

Risco do Desenvolvimento: Estudo Comparado entre o Direito do Consumidor Brasileiro e o Direito Norte-Americano¹

Antonia Espíndola Longoni Klee²

INTRODUÇÃO

O contrato regido pela autonomia de vontade³, tal como concebido pela teoria clássica, transformou-se em instrumento de coação dos mais fortes

¹ Extrato da monografia de conclusão de curso apresentada sob a orientação da Professora Doutora Claudia Lima Marques, avaliada com o conceito "A", na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O presente trabalho resultou do aprofundamento de temas vistos na disciplina *Products Liability*, cursada na *University of Texas School of Law*, durante o primeiro semestre de 2003, lecionada pela Professora Jane B. Stapleton.

² Formada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003. Bolsista da CAPES durante o semestre cursado na *University of Texas at Austin*, de janeiro a maio de 2003, através do Consórcio CAPES-FIPSE de Educação Superior Brasil e Estados Unidos da América, "Responsabilidade Ambiental: O Futuro do Princípio da Precaução e da Regulação no Brasil e nos Estados Unidos – uma aproximação interdisciplinar nos estudos de graduação nos Estados Unidos e Brasil" (Intercâmbio de Graduação entre as Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da *University of Texas at Austin*). Para maiores informações, veja <http://www.capes.br>; <http://www.utexas.edu/law>; <http://www.ufrgs.br/direito>. A autora agradece à Professora Doutora Claudia Lima Marques, pela confiança e pelo incentivo, bem como aos professores Manoel André da Rocha e Vivian Pantaleão Caminha, que compuseram a banca examinadora, pelas sugestões de modificação no texto; ainda, ao Professor Adalberto de Souza Pasqualotto e à Professora Jane B. Stapleton, pela indicação bibliográfica.

³ Para se entender o motivo pelo qual se optou aqui utilizar o termo "autonomia da vontade" e não "autonomia privada", veja COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 17, quando afirma: "Entende-se por autonomia de vontade, a 'facultas', a possibilidade, embora não limitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade". Veja, também, interessante artigo que aborda questões conceituais, estruturais e dogmáticas em torno do assunto, AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional*. *Revista de Direito Civil*, vol. 46, p. 7-26. O autor conceitua autonomia da vontade e autonomia privada da seguinte maneira: "Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o Direito Obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do Direito, psicológica, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas", p. 10.

economicamente sobre os mais fracos; essa situação acentuou-se pelas relações de consumo⁴ em massa, através dos contratos de adesão⁵ e das condições gerais contratuais⁶. Também, as transformações ocorridas nas relações obrigacionais, desde o século XIX, refletiram nas relações de consumo, especialmente nos direitos de informação e segurança que assistem ao consumidor e nos deveres de assistência pós-venda que cabem ao fornecedor⁷.

O direito reagiu a essa desigualdade, exigindo uma conduta ética dos contratantes, os quais devem agir de boa-fé⁸ durante todas as fases da celebração do contrato, inclusive

⁴ Para uma definição de “relação de consumo”, veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33: “*Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despessoalizam, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desvelar entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente*”.

⁵ Claudia Lima Marques conceitua o termo “contratos de adesão” como sendo contratos homogêneos em seu conteúdo, concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes e que, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores. Em outras palavras, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda uma série de futuras relações contratuais. Também, a mesa autora assim define o “fenômeno”: “*Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), na variedade, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito*”. Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 49-50 e 53-54.

⁶ Para Claudia Lima Marques, “condições gerais contratuais” “*é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos*”. Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 59.

⁷ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abril/junho de 1993, p. 34-60; p. 52.

⁸ Para uma definição de boa-fé, veja COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*, p. 29. Veja também, MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 474 e seguintes, ao comentar o “caso dos tomates”. Ainda, Recurso Especial n. 250523/SP; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cuja ementa é: **CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandata, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido.** DJ, 18/12/2000, p. 00203; JBCC, vol. 187, p. 366; LEXSTJ, vol. 141, p. 194; RSTJ, vol. 145, p. 446, data do julgamento 19/10/2000, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Recurso Especial n. 32890/SP, cuja ementa é: **FRAUDE A EXECUÇÃO. BOA-FÉ. PROVA DA INSOLVENCIA. 1. NAS CIRCUNSTANCIAS DO NEGOCIO, O CREDOR TINHA O DEVER, DECORRENTE DA BOA-FÉ OBJETIVA, DE ADOTAR MEDIDAS OPORTUNAS PARA, PROTEGENDO SEU CREDITO, IMPEDIR A ALIENAÇÃO DOS APARTAMENTOS A TERCEIROS ADQUIRENTES DE BOA-FÉ. LIMITANDO-SE A INCORPORADORA DO EMPREENDIMENTO A PROPOR A AÇÃO DE EXECUÇÃO, SEM AVERBA-LA NO REGISTRO DE IMOVEIS OU AVISAR A FINANCIADORA, PERMITIU QUE DEZENAS DE APARTAMENTOS FOSSEM ALIENADAS PELA CONSTRUTORA A ADQUIRENTES QUE NÃO TINHAM NENHUMA RAZÃO PARA SUSPEITAR DA LEGALIDADE DA COMPRA E VENDA, INCLUSIVE PORQUE DELA PARTICIPOU A CEF. NÃO PREVALECE, CONTRA ESTES, A ALEGAÇÃO DE FRAUDE A EXECUÇÃO. 2. PROPOSTA A AÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE (ART. 593, II CPC), A PROVA DA INSOLVENCIA**

as fases pré e pós-contratuais⁹. Thomas Wilhelmsson¹⁰ analisa as alterações ocorridas no conceito de contrato social¹¹, baseadas em princípios de proteção de determinados grupos de sujeitos jurídicos que devem receber tratamento diferenciado, como é o caso dos consumidores. Assim, o princípio da autonomia da vontade¹² foi paulatinamente substituído pelo princípio de solidariedade¹³, no campo da proteção dos consumidores.

