

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS - FADIR
CURSO MESTRADO EM DIREITO – PPGDI

PATRÍCIA LOPES MAIOLI

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS
PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO DIREITO CONSUMERISTA
BRASILEIRO: PARÂMETROS ADEQUADOS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES

UBERLÂNDIA
2015

PATRÍCIA LOPES MAIOLI

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS
PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO DIREITO CONSUMERISTA
BRASILEIRO: PARÂMETROS ADEQUADOS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: direitos e garantias fundamentais

Linha de pesquisa: sistema jurídico e direitos fundamentais individuais e coletivos

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

UBERLÂNDIA
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- M227a
2015
- Maioli, Patrícia Lopes, 1986-
Análise da responsabilidade civil dos fornecedores de produtos pelos
riscos do desenvolvimento no direito consumerista brasileiro: parâmetros
adequados para a efetiva proteção dos consumidores / Patrícia Lopes
Maioli. - 2015.
149 f.
- Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Defesa do consumidor - Brasil - Teses. 3.
Consumidores - Brasil - Teses. 4. Responsabilidade (Direito) - Teses. I.
Martins, Fernando Rodrigues. II. Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS
PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO DIREITO CONSUMERISTA
BRASILEIRO: PARÂMETROS ADEQUADOS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES

Dissertação aprovada para a obtenção do título de
Mestre no Programa de Mestrado em Direito, da
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da
Universidade Federal de Uberlândia pela banca
examinadora formada por:

Uberlândia, 26 de fevereiro de 2015.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins (orientador) – UFU/MG

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro – UFU/MG

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin – CESUMAR-UEL/PR

Dedico esta conquista a meus amados pais, Marcos e Lia, ao meu irmão Ricardo e a meu amado Leandro, os quais iluminaram de maneira especial os meus pensamentos levando-me a buscar sempre mais conhecimentos.

AGRADECIMENTO

A Universidade Federal de Uberlândia, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, baseado na confiança, no mérito e ética aqui presentes.

Este trabalho não teria sido possível sem o estímulo e o apoio do Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, meu orientador nesta jornada. Registro meus mais sinceros agradecimentos.

A Universidade Estadual de Maringá e seu corpo docente, por sua dedicação em minha formação. Vocês me instruíram e mostraram o caminho.

A Professora Pós- Doutora Silvana L. Henkes e ao Professor Dr. Carlos José Cordeiro, os quais me auxiliaram nesta jornada.

Ao Professor Dr. Zulmar Fachin, pelo exemplo de vida.

Aos meus pais Marcos Antonio Maioli e Maria Lopes Fajardo Maioli, a meu irmão Ricardo Antonio Lopes Maioli, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, os quais não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. A Leandro Abati, sem o qual esta vitória não seria possível.

Aos meus queridos amigos da turma 5, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza, muito obrigada pela acolhida.

A Isabel Arice Koboldt de Almeida, que exerce sua função com maestria.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte desta conquista.

That old law about "an eye for an eye" leaves every body blind.

The time is always right to do the right thing.

Martin Luther King, Jr

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo investigar se riscos do desenvolvimento foram disciplinados no ordenamento brasileiro e suas consequências jurídicas e sociais. Para isto, no primeiro capítulo buscou-se analisar o risco do desenvolvimento dentro da realidade pós-moderna, bem como na sociedade de consumidores. Na sequência, abordou-se o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como base do microssistema consumerista, assim como a guarida constitucional deste sujeito e ainda a estrutura da relação jurídica de consumo. No segundo capítulo, focou-se nas características gerais da responsabilidade civil, utilizando-as como suporte para a responsabilidade civil protetiva do consumidor, na busca pela compreensão dos riscos do desenvolvimento no país. No último capítulo, os riscos do desenvolvimento foram analisados em alguns países do globo, bem como no Brasil. Por fim, foram sugeridas três propostas para a solução da controvérsia acerca da responsabilidade civil dos fornecedores pelos riscos do desenvolvimento, com o fim de melhor proteção dos consumidores.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Risco do desenvolvimento. Excludente de responsabilidade.

ABSTRACT

The present work has the scope to examine whether the risks of development were disciplined in the Brazilian legal system and its legal and social consequences. In order to do this, the first chapter aimed at analyzing the risk of development within the post-modern reality, as well as in the consumer society; afterwards, the vulnerability of the consumer was recognized as the base of the consumerist microsystem, in addition to the constitutional custody of this subject and structure of the consumption legal relation. The second chapter focused on the general features of the protective consumer civil liability, in order to understand the risks of development in the country. In the last chapter, the risks of development were analyzed in some foreign countries, as well as in Brazil. Finally, three proposals to resolve the controversy about the suppliers' civil liability on the development risks have been suggested, in order to better protect the consumers.

Key-words: Civil liability. Risk of development of risk. Exclusion of Liability.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AIDS	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida
BBC	British Broadcasting Corporation
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa Do Consumidor
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CF	Constituição Federal
HIV	Vírus da imunodeficiência humana
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A REALIDADE DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	13
2.1	A contextualização do risco do desenvolvimento: pós-modernidade e sociedade de consumidores.....	13
2.2	O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana.....	24
2.3	O histórico da proteção do consumidor e sua guarida constitucional.....	32
2.4	A relação jurídica consumerista: elementos suporte para a compreensão da responsabilidade civil do fornecedor.....	45
3	OS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS PECULIARIDADES DO MICROSSISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	54
3.1	Breve histórico da responsabilidade civil e sua realidade na contemporaneidade.....	54
3.2	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.....	61
3.3	Revisitando os pressupostos da responsabilidade civil: visão atual dos elementos constituintes da responsabilização.....	70
3.4	Peculiaridades da responsabilidade civil protetiva do consumidor: um microssistema elaborado para resguardo específico do vulnerável e ausência de suporte jurídico do sujeito nos eventos danosos relativos ao risco do desenvolvimento.....	90
4	A MITIGAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR COMO SOLUÇÃO PARA O DIREITO PÁTRIO NO CASO DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO.....	108
4.1	O risco do desenvolvimento no mundo: diferentes soluções em acordo com a realidade de cada país.....	108
4.2	As vertentes do risco do desenvolvimento: soluções antagônicas para resolução da dúvida acerca da efetivação ou exclusão da responsabilidade civil do fornecedor no Brasil.....	114
4.3	A realidade brasileira e o risco do desenvolvimento: parâmetros para resolução da problemática.....	124
5	CONCLUSÃO.....	132
	REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a humanidade tem sido capaz de modificar o mundo a sua volta, em busca do bem estar da população. A criação de tecnologias acompanha o homem desde os tempos da caverna até a manipulação da tecnologia nuclear. A sociedade vem elaborando e evoluindo técnicas, o que tornou possível a industrialização do mundo, surgindo uma verdadeira revolução na vida do ser humano.

Por meio dos avanços tecnológicos houve a inserção de novos produtos no mercado consumidor, de forma constante e exacerbada, principalmente no período chamado pós-moderno, no qual a liquidez das relações sociais transferiu ao consumo parcela importante da concentração da sociedade global.

Os avanço tecnológicos geraram a ampliação da perspectiva de vida das pessoas; a partir do aumento da evolução das comunicações, dos meios de transporte, das técnicas médicas e da indústria farmacêutica, bem como de novas técnicas de plantio e cultivo de alimento, não só a vivência contemporânea tornou-se mais fácil e confortável, como a vida humana ganhou novos meios de se pronolongar. Muitos males que afligem o homem foram combatidos por meio da evolução da ciência e da tecnologia.

Assim, ressalta-se a importância do risco na pós-modernidade. Não há o desenvolvimento sem que, ao menos, algo indefinido o acompanhe. O atual estágio de evolução tecnológica em que se encontra a humanidade não poderia haver ocorrido sem que certo risco existisse. O aumento na produção agrícola, a melhora nos atendimentos médicos e medicamentos, a rapidez dos atuais meios de transporte, as facilidades dos meios de comunicação, entre outros exemplos, comprovam que o risco é necessário à vida humana.

Contudo, as novas tecnologias vieram acompanhadas não só de benefícios, mas também de complicações. Estas mudanças introduziram riscos que nunca antes haviam sido enfrentados pela humanidade, riscos criados pelo próprio homem, com capacidade de produção de danos incalculáveis.

Verifica-se que a sociedade do final do século XX deste início do século XXI consubstancia-se em uma sociedade de risco. Nesta perspectiva, questiona-se até que ponto os riscos criados por esta nova realidade encontram justificativa na relação custo/benefício para a população.

Os produtos disponibilizados no mercado consumidor, quando causam acidentes de consumido, serão fonte da responsabilidade civil. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta algumas causas de exclusão da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do

produto. Neste ínterim, calorosa discussão ronda a doutrina e jurisprudência pátria quanto à possibilidade de se incluírem ou excluÍrem neste rol os riscos do desenvolvimento.

Deste modo, a crescente demanda por lucro sob a qual se funda a atual fase do capitalismo, constituída com base na aceleração do consumo, remonta à necessidade de observação do risco do desenvolvimento. Nesse, os riscos que, pelo estado da ciência e técnica no momento de introdução do produto no mercado, não são constatáveis, mas acabam por causar danos com o uso do produto e, assim, causam discussão e dúvida quanto a seus desdobramentos. Dúvidas são levantadas acerca de a quem pertence o ônus da responsabilidade dos danos causados, se é ao fornecedor do produto, ao consumidor, se o Estado deve intervir. E as incertezas no campo da responsabilização colocam em xeque a efetiva proteção do consumidor.

Nestes termos, não há consenso, no ordenamento brasileiro, acerca do risco do desenvolvimento. Parte da doutrina entende-o como excludente de responsabilidade do fornecedor e a outra parte como encargo daquele que coloca os bens no mercado. Com o intuito de efetivar o direito fundamental de defesa do consumidor, cabe ao presente estudo analisar ambas as possibilidades com o fim de compreender qual melhor garante a proteção fundamental da pessoa humana perante o mercado. Diante de tais circunstâncias, ao se delimitar o problema de pesquisa da presente dissertação de mestrado, questiona-se: Qual a vertente sobre a responsabilização do fornecedor nos casos de risco do desenvolvimento que efetiva o direito de defesa do consumidor?

Como hipótese, foi formulada a seguinte: há a necessidade de mitigação da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento como forma de proporcionar maior efetividade ao direito fundamental de defesa do consumidor.

O risco do desenvolvimento levanta a discussão se o fornecedor deve ou não ser responsável pelos resultados. Assim, a justificativa da presente pesquisa encontra-se no fato de não haver consenso na doutrina em qual das vertentes sobre o risco do desenvolvimento deve ser aplicada, uma vez que a questão causa insegurança à sociedade em geral e há a impossibilidade de máxima efetivação o direito de defesa dos indivíduos prejudicados por eventuais problemas surgidos a partir do resultado dano de certo produto.

Nesse sentido, o objetivo geral deste estudo propõe-se a investigar se o risco do desenvolvimento deve ser considerado excludente de responsabilidade ou causa de responsabilização dos fornecedores nos casos de defeitos nos produtos, objetivando, mediante esta análise, compreender qual vertente será responsável por proporcionar maior efetividade ao

direito fundamental de defesa do consumidor. Com fulcro de estudar o objetivo geral proposto, apresentam-se três objetivos específicos, os quais correspondem aos três capítulos da presente dissertação: 1) por meio da contextualização do universo consumerista, analisar inicialmente os riscos do desenvolvimento; 2) delimitar o ponto atual em que se encontra a responsabilidade civil e as especificidades da responsabilidade no microssistema de defesa do consumidor; 3) compreender os sistemas internacionais e brasileiro de cuidado do risco do desenvolvimento, para atingir conclusão sobre quem deverá reparar os danos causados.

Empregou-se, para a elaboração da presente dissertação, o método de pesquisa monográfico, por meio da utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Diversas obras e documentos, nacionais e internacionais, foram consultados para a elaboração da presente. Ademais, utilizou-se a pesquisa jurisprudencial com fulcro a analisar decisões existentes sobre os riscos do desenvolvimento no Brasil.

Assim sendo, o presente trabalho baseia-se numa análise do arcabouço histórico, social e jurídico que resultaram na necessidade de maior aprofundamento dos riscos do desenvolvimento ante a ausência de certeza sobre o tema.

2 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A REALIDADE DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Neste capítulo, abordar-se-ão os riscos do desenvolvimento, por meio de sua contextualização na pós-modernidade e na sociedade de consumidores. A seguir, buscar-se-á caracterizar o consumidor como pessoa vulnerável, bem como apresentar o estudo sobre sua proteção constitucional e ainda a análise da relação jurídica consumerista, com o escopo de introduzir a problemática dos riscos do desenvolvimento.

2.1 A contextualização do risco do desenvolvimento: pós-modernidade e sociedade de consumidores

Hodiernamente, observa-se que um importante questionamento sobre a proteção dos consumidores no Brasil concentra-se na multiplicidade de vertentes acerca do risco do desenvolvimento, incerteza esta que gera insegurança jurídica no que se refere ao ordenamento jurídico pátrio e às partes da relação de consumo.

Os denominados riscos do desenvolvimento, também conhecidos como *development risks*, *riesgos de desarrollo*, ou *risques de développement*, constituem-se em expressão abreviada de “[...] riscos que o desenvolvimento técnico e científico não permitiu descobrir”¹. Estes são apresentados por Marcelo Junqueira Calixto², que define o instituto como:

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 científicos³.

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

¹ LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189.

² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.175-176

³ No mesmo sentido, conferir: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 540 et seq.

apresentados em decorrência de seu uso ou por estudos científico mais avançados, posteriormente criados.

A relação entre avanços tecnológicos e o cidadão ocorre por meio do consumo - estes progressos somente encontram guarida se se reverterem em lucro àqueles que o desenvolveram, levando à 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.

Neste diapasão, a proteção do consumidor faz-se imperiosa - cabe ao microsistema consumerista a defesa do sujeito de direitos ante os problemas causados por produtos e serviços 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 do desenvolvimento – riscos estes criados pelo homem quando decide algo no ambiente⁴. Neste sentido são as indagações de Fabiana Maria Martins Gomes de Castro⁵:

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 risco de desenvolvimento? Fornecedor ou consumidor? Seria pretencioso 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, positivadas, em parte, no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e outras apresentadas pela doutrina e positivada no restante da legislação pátria. 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, inexistia o defeito, e 3) há culpa exclusiva do consumidor ou 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. Ainda, o art. 10, também do CDC, explicita que é de fato

⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, A.C., 1992, p.16.

⁵ CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 625-648. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4), p. 628.

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 este considerado uma excludente de causalidade uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não o instituiu entre o rol de eximentes do art. 12, §3º? Ou seriam os resultados gerados pelo risco do desenvolvimento responsabilidade dos fornecedores? O Estado possui alguma responsabilidade nesta situação?

Encontrar a resposta para os questionamentos acima demanda, inicialmente, a contextualização da realidade vivenciada no mundo atual, razão pela qual se faz necessária a conceituação da *pós-modernidade*⁶ e da *sociedade de consumidores*⁷.

A pós-modernidade é caracterizada por mudanças expressivas na sociedade em geral. Surge a partir das ideias e conceitos modernos, alterando-os radicalmente. Trata-se de uma era de incertezas, de avanços tecnológicos, do surgimento das mídias eletrônicas, da colonização do globo pelos mercados, da pluralidade cultural, do consumo como forma de expressão do indivíduo. Há o nascimento de uma cultura relativista e indiferente, na qual se instituem mudanças dos sistemas produtivos e crise do trabalho, e onipresença da cultura de massa individualista.

Diversas são as denominações utilizadas pelos doutrinadores para a conceituação desse tempo. Pós-modernidade, modernidade líquida, modernidade reflexiva, modernidade tardia, alta modernidade são alguns dos termos encontrados, os quais são entendidos como sinônimos no decorrer do presente texto. Utilizar-se-á a teoria de Anthony Giddens, corroborada em alguns momentos pela teorização de Zygmunt Bauman.

Compreende-se ser esta a modernidade reflexiva. Anthony Giddens⁸ aduz que a reflexibilidade provoca verificações e reformulações nas práticas sociais, sempre examinadas por intermédio das informações renovadas sobre esta mesma prática:

A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter. Temos que elucidar a natureza deste fenômeno. Todas as formas de vida social são parcialmente

⁶ A pós-modernidade consiste na condição sociocultural que prevaleceu no capitalismo após a queda do Muro de Berlim, em 1989, marcando o fim da Guerra Fria. Trata-se de um período em que há uma crise da identidade cultural do indivíduo, deslocamento das estruturas tradicionais, necessidade de autoafirmação do indivíduo e contato com o mundo globalizado.

⁷ Sociedade de consumo é uma expressão utilizada para conceituar uma etapa de desenvolvimento do capitalismo muito avançada, caracterizada pelo consumo em massa, disponibilizados à população em razão do alto grau de industrialização, marcada um grande consumo por parte da população global.

⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 39.

constituídas pelo conhecimento que os atores têm delas. Saber "como ir adiante" no sentido de Wittgenstein é intrínseco às convenções que são tiradas da, e reproduzidas pela, atividade humana. Em todas as culturas, as práticas sociais são rotineiramente alteradas à luz de descobertas sucessivas que passam a informá-las. Mas somente na era da modernidade a revisão da convenção é radicalizada para se aplicar (em princípio) a todos os aspectos da vida humana, inclusive à intervenção tecnológica no mundo material. Diz-se com frequência que a modernidade é marcada por um apetite pelo novo, mas talvez isto não seja completamente preciso. O que é característico da modernidade não é uma adoção do novo por si só, mas a suposição da reflexividade indiscriminada — que, é claro, inclui a reflexão sobre a natureza da própria reflexão.

Os processos da modernidade atuam sobre ela mesma, tornando-se estes processos reflexivos. Assim, a modernização é reflexiva, e é através da reflexibilidade que a sociedade industrial transforma-se em sociedade de risco (e, com ela, a pós-modernidade).

Vivencia-se um processo de esvaziamento do tempo e do espaço. Tudo é simultâneo, veloz e, quanto menor a barreira do tempo, mais o espaço também diminui. Este esvaziamento tanto do tempo quanto do espaço é essencial para o que Giddens chama de processo de desencaixe. Por desencaixe, o autor refere-se “[...] ao ‘deslocamento’ das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação por meio de extensões indefinidas do tempo-espaço”.⁹

Verifica-se haver um esvaziamento tanto do tempo quanto do espaço. Na modernidade, e, principalmente, na era pós-moderna, constata-se a separação tempo-espaço¹⁰. As distâncias são encurtadas com o uso de tecnologias, tais como o avião e a internet. A comunicação diminui horas de viagem. Reuniões são conduzidas simultaneamente por pessoas no Brasil, Japão e França; não há a necessidade de deslocamento físico na era pós-moderna.

A vida é localizada, eminentemente, no *cyberespaço*. O constante contato do homem pós-moderno com informação leva-o a ter mais contato com signos que com o real. A realidade torna-se cada vez mais virtual.

O domínio do espaço relaciona-se, deste modo, com a velocidade em que o tempo é utilizado. Quanto maior o tempo disponibilizado, mais espaço pode ser conquistado. Assim, o tempo é responsável por diminuição das barreiras do espaço. Ressalta Zygmunt Bauman¹¹ que, por mais que se aproxime de zero, vale lembrar que ainda não está zerado o tempo para se alcançar um destino espacial. Conclui o autor que a distância, por ser um produto social, pode

⁹ GIDDENS, 1991, p. 24.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 27.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 138.

ser diminuída e até vencida pela velocidade – ocorre, pois, a aniquilação do espaço através do tempo atualmente¹².

