

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

TENDÊNCIAS DO SÉCULO XXI

**(Conferência de Encerramento do I Congresso Internacional de Direito do Consumidor –
FD/UFPEL)***

SERGIO CAVALIERI FILHO

Sumário: 1. A problemática dos acidentes de consumo. 2. O risco do empreendimento. 3. A sistemática do Código. 3.1. Fato e vício – distinção. 4. Fato do produto. 4.1. Conceito legal de defeito. 5. O dever de segurança. 6. O nexos causal entre o defeito e o dano. 7. O risco inerente e o dever de informar. 8. Os responsáveis. 9. Responsabilidade subsidiária do comerciante. 9.1. Fato do serviço. 10. Excludentes de responsabilidade do fornecedor. 11. O risco do desenvolvimento. 12. Inversão do ônus da prova. 13. Tendências do século XXI

1) A problemática dos acidentes de consumo

A responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Talvez tenha sido a área do Direito que sofreu os maiores impactos decorrentes das profundas transformações sociais, políticas e econômicas verificadas no curso do século passado. Começando pela flexibilização do conceito e da prova da culpa, passamos pela culpa presumida, evoluímos para a culpa contratual, a culpa anônima, até chegarmos a responsabilidade objetiva. E nesta, em alguns casos, passamos a adotar a responsabilidade fundada no risco integral, na qual o próprio nexos causal fica profundamente diluído. Essas profundas transformações ensejaram, por sua vez, uma grande proliferação de normas legislativas em relação à responsabilidade civil, não só no plano da lei ordinária, mas até em nível constitucional, o que dificulta a atuação do operador do Direito no trato com essa matéria. De fato, algumas áreas da responsabilidade civil estão constitucionalizadas, como a responsabilidade do Estado, dos prestadores de serviços públicos, por danos ao meio ambiente, dano moral etc.

* O I Congresso Internacional de Direito do Consumidor foi realizado em novembro de 2014, no Salão de Atos da Faculdade de Direito – UFPEL.

Por outro lado, o campo de incidência da responsabilidade civil ampliou-se enormemente, chegando a representar a grande maioria dos casos que chegam ao Judiciário, principalmente nos Juizados Especiais. Fala-se hoje numa *indústria da responsabilidade civil*, com o que não concordamos. Não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos.

Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da revolução industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.

Na verdade, até o advento do Código do Consumidor os riscos do consumo corriam por conta do consumidor, porquanto o fornecedor só respondia no caso de dolo ou culpa, cuja prova era praticamente impossível. O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica até então existente na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor.

Devem ser destacadas, embora resumidamente, três grandes modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil nas relações de consumo:

Ação direta do consumidor contra o fornecedor de produto ou serviço, afastado nesta área o mecanismo da responsabilidade indireta.

Superação da dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual. O fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual, ou o fato ilícito, para se materializar na relação jurídica de consumo, contratual ou não.

Responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos e serviços, vinculado que está a um dever de segurança.

2) O risco do empreendimento

Pode-se dizer que o Código do Consumidor esposou a *teoria do risco do empreendimento* ou da atividade empresarial, que se contrapõe à *teoria do risco do consumo*.

Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência a normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer em relação aos bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preços, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a *justiça distributiva*, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual.

3) A sistemática do Código

O Código do Consumidor divide a responsabilidade do fornecedor em *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* e *responsabilidade por vício do produto e do serviço*. Da primeira tratam os arts. 12 a 14; da segunda, os arts. 18 a 20.

3.1) Fato e vício – distinção.

Do vício do produto ou do serviço não trataremos aqui, mas desde logo é importante distingui-lo do fato do produto ou do serviço. A palavra-chave neste ponto é *defeito*. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no *fato do produto ou do serviço* o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. *Vício*, por sua vez, é defeito

menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.

Se A, dirigindo seu automóvel zero quilômetro, fica repentinamente sem freio, mas consegue parar sem maiores problemas, teremos aí o *vício do produto*; mas se A não consegue parar, e acaba colidindo com outro veículo, sofrendo ferimentos físicos, além de eventuais danos nos dois automóveis, aí já será *fato do produto*. Se alguém instala uma nova televisão em sua casa mas esta não produz boa imagem, haverá vício do produto; mas, se o aparelho explodir e incendiar a casa, teremos um fato do produto.

4) Fato do produto

A responsabilidade pelo fato do produto está disciplinada no art.12 do CDC, que diz: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por **defeitos** decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por **informações insuficientes** ou inadequados sobre sua utilização e riscos.”