DA DEVEDORA E INDISPENSÁVEL PARA CARACTERIZAR A FRAUDE A EXECUÇÃO. PRECEDENTES DA DOUTRINA E DA JURISPRUDENCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE OS EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELO ADQUIRENTE. DJ, 12/12/1994, p. 34350; RDR, vol. 1, p. 172; RSTJ, vol. 73, p. 227, julgado em 14/11/1994, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça. Por último, veja Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 47901/SP; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior: *RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTACIONAMENTO. RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO. DEVER DE PROTEÇÃO DERIVADO DA BOA-FÉ. FURTO DE VEÍCULO. O ESTABELECIMENTO BANCÁRIO QUE POE A DISPOSIÇÃO DOS SEUS CLIENTES UMA ÁREA PARA ESTACIONAMENTO DOS VEÍCULOS ASSUME O DEVER, DERIVADO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, DE PROTEGER OS BENS E A PESSOA DO USUÁRIO. O VÍNCULO TEM SUA FONTE NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO ASSIM ESTABELECIDO, QUE SERVE DE FUNDAMENTO A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER.* AGRAVO IMPROVIDO. DJ, 31/10/1994, p. 29505; RSTJ, vol. 66, p. 20, julgado em 12/09/1994, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 75. Assim, também, MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Importador pelo Fato do Produto segundo o Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, julho/setembro de 1991, p. 277-294; p. 278. Veja, também, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-Fé no Direito Privado...*, p. 394. E PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Defesa do Consumidor...*, p. 36.

¹⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. *Critical Studies in Private Law – a treatise on need-rational principles in modern law (WILHELMSSON, Thomas).* *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, setembro/dezembro de 1992, p. 244-246; p. 245.

¹¹ Para um aprofundamento do tema, veja ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 301 e seguintes.

¹² Veja nota 3, *supra*.

¹³ Para um conceito de princípio da solidariedade social, veja TOSS, Luciane Lourdes Webber. O Limite Constitucional da Autonomia Privada: o princípio da solidariedade social como limite à liberdade contratual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 19, março de 2001, p. 209-224. Na p. 219, a autora afirma: "A solidariedade como princípio constitucional, de interesse superior e fundamental para a ordem pública, preceituado no art. 3º, III da CF, considera o desenvolvimento econômico e social, não sob um caráter individualista, mas sim sob a perspectiva de igualdade e dignidade social. Esta dignidade social leva em conta a exposição do ser na sociedade em todos os aspectos. O conceito de dignidade social pode variar de acordo com o contexto histórico, mas, podemos afirmar que está ligado à noção de respeito e possibilidade de crescimento do ser. Falamos aqui de um conceito de solidariedade baseado no respeito ao princípio fundamental e constitucional da dignidade da pessoa humana que tem como elemento subjetivo a igualdade e a liberdade. A liberdade contratual está vinculada ao desenvolvimento da pessoa. Portanto, a liberdade contratual expressa no princípio da solidariedade significa o direito à aquisição de bens necessários a total integração do indivíduo no seu meio social, do acesso deste aos meios culturais, de seu livre exercício de culto religioso, do trabalho digno, e assim por diante. Considerado o Estado de Bem Estar Social o princípio da solidariedade como limitador do poder negocial dos particulares passa a ser um critério de inclusão social, proteção de determinados grupos na sociedade, de realização de novos direitos fundamentais, de combate do abuso do poder econômico e de toda atuação profissional. (...) O equilíbrio contratual, tornando equânimes os que do pacto participam, em uma visão contemporânea, norteada pelas normas constitucionais, está relacionada a princípios jurídicos como o da solidariedade social, proteção dos interesses coletivos, direito de personalidade, dignidade da pessoa humana, entre outros. É a funcionalidade do contrato que impõe limites à liberdade de contratar".

Ao proteger o hipossuficiente¹⁴, o direito social rompe com o dogma da igualdade de todos perante a lei e passa a ser um direito das desigualdades, na medida em que forma um Direito com responsabilidades diferenciadas¹⁵.

Os desafios do novo milênio exigem um direito do consumidor cada vez mais desenvolvido e atento¹⁶, haja vista a evolução atual da ciência (por exemplo, os estudos sobre o genoma humano – genética – e os alimentos transgênicos, ou geneticamente modificados), que tende a fragilizar ainda mais o consumidor, em face da rápida globalização, do desenvolvimento das novas tecnologias e da grande circulação de informação, esta última possibilitada pela existência dos computadores e da Internet.

Poderiam ser consideradas duas hipóteses para fundamentar a responsabilidade extracontratual do fornecedor pelo fato do produto: a hipótese tradicional da teoria subjetiva da responsabilidade civil, baseada na culpa; e a hipótese das teorias objetivas, surgidas da necessidade de socialização dos danos e dos riscos da sociedade massificada de consumo¹⁷.

Seguindo as teorias objetivas, poderíamos justificar a responsabilidade do fornecedor no risco puro de sua atividade e na idéia de divisão dos riscos e dos custos na sociedade industrializada¹⁸. O fundamento da responsabilidade seria o risco criado pela introdução no mercado de um produto destinado ao consumo. Entretanto, esta responsabilidade por risco é mais aceita para as atividades ditas perigosas e não para todas as atividades.

¹⁴ José Geraldo Brito Filomeno afirma que “O traço marcante da conceituação de “consumidor”, (...) está na *perspectiva* que se deve adotar, ou seja, no sentido de se considerar como *hipossuficiente* ou *vulnerável*.” (Grifos no original) (p. 28). O presente trabalho adota a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Vulnerabilidade é um conceito de direito material, enquanto hipossuficiência, um conceito de direito processual; “A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a *previsão de inversão do ônus da prova*” (p. 313-314). O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1991) assim dispõe: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando for considerado hipossuficiente, em termos processuais, pelo juiz, seria a grade novidade do CDC, como afirma o mesmo autor (p. 19). Nelson Nery Júnior, comentando o art. 46 do CDC (Disposições Gerais da Proteção Contratual) afirma que o fornecedor tem o dever de fazer com que o consumidor tome conhecimento *efetivo* do conteúdo do contrato, principalmente das cláusulas restritivas de seus direitos, porque o consumidor tem, a seu favor, a possibilidade de haver a inversão do ônus da prova (p. 473). Ada Pellegrini Grinover afirma que o Título III do CDC, que trata da Defesa do Consumidor em Juízo, é complementado por regras situadas fora desse Título, como a da inversão do ônus da prova, que reafirmam o esforço de tutela da parte processualmente mais fraca (p. 704). Kazuo Watanabe utiliza-se do conceito de hipossuficiência estabelecido por Cecília Matos, na dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. Nas palavras da autora: “A hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, educação, de participação, de associação, entre outros” (p. 714). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 28, 313-314, 19, 473, 704, 714.

¹⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. *Critical Studies in Private Law...*, p. 245.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Qual o futuro do direito do consumidor? União Européia legisla em 1998 e projeta importantes mudanças para a proteção dos consumidores em 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 30, 1999, p. 225-234; p. 226.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. A Responsabilidade do importador..., p. 278 e 285.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. A Responsabilidade do Importador..., p. 147.