Não só o espaço perde mensurabilidade, mas há também o esvaziamento do tempo na era pós-moderna; este passa a ser quase que instantâneo. Cada momento vivido conta com capacidade infinita, isto é, não existem mais limites ao que pode ser aproveitado em cada momento, por menor que seja¹³. Assim, o “[...] ‘esvaziamento’ do tempo e do espaço pôs em movimento processos que acabam por estabelecer um ‘mundo’ único onde antes não existia nenhum”¹⁴.

Tudo que deveria ser a longo prazo deixa de ser interessante – utiliza-se como ideal o curto prazo, a ideia de constante modificação¹⁵; a pessoa da pós-modernidade não se vincula muito tempo a qualquer coisa que seja.

Esta era passa ser a era do descontínuo, deslocado da realidade quase fixa da pré-modernidade. Há uma ruptura entre as tradições antigas e a introdução de um momento de descontinuidade. As relações sociais e o próprio indivíduo perdem a segurança de outrora. Assim:

A modernidade, pode-se dizer, rompe o referencial protetor da pequena comunidade e da tradição, substituindo-as por organizações muito maiores e impessoais. O indivíduo se sente privado e só num mundo em que lhe falta o apoio psicológico e o sentido de segurança oferecidos em ambientes mais tradicionais.¹⁶⁻¹⁷

Compreende-se, na pós-modernidade, um processo tendente à explosão das fronteiras dos ambientes da vida previamente estabelecidos. Há a tendência a globalização (uma de suas principais características). A alta modernidade pode ser contextualizada como o surgimento de uma ordem social numa conjuntura global e culturalmente cosmopolita.

O autor Anthony Giddens compreende ser o conceito de globalização caracterizado como a “[...] intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”¹⁸. O processo de globalização é dialético, já que “[...]

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 145.

¹³ BAUMAN, 2001, p. 145. Aduz que: “A Instantaneidade (anulação da resistência do espaço e liquefação da materialidade dos objetos) faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita; e a capacidade infinita significa que não há limites ao que pode ser extraído de qualquer momento – por mais breve e fugaz que seja”.

¹⁴ GIDDENS, 2002, p. 32.

¹⁵ BAUMAN, op. cit., p. 145.

¹⁶ GIDDENS, op. cit., p. 38.

¹⁷ Ressalta-se que Giddens trata aqui da modernidade como um todo, razão pela qual o texto é utilizado quando se discorre acerca da pós-modernidade.

¹⁸ GIDDENS, op. cit., p. 60.

tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam”¹⁹.

A transformação local é parte da globalização, nos mesmos moldes em que o são as relações sociais ocorridas através do tempo e do espaço – assim, o que sucede em uma localidade tende a ser influenciado por fatores globalizados, como o dinheiro, o mercado de bens, e as mudanças tendem a ser globalmente relacionadas.²⁰

As modificações sociais, estruturais, ambientais são verificadas a níveis globais. Um acidente ambiental ocorrido em uma cidade pequena no interior do Brasil deixa de ser preocupação apenas da população local, uma vez que há grande probabilidade de afetação de outras partes do mundo (seja ambientalmente, por meio da contaminação de águas, solo e ar; seja financeiramente, pelo aumento ou diminuição de um mercado estrangeiro atendido pela localidade em questão).

Nesse contexto, pode-se entender que os riscos tornaram-se globais, devendo ser suportados por todos os habitantes do globo, independente de classes sociais ou fronteiras geográficas.

Ainda, Zygmunt Bauman²¹ apresenta as duas características principais que diferenciam a modernidade líquida. Primeiramente, aduz o autor que a crença de haver um futuro certo desapareceu, uma vez que, na pós-modernidade confrontam ambivalências, perigos, dúvidas, fluidez, riscos.

Ademais, apresenta o autor como segunda característica a mudança de foco das tarefas e deveres da sociedade: anteriormente, permaneciam como responsabilidade da razão humana, transferida ao indivíduo com a introdução da pós-modernidade; assim, “[...] a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo”²²

A alta modificabilidade, descontinuidade e inconstância da vida do cidadão pós-moderno, bem como toda a responsabilidade colocada nos ombros do indivíduo, tornaram as relações interpessoais mais frágeis, efêmeras, líquidas. O aumento no número de divórcios, a troca constante de religiões, amigos, locais de trabalho são comuns na modernidade líquida.

¹⁹ GIDDENS, 2002, p.60.

²⁰ Ibid., p. 60-61.

²¹ BAUMAN, 2001, p. 38.

²² Ibid., p. 37.

²² BAUMAN, op. cit., p. 38.

Deste 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.

As transformações da modernidade reflexiva liberam o indivíduo de todas as especificações de classe, de estratificação, de família etc. 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. Ademais, a sociedade passa a ser pensada para além das categorias sociais tradicionais, já que os riscos atingem a todos.

Vive-se uma sociedade cosmopolita, na qual a formação do indivíduo ultrapassa os limites nacionais - há a perda de identidade nacional e a busca de uma global de padronização. A individualização, neste diapasão, está ligada à institucionalização e a estandardização de condições de vida. Os indivíduos tornam-se dependentes do mercado de trabalho e, assim, subordinados a se qualificarem profissionalmente, às regras mercadológicas, às ofertas de bens de consumo, às tendências apresentadas pelas ciências e tecnologias. A libertação trazida pela alta modernidade é responsável por tornar o sujeito dependente.

Ainda, o indivíduo da pós-modernidade não encontra alento nesta liberdade. Zygmunt Bauman²³ explica que a individualização dos homens e mulheres deixa a desejar, devido à 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 trouxesse²⁴.

A liberdade adquirida na modernidade líquida vem trazer uma sensação de constante frustração ao sujeito; sua autoafirmação vem acompanhada da indiferença, ele é mais um numa multidão de indivíduos, suas escolhas deixam de atingir ao grupo, isto é, “[...] libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*”²⁵.

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 tenha chegado aos patamares vivenciados neste início do século XXI.

²³ BAUMAN, 2001, p. 44.

²⁴ Ibid., p. 44.

²⁵ Ibid., p. 45.

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 utiliza tal fato em seu proveito e os fornecedores passam a tomar decisões em massa. Passou-se, assim, à busca de um *homos medius* para que fosse o consumidor ideal de uma produção em massa. Nos dizeres de Manuela do Corral Vieira²⁶, “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”.

Esta padronização torna-se mais evidente na sociedade de consumo atual. Por sociedade de consumo compreende-se uma comunidade caracterizada no 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 por intermédio dos padrões de consumo. É nestes termos que Ricardo Henrique Weber²⁷ explicita:

A sociedade de consumidores é massificada, no entanto, paradoxalmente, sua marca é o individualismo. Este é utilizado pelo mercado para amoldar a pessoa no padrão de vida social que lhe convém, lhe proporcionado uma identidade de consumidor [...].

Necessário se faz a compreensão da evolução da disciplina de proteção do consumidor até os dias atuais, na qual se associa à pós-modernidade.

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 idade 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

²⁶ VIEIRA, Manuela do Corral. Consumo na pós-modernidade: As relações de identidade e comunicação no Festival de Parintins. In: Congresso Federação das Associações Lusófonas de Ciências da Comunicação – LUSOCOM, IX, 2011, São Paulo: UNIP – Universidade Paulista. São Paulo, Brasil. **Anais...**São Paulo, 2011, p. 2-15. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/vieira-manuela-consumo-na-pos-modernidade.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2014, p. 4.

²⁷ WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor**: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63.

Bauman²⁸, 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, esta sociedade 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 a longo prazo.

A transição dessa “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 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”²⁹ - 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 passa a ser ditada 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 manipulável³⁰.

O consumo tornou-se a base da sociedade atual, e o consumidor o centro do sistema econômico. A lógica vista na anteriormente é alterada para a realidade do prazer de consumir (outrora postergado) voltado ao imediato, para um ciclo de vida pequeno dos produtos, o qual

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.42. Compreende que: “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”.

²⁹ WEBER, 2013, p. 33.

³⁰ CASTRO, 2010, p. 625-648.

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. Logo, 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 Martins³¹ 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 consumidor como protagonista da *sociedade de consumo*.

O consumo, pois, liga-se à pós-modernidade através de sua liquidez. Os produtos e serviços do mercado de consumo são elaborados para pouca durabilidade e 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 em 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 em consequência de ser 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

³¹ MARTINS, 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. 157-196, p. 165.

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 constante, 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.

Neste mesmo verniz 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, por meio 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.

E 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 - há uma hiperaceleração do processo do consumo em razão do desequilíbrio entre ambas as partes.

Deste modo, 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; a era do consumir por consumir. O sujeito pós-moderno compra para satisfazer um desejo, e não uma necessidade. Aduz Weber³² 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, Zygmunt Bauman³³ apresenta a pessoa humana como mercadoria, explicando que “[...] ninguém pode se

³² WEBER, 2013, p. 37.

³³ BAUMAN, 2008, p. 20.

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 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 mercado³⁴.

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 mercado³⁵.

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 hiper consumo³⁶, resultou na dissociação do tradicional, caracterizando-se pela quebra de padrões, vive-se um período de insegurança, de incertezas. Surge a imposição do mercado ao consumidor, o que o torna vulnerável.

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

O consumo desenvolveu-se em grande velocidade, introduzindo a sociedade de consumo à realidade global, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Juntamente com o aumento do consumo, ou hiperconsumo³⁷, ampliaram-se os riscos aos quais está submetida a sociedade. Neste diapasão, os riscos, sejam aqueles passíveis de verificação ou não no momento de sua colocação no mercado, enseja a verificação do consumidor como parte mais fraca na relação de consumo. Desde modo, os riscos do desenvolvimento ligam-se, intimamente, à vulnerabilidade do consumidor.

³⁴ WEBER, 2013, p.51-52.

³⁵ Ibid., p. 63. Entende que: O mercado não apenas cria produtos destinados ao consumo. Ele cria necessidade.

³⁶ LIPOVETSKY apud MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393.

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 destes nos textos constitucionais de parte dos países³⁸⁻³⁹.

Trata-se do momento histórico denominado 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, objetivando a 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”⁴⁰. São legislações que se afastam da velha dicotomia público-privado e que se apresentam melhor 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, 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. Os consumidores representam parte mais fraca da relação de consumo, sendo, pois, vulneráveis perante o fornecedor, razão pela qual José Geraldo Brito Filomeno⁴¹ 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 melhoria da

³⁸ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1962. SARLET, Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁹ Para 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 et seq. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 459.

⁴⁰ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 16.

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. 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: Editora Forense Universitária, 2004. p. 21-58, p. 31.

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 nº 39/248, de 10 de abril de 1985, texto no qual se diz que “[...] consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power [...]”⁴². Para Cláudia Lima Marques⁴³:

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 aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa)⁴⁴.

Thierry Bourgoignie⁴⁵ 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 standardização que derivam desta condição de disparidade e, ainda, os contratos standardizados que 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, que é 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

⁴² Tradução livre: Os consumidores, constantemente, deparam-se com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder de negociação.

⁴³ MARQUES, 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, 2010b. p. 195-230. p. 197-198.

⁴⁴ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

⁴⁵ BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo**. Vitoria: Gobierno Vasco, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994, p. 58.

Miragem⁴⁶ apresentam dois estágios em 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 por meio de uma “[...] proteção especial ou qualificada [...]”. Trata-se da necessidade de se igualar materialmente os mais fracos e, muitas vezes, verifica-se havendo a necessidade de instituir uma diferenciação entre as partes 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”⁴⁷, paradigma pelo 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 diferença⁴⁸.

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

Ensina Fábio Konder Comparato⁴⁹ que 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 Radbruch⁵⁰, escrevendo no período 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 humana⁵¹ e proteção dos direitos fundamentais, que passaram a ser positivados nas Constituições pós-modernas. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁵², firmando-se em Nipperdey, afirmam que a dignidade humana é base de todo

⁴⁶ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 109.

⁴⁷ Ibid., p. 112.

⁴⁸ Ibid., p. 112 et seq.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

⁵⁰ RADBRUCH, 1962.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 85. Entende que 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.

⁵² MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 120.

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. Sarlet:

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 complexo 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 existenciais 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 Moraes⁵³, 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 privado⁵⁴.

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 Martins⁵⁵ 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 ética.

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 Perlingieri⁵⁶:

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84.

⁵⁴ MARTINS, 2011a, p. 163.

⁵⁵ Ibid., 2011, p. 164.

⁵⁶ PERLINGIERI, 2008, p. 509.

O «bom direito» não se coloca ao exclusivo ou prevalecente 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 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 difundir-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».

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 opositora à boa-fé, aos bons costumes e aos fins sociais e econômicos do direito garantindo ao outro⁵⁷. Assim, o direito deve ser entendido como justo⁵⁸, com fim ao equilíbrio e proteção de pessoas individuais e grupos sociais específicos.

A regulação da economia pelo direito do consumidor cumpre este fim, pois, equaliza a relação disforme 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 instigação e criação de desejos e necessidades, as quais induzem 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. Deste modo, resta evidente que o consumidor (individual ou grupos de pessoas) é parte reconhecidamente vulnerável da relação de consumo (art. 4º, I, do 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 implícita⁵⁹.

⁵⁷ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 121.

⁵⁸ O 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.

⁵⁹ MARTINS, 2011a, p. 178-179.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor⁶⁰ é, pois, a base de aplicação de todas as normas consumeristas, por meio do qual o sistema hermenêutico de defesa do consumidor é estruturado. Neste diapasão, este princípio possui caráter de presunção legal, em razão de sua imprescindibilidade no microssistema de normas consumeristas. Não é outra a visão de James Marins⁶¹⁻⁶²:

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 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 Miragem⁶³ 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, e tolhem-lhe, de alguma forma, sua dignidade.

⁶⁰ Vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, a primeira é o gênero, do qual a segunda é espécie. Cf. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 431- 461. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 161. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 332.: “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 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”.

⁶¹ MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção do Consumidor. Biblioteca de direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 38-39. v. 5.

⁶² Cf. 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 (Orgs.) **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 431- 461. Coleção Doutrinas Essenciais. SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 464-493. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2). ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do MERCOSUL. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 515-548. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

⁶³ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 162.

Quando verifica-se 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 [...]”⁶⁴. O fornecedor detém o monopólio das informações, é o *expert* da relação de consumo, e 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 concreto⁶⁵.

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 Schmitt⁶⁶, esta se diagnostica a partir da contratação em massa (contrato de adesão), através das condições gerais dos negócios e os outros instrumentos contratuais empregados nas contratações negociais; o consumidor acaba exposto a 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; para os consumidores profissionais e pessoas jurídicas, utiliza-se a presunção deque devem possuir um mínimo de conhecimentos jurídicos⁶⁷, afastando-se a ideia de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica consiste numa fragilidade real do consumidor perante seu parceiro de contratual ante o grande poderio econômico do fornecedor. Observa-se uma superioridade econômica que aquele que introduz produtos e serviços no mercado impõe ao adquirente.

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”⁶⁸⁻⁶⁹. A informação é essencial à escolha do consumidor, o qual é constantemente persuadido em sua liberdade de escolha utilizando-se de técnicas agressivas de *marketing*, manipulações ou ausência de informacional, evidenciando a desigualdade da relação jurídica.

⁶⁴ MARTINS, 2011a, p. 178.

⁶⁵ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 154.

⁶⁶ SCHMITT, 2011, p. 464-493.

⁶⁷ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 156.

⁶⁸ NISHIYAMA, 2011, p. 435.

⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116. Entende a vulnerabilidade informacional como subespécie da vulnerabilidade fática. Em sentido contrário, conferir: MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 158 et seq.

Finalmente, a proteção específica do consumidor, devido ao reconhecimento de sua vulnerabilidade, é relevante para que o tema *risco do desenvolvimento* (objeto do presente estudo) seja devidamente cuidado pelo ordenamento pátrio.

Nos casos em que produtos aparentemente seguros são colocados no mercado de consumo e, após sua utilização, constata-se vício em sua formulação, 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 qual somente será efetivada se considerada sua situação de vulnerável. A resposta à atual problemática, deste modo, deverá considerar a proteção do consumidor, sujeito vulnerável perante o mercado.

2.3 O histórico da proteção do consumidor e sua guarida constitucional

A compreensão da estrutura do microssistema de proteção do consumidor resta enrustada 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, conforme já observado no tópico precedente. A dicotomia entre ambos remonta do direito romano, atribuindo-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*”⁷⁰.

Diferentemente do sistema anglo-saxão⁷¹, 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 em textos legais (separação esta inexistente na predecessora Idade Média). O Código Civil de Napoleão, de 1804, é considerado marco deste direito privado, separando-o do direito público. Foi um Código elaborado a partir de influência da burguesia, protegendo o

⁷⁰ 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, p. 19-20.

⁷¹ O 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.

indivíduo das intemperes do Estado, sem qualquer tipo de privilégios, isto é, uma legislação impessoal, elaborado com base na ideia de individualismo. Este diploma influenciou diversos Códigos, tais como o Código Civil Italiano, Português, Belga, dentre outros.

Tal apartamento deu-se com fulcro na proteção do indivíduo perante o Estado. Tratava-se de um período de cunho individualista, o qual compreendia todos com iguais, e rejeitava que certos grupos ou indivíduos pudessem ser diferentes, vulneráveis⁷² (primeira dimensão dos direitos fundamentais). Esta foi a era das liberdades individuais e da pouca preocupação com os direitos daqueles que não se encaixavam na ideia do homem médio. O Código Civil brasileiro, de 1916, foi claramente influenciado por moral individualista.

Este modelo individualista perdeu sustentáculo, pois foi baseado apenas na liberdade do indivíduo perante o Estado, sem se atentar às diferenças existentes entre as pessoas, seja esta física, econômica, social, de gênero, etc. Todavia, a proteção da pessoa humana apenas em seu cunho individual mostrou-se insuficiente para a garantia da pessoa humana, 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 pessoas⁷³. 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-los⁷⁴.

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

A partir da segunda metade do século XX, surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais com fulcro à proteção dos direitos de fraternidade (ou de solidariedade),

⁷² CF. MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 23.

⁷³ Ultrapassa-se a noção individualista do direito para uma baseada na solidariedade, conforme será verificado no tópico 3.2.

⁷⁴ FACHIN, 2008.

destinando-se à proteção de grupos humanos, com uma titularidade difusa ou coletiva. É no âmbito de proteção dos grandes grupos que se passa à análise dos vulneráveis.

É neste 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 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 Hesse⁷⁵:

[...] a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo 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 compreende-se o ordenamento pátrio como unitário, a despeito de sua complexidade. Conjuntamente com Norberto Bobbio⁷⁶, adota-se a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, criada por Hans Kelsen⁷⁷, 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 fundamental, no Brasil, é aquela que provem legitimidade à existência da Constituição Federal, razão pela qual todo o

⁷⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 16.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 61.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ordenamento pátrio vincula-se ao texto constitucional. Todo o direito brasileiro é, pois, permeado pela Constituição, e responsável por sua efetivação; a dicotomia entre direito público e direito privado perdeu sentido e foi 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 que, para Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁷⁸, não encontra sustentáculo atualmente)⁷⁹. Neste sentido entende Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁰:

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.