Depreende-se desse dispositivo que *fato do produto* é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um *defeito do produto*. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é *defeito*.

Esse defeito pode ser de *concepção* (criação, projeto, fórmula), de *produção* (fabricação, construção, montagem) e ainda de *comercialização* (informações insuficientes ou inadequadas, etc.). São os chamados **acidentes de consumo**, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.

Portanto, tratando-se de acidentes decorrentes das relações de consumo, produzidos por produtos defeituosos, o Código Civil fica afastado. O fundamento desta responsabilidade deixa de ser a relação contratual para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: o produto defeituoso lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente, consoante o art. 12 do Código do Consumidor.

4.1) Conceito legal de defeito

Pelo que acabamos de ver, o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas sim o *defeito do produto*. Bastará o nexos causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

Mas o que é *defeito*? Quando se pode dizer que um produto ou serviço é defeituoso? Essa, sem dúvida, é a questão nodal em sede de responsabilidade do fornecedor, sobre a qual muito já se discutiu e se escreveu. Um dos critérios utilizados na definição de *defeito* é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar sua utilidade. Quem fabrica um xampu, por exemplo, muito eficaz para a beleza e conservação dos cabelos, tem que evitar qualquer risco caso esse produto venha a atingir os olhos do consumidor na hora em que lavar a cabeça. O fabricante de uma esferográfica ou de um brinquedo para crianças deverá prever que essa caneta ou esse brinquedo podem ser levados à boca inadvertidamente, e evitar os riscos daí decorrentes. Se a esferográfica causar intoxicação em alguém, ou se o brinquedo vier a engasgar alguma criança, como tem acontecido, o produto será defeituoso.

Buscando facilitar a caracterização do defeito, o § 1º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor diz que o produto é defeituoso quando **não oferece a segurança que dele legitimamente se espera**. Do ponto de vista legal, portanto, *produto defeituoso* é aquele que não oferece a segurança legitimamente esperada ou esperável. Quem lava a cabeça com um xampu pode legitimamente esperar que ele não fará mal algum caso atinja seus olhos. Quem leva inadvertidamente uma caneta à boca também pode esperar não ser intoxicado por ela. É legítimo a mãe esperar que nenhum mal causará ao seu filho o brinquedo de pelúcia que lhe comprou, ainda que ele o leve à boca. Se o produto não corresponder a essa segurança legitimamente esperada, será defeituoso.

5) O dever de segurança

Tem-se afirmado que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o *risco*, daí a teoria do *risco do empreendimento ou da atividade empresarial*. Mas o risco, por si só não gera a obrigação de indenizar. Risco é perigo, mera probabilidade de dano, e ninguém viola dever

jurídico simplesmente porque fabrica um produto ou exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente admitidos e necessários. Milhões fazem isso sem terem que responder por nada perante a ordem jurídica. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente.

Que dever jurídico é esse? Quando se fala em *risco* o **dever jurídico que a ele se contrapõe é o dever de segurança**. E foi justamente esse dever que o Código do Consumidor estabeleceu no § 1º do seu art. 12. Criou o *dever de segurança* para o fornecedor, verdadeira cláusula geral; o dever de não lançar no mercado produto ou serviço com defeito, de sorte que se o lançar, e este der causa a um acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa. A regra que fundamenta a responsabilidade do fornecedor na existência do **defeito** cria, *ipso facto*, o dever de produzir sem defeito. A produção de produto ou serviço defeituoso é, portanto, a violação do dever jurídico de zelar pela segurança dos consumidores. Aí reside a contrariedade da conduta do fornecedor ao direito, e com isso fica caracterizada a **ilicitude** como elemento da responsabilidade civil. Trata-se, em última instância, de uma *garantia de idoneidade*, um dever especial de segurança do produto ou serviço legitimamente esperado.

Em suma, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo a lei impõe o *dever de segurança*; dever de fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa (objetivamente) pelos danos que causar ao consumidor. Tudo quanto é necessário para a existência da responsabilidade é ter o produto causado um dano. Aí está, em nosso entender, o verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor.

Se o produto é defeituoso, como diz a lei, quando não oferece a segurança que dele legitimamente espera o consumidor, depreende-se que a noção de *segurança* depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor e a capacidade de causar acidente de consumo. Resulta daí que a noção de *segurança* tem uma certa relatividade, pois não há produto ou serviço totalmente seguro.