Por isso, a doutrina¹⁹ desenvolveu-se no sentido de uma terceira hipótese de responsabilidade civil, fundamentada em deveres de proteção da integridade alheia, impondo um modo de agir que evite prejuízos ao parceiro na relação. A idéia chave é a da solidariedade que deve permear o contato social²⁰, toda vez que ele se intensifica, indo além da relação eventual. Então, a responsabilidade civil originar-se-ia da violação de um comportamento exigível na relação concreta. A fonte dessa responsabilidade civil seria uma terceira, autônoma em relação ao contrato e ao delito.

A atividade industrial é socialmente útil para o desenvolvimento econômico²¹; por isso, o fundamento da responsabilidade do fabricante está no defeito dos produtos²² colocados à disposição no mercado de consumo²³. Partindo-se do pressuposto de que é impossível uma produção isenta de defeitos, porque o ser humano é falível, o risco assumido pelo produtor é a eventualidade do defeito, ainda que este independa de sua vontade.

Portanto, é possível dizer que a responsabilidade do fornecedor funda-se no risco da existência de um defeito, que constitui uma ameaça geral. O dano nem sempre se materializa; havendo defeito sem dano, o bem jurídico que se procura proteger é a segurança dos consumidores²⁴. Assim, o produto deve ser retirado do mercado, como uma forma de prevenção. Se houver dano, e este for originado de um defeito, aquele deve ser indenizado.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Novos Rumos do Direito Internacional Privado quanto às Obrigações resultantes de Atos lícitos. *Revista dos Tribunais*, vol. 629, março de 1988, p. 72-92; p. 72.

²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra Produtos Defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 42, abril-junho de 2002, p. 49-85; p. 64 e 65. O contato social ocorre não apenas quando há relações jurídicas, mas também quando há interação entre os indivíduos de uma sociedade. Então, esses indivíduos devem ser solidários sempre que se relacionam com o próximo e não só quando firmam contratos. Enzo Roppo define *contato social* da seguinte forma: "complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa de troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade como valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação (...)". Segue o autor afirmando: "É, por força deste contato social, a relação econômica entre os sujeitos interessados é reconhecida e tutelada pelo direito, que a trata como relação jurídica e, mais precisamente, como relação contratual (visto que lhe considera aplicável grande parte das regras que disciplinam as relações nascidas do contrato)". ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Ana Coimbra e M. Januária C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 301-305.

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra Produtos Defeituosos..., p. 74.

²² Luiz Gastão Paes de Barros Leães assim define produto defeituoso: "Um produto é considerado defeituoso se for perigoso além do limite em que seria percebido pelo adquirente normal e de acordo com o conhecimento da comunidade dele destinatária no que diz respeito às suas características". Para saber se o produto é ou não defeituoso, há que se levar em conta "a época em que foi colocado em circulação" pois dependerá desta data a responsabilidade do fornecedor. José Geraldo Brito Filomeno, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 41, 162, 163.

²³ O mercado de consumo surgiu com a nova realidade social da produção e contratação em massa, que acarretou um sistema de produção e distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico despersonalizado e desmaterializado. Esse mercado é característico da era pós-Revolução Industrial e pós-moderna, que atinge seu ápice no século XX e que, no século XXI está atingindo sua "maturidade", devido aos instrumentos jurídicos existentes para a defesa e a proteção do consumidor. Veja MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52 e 53.

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman [et al.]. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 47 e 66.

Este trabalho, dividido em duas partes, examina, inicialmente (Parte I), os aspectos do risco do desenvolvimento à luz do ordenamento jurídico norte-americano, abordando-se o desenvolvimento histórico e estudando-se os principais precedentes deste ordenamento. Posteriormente (Parte II), analisa o instituto do risco do desenvolvimento em face do ordenamento jurídico brasileiro, estudando-se o seu desenvolvimento histórico e a forma como o legislador pátrio regulou a questão, tanto no Código de Defesa do Consumidor, como no novo Código Civil de 2002.

É certo afirmar que o Código de Defesa do Consumidor, analisado na segunda parte do presente trabalho, sofre a influência tanto do direito norte-americano, quanto do direito europeu, mais precisamente o consubstanciado na Diretiva Europeia n. 85/374/CEE, no tocante à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. Este trabalho visa a analisar apenas a influência do direito norte-americano sobre o direito brasileiro, no que toca ao risco do desenvolvimento.

PARTE I – A FUNÇÃO DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

A evolução da idéia da responsabilidade objetiva²⁵ pode ser percebida claramente no sistema da *common law*, através do estudo dos precedentes jurisprudenciais, que serão abaixo apontados.

A responsabilidade civil do fornecedor tem origem na culpa (*negligence*)²⁶, que se baseia no princípio da relatividade dos contratos (*privity of contract*)²⁷. Seguindo a *negligence*, a existência de um contrato entre o fornecedor e o sofredor do dano é indispensável para que haja indenização.

O desenvolvimento industrial, desencadeador da produção e do consumo em massa tornou a doutrina da *negligence* inadequada para a distribuição dos riscos na sociedade. Foi, então, necessário pensar

²⁵ No CDC, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais está *objetivada*, concentrada no *produto* ou no *serviço* prestado, na existência de um *defeito* (falha na segurança) ou na existência de um *vício* (falha na adequação, na prestabilidade). Claudia Lima Marques assim define a responsabilidade objetiva: “Se definirmos *responsabilidade objetiva* simplesmente como *aquela que prescinde de culpa*, certamente podemos concluir que o art. 12 do CDC segue a *teoria objetiva*, na medida em que este artigo afirma nascer a responsabilidade de *determinados fornecedores independentes da existência de culpa*”. (Grifos no original). Em outras palavras, a responsabilidade objetiva é a responsabilidade “*não culposa*”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 222-224.

²⁶ Veja interessante artigo da Professora Véra Maria Jacob de Fradera, “Conceito de Culpa”, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 770, dezembro de 1999, p. 117-122, que define o conceito de culpa, indo buscar no *Corpus Juris Secundum*, vol. 65, e na *Common Law* (no qual se diz *negligence*), o significado, que ora se reproduz: “*uma conduta e não aquilo que pode ter causado tal conduta*”. Segue a autora afirmando: “*É uma conduta desacompanhada da atenção que tem um homem normalmente prudente, em determinadas circunstâncias, e também conduta desacompanhada de certas considerações relacionadas às seqüências, a que chamamos de cuidado*” (Grifo no original) (p. 119). Também Savatier definiu doutrinariamente a culpa como sendo “*a inexecução de um dever que o agente podia conhecer*” (Grifo no original) (Véra Fradera, p. 119).