Neste diapasão, considerando os consumidores como vulneráveis, de acordo com Fernando Rodrigues Martins⁸¹, 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 este microssistema uma inovação na antiga dicotomia direito privado-público, apresentando-se como um amálgama entre ambas, com fulcro à proteção desses sujeitos frágeis.

Esta mudança do cenário em que imperava o Código Beviláqua, juntamente com o Código Comercial de 1850, na disciplina da relação de consumo, foi de suma importância para que ocorresse uma alteração da visão puramente liberal deste código, representante de uma classe dominante que relegava o consumidor à quase ausência de proteção deste sujeito mais fraco do mercado de consumo. Inicia-se a percepção de que o consumidor não encontra guarida nos antigos códigos em razão a ideia de igualdade formal que estes pregavam.

⁷⁸ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 29.

⁷⁹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p. 37. Para o autor, há uma inadequação do direito tradicional para assegurar proteção idônea ao consumidor.

⁸⁰ MORAES, 2010, p. 11-12.

⁸¹ MARTINS, 2011a, p. 157-158.

A partir da expansão exacerbada do consumo, vislumbrada a partir da revolução industrial, e largamente intensificado na segunda metade do século XX, 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 consumidor a patamares nunca antes verificados, tornando os fornecedores cada vez mais agressivos e deixando-os poderosos e a pessoa consumidora num papel secundário, isto é, percebe-se que o consumidor não é o rei do mercado⁸², não possui vontade própria, não é livre, razão pela qual a queda desta falácia leva à conclusão da vulnerabilidade do consumidor perante o mercado⁸³.

A vulnerabilidade do consumidor, na pós-moderna sociedade de consumo, é manifesta, 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 para sua proteção.

Assim, essencial a compreensão do histórico de proteção dos consumidores; a presente realidade de 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 adquiri 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 vislumbrou a possibilidade de maiores lucros. Para tanto, criou-se um sistema de padronização dos produtos e serviços e, conseqüentemente, substitui-se a bilateralidade que caracterizava as relações de aquisição até aquele momento, pela unilateralidade de decisão por parte dos fornecedores. Tomou corpo a estandardização de produtos, serviços e dos contratos de consumo (surgiu o contrato de adesão). Esta padronização possibilitou uma diminuição nos custos e ampliação na oferta e lucro.

⁸² BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 38. Nestes 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”.

⁸³ BOURGOIGNIE, 1994, p. 58. Para o autor: “La 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 antagónica de las relaciones de consumo em um sistema de mercado de tipo capitalista”.

Este modelo de capitalismo foi se desenvolvendo a partir do século XIX e por todo o século XX, a datar da primeira Guerra Mundial, devido ao desenvolvimento na produção, solidificando-se e crescendo ainda mais a partir da Segunda Guerra Mundial, a partir do desenvolvimento das novas tecnologias, incremento da informática e das telecomunicações, entre outros fatores⁸⁴⁻⁸⁵. Além do mais, os riscos causados pela sociedade de consumo intensificaram-se a partir deste período, alargando as possibilidades de danos às pessoas.

Deste 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. O marco inicial de proteção do consumidor pode ser entendido como o discurso proferido pelo então Presidente do 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”⁸⁶. Nesta mensagem, o presidente⁸⁷⁻⁸⁸ 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.
- (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, adotou os Direitos do Consumidor como Diretrizes (*United Nations Guidelines do Consumers Protection*). Neste documento, 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

⁸⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

⁸⁵ Cumpre ressaltar que há algumas legislações esporádicas, desde o século XIX, que protegiam o consumidor, como, por exemplo, o *Sherman Anti Trust Act* americano.

⁸⁶ KENNEDY, John F. **Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest**. Washington: Congresso Americano, 15 mar. 1962. Discurso ao Congresso Americano. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acessos em: 23 set. 2014.

⁸⁷ KENNEDY, 1962.

⁸⁸ Cf. 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.

que os direitos básicos do consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, foram baseados nesta resolução⁸⁹.

No Brasil, anteriormente ao CDC, 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 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 da legislação consumerista pode ser vinculada à ditadura militar vivida pelo Brasil a partir de 1964.

Salienta-se 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.

Ainda, 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 desta relação. Fernando Rodrigues Martins⁹⁰, 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 pessoas desprovidas, reciprocamente, dos mesmos recursos, oportunidades, capacidade e conhecimento”.

A partir do princípio da igualdade material, a presunção da vulnerabilidade exige normas de proteção diferenciada ante as desigualdades enfrentadas, considerando-se “[...] o relacionamento de alteridade significativamente discrepantes pela oposição ‘poder/sujeição’ entre as partes”⁹¹. É por meio da análise do sujeito que sofre com a desigualdade a que é submetido que se verifica a necessidade de proteção do indivíduo vulnerável contra os abusos resultantes desta diferença.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. 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. p. 10.

⁹⁰ MARTINS, 2011a, p. 180.

⁹¹ Ibid., p. 181.

De tal modo, no contexto de abertura política do Estado brasileiro, da regulamentação das relações de consumo reguladas pelo Código Civil, à luz da 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, disciplinado no 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: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación”⁹². Para Pietro Perlingieri, é necessário que normas legitimem e regulem o mercado em razão da inseparabilidade, tanto lógica, como histórica, de ambos⁹³. Deste modo, normas que protegem o consumidor fazem-se essenciais.

Trata-se a proteção do consumidor de um direito fundamental de terceira dimensão. Na conceituação desta dimensão dos direitos fundamentais, relevante se faz verificar a análise elaborada por Ingo W. Sarlet⁹⁴:

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

Ricardo Henrique Weber⁹⁵ 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 se consistir em um direito de terceira dimensão, é considerado um direito defensivo. 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”⁹⁶.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 59.

⁹³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 507-508.

⁹⁴ SARLET, 2010, p. 48.

⁹⁵ WEBER, 2013, p.87.

⁹⁶ Ibid., p. 88.

O autor considera que o fato de haver a obrigatoriedade de defesa do direito do consumidor por meio da intervenção estatal gera uma prestação positiva da Administração Pública com o fim de efetivar a proteção daquele⁹⁷. Cita também certa relação com os direitos de primeira dimensão. Assim, o direito fundamental do consumidor, para Weber⁹⁸, 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 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 qual nela será alocado. Neste diapasão, necessárias as observações de Fernando R. Martins⁹⁹:

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 atropela 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.

Para Bruno Miragem¹⁰⁰, 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 Fernando Rodrigues Martins¹⁰¹ que: “[...] na ótica constitucional o direito do consumidor como direito

⁹⁷ Ibid., p. 88.

⁹⁸ WEBER, 2013, p. 90.

⁹⁹ MARTINS, 2011a, p. 175-176.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 111-132. v. 43. p. 131.

¹⁰¹ 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:

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, ainda, que este direito fundamental trabalha em dois vieses, quais sejam, a relação entre particulares e a necessidade de intervenção estatal. Tal afirmação se infere da conceituação de direito de proteção proposta Robert Alexy¹⁰² (entendido como parte integrante da categoria de direitos de prestação¹⁰³), segundo a qual o titular do direito fundamental 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 si¹⁰⁴.

Ainda, também aos deveres fundamentais se vinculam os fornecedores, Estado e consumidores. Para Konrad Hesse¹⁰⁵, os direitos fundamentais não podem existir sem os deveres. Os deveres fundamentais, nas palavras de Gregorio Martínez Peces-Barba¹⁰⁶, 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”.

Assim, Casalta Nabais¹⁰⁷ compreende que 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 de 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 omnipresente.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 215-257. v. 94. p. 222.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 450.

¹⁰³ MARTINS, 2011a, p. 176.

¹⁰⁴ ALEXY, 2008, p. 450-451.

¹⁰⁵ HESSE, 1991, p. 21.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ PECES-BARBA, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987, p. 336. Apud MARTINS, 2014, p. 229.

¹⁰⁷ 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.

Para o autor, 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 cláusula de dever de sua efetivação, tanto pelo Poder Público, quanto pelos fornecedores¹⁰⁸.

Diversos são os escopos do relacionamento entre os deveres fundamentais e a proteção do consumidor¹⁰⁹, pretendendo-se a análise da responsabilidade civil. Considerando-se que os deveres fundamentais são a origem dos deveres legais¹¹⁰, consubstanciados na legislação infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor disciplina, com base no dever de segurança (art. 8º ao 10), 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 fundamentais¹¹¹.

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. Ainda, o art. 150, §5º, da CF, impõe a necessidade de lei para determinar medidas para esclarecimento dos impostos que incidam sobre mercadorias e tributos (atualmente regulado pela Lei nº 12.741/2012).

Ademais, nos termos do Art. 175, II, da CF, cumpre à lei regular os direitos dos usuários, nas prestações de serviços públicos, seja de forma direta, seja em 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 Grau¹¹² ensina se tratar de um princípio constitucional impositivo, o qual cumpre dupla função, quais sejam, instrumento para

¹⁰⁸ NABAIS, 2007, p. 5.

¹⁰⁹ Cf. MARTINS, 2014, p. 246 et seq.

¹¹⁰ Cf. MARTINS, 2014, loc. cit.

¹¹¹ Ressalta-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.

¹¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 224.

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, criando um ramo específico para a proteção do consumidor.

Deste modo, o constituinte originário, ante todo o exposto e através do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (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 constitucional¹¹³; a origem do CDC possui, pois, uma base constitucional: “A opção por uma “codificação” das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembléia Nacional Constituinte”¹¹⁴.

A Lei nº 8.078, promulgada em de 11 de agosto de 1990, consolidou o Código de Defesa do Consumidor regulando as relações de consumo no Brasil. O fato de o CDC haver sido instituído por meio de uma lei ordinária levou a doutrina a questionar se este seria um código ou apenas uma lei. Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹¹⁵ esclarecem pela adoção da codificação, em decorrência da melhor proteção que a unificação de um código implanta, se comparada a um modelo privado ou leis esparsas. Buscou-se concentrar em torno de uma única lei o regramento geral das relações de consumo.

Neste diapasão, o constituinte originário determinou a criação de um microssistema de proteção dos consumidores, o qual possui natureza de uma “[...] lei que procura regular, tanto quanto possível, *completamente* a matéria de que se ocupa”¹¹⁶. Trata-se de um ramo estruturado de acordo como valores e princípios específicos, 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 outros¹¹⁷.

¹¹³ MIRAGEM, 2013, p. 57.

¹¹⁴ GRINOVER; BENJAMIN, 2004, p. 8.

¹¹⁵ GRINOVER; BENJAMIN, 2004, loc. cit.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). Direito do Consumidor: **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-254. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1). p. 167.

¹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). Direito do Consumidor: **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011a. p. 163-254. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1). p. 167. 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

O CDC nasceu, pois, com o objetivo de regular o relacionamento entre consumidor e fornecedor, almejando o reequilíbrio nesta relação, resguardando o vulnerável dos desmandos e abusos do poderio possuído pelo fornecedor por meio da queda da dicotomia entre público e privado em razão de conter regras de direito civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo. A justificativa encontra-se nas palavras de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem¹¹⁸:

A presunção aqui é de desigualdade (material, formal, econômica e informativo) 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 corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/1988).

A imperatividade das normas deste *Codex* intentam proteger o consumidor, extirpando o desequilíbrio constante no mercado, 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 de consumo.

Todavia, apesar da relevância que todo o microssistema consumerista, permeado pelo direito constitucional e pelo enfraquecimento da dicotomia público/privado, 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 Lorenzetti¹¹⁹, 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 otro de mejor calidad 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 un tiempo se descubre un nuevo efecto adverso que causa el daño: ¿es imputable al elaborador que no lo conocía?

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”.

¹¹⁸ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 120.

¹¹⁹ LORENZETTI, 2009, p. 540-541.

Perquirições idênticas podem ser levantadas no Brasil em razão da legislação pátria que, assim como a argentina¹²⁰, 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, no que se inclui o tema ora em discussão.

2.4 A relação jurídica consumerista: elementos suportes para a compreensão da responsabilidade civil do fornecedor

O sujeito pós-moderno *consumidor*, conforme anteriormente verificado, é uma personagem que possui a necessidade 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 sua 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 da relação jurídica de consumo e quais seus elementos, com o fim de determinar a incidência das normas do microsistema consumerista e, assim, verificar a normatização dos riscos do desenvolvimento.

O corpo de legisladores do CDC optou por não definir, no bojo do código, o que seria relação jurídica de consumo, definindo-a por meio da delimitação de seus elementos, metodologia que se entende apropriada. Nelson Nery Junior¹²¹ explica que as relações de

¹²⁰ MÁRQUES, José Fernando; ESPANES, Luis Moisset. Riesgos de Desarrollo. In: **Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Tomo II.** Lima, Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia/Downloads/RiesgosdedesarrolloHomenajeaTrazegnies%20(3).pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014. p. 13.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. 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. p. 506.

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)¹²².

Ensina Bruno Miragem que o CDC escolheu definir os sujeito e objetos dessa relação, acrescentando que estes conceitos “[...] são considerados conceitos relacionais e dependentes”¹²³. Neste diapasão, impossível existir um consumidor sem que exista um fornecedor e, ainda, um produto ou serviço. Complementa informando que os conceitos:

[...] 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.¹²⁴⁻¹²⁵

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 (adquirir) 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 na compreensão da locução “destinatário final”, às devidos várias interpretações que o termo comporta, razão pela qual cumpre investigar qual, dentre as teorias existentes, deve ser utilizada¹²⁶.

¹²² No mesmo sentido: ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). Direito do Consumidor: **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1031-1053. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

¹²³ MIRAGEM, 2013, p.136.

¹²⁴ Ibid., p.136.

¹²⁵ Cf. 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. 43.

¹²⁶ PAQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). Direito do Consumidor: **Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 901-934. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1). p. 903. 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 a 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, torna-la inócua, fazendo tábua rasa da diferença introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor. Estes foram chamados finalistas”.

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 produto ou serviço, sem que haja qualquer preocupação em que finalidade serão empregados ou haja a necessidade de que sejam retirados do mercado. O consumidor é o destinatário fático do produto ou serviço, incluindo-se, inclusive, os profissionais que os utilizam como insumo.

Thierry Bourgoignie¹²⁷ denomina esta teoria 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 para que todos a normatização destinada ao consumidor seja aplicável.

Nessa concepção, 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, a se utilizarem 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 microssistema consumerista, ante seu objetivo precípua de proteger o consumidor devido à sua vulnerabilidade perante o fornecedor, conta com normas mais benéficas que as disciplinadas no Código Civil (CC). 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 das vantagens disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Além do mais, 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 Maximalista em território brasileiro.

A Teoria Finalista, a 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.

¹²⁷ BOURGOIGNIE, 1994, p. 32-34.

Ricardo Luis Lorenzetti¹²⁸ 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.

No Brasil, a presente teoria objetiva a 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 Marques¹²⁹, representante da Teoria Finalista no país, assim expõe:

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, leva-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 ente iguais e o CDC se debruça sobre a vulnerabilidade, disciplinando relação entre agentes em condições diferenciadas. Todavia, há casos fáticos nos quais alguns agentes, mesmo que adquirindo produtos ou serviços com o fim de lucro, isto é, como insumo, estão eivados de vulnerabilidade, e com a incidência do CDC comprometida, acabam por sofrer abusos.

Portanto, ambas as doutrinas encontram pros e contras, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) debruçou-se sobre o assunto, mantendo-o em discussão por 14 anos¹³⁰. 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 suavizado, chamada de teoria do Finalismo Aprofundado (ou Mitigado ou Atenuado).

¹²⁸ LORENZETTI, 2009, p. 97.

¹²⁹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 71.

¹³⁰ Ibid., p. 72.

Tal teoria consiste do entendimento do STJ 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, fornecedores adquirentes de um produto ou serviço poderão ser equiparados à condição de consumidor - as pequenas e médias empresas e empreendedores individuais são o grande foco da presente vertente. Claudia Lima Marques¹³¹ 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 “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 Bourgoignie¹³² aponta uma sistemática similar, ensinando que algumas legislações têm concedido a 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 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 empresa¹³³. Ressalta-se que o Brasil apresenta solução um tanto quanto diferente, havendo a possibilidade de consideração do profissional como consumidor¹³⁴.

Ainda, a concepção de consumidor comporta dupla classificação: consumidor padrão e consumidor por equiparação. O primeiro, também conhecido como consumidor *standard* ou

¹³¹ 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, 2010a. p.105-155. p. 197-198.

¹³² BOURGOIGNIE, 1994, p. 38-39.

¹³³ Ibid., p. 40.

¹³⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.195.642/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª T. Publicado no DJe 21-11-2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/relatorio-e-voto-22829801>. Acesso em: 30 de jul. 2014.

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 Marco Antonio Zanellato¹³⁵, compreendeu que apenas o conceito de consumidor *stricto sensu* não seria suficiente para que o CDC garantisse todas as situações que violação 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 de mercado. Três são as categorias pelas quais, de alguma forma, o CDC é chamado a 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 que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço sem fim de lucro, isto é, o destinatário final fático e econômico, salvo quando aquele que adquire com o objetivo profissional (insumo) o fizer em caráter de vulnerabilidade, incluindo-se 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 Filomeno¹³⁶, fornecedores “[...] são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores [...]”. Dessarte, sobressai a grande amplitude do conceito, tanto no viés das pessoas que atuam, quanto nos objetos oferecidos – produtos e serviço.

¹³⁵ ZANELATO, 2011, p. 1032.

¹³⁶ FILOMENO, 2004, p. 43.

Não há qualquer 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 estrangeira a pessoa jurídica ou física, será considerada fornecedora nos termos da lei 8.078/90.

A habitualidade é requisito fundamental para que a pessoa, física ou jurídica, seja caracterizada como fornecedora. Todavia, parte da doutrina entende pela possibilidade de que uma pessoa física, mesmo que exerça atividade de forma eventual, seja considerada fornecedora¹³⁷. No que tange à pessoa física, também, incluem-se na categoria de fornecedores 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 organizadas.

A pessoa jurídica fornecedora carece de algumas considerações. Primeiramente, lembra Roberto Senise Lisboa¹³⁸ 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 fornecedora¹³⁹.

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 da relação de consumo¹⁴⁰.

Compreende-se, por fim, a desnecessidade de profissionalismo para que uma pessoa seja considerada como fornecedora. A mera habitualidade, ou eventualidade seguida de lucro,

¹³⁷ NUNES, 2012, p. 138.

¹³⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 p. 130-131.

¹³⁹ LISBOA, 2001, loc. cit.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão RESP 519310/SP - 2003/0058088-5. Publicado no DJ de 24-05-2004. PG:00262. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data da Decisão 20-04-2004. Órgão Julgador: Terceira Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=468454&num_registro=200300580885&data=20040524&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2014.

são suficientes para tornar a relação entre aquele que disponibiliza produto ou serviço fornecedor e aquele que adquire abarcada pelo CDC¹⁴¹.

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 dos bens de natureza material, como também imaterial, tanto móveis quanto imóveis.

Grande importância possui a diferenciação entre bem durável e não durável, em razão da relevância que possuem na legislação de defesa do consumidor. O primeiro consiste em algo que pode ser utilizado por diversas vezes sem que se perca, enquanto que bens não duráveis se esgotam com o uso.