As regras da experiência comum evidenciam que os bens de consumo sempre têm um resíduo de insegurança, que pode não merecer a atenção do legislador. O Direito só atua quando a insegurança ultrapassar o patamar da *normalidade* e da *previsibilidade*.

Pondera o insigne Ministro Herman Benjamin, que o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se quer é uma *segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores*. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O

padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 60).

Segurança é, portanto, conceito cultural de conteúdo indeterminado, cujo conteúdo deve ser dado pelo juiz nas circunstâncias do caso concreto. Por isso, “deve o juiz, na determinação do caráter defeituoso, ser intérprete do sentimento geral de legítima segurança, esperada do produto, atendendo não só ao uso ou consumo pretendido, mas à utilização que dele razoavelmente possa ser feita, à luz do conhecimento ordinário ou da opinião comum do grande público a que o mesmo se destina” (João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produto*, Almedina, 1990, p.641).

Outro ponto a ser destacado é que o dever de segurança em relação ao produto ou serviço tem natureza ambulatorial, vale dizer, não está circunscrita à relação contratual de compra e venda, mas, pelo contrário, acompanha o produto por onde circular durante toda a sua existência útil. Há um vínculo entre o fabricante e o produto em razão do qual o primeiro torna-se responsável pelo dano que o segundo vier a causar, de sorte que a garantia inerente ao produto abrange o fabricante e o último consumidor.

Na França fala-se em *guardião* ou *garante da estrutura do produto*, o que faz com que o fabricante continue responsável pelos danos causados pelo produto mesmo depois de colocado em circulação, e ainda que o produto tenha sido transferido a terceiro. O fornecedor é o responsável pelo acidente de consumo porque permanece como garante da estrutura do produto.

6) O nexo causal entre o defeito e o dano.

No que diz respeito ao *nexo causal*, cumpre ressaltar que não se exige da vítima prova robusta e definitiva do *defeito do produto ou do serviço*, eis que essa prova é praticamente impossível para o consumidor. Bastará, por isso, a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade. Por isso, o Código do Consumidor **presume o defeito do produto**, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar, ônus seu, que o defeito não existe (arts. 12, § 3º, II e 14, § 3º, I). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário.

Correta a posição do Código, porque se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

7) O risco inerente e o dever de informar.

Embora a perigosidade seja um elemento ligado a defeito, o CDC não proibiu nem sancionou a circulação de produto ou serviço perigoso, pelo contrário, admitiu a existência e o sua normal fornecimento, pela singela razão de que muitos dos bens colocados no mercado para satisfazer necessidades sociais oferecem, em maior ou menor amplitude, um certo grau de perigosidade. Daí a distinção entre *perigosidade inerente*, assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza da coisa, à sua qualidade ou modo de funcionamento, e a *perigosidade adquirida*, que torna o produto perigoso em razão de algum defeito que não é da sua própria natureza. Aqui também tem perfeita aplicação a lição do insigne Ministro Herman Benjamin sobre o *risco inerente* e o *risco adquirido*. Risco inerente ou periculosidade latente é o risco intrínseco, atado à sua própria natureza, qualidade da coisa, ou modo de funcionamento, como por exemplo, uma arma, uma faca afiada de cozinha, um veículo potente e veloz, medicamentos com contraindicação, agrotóxicos etc. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade desses produtos ou serviços é normal e conhecida, previsível em decorrência de sua própria natureza e em consonância com a expectativa legítima do consumidor. Em suma, *normalidade* e *previsibilidade* são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe, entretanto, informar o consumidor a respeito desses riscos inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever, hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo.

Fala-se em *risco adquirido* quando produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito. São bens e serviços que, sem o defeito, não seriam perigosos; não

apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo consumidor. *Imprevisibilidade e anormalidade*, portanto, são as características do risco adquirido.

A regra é que o fornecedor não responde pelos danos decorrentes do risco inerente, conforme acima ressaltado, por não ser defeituoso um produto ou serviço nessas condições. Transferir as consequências dos riscos inerentes para o fornecedor seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar o próprio fornecimento. Tais riscos, entretanto, criam para o fornecedor outro dever jurídico - *o de informar* - expressamente estabelecido no art. 9º do Código de Defesa do Consumidor:

“O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança *deverá informar*, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

O *dever de informar*, portanto, também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode levá-lo a ter que responder pelos riscos inerentes, não por defeito de segurança do produto ou do serviço, mas por *informações inadequadas ou insuficientes* sobre a utilização ou os riscos do produto. Nesse caso, a responsabilidade não decorre de defeito de segurança do produto ou do serviço, mas de defeito de informação, vale dizer da conduta do fornecedor que descumpra o **dever de informar**.