²⁷ CAMPOS, Maria Luíza de Sabóia. Da Responsabilidade sem Culpa no Direito Norte-Americano na Proteção do Consumidor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 55, janeiro-março de 1991, p. 56-58; p. 58 e 59. *Privity of contract* é conhecido em português como o princípio da relatividade contratual, segundo o qual “*os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas apenas as partes que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato. Compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o patrimônio das pessoas podem derivar da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas já não da vontade de outros sujeitos*”. (Grifos no original). ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 129-130.

em uma forma melhor de se fazer isso. É sabido que atualmente a *negligence* no direito norte-americano, no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, encontra-se ultrapassada²⁸.

Atualmente, a responsabilidade civil do fabricante de um produto defeituoso lhe deve ser imputada em razão do risco que ele cria a terceiros, não de culpa, e independentemente da existência de vínculo contratual direto com a vítima²⁹ - quebra da regra da relatividade contratual - (*privity of contract*)³⁰.

O instituto do risco do desenvolvimento consiste na possibilidade de que um produto, exaustivamente testado à luz dos conhecimentos disponíveis na época da sua introdução, venha a ser introduzido no mercado, apresentando defeito irreconhecível, e que, mais tarde, frente à evolução dos meios técnicos e científicos, é detectado defeito tal capaz de causar dano ao consumidor³¹. Isto significa dizer que, o fornecedor, em razão de sua atividade, não pode e não deve ignorar o risco que seu produto pode causar, considerados os conhecimentos técnicos e científicos existentes à época do lançamento do produto no mercado.

A) DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO, PRINCIPAIS PRECEDENTES E O DESENVOLVIMENTO DOUTRINÁRIO

Nos Estados Unidos da América, o assunto da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto é profundamente analisado pelo livro de casos de autoria de William Powers, Fischer, Green e Sanders³². Nessa obra, foi possível encontrar os casos estudados, bem como os comentários a eles, que explicam o raciocínio dos juízes e a forma como se desenvolveu a responsabilidade do fornecedor, a partir de *leading cases*.

No direito norte-americano, a proteção dos consumidores seguiu três vias distintas: a) negligência (*negligence*)³³; b) descumprimento da garantia contratual (*warranties*)³⁴; c) responsabilidade objetiva (*strict liability*)³⁵.

²⁸ CAMPOS, Maria Luíza de Sabóia. Da Responsabilidade sem Culpa no Direito Norte-Americano..., p. 61.
²⁹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra Produtos Defeituosos..., p. 54.

³⁰ Vide *supra*, nota 27.

³¹ SOUZA, James J. Marins de. Risco de Desenvolvimento e Tipologia das Imperfeições dos Produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abril/junho de 1993, p. 118-133; p. 125.

³² FISCHER, GREEN, POWERS, SANDERS. *Products Liability – cases and materials*. Third Edition, West Group, Saint Paul, 2002. p.

³³ Vide *supra*, nota 26. No sistema da *Common Law*, *negligence* é assim definida: “*The failure to exercise the standard of care that a reasonably prudent person would have exercised in a similar situation any conduct that falls below the legal standard established to protect others against unreasonable risk of harm, except for conduct that is intentionally, wantonly, or willfully disregarding of other’s rights*”. BLACK’S LAW DICTIONARY. Second Pocket Edition. Bryen A. Garner (Editor in Chief). St. Paul., Minn., West Group, 2001. p. 470.

³⁴ Neste ponto, a palavra *warranties* está sendo utilizada no seguinte sentido: “*An express or implied promise that something in furtherance of the contract is guaranteed by one of the contracting parties: esp., a seller’s promise that the thing being sold is as represented or promised. 1. A warranty is an essential part of a contract; 2. A warranty is always written on the face of the contract; 3. A warranty is conclusively presumed to be material; 4. A warranty must be strictly complied with the representation*”. BLACK’S LAW DICTIONARY, p. 760.

³⁵ Vide *supra*, nota 25. PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell*. 5ª Ed., St. Paul, Minn., West Group, 1998. p. 188 e seg. Veja, também, JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Diretiva n. 85/374/CEE em Matéria de Responsabilidade decorrente dos Produtos Defeituosos*. In: *Temas de Direito da Integração e Comunitário*, p. 213-257. São Paulo, LTR, 2002. p. 214, 226 e 227.

Os três critérios coexistem entre si e a evolução da responsabilidade civil não deve ser entendida como uma progressiva sucessão de etapas a partir de um critério de imputação inicial, mas um complexo amadurecimento de vários critérios, que atualmente não se excluem, mas podem ser utilizados em conjunto³⁶.

Em 1965, o *American Law Institute* perpetuou a teoria do risco no *Restatement of Torts 2nd*, depois de os tribunais do país terem decidido muitos casos a este respeito³⁷. Com isto, o antigo fundamento da responsabilidade baseada na culpa foi substituído pela responsabilidade objetiva, sistema que melhor se adapta na atualidade à reparação do consumidor³⁸.

O principal elemento desse novo modelo é a dispensa da verificação da culpa. Basta a comprovação do defeito, do *eventus damni*, do nexo para que possa o fornecedor ser responsabilizado, pois seu dever de indenizar tem embasamento no risco causado ao consumidor³⁹. O dever de reparar é daquele que, ao desenvolver determinada atividade que, por sua natureza, implica risco para os direitos de outrem, deve sofrer as conseqüências provenientes da mesma. De acordo com o autor, “no regime da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, (...), não há lugar para as causas ou cláusulas de exclusão dessa responsabilidade”⁴⁰.

A responsabilidade objetiva não elimina a exigência de prova, já que o consumidor lesado permanece obrigado (em algumas legislações, como na mencionada Diretiva Européia) a provar ter sofrido o dano, o nexo de causalidade e outros requisitos. O que não precisa é a comprovação da culpa⁴¹.

O fundamento do dever de ressarcir os danos causados está na solidariedade social⁴², que é a base da responsabilidade sem culpa, que inexistia quando o mundo ocidental vivia no sistema do liberalismo econômico, fundado no individualismo possessivo⁴³. Os contratos firmados são objeto de fiscalização do Estado⁴⁴, não cabendo mais somente às partes definir o que pretendem fazer e de que forma desejam, especialmente se uma delas for a consumidora (teoria da discriminação positiva para o

³⁶ FISCHER, GRENN, POWERS, SANDERS. *Products Liability...*, p.

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 18.

³⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Diretiva n. 85/374/CEE em Matéria de Responsabilidade decorrente dos Produtos Defeituosos*. In: Temas de Direito da Integração e Comunitário, p. 213-257. São Paulo, LTr, 2002. p. 229.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 1043.

⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Da Proteção Contratual. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover [et al.]. – 6 ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000. p. 429-555. p. 468.

⁴¹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *A Responsabilidade Civil do Fabricante e os Riscos do Desenvolvimento*. In: MARQUES, Claudia Lima. *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994. p. 73-94; p. 75.

⁴² Veja nota 13 *supra*.

⁴³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Diretiva n. 85/374/CEE...*, p. 225 e 226.

⁴⁴ Uma forma de ocorrer esta fiscalização do Estado é por meio dos órgãos de defesa do consumidor, como os PROCON dos estados, os Ministérios Públicos Estadual e Federal, e o Poder Legislativo, pela edição de leis que venham a promover a proteção do consumidor, como o próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 1991.

mais fraco). Há um motivo racional para a tutela da parte vulnerável⁴⁵, uma discriminação positiva⁴⁶.

Com relação ao estudo de casos, gostaria de apontar os quatro mais relevantes para o presente estudo.

1. Thomas v. Winchester

Em 1852, o tribunal de Nova York acolheu a pretensão indenizatória de um cidadão, cuja esposa sofrera danos em consequência de ter ingerido veneno, contido num vidro de beladona⁴⁷, por erro de etiquetagem do fabricante. Este resultou condenado por negligência (*negligence*). A droga fora adquirida numa farmácia, mas o tribunal decidiu pela responsabilidade do fabricante, rompendo a regra da relatividade do contrato (*privity of contract*)⁴⁸, já que o contrato tinha sido firmado entre o consumidor e o farmacêutico.

Além disso, o tribunal atribuiu um dever de cuidado do fabricante em relação ao consumidor⁴⁹.

2. McPherson v. Buick Motor Co.

Em 1916, o direito norte-americano lançou as bases da responsabilidade extracontratual por produtos defeituosos, quando um tribunal de Nova York condenou a fábrica de automóveis Buick Motor Company pelos danos sofridos pelo adquirente de um veículo da marca, que teve os raios de uma roda rompidos, lançando o proprietário para fora e provocando-lhe graves lesões⁵⁰. Para Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, esta foi a primeira grande decisão norte-americana sobre acidente de

⁴⁵ Veja *supra*, nota 14. O CDC dispõe que o consumidor é a parte vulnerável da relação contratual: "Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)". É reconhecido que o consumidor é a parte substancialmente mais fraca na relação jurídica de consumo, conforme afirma Nelson Nery Júnior, *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 476.

⁴⁶ CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor – justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista de Direito Privado*, vol. 3, julho-setembro de 2000, p. 157-188; p. 169.

⁴⁷ Beladona é uma planta ornamental, originária da Europa e da Ásia, da família das solanáceas (*Atropa belladonna*), dotada de folhas grandes e bagas globosas, medicinal, com propriedades diafórica e diurética, e cujo alcalóide, a atropina, é de uso perigoso. NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. 1. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Pode ser perigosa (tóxica), se ingerida em grandes quantidades.

⁴⁸ Vide *supra*, nota 27. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*. São Paulo, Saraiva, 1987. p. 7. Ver também PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abril/junho de 1993, p. 34-60; p. 45.

⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra Produtos Defeituosos..., p. 55.

⁵⁰ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do Fabricante...*, p. 45.

consumo⁵¹. O tribunal afirmou a quebra da teoria da relatividade do contrato e imputou um dever de diligência ou de cuidado (*duty of care*) do fabricante em relação ao consumidor, mesmo que o consumidor não tenha adquirido o produto diretamente do fabricante e sim de um vendedor⁵².

Veja-se que houve a generalização do dever de cuidado instituído pelo precedente de 1852 (*Thomas v. Winchester*, examinado acima), uma vez que tornou o fabricante responsável frente ao usuário final, se provadas a negligência na fabricação e a periculosidade do produto.

Essa decisão constitui um dos mais importantes precedentes da responsabilidade pelo produto, uma vez que tenha superado o princípio da relatividade dos contratos, ao mesmo tempo em que estabeleceu o dever de diligência ao fabricante de produtos⁵³.

A partir desse caso, os norte-americanos formularam três regras para a responsabilidade civil do fabricante⁵⁴: a) quando há contrato, o fabricante responde nos termos da obrigação de garantia; b) se o lesado é um terceiro, sem vínculo contratual, há a imputação de um dever de cuidado ao fabricante, que responde por agir negligentemente; c) inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando o fabricante agiu negligentemente, para evitar que a prova da negligência se torne impossível. O custo dessa responsabilidade conduziu à instituição do seguro de responsabilidade civil, pelo qual o fabricante socializou os riscos do seu próprio produto, embutindo no custo de fabricação o valor do prêmio que deveria pagar para cobrir os danos eventuais⁵⁵.

3. Henningsen v. Bloomfield Motor Co.

Em 1960, a perspectiva do direito norte-americano alterou-se um pouco, a partir do caso *Henningsen v. Bloomfield Motor Company*, julgado pela Suprema Corte do Estado de New Jersey. O tribunal consagrou a responsabilidade solidária entre o fabricante e o revendedor, com base na teoria das garantias implícitas (*implied warranties*)⁵⁶, segundo a qual as garantias inerentes a produtos não se limitam a relações contratuais, comprometendo o fornecedor diretamente com o consumidor⁵⁷.

As bases de *Henningsen* foram consolidadas pelo *Uniform Commercial Code* que, em 1962, estipulou a responsabilidade objetiva do vendedor de produtos defeituosos⁵⁸.

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 15.

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 55. Veja, também, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 16.

⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 16.

⁵⁴ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 55.

⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Defesa do Consumidor...*, p. 46.

⁵⁶ *Implied Warranties* são: "A warranty arising by operation of law because of the circumstances of a sale, rather than by the seller's express promise". BLACK'S LAW DICTIONARY, p. 761.

⁵⁷ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 55.

⁵⁸ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 55.

4. Greenman v. Yuba Power Products Co.

Este caso foi decidido em 1963, pela Suprema Corte do Estado da Califórnia. Um homem foi atingido por uma machadinha que se soltou do cabo, quando ele trabalhava um pedaço de madeira. O fabricante alegou que não recebera nenhuma notícia prévia de defeito no produto⁵⁹, mas o tribunal julgou que o produtor é objetivamente responsável se um produto que ele coloca no mercado vem a se tornar perigoso⁶⁰.