Cumpramos analisar os ensinamentos de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁴², 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 los inmuebles, que normalmente no sufre elaboración. Esta última categoría, que normalmente es regulada por el derecho común, ingresa al derecho del consumo por un 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 un proveedor típico¹⁴³.

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.

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

¹⁴¹ Em sentido contrário: BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) **Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1011-1030. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1). p. 1022.

¹⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. La relación de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b. p. 1265-1294. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1). p. 1283.

¹⁴³ LORENZETTI, 2011b, loc. cit.

atividades 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 consumidor¹⁴⁴.

No que tange ao risco do desenvolvimento, a presente análise fez-se necessária para que houvesse a correta compreensão da relação de consumo que toca a problemática. Discute-se se o fornecedor será responsabilizado pelos riscos do desenvolvimento ou se será o consumidor que arcará com os custos. Por fim, compreende-se haver a possibilidade de defeitos incognoscível no momento de colocação no mercado tanto de produtos como de serviços, delimitando-se, todavia, o estudo apenas dos riscos do desenvolvimento referentes aos produtos.

¹⁴⁴ LISBOA, 2001, p. 176.

3 OS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS PECULIARIDADES DO MICROSSISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

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

3.1 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 representa a mudança de comportamentos ao longo da história da humanidade.

O instituto aflorou-se, inicialmente, como resposta aos atos antijurídicos, os quais são a fonte geradora da responsabilidade civil e, assim sendo, é a premência de reparar o dano que move o estudo e desenvolvimento da responsabilidade. 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 bandos 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 humanidade.

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 -a resposta do mal pelo mal apenas se individualizou. Caroline Vaz¹⁴⁵ lembra que houve modificação 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

¹⁴⁵ 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, p. 26.

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 principal regra 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 foi, 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 Talião. 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. Além disso, não havia uma diferenciação definida para as concepções de indenização, compensação, ressarcimento.

Contudo, lembra Menezes Cordeiro¹⁴⁶ que a Lei das XII Tábuas 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 tange ao direito Romano, ainda, grande evolução no caminhar para a concepção de responsabilidade civil atualmente utilizada foi notada. Primeiramente, é em Roma que surge a distinção entre pena e reparação – aquela passou a ser utilizada nos delitos públicos, e a reparação, por seu turno, destinada aos conflitos privados. O Estado chamou para si função de punir e a responsabilidade civil tomou corpo através da ação de indenização. Assim, responsabilidade civil e penal, deste modo, já encontravam-se dissociadas.

A *Lex Aquilia Damno*, plebiscito realizado em Roma, provavelmente no século III a. C., foi responsável pela introdução da ideia de culpa como pressuposto da responsabilidade. No regime da referida lei, “[...] é 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”¹⁴⁷.

Ademais, a *Lex Aquilia Damno* 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 reparação.

¹⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. tomo 3. p. 293 -294.

¹⁴⁷ CRETELLA JUNIOR, 2007, p. 219.

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 ligou-se à ideia de pecado, e as leis do homem e divinas se confundiam. Culpa e o dolo e, portanto, a responsabilidade subjetiva, ganharam maior ênfase. A primeira ligava-se à responsabilidade civil enquanto o dolo era relacionado aos crimes¹⁴⁸.

Modernamente, a reponsabilidade civil iniciou sua história a partir das grandes codificações europeias. Tratava-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 códigos.

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, caracterizou mudança da ordem econômica dominada pela manufatura, introduzindo lógica da indústria mecânica. O advento das máquinas resultou 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 escopo 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.

¹⁴⁸ Cf. CORDEIRO, 2010, p. 308.

Por conseguinte, é a partir da Revolução Industrial que ocorreu 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 tomou corpo.

O Código Civil Alemão de 1900 (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 riscos¹⁴⁹.

O risco toma o lugar da culpa, e a responsabilidade transfere-se de subjetiva para objetiva. De acordo com Louis Josserand¹⁵⁰, nesta nova concepção, quem cria o risco deve suportar suas consequências. Acrescenta o autor que: “Qui casse les verre les paye [...]”¹⁵¹.

A insegurança jurídica vivenciada pelas vítimas de danos durante a vigência apenas da teoria da responsabilidade subjetiva é suprida por sua objetivação. Todo o risco criado deve ser garantido com vistas à proteção da pessoa humana – todo ou qualquer dano deve possuir um responsável.

Outrossim, o instituto da responsabilidade civil não deixou de se manter em progresso. A ausência de separação entre responsabilidade civil e penal precedeu à desvinculação de ambas e, após largo espaço de tempo, a culpa foi considerada como centro o 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 conceito com profunda relação aos desígnios sociais – a partir de uma modificação da realidade humana que demande resposta legal no campo da responsabilidade civil, vê-se necessidade de sua evolução.

A realidade mundial transformou-se na última metade do século XX e início do século XXI. Atualmente, a sociedade encontra profunda alteração em suas perspectivas de vida, objetivos e organização. As circunstâncias observadas na Revolução Industrial (modernidade pesada de Bauman¹⁵²), isto é, uma sociedade estática, baseada em produtores, grandes indústrias, acumulação, Estado nacionais, é substituída por outra dinâmica.

¹⁴⁹ CORDEIRO, 2010, p. 333.

¹⁵⁰ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-555, abr. 1941, p. 60.

¹⁵¹ Ibid., loc. cit.

¹⁵² BAUMAN, 2001, p. 132 et seq.

Na Modernidade Líquida¹⁵³, 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 movimentam-se e aproximam-se do momentâneo é que possuem o controle do poder nessa nova organização mundial. A necessidade que tudo seja rápido e fluido encontra um 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 riscos criados pelo homem, como medicamentos prejudiciais à saúde, agrotóxicos, a internet e seus crimes e exposições da pessoa humana. A coletividade convive, 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, ampliou-se 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: 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 social¹⁵⁴.

Ainda, 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 Ancona¹⁵⁵, ao mencionar o caso de

¹⁵³ BAUMAN, 2001, p. 132 et seq.

¹⁵⁴ LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.3-13. p. 11.

¹⁵⁵ LOPEZ, 2013, p. 10.

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 Lopez¹⁵⁶ que o risco zero não existe – “[...] a única certeza na sociedade é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados”¹⁵⁷. 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.

Objetiva-se não esgotar os avanços da responsabilidade civil, mas apresentar suas modificações mais importante na atualidade. Assim, cumpre 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 consiste no alto consumo mundial; o desenvolvimento e introdução de bens no mercado é a principal característica mercadológica do capitalismo pós-moderno - é constante a renovação do oferecido aos consumidores. Parte desta renovação apresenta-se como benéfica, uma vez que, sem a constante renovação tecnológica atual seriam impossíveis as curas de diversas doenças, o avanço 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 abundante 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, por meio do uso do produto pela população, ou evolução do estado da arte, constata-se defeito prejudicial antes impossível de verificação. Utiliza-se a conceituação de Tereza Ancona Lopez¹⁵⁸ 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

¹⁵⁶ Ibid., p. 5.

¹⁵⁷ LOPEZ, 2010, p. 31. Neste livro, a autora 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”.

¹⁵⁸ Ibid., p. 189.

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 desenvolvimento é a impossibilidade de perceber a existência do defeito.

Cita-se, a título exemplificativo, o caso do medicamento Talidomida (Amida Nftálica do Ácido Glutâmico). Este medicamento foi criado na Alemanha, em 1954, inicialmente como sedativo e era ministrado às grávidas para eliminar 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.)¹⁵⁹ 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 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.

Assim, no momento de introdução da droga no mercado, o estado da técnica não conseguiu constatar que um remédio para enjoo pudesse causar tantas deformidades nos fetos, defeito este identificado apenas a partir de seu uso pela população. Cumpre 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 (British Broadcasting Corporation) Brasil¹⁶⁰ 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, que se conclui ser de fácil controle, mas que continua causando vítimas.

O foco central deste exemplo está direcionado aos danos causados aos bebês vitimados pela Síndrome da Talidomida, efetivos danos causados pelo risco do desenvolvimento: a quem pertenciam a responsabilidade sobre as lesões causadas? Ao laboratório distribuidor do

¹⁵⁹ O QUE É TALIDOMIDA. Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida – ABPST. Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁶⁰ 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.

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

O 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), por meio das Leis nº 7070/82 e 8686/93. Todavia, trata-se de um caso especial no qual a Administração Pública trouxe para si a responsabilidade de manter as pessoas lesadas. Questiona-se: o que ocorre com os lesionados por outro problema causado em condições análogas? 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 eles obrigados a suportar, sozinhos, tal ônus? Lidia Maria Rosa Garrido Cordobera¹⁶¹ é clara ao questionar a questão:

[...] 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 posteriores 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.

3.2 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 afínco: 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

¹⁶¹ CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: JORNADAS EN HOMENAJE A A. ALTERINI, Rosário, UNR, 12 de noviembre de 2013. 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=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_RIP53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY>. Acesso: 27 dez. 2014. p. 1.

marcado pelo “[...] triunfo do individualismo, da explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular [...]”¹⁶²; 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:

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.¹⁶³

As Constituições, no Estado liberal, não tocavam o direito privado, constituindo textos de limitação da interferência do Estatal na esfera do indivíduo e sem considerar os interesses sociais da população¹⁶⁴.

O século XX presenciou a modificação do paradigma individual para a ideia do Estado Social de Direito. Adicionou-se a tutela dos indivíduos para além de seu patrimônio, incluindo-se a proteção ao trabalho, à educação, à cultura, à saúde, à seguridade social. 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.

A datar do final da Segunda Guerra Mundial importantes alterações em todo o planeta tomaram corpo. Juridicamente, o positivismo jurídico¹⁶⁵, como conhecido até a metade do século XX, entrou em crise; a segurança jurídica que justificou o sistema jurídico nazista induziu à necessidade de repensar os direitos do homem e como encará-los; houve a revisão da valorização excessiva do formalismo e da lógica meramente dedutiva.

É, eminentemente, a partir desse momento que há 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 Radbruch¹⁶⁶, 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 um estado de derecho que satisfaga em lo posible ambos pensamientos. La democracia es por cierto

¹⁶² MORAES, 2010, p. 237.

¹⁶³ Ibid., p. 24.

¹⁶⁴ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁶⁶ RADBRUCH, 1962, p. 51-52.

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, ocorreu a superação do positivismo jurídico, iniciando-se um movimento de constitucionalização dos direitos humanos e princípios com fulcro à preservação da dignidade humana. Deu-se início ao hoje denominado neoconstitucionalismo.

Trata-se de uma nova maneira de abordar a ideia de Constituição, por meio da revalorização do direito constitucional – há o movimento de difusão e positivação dos 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”¹⁶⁷.

Ao colocar os direitos fundamentais como vinculantes da decisão da maioria, esse sistema torna-se o último critério de validade do ordenamento como um todo¹⁶⁸. Assim, “[...] o neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais¹⁶⁹”. Considera-se o neoconstitucionalismo como:

[...] 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 depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade, através de um órgão especializado, normalmente o Tribunal Constitucional.¹⁷⁰

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 críticas¹⁷¹ contra sua caracterização, compreende-se, sua importância para a atual conjuntura do Estado Democrático Brasileiro, logo, por sua existência.

¹⁶⁷ DEMARCHI, Clovis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Da Constituição Ao Neoconstitucionalismo. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. **Anais ...** Fortaleza, 2010, p. 5668- 5687. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4244.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2014. p. 5679.

¹⁶⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2001, p. 26.

¹⁶⁹ Ibid., p. 29.

¹⁷⁰ DEMARCHI; CADEMARTORI, op. cit., p. 5680.

¹⁷¹ Para posição contrária, conferir: BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

Com o advento do Golpe Militar de 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 constitucionalização dos direitos humanos, o Brasil permaneceu 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 precípuo 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, apresentou-se como ruptura 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.¹⁷²

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 em razão de o legislador constituinte de 1987/1988 haver instituído como fundamentos¹⁷³ e objetivos¹⁷⁴ fundamentais a proteção da soberania estatal, a prevalência da dignidade da pessoa humana, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2006, p. 455.

¹⁷³ Os fundamentos da República Federativa do Brasil estão dispostos nos incisos do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁴ Os objetivos da República Federativa do Brasil estão dispostos nos incisos do art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, o compromisso ideológico e normativo trazido pela Constituição Federal de 1988 demonstrou o espírito do legislador constituinte em 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 de 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, reconheceu a força normativa da Constituição quanto aos direitos fundamentais¹⁷⁵, trazendo, assim, imperatividade às normas constitucionais de proteção da pessoa.

Neste contexto pós-positivista, os valores mais caros à sociedade encontram guarida constitucional na forma de princípios. Assim, não mais se solucionam os casos concretos por meio da subsunção do fato às regras, mas utilizando-se do sopesamento dos princípios jurídicos¹⁷⁶. Deste modo, 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”¹⁷⁷.

O efeito desta alteração hermenêutica encontra-se na constitucionalização do direito civil, isto é, o direito civil encontra sua fundamentação na Constituição Federal. O termo pode

¹⁷⁵ Art. 5º, § 1º, CF: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁷⁶ ALEXY, 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”.

¹⁷⁷ PERLINGIERI, 2008, p. 573.

ser definido como a elevação dos princípios civis ao plano constitucional, o que passa a condicionar os indivíduos, tribunais, legislação infraconstitucional¹⁷⁸. Para Flávio Tartuce¹⁷⁹:

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, por meio da qual compreende-se 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 Lôbo¹⁸⁰ 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 impulsionaram intensa transformação de conteúdo e fins”. A responsabilidade civil inclui-se na ideia de obrigações¹⁸¹, 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 Moraes¹⁸²⁻¹⁸³ fundamenta a responsabilidade objetiva no princípio constitucional da solidariedade social. O foco da responsabilidade deixa a punição do agressor para se voltar à preocupação com a vítima, seja por meio da precaução e prevenção,

¹⁷⁸ LÔBO, 2005, p. 3.

¹⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 122.

¹⁸⁰ LÔBO, 2005, p. 3.

¹⁸¹ Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

¹⁸² MORAES, 2010, p. 400.

¹⁸³ MORAES, 2010, *passim*. Compreende pela impossibilidade de justificar responsabilidade subjetiva e objetiva conjuntamente. Ao presente trabalho interessa apenas a segunda.

seja no momento reparatório. Adalberto Pasqualotto¹⁸⁴ 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 resultados maléficos dos riscos enfrentados na 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 etc¹⁸⁵.

Deste modo, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁸⁶ 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.

Salienta-se que Léon Bourgeois¹⁸⁷, 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 todo, viola-se a justiça (para Daniel Ustárrroz¹⁸⁸, Bourgeois liga-se à segunda hipótese), adotando-se, ora, a segunda tese; assim, trata-se da ideia

¹⁸⁴ 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. 78.

¹⁸⁵ MORAES, 2010, p. 404.

¹⁸⁶ LÔBO, 2005, p. 14.

¹⁸⁷ O autor parte da noção biológica para desenvolver sua teoria.

¹⁸⁸ BOURGEOIS, Léon. L'idée solidarité et ses conséquences. In: BOURGEOIS, Léon. *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*. 2. Ed. Paris: Félix Alcan, 1907. Apud USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

de um *quasi contrat social* (quase contrato social)¹⁸⁹. Motiva-se a associação a este quase contrato social em razão da:

[...] 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 naturais¹⁹⁰.

Encontra-se na era em que estre *quase 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 a ideia de mutualização destas vantagens e riscos, abandonando-se a responsabilidade 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 naturais; 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 indivíduos¹⁹¹. 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, a ser discutido no tópico 4.3.

É essencial o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como outro 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 ética¹⁹²⁻¹⁹³.

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

A dignidade da pessoa humana, como viga mestra do ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁴, infiltra-se no direito civil, completando-o com seu conteúdo axiológico. A responsabilidade

¹⁸⁹ BOURGEOIS apud USTÁRROZ, 2014, passim.

¹⁹⁰ BOURGEOIS apud USTÁRROZ, 2014, p. 30.

¹⁹¹ BOURGEOIS apud USTÁRROZ, 2014, passim.

¹⁹² AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

¹⁹³ Conceituação de dignidade da pessoa humana consta no item 2.2.

¹⁹⁴ AGUIAR, Marcelo Souza. A dignidade e a constituição cidadã de 1988. In: POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza. (Coords.). **Ensaio sobre filosofia do direito**: Dignidade da pessoa humana,

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 patrimônio¹⁹⁵, que se tem a responsabilidade civil fundada na dignidade humana.

A responsabilidade civil, deste modo, 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”¹⁹⁶.

O contexto, no qual a discussão da dignidade humana deve ser contextualizada, caracteriza-se pela sociedade de risco, por meio de uma mudança de paradigma na pós-modernidade, em que se altera 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 abrirem 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 intersubjetivas¹⁹⁷.

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 por meio da prevenção e precaução dos riscos enfrentados pela sociedade pós-moderna, seja se utilizando da reparação dos danos que acometem a população, a responsabilidade civil possui, como função precípua, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

A análise dos defeitos do desenvolvimento, com fulcro a atingir resposta à ausência de definição enfrentada pelo ordenamento brasileiro, jamais poderá distanciar-se do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como do princípio da solidariedade, visto que ambos embasam a responsabilidade civil, de modo geral, encontrando essencialidade no microssistema de proteção do consumidor.

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”.

¹⁹⁵ SOARES, Renzo Gama. **Responsabilidade Civil Objetiva**: Pressuposto e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

¹⁹⁶ MORAES, 2009, p. 24.

¹⁹⁷ MORAES, 2010, p. 322.

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

A responsabilidade civil é de grande relevância uma vez que é responsável por preservar o princípio do *neminem laedere*. Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁹⁸ entende que, cuidando do instituto de maneira mais ampla, trata-se de instituir “[...] mecanismos de garantia da indetidade da pessoa humana, preservando-lhe a existência dignidade, afinal valor básico do ordenamento, no Brasil elevado a princípio fundamental da República”.

Louis Josserand¹⁹⁹ 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 tempos²⁰⁰. As modificações vivenciadas, principalmente, a partir da revolução industrial, com a presença massiva das máquinas, meios de transporte diferenciados, 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, uma 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

¹⁹⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção professor Agostinho Alvim). p. 22.

¹⁹⁹ JOSSERAND, 1941, p. 52.

²⁰⁰ Ibid., loc. cit.

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 lesões (prevenção geral), principalmente advindas do próprio lesante (prevenção específica)²⁰¹. 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 Martins²⁰², 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 nº 169 (“princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”)²⁰³.

Essa guinada no dever de boa-fé objetiva, outrora pertencente apenas ao lesante, demonstra que a responsabilidade civil continua sua evolução com fulcro voltado,

²⁰¹ CF.NORONHA, 2010, p. 460.

²⁰² MARTINS, Fernando Rodrigues. Função ética da responsabilidade civil e o dever da vítima em mitigar a perda. São Paulo: 04 jul. 2011, **Jornal Carta Forense**. 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.

²⁰³ ENUNCIADO 169. In: AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Coord.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 38. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 20 set. 2014.

preferencialmente, 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 por meio da pulverização do prejuízo no mercado consumidor.

No que tange ao risco do desenvolvimento, inquietação existe acerca das funções, havendo certeza apenas quando se firmar a direção a ser tomada em *terra brasilis*. A se 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 dentre as diversas 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 (*lato sensu*), dano e nexo causal. Por muito tempo a doutrina foi fiel a esta aceção, embora os estudiosos tenham assimilado novas concepções. Fernando Noronha²⁰⁴ 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 ora adotada.