8) Os responsáveis

O Código do Consumidor, ao conceituar o fornecedor em seu art. 3º, o fez de maneira bem abrangente, de modo a alcançar todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo. Tem-se dito que o Código criou três modalidades de responsáveis: o *real* (fabricante, construtor, produtor); o *presumido* (importador); o *aparente* (comerciante).

Tratando-se de responsabilidade pelo *fato do produto*, todavia, o art. 12 do Código responsabiliza somente o *fabricante*, o *produtor*, o *construtor* e o *importador*. O *comerciante* foi excluído em via principal porque ele, nas relações de consumo em massa, não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias. Recebe os produtos fechados, embalados, enlatados, como ocorre, por exemplo, nos super e hipermercados, nas grandes lojas de

departamentos e drogarias, e assim os transfere aos consumidores. Em suma, o comerciante não tem poder para alterar nem controlar técnicas de fabricação e produção.

Atente-se, portanto, para a advertência do douto Zelmo Denari: “Ainda que o consumidor tenha adquirido o automóvel da concessionária; o eletrodoméstico da loja de departamento; o medicamento da drogaria; a vacina ou agrotóxico do comerciante, deverá postular seus direitos contra o fabricante do produto, operador econômico que, em via principal, é o responsável pela reparação dos danos causados aos consumidores” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, 3ª ed., Forense Universitária, p. 88).

E assim é, repita-se, porque o fabricante ou produtor é o sujeito mais importante das relações de consumo. É ele que domina o processo de produção e introduz coisa perigosa no mercado. Através dele os produtos chegam às mãos dos distribuidores já preparados, embalados etc. para o consumo. Cabe-lhe, portanto, assumir os riscos de todo o processo de produção e do ciclo do consumo.

O comerciante, consoante art. 13 do CDC, pode ser responsabilizado em via secundária (*subsidiariamente*), quando o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não puderem ser identificados; o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador ou, hipótese mais comum, quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. São casos, como se vê, em que a conduta do comerciante concorre para o *acidente de consumo*, merecendo destaque os chamados “produtos anônimos” - legumes e verduras adquiridos no supermercado sem identificação da origem; os produtos mal-identificados e aqueles outros produzidos por terceiros mas comercializados com a marca do comerciante.

9) Fato do serviço

A responsabilidade pelo fato do serviço vem disciplinada no art. 14 do CDC, nos mesmos moldes da responsabilidade pelo fato do produto. “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.” Também aqui teremos acidentes de consumo, acontecimentos externos que causam dano material ou moral ao consumidor, só que decorrentes

de defeitos do serviço, aos quais serão aplicáveis, com o devido ajuste, os mesmos princípios emergentes do art. 12, pelo quê dispensam maiores considerações.

O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, § 1º). Como se vê a responsabilidade do fornecedor de serviços tem também por fundamento o *dever de segurança*, do qual tratamos no item 5 e ao qual nos reportamos. Os defeitos do serviço podem ser de *concepção*, de *prestação* ou de *comercialização* (informações insuficientes ou inadequadas sobre seus riscos).

A principal diferença entre o art. 12 e o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor está na designação dos *agentes responsáveis*. Ao tratar da *responsabilidade pelo fato do produto* (art. 12), o Código, como vimos, especificou os responsáveis - o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante em via principal. Mas, ao disciplinar a *responsabilidade pelo fato do serviço*, o art. 14 fala apenas em *fornecedor* - gênero que inclui todos os partícipes da cadeia produtiva. Logo, tratando-se de dano causado por defeito do serviço (fato do serviço), respondem *solidariamente* todos os participantes da sua produção.

Há serviços que são prestados pelo próprio fornecedor, pessoa física ou jurídica que entrega a prestação (marcenaria, eletricitista, atividade médica). Outros, entretanto – e em maior número –, são compostos de outros serviços, até com fornecimento de produtos (conserto de veículo com troca de peças), envolvem a participação de terceiros, às vezes uma verdadeira cadeia (serviço médico-hospitalar). Nesses casos, todos são responsáveis solidários.

Mais do que possa parecer numa primeira visão, o campo de aplicação do CDC pelo fato do serviço é muito vasto, abarcando, na área privada, um grande número de atividades, tais como os serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino, hotéis, estacionamentos (onde são frequentes os casos de furtos de veículos), cartões de crédito, bancos, seguros, hospitais e clínicas médicas. Basta lembrar que cerca de 65% do mercado de consumo é de serviços.