Esse precedente determinou que a responsabilidade do fabricante, desligada da idéia de culpa, teria seu fundamento no risco criado pela colocação do produto no mercado. Além disso, consagrou a imputação da responsabilidade objetiva ao produtor, relativamente aos danos causados pelo produto colocado no mercado sem controle preventivo. Isso ocorre, porque a responsabilidade não decorre da violação apenas de garantias contratuais, mas de normas da responsabilidade objetiva por atos ilícitos (*strict liability in tort*)⁶¹.

Essa regra da responsabilidade objetiva do fornecedor foi literalmente transposta para a Seção § 402A do *Restatement 2nd of Torts*⁶², em 1965, do *American Law Institute*. Ela afirma que o vendedor profissional responde perante o consumidor, quando o produto, por seu caráter defeituoso ou simplesmente perigoso, impõe ao consumidor um risco anormal não-razoável. Destaca-se a presença dos dois elementos: do risco – criado justamente pelo caráter defeituoso do produto –, e da colocação do produto no mercado.

Embora o *Restatement* não vincule os juízes, ele é uma sugestão a ser seguida, na solução de casos concretos, por traduzir, em grande parte, os princípios do direito costumeiro, que estão sendo utilizados no momento⁶³. O fundamento da responsabilidade objetiva, nesse ordenamento jurídico, é o risco ligado à atividade de vender um produto perigoso ou defeituoso no mercado⁶⁴.

⁵⁹ Veja nota 22 *supra*.

⁶⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 56.

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 18 e 51.

⁶² STAPLETON, Jane. *Product Liability*. London, Butterworths, 1994. p. 24 e 25. No original: "§ 402A. *Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer* – (1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller*". Também é possível encontrar a transcrição do *The Restatement of Torts (Second)* § 402A (1965) em FISCHER, GRENN, POWERS, SANDERS. *Products Liability...*, p. 53. A tradução para o português encontra-se em PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Proteção contra Produtos Defeituosos...*, p. 56.

⁶³ STAPLETON, Jane. *Product Liability...*, p. 25.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *A Responsabilidade do Importador...*, p. 288.

B) O RISCO DO DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO ATUALMENTE

A proteção dos consumidores e a industrialização são conceitos mais ou menos inseparáveis. Nos países desenvolvidos, há um certo consenso sobre o papel do direito do consumidor, seus objetivos, seus problemas maiores e seus limites. Isso ocorre, porque, nesses países, tal como ocorre nos Estados Unidos da América, a proteção do consumidor foi, em definitivo, incorporada à realidade social⁶⁵.

A responsabilidade pelo produto é uma doutrina legal elaborada nos Estados Unidos da América, para efetivar as políticas econômica e social⁶⁶. Pode ser definida desta forma: aqueles que lucram com a atividade de produção de um produto devem pagar pelos danos causados pela utilização normal desse produto⁶⁷. Pagar pelo dano deve ser considerado como um custo do negócio. Se o produto não é lucrativo, considerando os custos com os danos causados, então o produto deve ser retirado de circulação. Se o contrário for verdadeiro, o produto continua a ser vendido.

Para fazer com que o fabricante pague pelos danos causados, o dever de indenizar não depende de culpa, mas da fabricação do produto e do dano causado por ele. A culpa é irrelevante⁶⁸. Em outras palavras, se o fornecedor fabricou o produto, e este causou um dano, sendo utilizado de uma forma apropriada, então o fornecedor deve ser responsabilizado.

Possuir o fornecedor responsabilidade pelo produto fabricado não significa ser absolutamente responsável pelo produto. O produto precisa ser defeituoso. No sistema norte-americano, a prova do defeito no produto cabe ao consumidor. Se a responsabilidade objetiva fosse o mesmo que responsabilidade absoluta, a existência do defeito seria irrelevante, ou seria provada através da existência do dano⁶⁹.

A teoria da responsabilidade pelo produto foi desenvolvida no sentido de que o defeito pode ocorrer numa dessas áreas: a) na concepção do produto (*design defect*); b) na fabricação do produto; c) na informação quanto aos usos e riscos do produto.

Além disso, deve haver um mínimo grau de segurança que é utilizado no mercado pelos fabricantes⁷⁰. Esse mínimo grau de segurança deve levar em conta a expectativa dos consumidores.

⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. A Proteção do Consumidor nos Países Menos Desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 8, outubro/dezembro de 1993, p. 200-219; p. 211.

⁶⁶ WERTHEIMER, Ellen. Unknowable Dangers and the Death of Strict Products Liability: the empire strikes back. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 60, Spring, 1992, p. 1183-1252; p. 1185.

⁶⁷ FISCHER, GREEN, POWERS, SANDERS. *Products Liability...*, p. 54.

⁶⁸ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1185.

⁶⁹ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1186.

⁷⁰ STAPLETON, Jane. *Product Liability...*, p. 236.

De acordo com Jane Stapleton⁷¹, riscos de desenvolvimento são aqueles riscos que se tornam aparentes quando o novo produto é utilizado. O exemplo clássico de risco que se torna aparente são os riscos da Talidomida para os fetos. Posteriormente, uma vez a ciência e a tecnologia se desenvolveram de forma a tornar mais baratos os custos de fabricação de um produto mais seguro, o fabricante pode ser responsabilizado por não ter observado o nível mínimo de segurança de seu produto.

O conhecimento sobre o risco não é pré-requisito para a existência de defeito, levando-se em consideração as três classificações relacionadas acima, porque há a presunção de que o fabricante tem ciência de todos os riscos de seu produto, à época da colocação no mercado⁷². Além disso, atribui-se aos fornecedores o dever geral de segurança em relação aos consumidores, que tem sua matriz no princípio da boa-fé objetiva⁷³.

1. Conhecimento sobre o Risco ou o Perigo nos Casos de Defeito de Concepção (*design defects*)

Os defeitos de projeto ou concepção abrangem as falhas e deficiências ocorridas na fase de planejamento e idealização do produto. Ocorre, quando as normas técnicas e científicas não são devidamente observadas, e o projeto e/ou a fórmula apresentam incorreções⁷⁴. Encontram-se durante a fase de planejamento do produto.

Em primeiro lugar, um produto pode ser considerado defeituoso em sua concepção, se o autor estabelecer que o produto falhou ao atuar da forma segura como um consumidor “médio” esperaria que ele atuasse, utilizando-o normalmente (uso comum)⁷⁵.

Em segundo lugar, um produto pode ser considerado defeituoso dentro dessa categoria, se o autor demonstrar que a forma como o produto foi concebido foi a causa do dano e que o fabricante falhou ao estabelecer seus benefícios. Em outras palavras, o consumidor deve demonstrar que há uma melhor forma possível de se conceber o produto e que esta não é defeituosa (*alternative possible design*)⁷⁶.