O fato antijurídico 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 qualquer excludente de ilicitude, que afastaria a responsabilidade civil do agente.

²⁰⁴ NORONHA, 2010.

Compreende-se que, na sistemática do Código Civil Brasileiro de 1916, predominava, salvo exceções, a responsabilidade subjetiva, razão pela qual os fatos antijurídicos comumente eram fatos humanos culposos (art. 159). O novo Código Civil, por seu turno, modificou esta realidade, introduzindo, também, 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 outrem.

Consequentemente, a introdução da cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil 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 Altheim²⁰⁵:

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 responsabilidade 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 subjetiva.

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 Sanseverino²⁰⁶, 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

²⁰⁵ ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. 2006. 191 f. Dissertação (mestrado em direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2006, p. 96.

²⁰⁶ SANSEVERINO, 2002, p. 107.

pressuposto “ato antijurídico” encontra-se, de forma implícita, no fato gerador da responsabilidade civil consumeristas, baseada na teoria do risco.

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 à 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 deve recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales – una sanción patrimonial”²⁰⁷. 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 que se ter violação a um interesse jurídico tutelado, haja vista que o ordenamento jurídico apenas cuida daquilo que lhe é objeto. O dano também deve ser certo – não se 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 constitui-se 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 dano origina-se a partir de fato antijurídico, e isto tornará a lesão antijurídica (elemento a ser analisado, as sequências)²⁰⁸. Assim, só há a proteção do bem 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”²⁰⁹. 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

²⁰⁷ ALTERINI, Atilio Anibal. **Responsabilidade civil**: Limites de la reparacion civil. Contornos actuales de la responsabilidade civil. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p.123.

²⁰⁸ NORONHA, 2010, p. 580.

²⁰⁹ ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 159.

estéticos, que agredem 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 consequências dessa informação”²¹⁰.

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 pátria²¹¹.

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*²¹², a seu turno, relaciona o dano ao fato gerador. Por meio deste pressuposto, determina-se quais as lesões são consequências do evento. Busca-se, aqui, compreender qual fato deu origem aos efeitos danosos; permite o nexos causal que o fornecedor de produtos seja responsabilizado por danos ao consumidor. Embora pareça ser tarefa aparentemente simples, definir a causalidade de um evento encontra percalços ao longo do estudo ante a variedade de teorias que se passa a analisar em razão de haver situações complexas

²¹⁰ 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**. São Paulo: Método, 2006. p. 85-124. (Série Grandes Temas de Direito Privado; v. 5). p. 95-96.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Brasília. REsp 876.448/RJ. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Publicado no DJe 21-09-2010. Órgão julgador: Terceira Turma. 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.

²¹² Parte da doutrina entende que os riscos do desenvolvimento relacionam-se ao nexos causal, contudo, no presente trabalho será utilizada sua relação com o nexos de imputação.

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 apresenta maior eficácia para causação do evento vincula-o ao responsável. Menezes Cordeiro²¹³ 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.

O problema em aplicar a teoria da causa eficiente fez surgir uma tentativa de adaptação: teoria da causa 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”²¹⁴ - esta pesquisa é elaborada de maneira abstrata. A desproporcionalidade que atinge alguns indivíduos acabou por tornar esta teoria não aplicável.

Pablo Malheiros da Cunha Frota²¹⁵ 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 teoria, 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 razoabilidade²¹⁶.

²¹³ CORDEIRO, 2010, p. 533-534.

²¹⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por Danos**. Curitiba: UFPR, 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2013. p.69.

²¹⁵ Ibid., p. 69-70.

²¹⁶ Ibid., loc. cit.

Na teoria da causalidade adequada, teoria da regularidade ou teoria subjetiva da causalidade, não se consideram 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, será aquela que melhor relaciona-se com o resultado lesivo.

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 daquela. 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 Alsina²¹⁷, 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 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 direito 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 necesariedade, admite-se o rompimento do nexo quando ocorre um fato natural que seja a causa necessária do dano²¹⁸. 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 nexo por meio do confronto entre norma e a realidade. Neil Foster ²¹⁹ensina 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”.

²¹⁷ FROTA, 2013, p. 271.

²¹⁸ Ibid., p. 82.

²¹⁹ FOSTER, Neil. **The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty**. In: SYDNEY LAW REVIEW. Sidney, 2011, v. 33:67. Disponível em: <http://sydney.edu.au/law/slr/slr_33/slr33_1/Foster.pdf>. Acesso em 19 nov. 2014, p. 68

A partir da teoria da causalidade específica e da condição perigosa²²⁰, 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 a qual teoria este filia-se. Paulo de Tarso V. Sanseverino²²¹ apresenta o nexo causal como pressuposto da responsabilidade civil (elemento indispensável) e como medida para obrigação de indenizar (limite para os danos indenizáveis).

Acrescenta o Ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça) 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 primeira²²². 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 nexo causal nem sempre é fácil, pois, frequentemente, 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 técnicas²²³.

Passando-se às principais teorias relacionadas à pluralidade de causadores do dano, apresentam-se duas teorias. A primeira concerne sobre a concausalidade –quando o dano não ocorre senão por uma concatenação de causas. A responsabilidade entre todos os agentes é, nesta, solidária.

Com objetivo de 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 CC.

²²⁰ Cf. 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.

²²¹ SANSEVERINO, 2002, p. 235-236.

²²² Ibid., p. 244-245.

²²³ Ibid., loc. cit.

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”²²⁴. 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 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, no CDC, 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 causalidade²²⁵. 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. Fernando Noronha²²⁶ entende pela necessidade de visualização da teoria do escopo da norma violada (Teoria da Relatividade Aquiliana), a qual, nos ensinamentos de Gisela Sampaio da Cruz²²⁷, baseia-se no fato de não ser possível encontrar

²²⁴ SANSEVERINO, 2002, p. 250.

²²⁵ NORONHA, 2010, p. 501.

²²⁶ Ibid., loc. cit.

²²⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Aduz que 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”.

um critério único para se constatar o nexo causal 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”²²⁸.

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 Altheim²²⁹ entende que este pressuposto encontra-se jungido com o nexo de imputação. Contudo, compreende-se pela separação de ambos em razão de este indicar dentre os danos, qual liga-se ao escopo da norma jurídica, enquanto que o nexo 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 observado 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 Noronha²³⁰:

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 Gherzi²³¹ como uma situação em que um sujeito de direito tem a reponsabilidade de avocar para si a reparação de um dano.

²²⁸ CRUZ, 2005, p. 87.

²²⁹ ALTHEIM, 2006, p. 128.

²³⁰ NORONHA, 2010, p. 496.

²³¹ GHERSI, Carlos A. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Astrea, 1997, p.87. apud ALTHEIM, 2006,p. 128.

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

Para Alvino Lima²³², a culpa divide-se 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*), entendida como um mero erro no comportamento do agente, um desvio, por ação ou omissão, daquilo que é considerado a normalidade.

Flávio Tartuce²³³ 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”²³⁴.

Neste diapasão, conclui-se que a responsabilidade subjetiva é a ação ou omissão de um agente que, calcada, minimamente, na necessidade de existência de culpa, 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 que fosse comprovada a culpa do agente – sem culpa, sem imputação. Para Glenda Gonçalves Gondim²³⁵, 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.

²³² LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovidio Rocha Sandoval. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

²³³ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 65.

²³⁴ Ibid., p. 65.

²³⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba: UFPR, 201. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2010, p. 8.

Ainda, esse momento histórico gerou uma padronização dos contratos e a consequente desigualdade entre fornecedores e consumidores. Portanto, “Or cela souligne fortement la necessite d’une protection spécifique des consommateurs contre les risques que créent pour cette situation d’infériorité”²³⁶.

Ademais, as vítimas dos novos eventos danosos 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, imputada à vítima do dano, constituiu-se em verdadeira *probatio diabólica*²³⁷, praticamente impedindo a reparação da lesão.

No entendimento de Ney Stany Morais Maranhão²³⁸, a responsabilidade civil vem ganhando novos 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 por 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 também, 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 da produção e

²³⁶ VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité**. 3. ed., Paris: L.G.D.J, 2008, p. 27.

²³⁷ Cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 150.

²³⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, p. 174-177.

do desenvolvimento, nos quais se inclui a tecnologia, que tornam mais vulneráveis as pessoas, possíveis vítimas²³⁹.

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 doutrina²⁴⁰. A presunção de culpa em desfavor do lesante passa a existir, isto é, “[...] a simples existência do dano, por si só, já era uma demonstração da culpa do ofensor”²⁴¹ – fato que mitigou o ônus *probandi* da vítima.

Igualmente, 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 Dias²⁴² 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, quase definitivo em sua aplicação pelos magistrados; cumpre ressaltar, contudo, que a culpa ainda é elemento indispensável à configuração da responsabilidade civil do lesante²⁴³. Transformar a culpa contratual em extracontratual com o fim de transferir o ônus da prova ao causador do dano alivia a pesada carga que repousava sobre os ombros das vítimas. Além disto, 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 Civil consagraram, em seu texto, a responsabilidade objetiva²⁴⁴.

²³⁹ CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. p. 583-606. (Série grandes Temas de Direito Privado; v. 5), p. 588.

²⁴⁰ MARANHÃO, 2010, p. 181.

²⁴¹ Ibid., p. 182.

²⁴² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960. v.1. p.107.

²⁴³ MARANHÃO, op. cit., p. 183.

²⁴⁴ CALIXTO, 2008, p. 156.

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.

No que tange ao Brasil, a estrutura 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 época²⁴⁵, mantendo-o como regra no direito brasileiro por quase todo o século XX.

Somente em 2002, é que o sistema de direito civil ganha uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (art. 927, do CC). Entrementes, o ordenamento brasileiro não deixou de apresentar avanços. Alguns textos 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 1990, 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. Raymond Saleilles e Louis 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 marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateiam fogo à floresta 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 jurídico²⁴⁶.

²⁴⁵ Cf. JOSSERAND, p. 548-555, abr. 1941.

²⁴⁶ Ibid., p. 60-61.

Georges Ripert²⁴⁷ explica ser mais fácil impor a reparação de riscos ocasionados pela atividade quando o causador não possui 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 para a vítima. De acordo com José Jairo Gomes, é a solidariedade que alicerça a responsabilidade civil objetiva, em decorrência do fato de “[...] procurar atender os interesses da vítima, que, em regra, não quer nem procura o dano”²⁴⁸. É nestes termos de proteção do lesado que CDC institui a utilização da responsabilidade objetiva em seu bojo.

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. Desta forma, 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”²⁴⁹.

Várias modalidades de risco foram desenvolvidas com o objetivo de justificar a responsabilidade civil objetiva. Cumpre entendê-los para que a compreensão da responsabilidade civil, no CDC, seja corretamente abarcada. Utilizar-se-á a classificação apresentada por Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁵⁰, 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

²⁴⁷ RIPERT, Georges. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia, 1937, p. 355.

²⁴⁸ 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**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 263.

²⁴⁹ FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 375-379. p. 377.

²⁵⁰ GODOY, 2010, p.77-110.

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 evento²⁵¹ - não há que se falar em excludentes na teoria do risco integral (basta existência do dano e o nexo). Deste modo, 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 desenvolve²⁵².

Para 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 determine-se por um fato danoso marcado por algum elemento específico a ele ou ao agente concernente”²⁵³. O CDC traz, em seu bojo, uma responsabilidade pelo risco mitigado em razão de que, além do nexo entre dano e fornecimento, é imprescindível a existência de um defeito ou vício (arts. 12 e 14, 18 e 20, todos do CDC) para que haja a responsabilização do fornecedor²⁵⁴.

Outra divisão concentra-se na ideia de risco criado e risco proveito. Para Caio Mário da Silva Pereira²⁵⁵, 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, acarreta a obrigação de indenizar. A responsabilidade deriva de uma atividade que crie ou exponha outrem o 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 Tartuce²⁵⁶:

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

²⁵¹ Ibid., p. 81.

²⁵² NORONHA, 2010, p. 510.

²⁵³ GODOY, 2010, p. 82.

²⁵⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 304.

²⁵⁶ TARTUCE, 2011, p. 140.

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 fornecedores²⁵⁷ devido às vantagens auferidas por aqueles que introduzem produtos e serviços no 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 opta-se pela teoria do risco criado, por ser mais abrangente e resultar em melhor proteção do consumidor²⁵⁸.

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, nos termos apresentados por Zulmar Fachin²⁵⁹:

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 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*.

Para Flávio Tartuce²⁶⁰, esta teoria, vigente 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 [...]”²⁶¹.

Nos termos de Fernando Noronha²⁶², 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.

É no nexo de imputação que se encontram os riscos do desenvolvimento – por meio da responsabilidade objetiva imputam-se ou excluem-se os danos causados pelos produtos quando, no momento de sua colocação no mercado, defeituosos aos fornecedores. O CDC relaciona os

²⁵⁷ Ibid., loc. cit.

²⁵⁸ Cf. PEREIRA, 1990, p. 305.

²⁵⁹ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 87.

²⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 436.

²⁶¹ GODOY, 2010, p. 81. Entende ser a teoria do risco integral adotada na responsabilidade civil do Estado.

²⁶² NORONHA, 2010, p. 509.

danos originados dos riscos do desenvolvimento aos fornecedores que deverão repará-los por meio da teoria do risco criado devido ao fato que responderão aqueles que deram origem ao fato danoso; além disso, ressalta-se que a teoria do risco mitigado, também aplicável ao CDC, embasa a possibilidade de utilização do instituto como excludente de responsabilidade, como suporta parte da doutrina, nacional e internacional – vertentes a serem discutidas no item 4.2.

Ademais, salienta-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. Está na inferioridade ou vulnerabilidade vivenciada por alguns agentes a necessidade de o direito pós-moderno adotar a teoria da responsabilidade objetiva, “[...] porém sob a ótica da justiça distributiva e da solidariedade social, fundada na teoria do risco da atividade profissional”²⁶³.

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, presar 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 reponsabilidade 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*²⁶⁴, ganha importância no estudo da responsabilidade civil (grande inovação da atualidade).

²⁶³ LISBOA, 2001, p. 40.

²⁶⁴ 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. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVII., 2008. Brasília. **Anais...**Brasília, 2008, p.1777-1819. 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 internacional

Patricia Faga Iglecias Lemos²⁶⁵ advoga em favor da 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.

Nesta, 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.²⁶⁶

Silviana Henkes²⁶⁷ 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 da 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 precaução se aproxima da obstrução do risco, uma vez que não se tem certeza absoluta do resultado.²⁶⁸

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 Lopez²⁶⁹²⁷⁰. 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

ambiental, para maior proteção do consumidor, através da aplicação do princípio da precaução na proteção dos consumidores.

²⁶⁵ LEMOS, Patricia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-moderna**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

²⁶⁶ LOPEZ, 2010, p. 141.

²⁶⁷ HENKES, Silviana Lúcia. A tutela jurídica frente aos riscos e danos ambientais e à saúde pública: os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, ago., 2013. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/25/saude.html>. Acesso em: 10 dez. 2014. p. 9.

²⁶⁸ Ibid., loc. cit.

²⁶⁹ LOPEZ, op. cit., p. 63.

²⁷⁰ Há variação na nomenclatura, contudo cuidam-se de riscos conhecidos e determinados, ligados ao princípio da prevenção, e riscos incertos, relacionados ao princípio da precaução.

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

3.4 Peculiaridades da responsabilidade civil protetiva do consumidor: um microssistema elaborado para resguardo específico do vulnerável e ausência de suporte jurídico do sujeito nos eventos danosos relativos ao risco do desenvolvimento

O desnivelamento entre consumidor e fornecedor é responsável por determinar a vulnerabilidade daquele que consome. 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 Niklas Luhman²⁷¹, 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 em razão de que a primeira existe com fulcro a satisfazer a lei da oferta e da procura, enquanto que a segunda concebe o avanço da sociedade industrial derivado da modernização (o qual é responsável pela geração de riscos a longo prazo)²⁷².

A imprescindibilidade de desenvolvimento tecnológico e científico, 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 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.

²⁷¹ LUHMANN, 1992, p.16.

²⁷²CASTRO, 2010, p. 627.

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

O surgimento do microssistema de defesa do consumidor, a partir de sua base constitucional, suscitou uma normatização própria com vistas a uma proteção mais adequada do consumidor. Este microssistema baseia-se no respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção de interesses econômicos do consumidor, bem como a melhoria da sua qualidade de vida. Luis Miguel Barudi de Matos²⁷³, 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).

Do mesmo modo, apenas produtos e serviços que possuam risco normais e previsíveis devido à sua natureza ou fruição são permitidos pelo código, 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, portanto, 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”²⁷⁴. O código implica ao Estado e aos fornecedores uma série de deveres voltados à eliminação ou redução dos riscos de dano aos consumidores²⁷⁵.

²⁷³ 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.

²⁷⁴ LOPEZ, 2010, p. 174. Em negrito no original.

²⁷⁵ MIRAGEM, 2013, p. 203.

Contudo, apesar do dever de prevenção previsto no CDC, o progresso econômico e científico atual alteraram a ideia de risco consideravelmente. Os riscos não mais são controláveis ou previsíveis, tornando a pós-modernidade uma era de incertezas:

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 catástrofes²⁷⁶.

Há situações, entretanto, nas quais os deveres de qualidade e segurança de produtos e serviços acabam violados, sendo 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”²⁷⁷.

O código consumerista foi precursor na responsabilização objetiva no país. A objetivação da responsabilidade civil já era discutida no início do século XX²⁷⁸, todavia o Código Civil de 1916 optou por manter a responsabilidade subjetiva como regra geral, ou seja, havia apenas a possibilidade de imputar a alguém 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 todos 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 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 patrimônio.

Nessa questão assentar-se o fundamento da responsabilidade no CDC: a Teoria da Qualidade. 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

²⁷⁶ FREIRE, 2013. p. 375-379.

²⁷⁷ A utilização da garantia legal não prejudica uma eventual garantia contratual, entende-se pela cumulação de ambas ou aplicação daquela assegurada em contrato, caso seja benéfica ao consumidor.

²⁷⁸ Cf. JOSSERAND, 1941.

disponibilizados no mercado. Ante a ausência desta dicotomia, como idealizada pelo direito do consumidor, surge a Teoria da Qualidade, a qual é definida pelo Ministro Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin²⁷⁹:

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”²⁸⁰. Ressalta-se que há um terceiro elemento que deve ser lembrado, qual seja, a ideia de vício de quantidade, também introduzido pelo CDC.

Neste íterim, o Código de Defesa do Consumidor introduziu três regimes jurídicos diversos: 1) o primeiro 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 quantidade²⁸¹.

Deste 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 CDC²⁸². Diferentes circunstâncias e resultados englobam cada opção legislativa, diferenciação esta apresentada por Heloísa Carpena Vieira de Mello²⁸³:

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 ou ao patrimônio do consumidor, estamos falando de um defeito ou fato do produto ou

²⁷⁹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 131. MIRAGEM, 2013, p. 111.

²⁸⁰ 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, 2010c. p. 378-411. p. 378-379.

²⁸¹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 112.

²⁸² Cf. MARQUES, 2010c, p. 378-379.