10) Excludentes de responsabilidade do fornecedor

Mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexos causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raríssimos casos em que a responsabilidade é

fundada no risco integral, o que não ocorre no Código do Consumidor. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade. Essa é a razão das regras dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código do Consumidor, porquanto, em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas, o fundamento é a inexistência do nexo causal.

O inciso I do art. 12 é aparentemente inócuo ao dizer que não há responsabilidade do fornecedor do produto quando provar que *não o colocou no mercado*. Obviamente, não haverá aí nexo de causalidade entre o dano causado pelo produto, ainda que defeituoso, e a atividade do produtor ou fornecedor. A excludente, todavia, faz sentido em face da presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo fornecedor. O que a lei quis dizer é que cabe ao fornecedor elidir essa presunção. Ocorre-nos como exemplo da hipótese em exame o caso de produto falsificado, ou que, ainda em fase de testes, é subtraído por alguém e colocado no mercado. Embora essa excludente só diga respeito ao fato do produto, nada impede, em nosso entender, que o fornecedor de serviço prove, para efeito de afastar a sua responsabilidade, que efetivamente não o prestou.

Como o Código não tem nenhuma regra estabelecendo o momento a partir do qual se considera o produto introduzido no mercado, caberá essa tarefa à jurisprudência, em face dos casos concretos, com os subsídios colhidos na doutrina nacional e estrangeira. Em nosso entender, será a partir do momento em que o produto é remetido ao distribuidor, ainda que a título experimental, de propaganda ou de teste, como se costuma fazer com certos medicamentos.

A excludente seguinte - *inexistência de defeito* - caracteriza a regra geral. Se o produto ou serviço não é defeituoso, e o ônus dessa prova é do fornecedor, não haverá relação de causalidade entre o dano e a atividade do fornecedor. O dano terá decorrido de outra causa não imputável ao fabricante do produto ou ao prestador do serviço. Há igualmente aqui uma presunção que milita contra o fornecedor, cabendo-lhe elidi-la. A toda evidência, os defeitos a que alude a lei são os decorrentes de concepção, de produção, de prestação ou de informação, todos anteriores à introdução do produto no mercado de consumo ou à conclusão do serviço. A ação deletéria do tempo é um bom exemplo de defeito não imputável ao fornecedor.

A rigor, esta excludente prejudica as demais. Se o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o *defeito* do produto ou do serviço, logicamente, sempre que não existir defeito não haverá que se falar em responsabilidade. Se ocorrer o acidente a causa terá sido outra, não imputável ao fornecedor. O Código, todavia, na busca de uma disciplina espancadora de qualquer

dúvida, explicitou outras causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor que, na sua essência, decorrem da inexistência de defeito do produto ou do serviço.

A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro são, igualmente, causas de exclusão do nexo causal equiparável ao fortuito ou força maior. Lamenta-se que o Código, que tão técnico foi ao falar em *fato do produto e fato do serviço*, tenha, aqui, falado em *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*, em lugar de **fato exclusivo** dos mesmos. Em sede de responsabilidade objetiva, como a estabelecida no Código do Consumidor, tudo é resolvido no plano do nexo de causalidade, não se chegando a cuidar da culpa.

Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano. É o caso do motorista que provoca acidente automobilístico por sua exclusiva imprudência ou negligência, do consumidor que faz uso do medicamento em doses inadequadas e contrariando prescrição médica e assim por diante. Não há como responsabilizar o fabricante de automóvel, nem o fornecedor do medicamento porque o dano não foi causado por defeito do produto. Inexiste nesses casos relação de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a atividade do produtor ou fornecedor.

Mutatis mutandis, esses princípios são aplicáveis ao *fato exclusivo de terceiro*. Também aqui será preciso que o fornecedor prove que o acidente de consumo não decorreu de nenhum defeito do produto ou serviço. A conduta exclusiva do terceiro faz desaparecer a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, erigindo-se em causa superveniente que por si só produz o resultado. Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo; que seja algo irresistível e estranho ao ambiente operacional do fornecedor. Quem integra a corrente produtiva, ainda que remotamente, não é terceiro; é fornecedor solidário. Assim, se a enfermeira, por descuido ou intencionalmente, aplica medicamento errado no paciente, ou em dose excessiva, causando-lhe a morte, não haverá nenhuma responsabilidade do fornecedor do medicamento. O acidente não decorreu de defeito do produto mas sim da exclusiva conduta da enfermeira, caso em que deverá responder o hospital por defeito do serviço.

