pressuposto e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Sylvio Capanema De. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em: 25 set. 2016.

TALIDOMIDA continua a causar defeitos físicos em bebês no Brasil. BBC Brasil. 28 julho 2013. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2013/07/130725_brasil_talidomida_gm.shtml. Acesso em: 02 ago. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco** – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** 1: Lei de introdução e parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios

248 O risco de desenvolvimento...

gerias do Direito Civil e do Processo civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 354 e ss.

VIEIRA, Manuela do Corral. **Consumo na pós-modernidade**: As relações de identidade e comunicação no Festival de Parintins. In: Congresso Lusocom, realizado de 4 a 6 de agosto de 2011. GT de Comunicações e representações identitárias, 2011. São Paulo: UNIP – Universidade Paulista. São Paulo, Brasil.

VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité**. 3. éd., Paris: L.G.D.J, 2008.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013.

WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, p. 213-227, jul. dez. 2012. Disponível em: <http://revista-seletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>. Acesso em: 20 out. 2014.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (org.) Coleção Doutrinas Essenciais. V1. **Fundamentos dos Direito do Consumidor**.

P. 1031-1053. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

250 O risco de desenvolvimento...

Sobre a autora

Patrícia Lopes Maioli

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM)

252 O risco de desenvolvimento...

Esperamos que esse livro contribua para o debate político e filosófico sobre a educação. Afirmamos que caso seja infringido qualquer direito autoral, imediatamente, retiraremos a obra da internet. Reafirmamos que é vedada a comercialização deste produto.

Título	O risco do desenvolvimento de produtos: parâmetros adequados para a efetiva proteção do direito fundamental dos consumidores
Autora	Patrícia Lopes Maioli
Revisão	Lurdes Lucena
Páginas	256
1ª Edição	Novembro de 2016

Navegando Publicações
CNPJ – 978-85-92592-00-4



NAVEGANDO

www.editoranavegando.com
editoranavegando@gmail.com
Uberlândia – MG
Brasil

254 O risco de desenvolvimento...

256 O risco de desenvolvimento...

Sensível e atenta para a realidade do consumo na pós-modernidade, a autora confirma a constatação de que “Os produtos e serviços do mercado de consumo são elaborados para pouca durabilidade, fácil substituição. A liquidez presenciada em todos os estágios da vida pós-moderna busca no ato de comprar a substituição do vazio que a individualização trouxe ao indivíduo. Os centros de consumo ganham cada vez mais força e mais adeptos, tornando-se locais venerados nos quais há o esquecimento da realidade e uma transferência do indivíduo para a realidade do consumo, que visa satisfazer suas necessidades, anseios e curá-lo de toda a frustração vivida no cotidiano. Assim, produtos substituem pessoas e são utilizados para suprimir ou apaziguar sentimentos”.

Os progressos tecnológicos e científicos melhoraram significativamente a qualidade de vida dos seres humanos, porém, é também incontestável que acarretaram a exposição da população a um grande número de riscos. A obra trata inicialmente da contextualização do risco do desenvolvimento, abordando importantes questões como: a pós-modernidade e a sociedade de consumidores no contexto global contemporâneo, vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana, bem como analisa os rumos da responsabilidade civil, seus fundamentos constitucionais e pressupostos.

Alaércio Cardoso



NAVEGANDO