²⁸³ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 403-416. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 410.

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 vício²⁸⁴.

O vício²⁸⁵, neste diapasão, ocorre quando um produto ou serviço apresenta uma irregularidade que afeta sua funcionalidade ou seu valor econômico sem, contudo, haja um acidente de consumo – segundo Alberta do Amaral Júnior²⁸⁶, o vício é inerente à própria coisa, o que afeta a utilidade da coisa ou seu valor. A tutela do CDC volta-se à esfera econômica do consumidor devido à frustração da expectativa que o consumidor tinha sobre produto ou serviço.

O código distingue duas modalidades de vício do produto²⁸⁷: quantitativos e qualitativos, conforme dispõem o art. 18 e seguintes do CDC. No que tange ao vício de qualidade, aduz o art. 18, caput, do CDC, que são os fornecedores responsáveis, de forma objetiva e solidária, pelas discrepâncias de qualidade que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, o que causa diminuição de valor. Ademais, são os fornecedores solidariamente responsáveis quando houver disparidade entre as informações expostas 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 preço²⁸⁸.

De acordo com Alberto do Amaral Júnior²⁸⁹, 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.

²⁸⁴ Cf. SANSEVERINO, 2002, p. 122 et seq.

²⁸⁵ Optou-se por iniciar pelo conceito de vício por questões metodológicas.

²⁸⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no CDC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 821-844. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 825

²⁸⁷ Vício encontra-se, aqui, conceituado somente como problemas na qualidade ou quantidade dos produtos e serviços, sem envolver acidentes de consumo.

²⁸⁸ DENARI, Zelmo. 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.

²⁸⁹ AMARAL JÚNIOR, 2010, p. 829.

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 produto²⁹⁰, prazo este que pode ser diminuído a sete e aumentado a cento e oitenta dias, caso seja convencionado entre as partes da relação de consumo²⁹¹.

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.

Por fim, uma 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 Bertoldi²⁹², 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”.

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, pode se 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”²⁹³.

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. Ademais, será o fornecedor responsabilizado quando for

²⁹⁰ Art. 18, §1º, do CDC.

²⁹¹ Art. 18, §2º, do CDC.

²⁹² BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 909-933. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 921.

²⁹³ Ibid., p. 925.

elaborar a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais²⁹⁴.

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.

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.

Ressalta-se que, apesar da grande relevância que a disciplina dos vícios tem no ordenamento brasileiro, ela não se liga à questão do risco do desenvolvimento, em razão da ausência de acidente neste íterim.

Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor, além de disciplinar os vícios de consumo, também regulamenta os casos de tutela dos defeitos de consumo. Por defeitos compreendem-se, segundo Clarissa Costa de Lima²⁹⁵⁻²⁹⁶, “[...] as falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais [...]”, os quais ensejam os 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 e, também, pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos relativos aos serviços, conforme art. 14, do CDC. Deste modo, o fornecedor sempre será responsável pelos defeitos dos serviços de forma objetiva,

²⁹⁴ Art. 20, do CDC.

²⁹⁵ LIMA, 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 (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 759-778. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 764.

²⁹⁶ Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 675-681. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 676.

salvo nos casos em que o defeito advém da atividade de profissionais liberais, os quais são responsabilizados de forma subjetiva pelo CDC²⁹⁷.

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 fornecido²⁹⁸.

A época em que o serviço foi fornecido liga-se à questão do risco do desenvolvimento. As técnicas que, quando disponibilizadas, não apresentavam qualquer problema, contudo, após sua utilização, defeitos foram constatados. Tula Wesendonck²⁹⁹⁻³⁰⁰ 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. Ademais, 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.

A última hipótese de responsabilização extracontratual introduzida pelo CDC consiste no defeito os 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 produto.

O defeito está diretamente ligado à segurança que o produto deve proporcionar ao consumidor, independente de ser o produto apto ou não ao fim a que se destina (vício) - importa saber se o produto apresenta 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 absoluto, isto é, há apenas uma limitação relativa à colocação de

²⁹⁷ Cf. LISBOA, 2001, p. 241.

²⁹⁸ A análise dos demais fatores relativos ao fato do serviço não se faz necessária no presente trabalho.

²⁹⁹ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, jul. dez. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>>. Acesso em: 20 out. 2014. p. 213-227. p. 214.

³⁰⁰ SANSEVERINO, 2002, p. 313.

produtos perigosos no mercado – há um dever de não causar prejuízos às pessoas³⁰¹. É, pois, defesa a fabricação e comercialização de produtos altamente nocivos, de acordo com o art.10, do CDC, sendo, contudo, permitido que produtos que causem risco à saúde, desde que estes riscos sejam normais e previsíveis, sejam disponibilizados no mercado, conforme dispõem os art. 8º e 9º, ambos do CDC.

Silvio Luís Ferreira de Rocha³⁰² 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 espera-se.

O produto não pode ser tomado por defeituoso se outro de melhor qualidade for colocado no mercado³⁰³; somente considerando-se a responsabilidade do produto quando o dever de segurança seja violado. De tal modo, ensina Rui Stoco³⁰⁴ 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 controle 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, esta se divide em inerente ou latente ou 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.

Dois elementos são essenciais para a configuração da periculosidade inerente, quais sejam, a normalidade e a previsibilidade³⁰⁵: a nocividade deve ser parte integrante do produto

³⁰¹ Cf. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 4). , p. 683-709. ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do produto no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 683-710. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4). p. 689.

³⁰² ROCHA, 2000, p. 96.

³⁰³ Art. 12, §2º, CDC.

³⁰⁴ STOCO, 2010, p. 677.

³⁰⁵ PEREIRA, 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. 225.

e ao consumidor deve ser possível prevê-la. 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 qualquer 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 deveria estar no produto, sendo prejudiciais à vida humana (centram-se, aqui, os riscos do desenvolvimento).

Os defeitos dos produtos classificam-se em imperfeições de criação ou concepção, fabricação ou produção, informação ou comercialização³⁰⁶. Por defeitos de criação compreende erro na elaboração do projeto ou fórmula. Nestes casos, é responsabilidade do fabricante que deixou de cumprir 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 Marins³⁰⁷ 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.

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”³⁰⁸.

Ademais, alguns fatores devem ser observados para a caracterização do defeito, nos termos do §1º do art. 12, do CDC³⁰⁹. 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

³⁰⁶ Art. 12, *caput*, CDC.

³⁰⁷ MARINS, 1995, p. 114.

³⁰⁸ DENARI, 2004, p. 184.

³⁰⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32. Entende que o rol apresentado pelo art. 12, §1º, do CDC não é exaustivo, possuindo caráter exemplificativo.

adequado como juízo para a determinação do uso razoável do produto, e não os ideais subjetivos do consumidor ou do próprio produtor³¹⁰.

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 ocorrerá quando erros no dever de advertir o consumidor sobre a periculosidade existente tomarem corpo.

Por fim, o inciso III, do §1, do art. 12, do CDC, 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 consumidor³¹¹⁻³¹².

O momento de colocação dos produtos no mercado suscita a problemática do risco do desenvolvimento: há que se compreender os limites e 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 do desenvolvimento, seja ele considerado como fator de imputação ao fornecedor, ou como excludente de responsabilidade civil, conforme ensinam Coderch e Feliu³¹³:

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.

³¹⁰ Cf. ALVIM, 2010, p. 689.

³¹¹ REINIG, 2013, p. 32. 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.

³¹² SILVA, 1990, p. 508. 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.

³¹³ CODERCH, Pablo Salvador. FELIU, Josep Solé. Brujos y aprendices: los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto. Madrid: 1999, p. 30. 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.

O *state of art*³¹⁴ possui diversas significações, considerando-se a classificação adotada por Guilherme Henrique Lima Reinig³¹⁵ como correta. O autor assim o divide: “[...] (i) o atendimento dos padrões técnicos usuais de produção e/ou o cumprimento de normas legais e administrativas, (ii) a limitação dos conhecimentos científicos e técnicos, e (iii) a impossibilidade econômica de se colocarem em prática tais conhecimentos”³¹⁶⁻³¹⁷.

O item “i”, apresentado acima, divide-se em dois quesitos. O primeiro ponto abrange o cumprimento de normas técnicas padrão e da normatização legal e administrativa. Com relação ao segundo, considera-se que as normativas legais representam um mínimo a ser verificado pelos fornecedores no momento de colocação do produto no mercado.

Entretanto, 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, torna-se essencial que os fornecedores também verifiquem normas técnicas emitidas por órgãos especializados para o fim de atingir a segurança que dele legitimamente se espera³¹⁸. Em primeiro momento, o cumprimento de todas as normas técnicas e legais elidiriam 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. Nesta 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”³¹⁹.

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.

³¹⁴ CORDOBERA, 2013. Ensina que ciência representa uma conjunção 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.

³¹⁵ REINIG, 2013, p. 43-44.

³¹⁶ Ibid., 2013, p. 43.

³¹⁷ A impossibilidade econômica de se colocar em prática os conhecimentos adquiridos não se envolve com os riscos do desenvolvimento, razão pela qual não será discutida.

³¹⁸ Como exemplo podem se indicar as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

³¹⁹ CALIXTO, 2004, p. 236.

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 consumidor³²⁰. O critério deve ser objetivo, havendo a necessidade de total incognoscibilidade do defeito pelo fornecedor. Deste modo, explica João Calvão da Silva³²¹ a necessidade de atualização do fornecedor:

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 controlos 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*”).

Cumpra aos fornecedores o dever de constante atualização. Entretanto, Guilherme Henrique Lima Reinig³²² lembra que “[...] o conhecimento esteja genericamente acessível”, isto é, “[...] é imprescindível que ela 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 gradação do conhecimento sobre a cognoscibilidade e controle dos riscos. Há comum confusão entre as hipóteses de risco do desenvolvimento, lacunas de desenvolvimento e riscos controláveis³²³.

Nas situações de riscos do desenvolvimento o fornecedor está impossibilitado de detectar os riscos presentes no produto em razão de que a ciência e a técnica presentes no mundo naquele momento não apresentam as condições necessárias para tanto, motivo pelo qual o risco somente será constatado no momento em que ocorrer um dano, ou quando o desenvolvimento

³²⁰ SILVA, 1990, p. 508.

³²¹ Ibid., p. 511-512.

³²² REINIG, 2013, 93-94.

³²³ A diferença entre risco do desenvolvimento, lacunas de desenvolvimento e riscos controláveis baseia-se em: REINIG, 2013, p. 47-52.

científico ou técnico sejam suficientes para constatar o defeito³²⁴. Os riscos dos produtos são, pois, impossíveis de verificação pela própria ciência e técnica, “[...] caracterizando-se pela impossibilidade de detecção da periculosidade potencial”³²⁵. O defeito é incognoscível no momento de colocação do produto no mercado consumidor.

Para Guilherme Henrique Lima Reinig³²⁶, as lacunas de desenvolvimento, a 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 eliminada.

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 devido ao conhecimento prévio do consumidor acerca da periculosidade, nos termos do art. 12, §1º, e §2º, do CDC³²⁷⁻³²⁸⁻³²⁹. Há hipóteses em que o conhecimento dos defeitos pelo consumidor não elidirão a responsabilidade do fornecedor em decorrência da necessidade de que tais produtos jamais adentrassem à esfera do vulnerável³³⁰. Caberá à análise do caso concreto encontrar 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”³³¹.

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.

³²⁴ PEREIRA, 2008, p. 78-79.

³²⁵ REINIG, 2013, p. 48.

³²⁶ Ibid., loc. cit.

³²⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.

³²⁸ SILVA, 1990, p. 521. No que tange a Portugal, João Calvão da Silva dispõe que: “Equivale dizer que o já conhecido estalão 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 risco ignotos, incognoscíveis ou imprevisíveis: por aqueles, o produtor responde na base da culpa ou independentemente de culpa; por estes, o produtor não é responsável”.

³²⁹ Como exemplo apresentam-se os refrigerantes, que possuem a capacidade de causar diversos problemas de saúde, contudo são comercializados.

³³⁰ Automóveis 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.

³³¹ REINIG, op. cit, p. 50.

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 defeituosidade dos antigos produtos.

Os riscos do desenvolvimento também demandam, 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 mercado; 2) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; 3) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. As três hipóteses rompem o nexo de causalidade, desmantelando a responsabilização do fornecedor³³².

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 à razoabilidade, motivo pelo 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.³³³ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³³⁴ 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 tem compreendido ser o “[...] caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo”³³⁵.

O grande questionamento com relação à matéria encontra-se na ausência de sua disciplina pelo CDC. Utilizando-se dos métodos de interpretação lógico e sistemático³³⁶, 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

³³² Cf. 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.

³³³ SANSEVERINO, 2002, p. 287.

³³⁴ Ibid., loc. cit.

³³⁵ 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 Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. p.41-64. (Série grandes Temas de Direito Privado; v. 5). p. 41-63, p. 45.

³³⁶ Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

causem danos, fator excludente da imputação (aplicam-se o caso fortuito e força maior também ao direito do consumidor). Ressalta-se que apenas constata-se a violação do nexo de causalidade e, logo, a supressão da responsabilização, quando o caso fortuito ou a força maior derem-se após a colocação do produto no mercado; anteriormente, haverá imputação ao fornecedor³³⁷⁻³³⁸.

A prescrição é a segunda causa a ser apresentada. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves³³⁹, "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 tange ao defeito do produto, 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.

Outra causa de exclusão não elencada no art. 12, §3º, CDC, denomina-se fato do príncipe: o Estado impõe normas regulamentadoras imperativas para produtos e serviços. 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 norma mínimas sobre a qualidade e a segurança do produto não afasta o dever de cautela do fornecedor de confeccionar produtos seguros para os seus consumidores"³⁴⁰ 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 discutir a situação por via judiciais, sob pena de responder solidariamente com o Estado pelos eventuais danos causados³⁴¹. 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

³³⁷ SANSEVERINO, 2002, p. 297.

³³⁸ Cf. PASQUALOTTO, 1994. p. 83-84.

³³⁹ 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, p. 752.

³⁴⁰ SANSEVERINO, 2002, p. 308.

³⁴¹ Ibid., p. 312.

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*³⁴².

Assim, conclui-se que o fato do príncipe ajusta-se ao conceito de terceiro, contemplado pelo art. 12, §3º, inciso III, do CDC quando a normatização seja impositiva e rígida a respeito da elaboração dos produtos.

No que tange às cláusulas de não indenizar, apesar de não estarem contidas no rol do art. 12, §3º, inciso III, do CDC, o código é expresso em proibi-las. O art. 25, do CDC veda “[...] a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. A partir da análise do art. 51, *caput* e inciso I, do CDC, conclui-se ser nula, de pleno direito, cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenue a responsabilidade do fornecedor com relação a vícios dos produtos e serviços ou que provoquem renúncia ou disposição de direitos. A parte final do referido inciso (“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, concluindo-se que sua interpretação deve ser elaborada de maneira restritiva, considerando-a aplicável apenas à situações de vícios, as quais possuam pessoa jurídica como consumidora, e desde que se identifique razoável equilíbrio entre as partes da relação de consumo³⁴³.

Afinal, 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”³⁴⁴⁻³⁴⁵. Assim, surgem preocupações a partir do risco do desenvolvimento, em decorrência da possibilidade de riscos secundários 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 se internalizam as externalidades, em razão do fato de ser mais vantajoso apenas auferir os lucros, sem que se assumam os custos³⁴⁶. A discussão acerca da imputação dos custos do risco do desenvolvimento, deste modo, é essencial para a conclusão de quem deve internalizar os custos dos defeitos apresentados.

Portanto, o silêncio do Código de Defesa do Consumidor com relação aos riscos do desenvolvimento causa dúvida acerca de sua compreensão como excludente ou como motivo

³⁴² ROCHA, 2000, p. 110.

³⁴³ SANSEVERINO, 2002, p. 327.

³⁴⁴ CASTRO, 2010, p. 638.

³⁴⁵ ROCHA, 2000, p. 111.

³⁴⁶ CORDOBERA, 2013, p.1.

de responsabilização do fornecedor, incerteza esta que assombra a proteção do consumidor, o que torna o consumidor ainda mais vulnerável perante o fornecedor.

Conclui-se que o microssistema de defesa do consumidor possui sua estrutura de responsabilidade civil extracontratual bem organizada para a proteção do consumidor. 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.

4 A MITIGAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR COMO SOLUÇÃO PARA O DIREITO PÁTRIO DESENVOLVIMENTO

Neste último capítulo os riscos do desenvolvimento serão analisados de maneira aprofundada, verificando os principais ordenamentos mundiais que tratam da questão, estudando as vertentes doutrinárias que cuidam da problemática no Brasil para que sugestões de solução sejam articuladas.

4.1 O risco do desenvolvimento no mundo: diferentes soluções em acordo com a realidade de cada país

A problemática da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento é tema que apresenta disciplina diferenciada, a depender da realidade enfrenta por cada país em decorrência da opção que cada um faz, baseando-se, muitas vezes, em resultados catastrófico enfrentados pelas 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 fervorosas acerca do tema, nas quais parte dos países defendia a responsabilização dos fornecedores pelos riscos do desenvolvimento, e outros a exclusão de imputação³⁴⁷⁻³⁴⁸ da responsabilidade civil.

A Diretiva nº 374 da Comunidade Econômica Europeia, de 25 de julho de 1985, conhecida como Diretiva 85/374/CEE³⁴⁹ (relativa à 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 [...]³⁵⁰.

³⁴⁷ REINIG, 2013, p. 57 et seq. Traz o histórico completo das discussões levantadas.

³⁴⁸ Cf. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. (Coleção Teses). p. 505.

³⁴⁹ Alterada pela Diretiva 1999/34/CE.

³⁵⁰ 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 (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 131.

Os riscos de desenvolvimento são disciplinados, na Europa, por meio deste instrumento. Cumpre salientar que a grande demora em aprová-lo deu-se pelas discussões acerca dos próprios riscos do desenvolvimento, em decorrência da ausência de entendimento entre os países-membros.

A Comunidade Europeia, assim, adotou uma solução de compromisso³⁵¹, na qual os fornecedores não serão responsabilizados pelos danos causados por produtos, a partir da situação de riscos 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”.

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 excludente 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 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;

Outrossim, no art. 15, nº 2, a Diretiva 85/374/CEE³⁵² introduziu um *stand-still* comunitário³⁵³ - há um procedimento específico a ser seguido pelo Estado-membro, para o fim

³⁵¹ SILVA, 1990, p. 505.

³⁵² O 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 adopção 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 adopção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta.

³⁵³ REINIG, 2013, p. 61.

de introduzir, em seu ordenamento interno, os riscos do desenvolvimento como razão 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/CEE³⁵⁴, que garantiu um prazo de dez anos da data de notificação da diretiva para a revisão do tema, o qual seria feito pela apresentação de relatório, pela Comissão. A matéria, entretanto, ainda 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 texto³⁵⁵. Ainda, 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*”³⁵⁶. 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, haja vista que “Sua conclusão foi que a excludente é um importante fator de equilíbrio entre o objetivo de preservação dos incentivos à inovação e a proteção dos interesses dos consumidores”³⁵⁷.

O segundo estudo, proveniente da *Fondazione Rosselli*³⁵⁸, datado de 1º de abril de 2004, concluiu que a excludente apresenta-se como importante fator de equilíbrio entre o incentivo à inovação e à proteção consumerista uma vez que 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

³⁵⁴ Artigo 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 tribunais 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.