Tal como se dá com o fato exclusivo do consumidor, só haverá a exclusão de responsabilidade do fornecedor se o acidente de consumo tiver por causa o fato exclusivo de

terceiro, não concorrendo qualquer defeito do produto. O fato de terceiro, repita-se, perde toda e qualquer relevância desde que evidenciado que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido. Bom exemplo disto encontramos em grave acidente ocorrido na véspera do Natal de 1993 na Califórnia, nos Estados Unidos. A família Anderson viajava numa picape *Chevrolet Malibu* quando o veículo, ao reduzir a velocidade para parar num sinal, foi violentamente abalroado na traseira por outro veículo dirigido por um bêbado. Até aí, o único responsável pelo acidente seria o motorista do segundo veículo, contra o qual milita até uma presunção de culpa. Acontece que a picape explodiu e todos os seis membros da família Anderson - os pais e quatro filhos - sofreram gravíssimas queimaduras. Quem responde por estes resultados? A Justiça Americana concedeu aos seis a maior indenização já estipulada em favor de uma pessoa ou família nos Estados Unidos; reconheceu que a picape explodiu porque havia defeito do produto. O tanque de gasolina fora colocado em lugar inadequado, de sorte que uma simples batida na traseira, que a rigor não traria outras consequências além de danos materiais no veículo, acabou dando causa a uma verdadeira tragédia (revista *Veja*, 21 de junho de 1999). A picape não oferecia a segurança legitimamente esperada pois ninguém, em são juízo, haveria de adquirir um veículo sabendo que era uma verdadeira bomba ambulante, pronta a explodir à primeira batida na traseira. Em casos tais, repita-se, não há que se falar em *culpa exclusiva* de terceiros, sequer concorrente, porque a causa determinante do dano é o defeito do produto.

Em conclusão, o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, a rigor nos remete à *inexistência de defeito* do produto ou serviço, como argutamente observa Arruda Alvim: “Havendo culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por óbvio, não há defeito no produto” (ob. cit., p. 26).

Lembre-se, ainda, que o *terceiro* de que fala a lei é alguém sem qualquer vínculo com o fornecedor, completamente estranho à cadeia de consumo. Não será o comerciante, porque este é escolhido pelo fornecedor para distribuir os seus produtos. Com relação ao preposto, empregado e representante, os riscos da atividade econômica são do fornecedor, por eles respondendo solidariamente, nos termos do art. 34 do Código.

O *caso fortuito e a força maior*, por não terem sido inseridos no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor, são afastados por alguns autores. Entretanto, essa é uma maneira muito simplista de resolver o problema, como o é, também, aquela de dizer que o caso fortuito e a

força maior excluem a responsabilidade do fornecedor porque a regra é tradicional no nosso Direito.

Creemos que a distinção entre *fortuito interno e externo* é totalmente pertinente no que respeita aos acidentes de consumo. O *fortuito interno*, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o *fortuito externo*, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada - *inexistência de defeito*.

Na excelente obra *Código do Consumidor Comentado*, sem nenhum favor, uma das melhores sobre a matéria, de autoria de Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins, encontramos perfeito equacionamento do problema. Após distinguir os dois momentos em que o caso fortuito pode ocorrer, o autor dos comentários desta parte do Código faz a seguinte colocação: “a ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência de defeito juridicamente relevante (possivelmente *defeito de produção*, consoante a classificação que adotamos). Diversamente ocorre com a força maior quando verificada após a introdução do produto no mercado de consumo. Isto porque após o ingresso do produto em circulação não se pode falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo ...(ob. cit., 2ª ed., Ed. RT, pp. 127-128).

Em conclusão: o fortuito externo, em nosso entender verdadeira força maior, não guarda relação alguma com o produto, nem com o serviço, sendo, pois, imperioso admiti-lo como excludente da responsabilidade do fornecedor, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou.

11) O risco do desenvolvimento

Outra questão que se coloca no tema da exclusão de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, diz respeito ao *risco de desenvolvimento*, definido por Herman Benjamin como sendo “risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível” (*Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 67).