O teste da expectativa dos consumidores (*consumer expectations test*) é amplamente utilizado pelas cortes norte-americanas, para a determinação do defeito de concepção de um produto⁷⁷. Este teste consiste na análise social do que o consumidor espera de um produto.

⁷¹ STAPLETON, Jane. *Product Liability*..., p. 237. No original: “Development risks are those risks which only become apparent as a new product is used”.

⁷² WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers*..., p. 1187.

⁷³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*..., p. 50 e seg.

⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*..., p. 56 e 57.

⁷⁵ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell*. 5th Ed., St. Paul, Minn., West Group, 1998. p. 190.

⁷⁶ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell*..., p. 191.

⁷⁷ FISCHER, GRENN, POWERS, SANDERS. *Products Liability*..., p. 106.

Se o produtor não pode ser responsabilizado pelos danos causados por seus produtos, a não ser quando sabia ou devia saber sobre o risco, a conduta do fabricante será analisada de acordo com a teoria da culpa, independentemente de quem é o ônus da prova. Então, não havendo prova do defeito de fabricação, o fabricante não pode ser responsabilizado sobre um risco do qual ele não tinha conhecimento⁷⁸.

Deve-se considerar que riscos desconhecidos existem. Para os norte-americanos, a questão é posta no sentido de quem deve suportar o custo de um risco não sabido. A resposta depende de vários fatores, incluindo-se quem (se o fornecedor ou o consumidor) está mais propenso a evitar a ocorrência até mesmo dos riscos não conhecidos, e quem está menos avesso a assumir tais riscos. A incerteza gerada por esta potencial responsabilidade por danos indefinidos foi construída em relação a determinados produtos, e os custos associados a esta incerteza serão suportados pelo fornecedor, a não ser que a responsabilidade objetiva seja abolida⁷⁹.

A constatação de um defeito de *design* obriga o fornecedor a reparar os danos causados aos prejudicados e a informar todos os consumidores sobre o problema. Este é denominado de dever de *recall*, que constitui uma modalidade de dever de informação⁸⁰. Os defeitos quanto aos riscos de desenvolvimento situam-se também na fase de concepção do produto.

2. Conhecimento sobre o Risco ou o Perigo nos Casos de Defeito de Fabricação

Nos Estados Unidos da América, os tribunais sempre se referem aos defeitos de fabricação como sendo diferentes dos defeitos de concepção, vistos acima. Nos casos de defeito de fabricação, o consumidor deve provar que o produto é defeituoso, simplesmente mostrando que o produto não condiz com as especificações do fabricante⁸¹.

A definição de defeito de fabricação parece indicar que o fabricante pode determinar seu próprio padrão de segurança. Mas a forma mais adequada é comparar uma “aberração” com um produto similar do fabricante, para determinar se há defeito em um exemplar específico⁸². Esses defeitos de execução podem ocorrer tanto na fase de fabricação, quanto nas fases de montagem, manipulação, acondicionamento, construção, produção ou distribuição⁸³.

Nos casos em que o testemunho de um *expert* é necessário para avaliar se um produto é defeituoso, o defeito não pode ser considerado, uma vez que desvia do senso comum do consumidor “médio” (*ordinary consumer*)⁸⁴.

⁷⁸ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1187.

⁷⁹ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1188.

⁸⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 139 e seg.

⁸¹ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell...*, p. 199.

⁸² PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell...*, p. 203.

⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 136 e seg.

⁸⁴ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell...*, p. 12.

Os defeitos de fabricação integram o risco da atividade do fornecedor. Dessa forma, é possível o fornecedor fazer o cálculo estatístico do número provável de pessoas atingidas, para incluir no custo de produção o custo com o contrato de seguro⁸⁵, bem como o custo das indenizações.

A aplicação da responsabilidade objetiva do fornecedor para os casos de defeito na fabricação serve de “catalisador” para a aplicação dessa teoria para os casos de defeitos de concepção e informação⁸⁶.

3. Conhecimento sobre o Risco ou o Perigo nos Casos de Defeito de Informação

Quando a teoria da responsabilidade objetiva do fabricante começou a ser aplicada pelos tribunais norte-americanos, o defeito de informação era considerado como uma espécie do gênero defeito de concepção (*design defect*)⁸⁷. Posteriormente, estabeleceu-se uma subdivisão no dever de informação entre os avisos sobre os riscos e perigos (*warnings*) e as instruções de uso (*directions* ou *instructions*)⁸⁸.

A consideração de que o fabricante deve conhecer os perigos e os riscos de seus produtos assume uma significação ainda maior, em se tratando de defeito de informação. Nesses casos, o consumidor não precisa demonstrar que há alternativas de produtos que contêm melhores informações, porque o que se quer é que o fornecedor adicione melhores informações sobre seu produto, e não a eliminação física do perigo ou do risco⁸⁹.

Em outras palavras, uma vez considerando-se o fabricante responsável pela falta de informação sobre seu produto e dos riscos que ele pode causar, a melhora na informação sobre o produto é uma alternativa possível e não muito cara, em termos econômicos, mas que terá uma grande repercussão social⁹⁰.

Por outro lado, quando o produto é considerado defeituoso devido à falta de informação sobre seus usos e riscos conhecidos, é relativamente difícil não responsabilizar o fornecedor⁹¹, e o conhecimento sobre os riscos depende do avanço da ciência, quase sempre um fator que depende de investimentos. Por isso, espera-se que o fornecedor informe amplamente o consumidor sobre os riscos do produto, por meio de campanhas publicitárias e de *recall*. Em último caso, espera-se que o produto seja retirado de circulação, com o intuito de evitar a ocorrência de danos aos demais consumidores do produto.

⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 138. Assim, também se manifesta PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell...*, p. 13.

⁸⁶ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability in a Nutshell...*, p. 198.

⁸⁷ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1188 e 1189.

⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 144.

⁸⁹ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1188 e 1189.

⁹⁰ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1189.

⁹¹ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1189.

4.O Estado da Ciência e da Técnica (*state of the art*) e os riscos de desenvolvimento

Alguns tribunais norte-americanos evitam considerar o fornecedor responsável por riscos não conhecidos, ao permitirem o uso da teoria do estado da ciência e da técnica (*state of the art defense*)⁹².