³⁵⁵ REINIG, 2013, p. 62.

³⁵⁶ MELTZER, John; FREEMAN, Rod; THOMSON, Siobhan. **Responsabilidade do Produto na União Europeia**: Um relatório para a Comissão Europeia. Alicante, Amesterdã, Beijing, Berlim, Bruxelas, Chicago, Dusseldórfã, Francofurt, Hamburgo, Ho Chi Minh City, Hong-Kong, Londres, Milão, Moscou, Munique, Nova York, Paris, Praga, Roma, Singapura, Tóquio, Varsóvia: Lovells, fev. 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia/Downloads/product-liability-report-lovelles-study-pt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

³⁵⁷ REINIG, 2013, p. 63.

³⁵⁸ 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: Fondazione Rosselli, 2004.

de responsabilização dos fornecedores implicaria na dificuldade de contratação de seguros por empresas de alta tecnologia³⁵⁹. 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 empíricos³⁶⁰.

Diante desse contexto, os países europeus comportaram-se de maneiras diferentes ao texto da Diretiva 85/374/CEE, os quais podem ser agrupados em três grandes grupos: os países que adotaram o texto da Diretiva, mantendo a excludente em seus ordenamentos, os países que derogaram o texto e optaram por responsabilizar os fornecedores pelos riscos do desenvolvimento e, por fim, aqueles que elegeram uma solução intermediária.

Conforme ensina Marcelo Junqueira Calixto³⁶¹, 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 responsabilização³⁶².

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 irrestrita³⁶³⁻³⁶⁴; a Noruega³⁶⁵ também decidiu pela total responsabilidade dos fornecedores³⁶⁶⁻³⁶⁷.

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

³⁵⁹ REINIG, 2013, p. 63.

³⁶⁰ Ibid., p. 63.

³⁶¹ CALIXTO, 2004, p. 187.

³⁶² 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 - PUC, São Paulo, 2013. p. 127-128.

³⁶³ MÁRQUES; ESPANES, 2009.

³⁶⁴ Cf. 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**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64. WESSENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina do direito comparado. In: **Direito e Justiça**. v. 30, n. 2, jul. dez. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>>. Acesso em: 20 out. 2014. p. 213-227. p. 219.

³⁶⁵ O país não pertence à União Europeia.

³⁶⁶ REINIG, 2013, p. 69-70.

³⁶⁷ Cf. MÁRQUES, José Fernando; ESPANES, Luis Moisset. **Riesgos de Desarrollo. Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Tomo II** [electronic resource]. Lima, Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009. Disponível em: <[file:///C:/Users/Patricia/Downloads/RiesgosdesdesarrolloHomenajeaTrazegnies%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Patricia/Downloads/RiesgosdesdesarrolloHomenajeaTrazegnies%20(3).pdf)>. 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 - PUC, São Paulo, 2013.

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, entretanto, encontra-se, em seu ordenamento jurídico, a responsabilização dos produtores de medicamentos (em decorrência dos episódios derivados do problema causado pela Talidomida³⁶⁸) e dos fornecedores de produtos que contenham organismos geneticamente modificados, desde que o defeito relacione-se com a modificação genética³⁶⁹.

No que tange à Espanha, o país internalizou a Diretiva de 1985 ao promulgar a *Ley 22/1994*, adotando, como 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 humano³⁷⁰⁻³⁷¹. Neste sentido é a análise de José Fernando Márquez y Luis Moisset de Espanés³⁷²:

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 cuando se trata de alimentos y drogas para consumo humano [...].

O caso do azeite de canola, que causou a pneumonia atípica, dizimando centenas de pessoas e intoxicando mais de 15 mil³⁷³ 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 entendimento³⁷⁴.

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 legislação³⁷⁵. O país adotou a excludente de

³⁶⁸ CALIXTO, 2004, p. 187-188.

³⁶⁹ REINIG, 2013, p. 65.

³⁷⁰ MÁRQUES; ESPANES, 2009, p. 10-11.

³⁷¹ Cf. 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/PONENCIAPARDOGATO.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2014.

³⁷² MÁRQUES; ESPANES, op. cit., p. 10.

³⁷³ SILVA, 1990, p. 125.

³⁷⁴ Entendimento 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: dix 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.

³⁷⁵ CALIXTO, 2004, p. 188.

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 defeito³⁷⁶.

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 deste³⁷⁷ (Article 1386-12). Esta determinação se relaciona aos casos de sangue contaminado que assombraram a França³⁷⁸, década de 1980, pelo vírus HIV.

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 Lorenzetti³⁷⁹ que a questão segue aberta no direito argentino.

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.

³⁷⁶ Code 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 ;

³⁷⁷ Code 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.

³⁷⁸ CALIXTO, 2004, p.188-189, nota 292.

³⁷⁹ LORENZETTI, 2009, p. 544.

4.2 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 o produtor, “[...] no há podido descobrir, ni evitar, porque el estado de los conocimientos científicos y técnicos, objetivamente accesibles a su conocimiento en el momento de la puesta en circulación del producto no se lo permitirá”, conforme expõe a autora María Paz García Rubio³⁸⁰.

Afirma Tula Wesendonck³⁸¹ que estes “[...]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 sua regulamentação³⁸², razão pela qual a doutrina pátria bifurca-se em flancos distintos: a primeira vertente sustenta a inexistência do defeito e, logo, da responsabilidade civil³⁸³, enquanto que 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 Marins³⁸⁴⁻³⁸⁵, ao se filiar à vertente que compreende serem os 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* [...]”³⁸⁶.

³⁸⁰ 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**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999. p. 66-84. v. 30.

³⁸¹ WESENDONCK, 2012, p. 214.

³⁸² A 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”.

³⁸³ CALIXTO, 2004, p. 200.

³⁸⁴ MARINS, 1993, p. 137.

³⁸⁵ Cf. MARINS, James. Risco do Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. (Dir.). **Revista de direito do consumidor**, v. 6, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

³⁸⁶ MARINS, 1995, p. 137.

A seu turno, Fábio Ulhoa Coelho³⁸⁷⁻³⁸⁸ 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 cujo os 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.

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 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 desconhecido³⁸⁹.

Com base na concepção de segurança das relações sociais, Gustavo Tepedino³⁹⁰ 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, “[...] tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistência de 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”³⁹¹.

Rui Stoco³⁹², outro defensor da exclusão da responsabilidade, baseia sua tese, centralmente, na ausência de disciplina do risco do desenvolvimento no CDC, a qual considera o autor como voluntária e intencional no viés de não querer o legislador introduzir o instituto no país; compreende que cumpre ao fornecer, apenas, a comunicação às autoridades e aos consumidores acerca do problema.

³⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito da empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 273.

³⁸⁸ O entendimento inicial do autor também menciona o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilização, conforme: 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.

³⁸⁹ COELHO, op. cit, 2009, p. 273.

³⁹⁰ TEPEDINO, 2008, p. 287.

³⁹¹ Ibid., p. 287-288.

³⁹² STOCO, 2010, p. 75-85.

A despeito de se compreender que a vertente defensora dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil dos fornecedores encontra-se bem estruturada, opta-se pela aceção segundo a qual os defeitos desconhecidos no momento de introdução dos produtos no mercado de consumo devido à 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 doutrina³⁹³ 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 ele responsabilizado apenas se, quando descoberto o defeito, não notificar o poder público. Não encontram procedência tais alegações – admiti-las seria o mesmo que reintroduzir a culpa no microsistema do consumidor, isto é, a discussão acerca da possibilidade 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 consumerista³⁹⁴.

A tese acima mencionada também não se encontra correta no que tange ao art. 10, §1º, do CDC. Impossível concluir-se que, a partir deste dispositivo, o fornecedor apenas seria responsável por comunicar às autoridades a descoberta de algum problema relativo aos riscos do desenvolvimento³⁹⁵. Flávio Tartuce³⁹⁶ utiliza o mesmo dispositivo para, contrariamente, concluir pela responsabilização dos fornecedores.

Outras circunstâncias a serem observadas envolvem o art. 12, do CDC. Para Flávio de Queiroz B. Cavalcanti³⁹⁷⁻³⁹⁸, 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 do instituto, filiando-se à vertente que não compreende o instituto como excludente de responsabilização. O magistério de Zelmo

³⁹³ COELHO, 2009, p. 273.

³⁹⁴ SANSEVERINO, 2002, p. 317-320.

³⁹⁵ Cf. LEME, 2013, p. 144.

³⁹⁶ TARTUCE, 2011, p. 160

³⁹⁷ 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.

³⁹⁸ Cf. CALIXTO, 2004.

Denari³⁹⁹ também opta pela inexistência de relação entre o referido dispositivo e os riscos do 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 previsíveis⁴⁰⁰, (dano efetivo, dano futuro ou risco de dano), isto é, passíveis de serem evitados, razão pela qual não se relacionam com o conceito de riscos do desenvolvimento.

Outrossim, parte da doutrina entende que o rol do §3º, do art.12, do CDC, responsável pelas excludentes de responsabilidade civil, seria taxativo⁴⁰¹, todavia já demonstrou-se a possibilidade de outras causas de exclusão da responsabilidade serem acrescentadas a esta lista⁴⁰². Apesar 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 Rocha⁴⁰³⁻⁴⁰⁴ também assevera pela abertura do rol, bem como entende pela necessidade de previsão expressa dos riscos do desenvolvimento para que funcionassem como excludente.

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 normativo⁴⁰⁵. Nestes termos, afirma o autor Leonardo Roscoe Bessa⁴⁰⁶ que

³⁹⁹ DENARI, 2004, p. 186-187.

⁴⁰⁰ Cf. LEME, 2013, p. 143.

⁴⁰¹ A 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.

⁴⁰² Cf. tópico 3.4.

⁴⁰³ ROCHA, 2000, p. 104-105.

⁴⁰⁴ Destacam-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. 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. 190-191.

⁴⁰⁵ MARTINS, 2014, p. 217.

⁴⁰⁶ 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.

“Outras normas podem, particularmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas e aplicadas e, inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se coerência e harmonia nas conclusões”. Baseada em Erik Jayme, Claudia Lima Marques⁴⁰⁷ 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 possibilita a influência recíproca entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor⁴⁰⁸.

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 por meio de seus princípio, 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 geral⁴⁰⁹.

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 Reinig⁴¹⁰ sustenta que o art. 931, do CC, não confere ao fornecedor a possibilidade de exclusão de sua responsabilidade caso de ocorrerem riscos de desenvolvimento, razão pela qual o CDC não poderia fazê-lo.

⁴⁰⁷ 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. p. 603-604.

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ 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. p. 32.

⁴¹⁰ REINIG, 2013, p. 124.

Corroborar-se com o autor ante o fato da ausência de disposição literal no CDC acerca dos riscos do desenvolvimento.

O entendimento foi o mesmo dado pela I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em 2002, por meio 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”⁴¹¹.

Desta maneira, CC e CDC dialogam, utilizando-se os art. 931, do primeiro, e art. 12, do segundo, e apresentam a inexistência do instituto em todo o ordenamento brasileiro, em um diálogo de complementariedade e subsidiariedade⁴¹².

Marcelo Junqueira Calixto⁴¹³ posiciona-se 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 Rocha⁴¹⁴. O autor alicerça 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 constitucional⁴¹⁵.

Tereza Ancona Lopez⁴¹⁶ compreende que a excludente de responsabilidade não é aplicada no ordenamento brasileiro, conduzindo 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.

⁴¹¹ ENUNCIADO 43. In: AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Coord.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 07 jan 2015.

⁴¹² Cf. RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. A Tutela do Consumidor Frente aos Riscos do Desenvolvimento. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVI., 2007, Belo Horizonte. **Anais ...** Belo Horizonte, 2007, p. 4705- 4725. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues2.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2014. p. 4717.

⁴¹³ CALIXTO, 2004, p. 231.

⁴¹⁴ ROCHA, 2000, p. 111.

⁴¹⁵ CALIXTO, 2004, p. 216.

⁴¹⁶ LOPEZ, 2010, p. 198.

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”⁴¹⁷. No entanto, compreende-se que ambos os institutos não se confundem em razão de os riscos do desenvolvimento 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 causal⁴¹⁸.

Outro argumento centra-se na alocação dos custos dos riscos. Arthur Martins Ramos Rodrigues⁴¹⁹ 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 consumidores, ressaltando que o empresariado aumentaria sua preocupação em incentivar pesquisas, com o fim de evitar maiores danos⁴²⁰. Não é outro o entendimento de Tula Wesendonck⁴²¹:

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 Lopez⁴²² leciona que o maior desafio atual, seja para os países,

⁴¹⁷ CAVELIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 309.

⁴¹⁸ Cf. HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A. El funcionamiento de las eximentes en supuestos de daños al consumido. **Revista Trabajos del Centro** Rosário: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Série 2, n. 8, 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**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999. p. 66-84. v. 30. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. 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 (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013. P. p. 142.

⁴¹⁹ RODRIGUES, 2007, p. 4716.

⁴²⁰ RODRIGUES, 2007, p. 4716.

⁴²¹ WESENDONCK, 2012, p. 216.

⁴²² LOPEZ, 2010, p. 65.

seja para as seguradoras, são os *riscos emergentes ou novos riscos* (resultados de uma sociedade industrial 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 conjecturar 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”⁴²³.

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 será possível sua diluição no mercado.

O relatório da *Fondazione Rosselli*⁴²⁴ afirma que a securitização é o principal problema do assunto “riscos do desenvolvimento”, alegando que o afastamento destes como excludente de responsabilidade (o relatório estudou a realidade europeia, conforme item 4.1), provavelmente, não encontraria um mercado de seguros em razão de, em princípio, não permitiriam uma análise atuarial⁴²⁵.

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 estagnada, atingindo a qualidade de vida da sociedade global, além de resultar na não indenização dos lesados⁴²⁶.

Os alimentos transgênicos, por exemplo, aumentaram a quantidade de comida disponível para a população, contudo, estes não possuem, cientificamente, nenhum risco à saúde dos indivíduos; 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, dificultar a comercialização de produtos essenciais à população.

⁴²³ LOPEZ, 2010, p. 63-64.

⁴²⁴ FONDAZIONE ROSSELLI, 2004.

⁴²⁵ REINIG, 2013, p. 132.

⁴²⁶ Em sentido contrário, cf. LISBOA, 2001, p. 248-250.

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 Marins⁴²⁷, 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 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”⁴²⁸. 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 pelos riscos do desenvolvimento ao consumidor, sujeito vulnerável perante o mercado, o que causaria um desrespeito à dignidade da pessoa humana⁴²⁹⁻⁴³⁰, razão pela qual o tema é tão controverso.

Nas poucas vezes em que o judiciário viu-se perante a questão, não se verificou padrão nas decisões. Em decisão em sede de Apelação Cível, o Tribunal de Justiça Do Rio Grande do Sul⁴³¹, julgou um caso de acidente com uma motosserra devido a um aumento repentino da

⁴²⁷ MARINS, 1993, p. 126.

⁴²⁸ REINIG, 2013, p. 130.

⁴²⁹ Cf. MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. A responsabilidade objetiva pelo risco do desenvolvimento dentro do contexto da sociedade de risco e da defesa do consumidor. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVII., 2014, Florianópolis. *Anais ...* Florianópolis, 2014, p. 197-219. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f74b6a56785817c3>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

⁴³⁰ LISBOA, 2001, p. 248.

⁴³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70000228684. Relatora: Desembargada Rejane Maria Dias de Castro Bins. Publicado em: 01-12-1990. Órgão julgador: 9ª Câmara Cível. 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.

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 Paraná⁴³², os riscos do desenvolvimento foram entendidos como fortuito interno e, assim, integrantes da atividade do fornecedor e não eximentes da responsabilidade civil.

No Tribunal de Justiça de São Paulo⁴³³, em decisão acerca de erro de exame de pericial, em exame de DNA, que redundou em equívoco no reconhecimento de paternidade. O relator entendeu os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, compreendendo rompido o nexo causal e que o exame em questão não causou danos ao recorrente⁴³⁴.

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, devido à interpretação das normas atualmente vigentes.

Compreende-se que, em questões práticas, a solução apresenta impasses econômicos reais, que tornam-na de difícil aplicabilidade na proteção do consumidor vulnerável. Deste modo, a proteção da dignidade do consumidor resulta na necessidade de solução concretas passíveis de resolver o impasse dos riscos do desenvolvimento, com o fim de preservar a vida humana, bem como manter a segurança jurídica ao mercado.

⁴³² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 902589-2. Relator: Desembargador Albino Jacomel Guerios. Data da Decisão: 05/07/2012. Publicado no DJ: 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.

⁴³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 0022469-93.2007.8.26.0196. Relator: Desembargador Borelli Thomaz. Data da decisão: 16-05-2011. Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público. 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.

⁴³⁴ Cf. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.024757-9. Relator: Desembargador Jaime Luiz Vicari. Data da decisão: 27-08-2009. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=risco%20do%20desenvolvimento%20e%20PUFFING&cat=&radio_campo=ementa&proladorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=#resultado_ancora>. Acesso em: 22 dez. 2014.

4.3 A realidade brasileira e o risco do desenvolvimento: parâmetros para resolução da problemática

No contexto da pós-modernidade, experiencia-se a sociedade de risco, uma sociedade assimétrica, de características globais, marcada por relações plurais, líquidas, acompanhada de perto por um avanço tecnológico de rápida evolução, que vivencia a introdução de produtos no mercado eivados de riscos à segurança e à vida dos consumidores. Entende Luciano Gonçalves Paes Leme⁴³⁵ 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 humana e da solidariedade, logo, melhor garantem a proteção do consumidor.

Para Ricardo Luis Lorenzetti⁴³⁶, a aplicação da tutela ilimitada dos direitos individuais, somado à desconexão entre o público e o privado, causam questionamentos 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”.

Para resolver a questão, o autor apresenta soluções diferenciadas; a primeira sustenta a necessidade de se criarem vários sistemas jurídicos para cada diferente grupo na sociedade ou a imposição de um único projeto, a ser aceito por todos, ambos os quais não aceitos pelo autor; a segunda, opção adotada pelo autor, apresenta-se a regulamentação da estrutura básica da sociedade em função de um “metavalor”, que é a liberdade, exigindo as seguintes graduações⁴³⁷:

[...] um conteúdo mínimo de direitos inexpugnáveis, a partir do qual serão admitidas algumas limitações baseadas na colisão entre direitos horizontais (direitos individuais

⁴³⁵ LEME, 2013, p. 135.

⁴³⁶ LORENZETTI, 2010, p. 371.

⁴³⁷ LORENZETTI, 2010, p. 311.

entre si que requeiram limites) e entre direitos individuais e noções coletivas normativamente definidas (por exemplo, entre direito de propriedade e ambiente)⁴³⁸.

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 direitos 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”⁴³⁹. 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 novos 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 no indivíduo, mas deve também voltar-se 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 decisões 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), fechamento de postos de trabalho, 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*⁴⁴⁰ e relatório *Lovells*⁴⁴¹. Portanto, encontra-se plausível a opinião de Guilherme Henrique Lima Reinig⁴⁴², para quem a solução legislativa brasileira, a qual compreender que são os riscos do

⁴³⁸ LORENZETTI, 2010, p. 311.