Os danos causados por certos medicamentos são típicos exemplos de risco do desenvolvimento. *O Globo* do dia 6 de maio de 2000 anunciou que medicamento genérico contra o câncer matou 15 mulheres nos Estados Unidos; outras 47 pacientes sofreram efeitos colaterais após tomar *Herceptina*, uma das mais sofisticadas drogas contra câncer de mama. Outra notícia de *O Globo* de 9 de agosto de 2001: “Droga anticolesterol mata 31 nos Estados Unidos. Seis brasileiros reagiram mal ao mesmo medicamento, que foi retirado ontem do mercado. A droga era vendida nos EUA desde 1997 e no Brasil desde 1998. O laboratório que a fabrica decidiu voluntariamente retirá-lo do mercado”.

Quem deve arcar com os riscos de desenvolvimento? Responde o fornecedor por esses riscos ou devem ser lançados nos ombros do consumidor? A questão é controvertida, havendo ponderáveis argumentos nos dois sentidos. Têm-se sustentado que, fazer o fornecedor responder pelos riscos do desenvolvimento, pode tornar-se insuportável para o setor produtivo da sociedade, a ponto de inviabilizar a pesquisa e o progresso científico-tecnológico, frustrando o lançamento de novos produtos. Sem conhecer esses riscos, o fabricante não teria como incluí-los nos seus custos e assim reparti-los com os seus consumidores.

Em contrapartida, seria extremamente injusto financiar o progresso às custas do consumidor individual, debitar na sua cota social de sacrifícios os enormes riscos do desenvolvimento. Isso importaria em retrocesso de 180 graus na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco – repartir o dano entre todos já que os benefícios do desenvolvimento são para todos. A fim de se preparar para essa nova realidade, o setor produtivo tem condições de se valer de mecanismos de preços e seguros – o consumidor não

–, ainda que isso venha a se refletir no custo final do produto. Mas, se a inovação é benéfica ao consumo em geral, nada impede que todos tenhamos que pagar o preço do progresso.

A razão neste ponto está com o Ministro Herman Benjamin quando sustenta que o Código de Defesa do Consumidor não inclui os riscos do desenvolvimento entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor, **riscos estes que nada mais são do que espécie do gênero defeito de concepção**. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia (ob. cit., p. 67).

Em nosso entender, os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como **fortuito interno - risco integrante da atividade do fornecedor - pelo que não exonerativo da sua responsabilidade**.

12) Inversão *ope legis* do ônus da prova

Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador **só não será responsabilizado quando provar**” (...). No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “o fornecedor de serviços **só não será responsabilizado quando provar**” (...). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova *ope legis* quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, caberá ao fornecedor provar que o defeito inexistente, ou a ocorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Essa inversão do ônus da prova, cumpre ressaltar, não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII do CDC. Aqui a inversão é *ope legis*, isto é, por força da lei, obrigatória; ao passo que ali a inversão é *ope iudicis*, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Conforme já ressaltado, ocorrido o acidente de consumo e havendo a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um **juízo** de probabilidade, o Código do Consumidor presume o defeito do produto ou serviço, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar – ônus seu - que o defeito não existe (arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário, havendo aí portanto, inversão do ônus da prova *ope legis*, e não *ope iudicis*.

Correta a posição do Código, porque se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

13) Tendências do século XXI

Para onde caminha a responsabilidade civil? Qual a sua tendência na segunda década deste novo século? Quais são os seus novos desafios?

O movimento que se acentuou nas últimas décadas do século findo, no sentido da socialização dos riscos, deverá continuar cada vez mais forte, expandindo ainda mais o campo da responsabilidade civil objetiva em defesa do consumidor. Se antes a regra era a irresponsabilidade e a responsabilidade a exceção, porque o grande contingente de atos danosos estava protegido pelo manto da culpa, daqui para frente, e cada vez mais, a regra será a responsabilidade objetiva por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, consumidor de serviços públicos e privados. A cada novo avanço tecnológico, a cada nova invenção, novos riscos surgirão, exigindo a busca de novas regras, novas fórmulas jurídicas em defesa do consumidor.

A Internet, síntese e auge do desenvolvimento tecnológico e científico, enquadra-se nesse cenário de riscos. À medida que nos tornou cidadãos do mundo globalizado, tornou-se também extremamente perigosa e hostil ao consumidor, ambiente propício para prática de atos danosos absolutamente incontroláveis e inevitáveis. A vida íntima de milhares de pessoas tem sido devassada por sites situados em países longínquos ou em lugares desconhecidos. O Brasil é bronze em golpes pela internet – terceiro lugar mundial de registro de danos causados por criminosos cibernéticos.