Esta teoria contém a idéia de que o fabricante pode se eximir de responsabilidade, provando que o produto era o mais seguro possível, segundo a tecnologia, ao tempo em que foi fabricado. Ela é consistente com a imputação do conhecimento sobre os riscos e os perigos do produto, porque, empregando responsabilidade objetiva, enquanto se espera que o fornecedor tenha conhecimento do perigo, o conhecimento da sua solução não é presumido. Assim, a prova do estado da ciência e da técnica é admissível para mostrar que não era possível a execução de um produto mais seguro, ao tempo em que ele foi fabricado⁹³.

A expectativa de segurança do produto ou do serviço relaciona-se à época em que ele foi colocado em circulação. O momento da colocação do produto no mercado deve ser considerado para a verificação da ocorrência de um defeito. Deve-se verificar o estado da ciência e da técnica na época em que houve a introdução do produto no mercado, pois é possível que se passe um período longo de tempo até que ocorra algum dano. Durante esses anos, é possível que a ciência e a tecnologia se desenvolvam no sentido de encontrarem uma solução para o defeito. Por essas razões, o juiz deve analisar o fato ocorrido em função da época em que o produto foi disponibilizado no mercado⁹⁴.

Os riscos do desenvolvimento não podem ser confundidos com as expectativas legítimas dos consumidores em relação à qualidade e à segurança do produto na época em que foi colocado à disposição no mercado⁹⁵. Nessas situações, não é possível impor obrigações de indenizar ao fornecedor por eventuais danos sofridos pelo consumidor⁹⁶.

O que ocorre com os riscos do desenvolvimento é diferente. Nesse caso, o defeito não existe, ou não é possível de ser conhecido no momento da colocação do produto no mercado; desconhece-se o defeito, devido ao estágio científico alcançado no momento da disponibilização do produto no mercado de consumo. Nem os mais avançados conhecimentos científicos e tecnológicos da época permitiriam que fosse detectado o defeito⁹⁷. Então, ao descobrir a existência de um defeito causador de um risco ao consumidor, espera-se que o fornecedor informe o consumidor sobre esse risco, e, em última instância, caso o defeito seja insanável, retire o produto de circulação, para evitar que ocorram danos aos consumidores⁹⁸.

⁹² WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1190 e seg.

⁹³ WERTHEIMER, Ellen. *Unknowable Dangers...*, p. 1191.

⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 319.

⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 313.

⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 313 e 314.

⁹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor...*, p. 314.

⁹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *A Responsabilidade Civil do Fabricante e os Riscos do Desenvolvimento...*, p. 92.

CONCLUSÃO

A responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais está objetivada, concentrada na existência de um defeito do produto – falha na segurança⁹⁹.

Observando-se a evolução do direito brasileiro e, principalmente, no que concerne ao direito do consumidor, foi inegável a influência exercida pelo ordenamento jurídico norte-americano.

Com relação à responsabilidade pelo produto, mesclaram-se as influências do direito norte-americano, com as do direito europeu, mais precisamente a Diretiva Européia n. 85/374/CEE. Desta fusão resultou o CDC¹⁰⁰.

Após mais de dez anos de vigência do CDC, o Brasil conta com um novo Código Civil. A doutrina nacional já se manifestou no sentido de que o CDC não foi revogado pelo novo Código Civil, porque é lei mais específica¹⁰¹.

Além disso, o art. 7º prevê que o CDC não exclui os direitos dos consumidores decorrentes de outras normas. Então, poder-se-ia dizer que o novo Código Civil foi além do CDC e por isso pode ser aplicado em conjunto com ele, já que amplia os direitos do consumidor, favorecendo-o, uma vez que não vincula a responsabilidade à existência de defeito, dispõe apenas em “danos causados por produto postos em circulação”.

Então, é possível a aplicação conjunta do CDC com o novo Código Civil, sempre procurando o maior grau de segurança para o consumidor e sua maior proteção.

Nos Estados Unidos da América, o risco do desenvolvimento é visto de uma forma diferente, já que a responsabilidade objetiva tem como fundamento o risco, que se liga à atividade de vender um produto perigoso ou defeituoso no mercado. Veja-se que este risco tem que ser “anormal”, ou seja, fora das expectativas dos consumidores.

Apesar de os dois ordenamentos jurídicos possuírem nexos causais de responsabilidade diferentes, é possível dizer que os casos norte-americanos influenciaram a formação da doutrina sobre o assunto da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto.

Como foi referido no decorrer do presente trabalho, o CDC recebeu influência externa de diferentes ordenamentos, tais como a Diretiva Européia n. 85/374/CEE, os casos analisados do direito norte-americano, e o *2nd Restatement*. O diploma legal brasileiro inovou na questão da responsabilidade aplicada às relações de consumo, introduzindo um terceiro tipo, o da responsabilidade objetiva mitigada não-culposa¹⁰², decorrente da fusão do sistema europeu com o norte-americano.

⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 1025.

¹⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74 – aspectos materiais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. p. 232.

¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, janeiro-março de 2003, p. 71-99; p. 98.

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado – da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001, p. 11-56; p. 20.

O CDC adotou a teoria do defeito presumido; então, não cabe ao consumidor provar que o defeito existe, mas apenas que o dano ocorreu. A prova de que o defeito não existe cabe ao fornecedor.

De acordo com o estudo realizado, percebe-se que, de acordo com o art. 12, §1º, III, e §3º, II, do CDC, o fornecedor não é responsável pelos riscos de desenvolvimento, mesmo que não esteja prevista expressamente a exclusão da responsabilidade do fornecedor nesse caso – art. 12, §3º, II do CDC – pois deve ser levado em consideração o avanço da ciência e da técnica à época da colocação do produto no mercado de consumo.

A aceitação do instituto do risco do desenvolvimento como uma forma de eximir o fornecedor de responsabilidade não é feita de uma forma expressa pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, é preciso ser levados em consideração os avanços científicos e tecnológicos à época da colocação do produto em circulação.

O direito do consumidor, enquanto um direito social, é um direito do risco. O risco é o perigo calculável e previsível, não necessariamente evitável. O risco criado pela vida em coletividade, pela produção social e pela regularidade da produção é de todos e entre todos deve ser repartido¹⁰³.

O Direito é, de fato, um instrumento de transformação social. Por isso, deve-se trabalhar no sentido de que o direito do consumidor brasileiro cumpra o seu papel, equilibrando as relações entre consumidores e fornecedores¹⁰⁴. Enquanto elemento determinante de justiça social e de existência digna, para isso deve ser utilizado o direito do consumidor.

¹⁰³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Aspecto Distributivo do Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 41, janeiro-março de 2002, p. 140-150; p. 147.

¹⁰⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. III Congresso Internacional de Direito do Consumidor – Discurso de Abertura do Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, setembro/dezembro de 1992, p. 232-234; p. 233.