⁴³⁹ Ibid., p. 313.

⁴⁴⁰ FONDAZIONE ROSSELLI, 2004.

⁴⁴¹ KENNEDY, 1962.

⁴⁴² REINIG, 2013, p. 129.

desenvolvimento causas de responsabilização civil do fornecedor, não se mostra, a princípio, adequada, no que tange ao ponto de vista econômico:

Dois pontos de vista já merecem ser destacados: (i) a relação entre a disposição à inovação dos agentes econômicos 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.

Por conseguinte, 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 se corrobora 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 cunho legislativo 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.

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, descobriram-se perigosos, nos termos da Lei 22/1994.

Paulo de Tarso Sanseverino⁴⁴³ entende como mais adequada, para o Brasil, a 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 eximente, sob alegação de ser este o que gera danos muito

⁴⁴³ SANSEVERINO, 2002, p. 320.

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”⁴⁴⁴. 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 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, na qual estabeleceria a excludente de responsabilidade, acompanhada da imputação da responsabilidade civil do fornecedor em razão 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 descobriam perigosos, indica-se a possível redação do §3º, do art. 12, do CDC:

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, também de caráter legislativo, ora defendida, referencia-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 responsabilização, seja pela insolvência ou mesmo má-fé dos fornecedores. Apesar da necessidade de um equilíbrio econômico, ante os princípios 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*⁴⁴⁵ apresenta várias sugestões para a resolução da

⁴⁴⁴ LOPEZ, 2010, p. 198.

⁴⁴⁵ FONDAZIONE ROSSELLI, 2004, p. 120 et seq.

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 privado⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷:

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.

Também denominado de Fundos de Indenização, estes tornam maior possibilidade de indenização integral das vítimas e a prevenção da falência das instituições, evitando o desemprego⁴⁴⁸ e prejuízos 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, pode-se sugerir, também, que o fundo trabalhe de maneira subsidiária nos casos de responsabilização dos fornecedores, arcando com parte das indenizações.

Considera-se que não somente o poder público, mas também as empresas devem participar da criação e manutenção dos fundos específicos, haja vista que se pretende 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, assim 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; ademais, encontra-se justificativa para a criação dos fundos específicos quando o setor demonstra tendência aos riscos de desenvolvimento, como o setor farmacêutico⁴⁴⁹.

Guilherme Henrique Lima Reinig⁴⁵⁰ 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.

⁴⁴⁶ 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.

⁴⁴⁷ Cf. REINIG, 2013, p. 139-140.

⁴⁴⁸ LOPEZ, 2010, p. 198.

⁴⁴⁹ REINIG, 2013, p. 140.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 140.

Compreende-se ser esta a melhor solução em razão da participação governamental nos fundos indenizatórios, devido à 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 – justificam-se os Fundos Indenizatórios no dever de responsabilidade mutual, que mutualiza tanto as vantagens quanto os riscos, no termos apresentados por Leon Bourgeois⁴⁵¹, tornando a reparação mais próxima do conceito de justiça.

Considera-se que a instituição de tais fundos levanta sérios questionamentos: 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 possam recorrer aos fundos; haveria a necessidade de ajuizamento de ação contra os fornecedores ou o acionamento dos fundos seria direto; haveria a participação do Ministério Público e da sociedade civil; a quem incumbiria sua administração, entre outros. Estas indagações ficarão a cargo do mundo factual, devendo ser analisadas e sopesadas pelo legislador infraconstitucional pátrio, caso opte pela instituição, mediante lei, de fundos específicos ou geral para a reparação das vítimas de danos provenientes do risco do desenvolvimento.

Em razão da grande demora que o Poder Legislativo brasileiro possui na elaboração da legislação, bem como a necessidade imediata em apresentar algum tipo de deliberação prática para o caso de 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.

Caberá ao juiz a análise da realidade fática, verificando se os produtos eivados de defeitos incognoscíveis no momento de sua disponibilização no mercado, mas que,

⁴⁵¹ BOURGEOIS apud USTÁRROZ, 2014.

posteriormente, descobrem-se nocivos à pessoa humana devem ser entendidos com excludente de responsabilidade dos fornecedores ou não. 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, por exemplo, um medicamento para câncer que causa extrema náusea, e o fornecedor é acionado 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 Lopez⁴⁵² 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 tenham sido comprovados pela ciência.

Ressalta, ainda a necessidade de se agir com prudência ao se prevenir os consumidores com relação aos riscos para evitar que as inovações fiquem paralisadas em decorrência da impossibilidade 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”⁴⁵³. A informação ilidiria 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. O critério a ser utilizado envolve verificar “[...] se o produtor efetivamente atendeu a seu dever de contribuir com o desenvolvimento do estado dos conhecimentos científicos e técnicos”⁴⁵⁴, isto é, se utilizou os padrões de investimento e de verificação das pesquisas mais atuais sobre o produto que está introduzindo no mercado consumidor, quando houver a possibilidade. Nos demais casos, em que os riscos são totalmente desconhecidos, não se compreende pela possibilidade de utilização deste critério.

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.

⁴⁵² LOPEZ, 2010, p. 187-205.

⁴⁵³ Ibid., p. 201.

⁴⁵⁴ REINIG, 2013, p. 138.

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 poderia ponderar e optar se o risco do desenvolvimento seria uma excludente de responsabilização ou se haveria responsabilização daquele que introduzisse o produto aos consumidores.

Ante a diversidade de soluções globalmente verificadas, e a realidade brasileira, atualmente incerta, algumas sugestões foram formalizadas, para a elucidação da problemática. Inicialmente, 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 e a instituição de fundos específicos (Fundos de Indenização), que suprissem, no que fosse possível, os danos advindos dos riscos de desenvolvimento. A mitigação da responsabilidade dos fornecedores, deste modo, faz-se essencial para que o equilíbrio entre interesses individuais e coletivos seja alcançando nas hipóteses de risco do desenvolvimento.

Ademais, diante da ausência de regulamentação específica da matéria, compreende-se que cabe ao judiciário a resolução das controvérsias reais, por meio da ponderação. Utilizar-se-ão os juízes, entre outros critérios, do binômio benefício/risco e do princípio da precaução.

Cumprir concluir, todavia, que a decisão acerca da responsabilização dos fornecedores é possui caráter eminentemente político. A decisão cabe, pois, ao Poder Judiciário, baseado-se 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.

5 CONCLUSÃO

A busca do equilíbrio nas relações de consumo baseia-se na estabilização entre o grande poderio dos fornecedores e a vulnerabilidade dos consumidores. Deste modo, o presente trabalho analisou um arcabouço teórico e prático acerca dos riscos do desenvolvimento, apresentando uma análise das experiências do direito estrangeiro, com o escopo de compreenderem-se os riscos do desenvolvimento no contexto atual. Com base nestes corolários, conclui-se que os riscos do desenvolvimento, no Brasil, constituem-se causa de responsabilização dos fornecedores quando da ocorrência de danos aos consumidores é constatada por defeitos existentes à época de introdução do produto no mercado, mas que eram incognoscíveis devido ao estado da técnica naquele momento.

O primeiro capítulo conceituou o risco do desenvolvimento nos contextos da pós-modernidade e da sociedade de consumidores, concluindo-se que o consumidor vive em uma sociedade de consumo exacerbado, de caráter líquido, na qual ele é vítima de uma padronização, um vulnerável perante o mercado. O consumidor tem sua vulnerabilidade reconhecida e, logo, protegida devido ao respeito à dignidade humana dos consumidores. Verificou-se o histórico de proteção dos consumidores, compreendendo ser este um direito fundamental de terceira dimensão, bem como um dever fundamental, e, também, os demais preceitos constitucionais que permeiam a proteção consumerista. Por fim, a relação de consumo foi destrinchada, com o fim dar suporte ao estudo do risco do desenvolvimento.

O próximo capítulo foi responsável por definir a responsabilidade civil e seus contornos, a partir de sua constitucionalização e sustentáculo nos princípios da solidariedade e dignidade humana. Ademais, neste mesmo capítulo, a partir das regras gerais da responsabilização civil, concluiu-se que são os riscos do desenvolvimento relacionados ao nexo de imputação. Após, ante a análise das peculiaridades que regem a sistemática do microsistema de defesa do consumidor, inferiu-se pela inexistência de disciplina do risco do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor, seja como excludente de responsabilização, seja como causa de imputação de responsabilidade.

O último capítulo dedicou-se à análise da problemática dos riscos do desenvolvimento de forma aprofundada. A primeira parte do tópico discutiu como a questão traz soluções diversas em alguns dos países, em razão de sua relevância para a análise da problemática no Brasil. Na segunda parte deste capítulo, demonstraram-se as diversas vertentes que emanam da doutrina brasileira (contra e a favor da responsabilização dos fornecedores) bem como, por

meio da análise de alguns julgados sobre o tema, a ausência de standardização da questão até o presente momento; assenta-se o entendimento que os riscos do desenvolvimento, juridicamente, constituem-se causas de responsabilização do fornecedor.

Por fim, salienta-se que, apesar da compreensão que o ordenamento brasileiro introduziu a problemática como modo de responsabilização dos agentes fornecedores, não se coaduna com a solução legislativa pátria, devido a vários fatores, tais como a possível insolvabilidade dos fornecedores, o que acarretaria a não reparação dos danos, a dificuldade de securitização dos riscos do desenvolvimento, a necessidade de equilíbrio entre a reparação individual e os interesses coletivos, a necessidade de que o desenvolvimento tecnológico e científico continuem suas inovações, dentre outros fatores.

Destarte, três soluções para a problemática foram apresentadas. A primeira sugestão, a qual possui caráter legislativo, indicação a alteração legislativa, do próprio CDC, ou a criação de norma que regule os riscos do desenvolvimento, nos moldes praticados na Espanha, isto é, opta-se pela exclusão da responsabilidade do fornecedor, salvo nos casos de alimentos e medicamentos, salvo nos casos de alimentos e medicamentos em decorrência da maior proximidade destes produtos com a dignidade da pessoa humana e proteção do consumidor. Propôs-se o acréscimo de um quarto inciso ao §3º, do art. 12, do CDC, excluindo-se a responsabilidade do fornecedor quando houver “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”.

A segunda proposta, também de natureza legislativa, funda-se na criação de Fundos Indenizatórios, formados por meio de contribuições estatais e do setor privado, em razão de tornarem maior possibilidade de indenização integral das vítimas e a prevenção da falência das instituições, evitando o desemprego e prejuízo econômicos ao país. A ideia foi introduzida no trabalho em virtude da possibilidade de equilíbrio entre a proteção do ser humano e o desenvolvimento econômico e tecnológico dos fornecedores, atingindo o equilíbrio necessário entre mercado e consumidores.

A última proposição centra-se na delonga do Poder Legislativo na elaboração de novas leis e na imediata necessidade de resposta à problemática dos riscos do desenvolvimento: a utilização da ponderação, pelos juízes, para definir, na concretude dos fatos, se haverá a responsabilização ou se esta será ilidida. Para tanto, apresentaram-se o binômio benefício/risco e o princípio da precaução, quando possível.

A verdadeira proteção dos consumidores dá-se pelo equilíbrio entre os direitos do indivíduo e da coletividade, sendo essencial a mitigação da responsabilidade dos fornecedores para que haja um equilíbrio entre ambos os interesses.

Por fim, conclui-se que, apesar de todo o esforço doutrinário em resolver a questão, a decisão é política. Espera-se, de maneira esperançosa, que qualquer que seja a opção quanto aos riscos do desenvolvimento, a resposta busque um equilíbrio nas relações de consumo, com o escopo de proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcelo Souza. A dignidade e a constituição cidadã de 1988. In: POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza. (Coords.). **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.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. 2006. 191 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALTERINI, Atilio Anibal. **Responsabilidade civil: Limites de la reparacion civil. Contornos actuales de la responsabilidade civil**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do produto no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 683-710. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4)

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 821-844. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

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. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Denrziem. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor**.

Fundamentos dos Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 935-954. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

_____. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil:** indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 909-933. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

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.

_____. Fornecedor equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) **Direito do Consumidor:** Fundamentos dos Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1011-1030. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico:** Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

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

BOURGOIGNIE, Thierry. **Elementos para uma teoria del derecho de consumo.** Vitoria: Gobierno Vasco, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. **Constituição Federal.** De 06 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Injunção n.20/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 22-11-1996 p. 45690. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 21-03-2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.195.642/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe 21-11-2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/relatorio-e-voto-22829801>. Acesso em: 30 de jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 519310/SP - 2003/0058088-5. Publicado no DJ de 24-05-2004. PG:00262. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Data da Decisão 20-04-2004. Órgão Julgador: Terceira Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=468454&num_registro=200300580885&data=20040524&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 876.448/RJ. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Publicado no DJe 21-09-2010. Órgão julgador: Terceira Turma. 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 - PUC, São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o Futuro do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 625-648. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. **Responsabilidade civil: por fato do produto no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAVELIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. p. 583-606. (Série grandes Temas de Direito Privado; v. 5).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito da empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. **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.

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.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. tomo 3.

CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. **La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo**. En: JORNADAS EN HOMENAJE A A. ALTERINI, Rosário, UNR, 12 de noviembre de 2013. 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=w6ueVLulKIWwggSAyYDoAw&usg=AFQjCNEJV8UWgM_m38_Yob790K_R1P53Ng&bvm=bv.82001339,d.eXY>. Acesso: 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.

DEMARCHI, Clovis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Da Constituição Ao Neoconstitucionalismo. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. **Anais ...** Fortaleza, 2010, p. 5668-5687. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4244.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

DENARI, Zelmo. 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.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960. v.1.

ENUNCIADO 43. In: AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Coord.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ->

Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

ENUNCIADO 169. In: AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Coord.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 38. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 20 set. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393.

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

_____. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. 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: Editora Forense Universitária, 2004. p. 21-58.

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: Fondazione Rosselli, 2004.

FOSTER, Neil. **The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty**. In: SYDNEY LAW REVIEW. Sidney, 2011, v. 33:67. Disponível em: <http://sydney.edu.au/law/slr/slr_33/slr33_1/Foster.pdf>. Acesso em 19 nov. 2014.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (Coords.). **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 nexos causal e a responsabilidade por Danos**. Curitiba: UFPR, 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2013.

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/PONENCIAPARDOGATO.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2014.

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

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 161-166. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. 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.

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

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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

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**. Curitiba: UFPR, 201. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2010.

HENKES, Silviana Lúcia. A tutela jurídica frente aos riscos e danos ambientais e à saúde pública: os avanços e as limitações da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, ago., 2013. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/25/saude.html>. Acesso em: 10 dez. 2014.

HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A. El funcionamiento de las eximentes en supuestos de daños al consumido. **Revista Trabajos del Centro** Rosário: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Série 2, n. 8, 2010.

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

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 86, p. 548-555, abr. 1941.

KENNEDY, John F. **Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest**. Washington: Congresso Americano, 15 mar. 1962. Discurso ao Congresso Americano. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acessos em: 23 sep. 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. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVII., 2008. Brasília. **Anais...**Brasília, 2008, p.1777-1819. 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 (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEMONS, Patricia Faga Iglecias. **Resíduos 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. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.3-13.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-254. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

_____. **Consumidores**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 540-541.

_____. La relación de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1265-1294. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas de Tradução de Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

LIMA, 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 (Orgs.). **Responsabilidade Civil: indenização e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 759-778. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3. 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 Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. p.41-64. (Série grandes Temas de Direito Privado; v. 5).

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. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVII., 2014, Florianópolis. **Anais ...** Florianópolis, 2014, p. 197-219. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f74b6a56785817c3>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Art. 2º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a. p. 105-155.

_____. 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, 2010b. p. 195-230.

_____. 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, 2010c. p. 378-411.

_____. **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.

_____. 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.

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

MÁRQUES, José Fernando; ESPANES, Luis Moisset. **Riesgos de Desarrollo. Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Tomo II** [electronic resource]. Lima, Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia/Downloads/RiesgosdedesarrolloHomenajeaTrazegnies%20(3).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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. v. 5.

_____. Risco do Desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. (Dir.). **Revista de direito do consumidor**, v. 6, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 118-133.

MARTINS, 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, 2011a. p. p. 157-196.

_____. Função ética da responsabilidade civil e o dever da vítima em mitigar a perda. São Paulo: 04 jul. 2011b, **Jornal Carta Forense**. 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.

_____. 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**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 215-257. v. 94

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.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 403-416. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

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. São Paulo: Método, 2006. p. 85-124. (Série grandes Temas de Direito Privado; v. 5)

MELTZER, John; FREEMAN, Rod; THOMSON, Siobhan. **Responsabilidade do Produto na União Europeia**: Um relatório para a Comissão Europeia. Alicante, Amsterdã, Beijing, Berlim, Bruxelas, Chicago, Dusseldórf, Francofurt, Hamburgo, Ho Chi Minh City, Hong-Kong, Londres, Milão, Moscou, Munique, Nova York, Paris, Praga, Roma, Singapura, Tóquio,

Varsóvia: Lovells, fev. 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/Patricia/Downloads/product-liability-report-lovells-study-pt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

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

_____. *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.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 111-132. v. 43.

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

_____. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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 (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-254. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 920.

_____. 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.

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

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

ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do MERCOSUL. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 515-548. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

O QUE É TALIDOMIDA. Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida – ABPST. Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>. Acesso em: 21 set. 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 902589-2. Relator: Desembargador Albino Jacomel Guerios. Data da Decisão: 05/07/2012. Publicado no DJ: 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.

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.

_____. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 901-934. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).

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.

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

PEREIRA, 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.

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 suprallegal**. 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.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70000228684. Relatora: Desembargada Rejane Maria Dias de Castro Bins. Publicado em: 01-12-1990. Órgão julgador: 9ª Câmara Cível. 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.

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**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 4).

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. A Tutela do Consumidor Frente aos Riscos do Desenvolvimento. In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, XVI., 2007, Belo Horizonte. **Anais ...** Belo Horizonte, 2007, p. 4705-4725. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_amos_rodrigues2.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2014.

RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo em la responsabilidad por daños causados por los produtos defectuosos. Su impacto em el derecho español. In: MARQUES, Claudia Lima (Dir.). **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1999. p. 66-84. v. 30.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.024757-9. Relator: Desembargador Jaime Luiz Vicari. Data da decisão: 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=&datainic ial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=#resultado_ancora. Acesso em: 22 dez. 2014.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 0022469-93.2007.8.26.0196. Relator: Desembargador Borelli Thomaz. Data da decisão: 16-05-2011. Órgão julgador: 13^a Câmara de Direito Público. 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.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 464-493. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. (Coleção Teses).

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

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: indenização e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 675-681. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

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.

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

_____. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

_____. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: 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.

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.

VIEIRA, Manuela do Corral. Consumo na pós-modernidade: As relações de identidade e comunicação no Festival de Parintins. In: Congresso Federação das Associações Lusófonas de Ciências da Comunicação – LUSOCOM, IX, 2011, São Paulo: UNIP – Universidade Paulista. São Paulo, Brasil. **Anais ...** São Paulo, 2011, p. 2-15. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/vieira-manuela-consumo-na-pos-modernidade.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité**. 3. ed., Paris: L.G.D.J., 2008.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

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, jul. dez. 2012.

Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12549/8412>>. Acesso em: 20 out. 2014. p. 213-227.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: Fundamentos dos Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1031-1053. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1).