O dano ambiental coloca atualmente em risco não apenas a vida do consumidor mas do próprio planeta. Embora prevista na Constituição (art. 225) a proteção do meio ambiente, até o momento não se encontrou meios e formas para tornar efetiva essa proteção. Tanto é assim que o sudeste do nosso país, área de maior densidade demográfica e de desenvolvimento econômico, está no momento sendo castigada por uma seca devastadora e sem precedentes.

A nanotecnologia enquadra-se também nesse cenário de riscos. Trata-se de uma nova tecnologia que opera na escala nanométrica, o que tornou possível atingir uma escala “mínima” anteriormente desconhecida e inatingível, abrangente de inúmeras áreas da atividade produtiva/econômica de grande sensibilidade social, tais como alimentos, vestuário, cosméticos, produtos agrícolas, entre outros.

Ainda que prematuros, os estudos decorrentes da nanotecnologia com o ar, a água e o solo indicam a possibilidade de ocorrência de riscos ambientais e aos seres humanos. Os cientistas, técnicos e, principalmente, os consumidores ainda não conhecem os efeitos tóxicos (riscos) que poderão advir dos produtos nanotécnicos, o seu ciclo vital e as suas interações com o meio ambiente e a saúde das pessoas. Trata-se de típico caso de risco do desenvolvimento.

O legislador, a jurisprudência e a doutrina, nestas e outras ocorrências, terão que continuar se empenhando, pelos mais variados meios e processos técnicos apropriados, para estarem sempre ao lado da vítima a fim de assegurar-lhe uma situação favorável. A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, será o enfoque central da responsabilidade civil.

Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. O dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade.

Ao fim e ao cabo, a sociedade de nossos dias estará em busca de uma melhor qualidade de vida e o direito é o instrumento poderoso para garantir essa aspiração maior das pessoas humanas. A uma sociedade de risco contrapõe-se a segurança social.

Mas como prevenir o alastramento do dano, que se revela cada vez mais devastador? Como garantir indenização satisfatória quando da sua ocorrência? Temos como certo que o maior desafio da responsabilidade civil é e será prevenir e reparar os danos coletivos e difusos.

Embora não seja uma panaceia para todos os males do dano, os *princípios da prevenção e da precaução* podem muito contribuir no enfrentamento dos desafios da responsabilidade civil. Fala-se em **prevenção** quando há um risco certo ou conhecido a se evitar e em **precaução** quando o risco é ainda incerto, não confirmado, mas que, mesmo na dúvida, é preciso evitá-lo. É o gerenciamento de um estado de incerteza quanto ao risco. Em última instância, a prevenção e a precaução na responsabilidade civil representam a passagem de um sistema repressivo para um

proativo, preventivo, que se antecede à ocorrência de danos. Diante dos riscos da vida moderna, deve-se agir logo para se prevenir.

Estes princípios justificam, pois, a atuação do Estado na formulação de políticas públicas para prevenir danos ambientais, danos à saúde pública e a indeterminado número de consumidores, enfim, danos coletivos e difusos. Têm, igualmente, se revelado úteis e necessários na prevenção dos *riscos do desenvolvimento*.

Acreditamos também que a jurisprudência e o gênio criativo dos juristas continuarão a desempenhar o papel principal neste novo século, tal como aconteceu ao longo do século XX.

Neste novo século está posto o desafio diante de todos nós: o de nos empenharmos na perene tarefa de tornar efetiva a realização da Justiça para construirmos uma sociedade mais justa, mais solidária, com melhor qualidade de vida para nós e aqueles que vierem depois de nós. O nosso trabalho deve ser com pensamento firme em construir no tempo em que vivemos uma obra proveitosa para além do tempo vivido. Sendo a Justiça um sistema aberto de valores em constante mutação, por melhor que seja a lei, por mais avançado que seja um código, haverá sempre a necessidade de se engendrar novas fórmulas jurídicas para ajustá-las às constantes transformações sociais e aos novos ideais da Justiça. O legislador cria a lei, mas o direito é muito maior que a lei; esta, por mais perfeita que seja, não passa de uma forma de positivação do direito. Quem dá vida à lei, quem a torna efetiva e eficaz são os profissionais do direito, mas não apenas eles, como também os destinatários da lei, sem os quais o direito não passará de uma estrutura formal e a Justiça será mera utopia.

Concluimos com a profética visão do grande Jossierand, que continua atual: “*A responsabilidade civil continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade. É e será a grande sentinela do direito civil mundial. Sua história é a história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina; e, mais geralmente, o triunfo do espírito e do senso jurídico*” (Revista Forense, 1986, p.559).