

A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

THE MANUFACTURE'S LIABILITY IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES

Verônica Vieira Amorim

RESUMO

O artigo tem por finalidade estudar a responsabilidade do fornecedor no direito comparado. Elegeu-se o sistema do *common law*, mais especificamente os Estados Unidos, tendo em vista as contribuições que tal país pode dar ao direito do consumidor. A proteção do consumidor não se deu da mesma forma em todos os países, sendo benéfica a comparação entre os ordenamentos, com a finalidade de constatar as similaridades e divergências existentes entre eles. O estudo comparado tem o objetivo de enriquecer o Direito brasileiro, seja constatando a superioridade dos institutos aqui existentes, seja proporcionando soluções ou sugestões para as insuficiências que se revelam no campo da defesa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do fornecedor; Fato do produto; Estados Unidos.

ABSTRACT

The article has for purpose to study the manufacture's liability in compared legal studies. The system of the common law was chosen, more specifically the United States, once that such country can contribute to the consumer law. The protection of the consumers did not occur in the same way in all the countries, being thus beneficial the comparison between the legal systems, in order to note the similarities and divergences between them. The compared studies has the objective of enriching the Brazilian law, verifying the superiority of the institutes here existents, or providing solutions or suggestions for the inadequacies that are revealed in the field of consumer protection.

KEY-WORDS: Manufacture's liability; Consumer's accident; United States.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Sodré: “A construção do direito do consumidor é uma teia longa e emaranhada, da qual é difícil saber por onde começa e por onde anda o fio da meada.” (SODRE, 2009, p. 9) A consideração do autor se revela interessante, na medida em que o surgimento do direito do consumidor é recente e está em constante modificação tanto no Brasil como em outros países.

Em face de uma sociedade voltada para o consumo em que as relações comerciais estão cada vez mais acentuadas, a criação de um novo ramo do Direito se fez imprescindível para a regulação dessa realidade. Diante disso, de acordo com Jean Calais-Auloy, citado por Sodré:

A existência do direito do consumidor se baseia, na minha opinião, sobre uma tripla constatação: a) os consumidores estão naturalmente em posição mais fraca em relação aos profissionais; b) a lei tem a função de proteger o fraco contra o forte; c) o direito civil clássico é impotente para assegurar a proteção dos consumidores (CALAIS-AULOY apud SODRE, 2009, p.30).

Foram várias as razões para a criação do Direito do Consumidor, sobretudo a dificuldade de regular uma relação que necessita de maior proteção por tratar-se de uma parte mais frágil. Sendo assim, nada mais coerente do que responsabilizar o fabricante por acidentes de consumo que causam grandes danos ao consumidor.

De acordo com Pasqualotto (1994), a responsabilidade civil do fabricante é tema que ganha cada vez mais importância diante da criação de novas tecnologias. Sempre há a mudança dos fatos sobre os quais incide a norma jurídica, o que desafia o Direito constantemente.

O consumidor, por ser parte mais frágil na relação, vem ganhando cada vez mais proteção do direito, acarretando na mudança de paradigmas no Direito do Consumidor. Nesse sentido, é interessante o estudo comparado entre os ordenamentos jurídicos a fim de se estabelecer paralelos entre a proteção do consumidor designada por cada um dos ordenamentos.

Nesse sentido se pronuncia David, citado por Sodré:

O direito comparado tem uma função de primeiro plano a desempenha na ciência do direito. Tende, com efeito, em primeiro lugar, a esclarecer os juristas sobre a função e a significação do direito, utilizando, para este fim, a experiência de todas as

nações. Visa, por outro lado, num plano mais prático, facilitar a organização da sociedade internacional, fazendo ver as possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. Permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina. (DAVID apud SODRÉ, 2009, p.5)

Nesse ponto, os Estados Unidos foi escolhido para se fazer um contraponto entre as formas de responsabilização do fornecedor desse país e a responsabilidade por fato do produto no Brasil, tendo em vista o proveito que um estudo comparado sobre o assunto pode trazer.

Diante disso, a primeira parte do artigo irá analisar a responsabilidade do fornecedor nos Estados Unidos. A segunda parte irá analisar a mesma responsabilidade no Brasil, com destaque na responsabilidade por fato do produto. A terceira parte irá comparar o quadro de responsabilidade dos ordenamentos estudados. A quinta parte conclui o artigo.

2 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NOS ESTADOS UNIDOS

De acordo com Westerbeke (1999), no começo do século os consumidores que sofriam dano em decorrência de produtos defeituosos dificilmente conseguiam compensação. Nesse sentido, elas possuíam duas alternativas: ou tentavam obter ressarcimento por meio dos *torts* ou por meio dos contratos.

Os *torts*, segundo Aguiar (2011), seriam fruto da atividade judicial, considerados um *civil wrong*, isto é, um delito civil. Nesse viés, Lima assinala que:

O *tort* é a violação de uma obrigação imposta por lei e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por uma ação de perdas e danos visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima.” (LIMA, 1998, p. 30)

Ocorre que existiam muitas barreiras para essa compensação. Boivin (1995) aponta algumas fases em que o Direito norte americano desenvolveu sua responsabilidade por produtos a partir de uma perspectiva da negligência, baseada na culpa. A primeira fase, segundo o autor, ocorreu contextualizada com a simultaneidade existente entre o contrato e o *tort*.

Um primeiro fator que dificulta a responsabilização é baseado na *privity rule*, segundo a qual um consumidor só poderia ajuizar uma ação contra o fabricante se tivesse

comprado o produto diretamente dele. Essa regra foi retirada do caso *Winterbottom v. Wright*¹, em que uma empresa de ônibus emprestou um veículo para o empregador do autor, mas não foi responsabilizada quando o motorista (autor) foi machucado devido a um acidente causado por um defeito no eixo.

A exigência da *privity* foi abandonada e adotada uma regra geral. Essa regra, conforme Boivin (1995), permitiu que os consumidores processassem os fabricantes diretamente por uma quebra do dever de cuidado (*duty of care*). O ponto culminante dessa possibilidade se deu com o caso *MacPherson v. Buick Motor Co*². De acordo com Gibson (1974), o juiz Cardozo mostrou que todos, inclusive os fabricantes de produtos, estão sobre a obrigatoriedade de não submeter outros a um o desarrazoado risco de dano.

Em que pese à superação da barreira imposta pela *privity*, ainda assim, o consumidor vislumbrava a dificuldade de fazer a prova da negligência do fabricante e, ainda, de fazer a prova de qual parte do produto foi negligentemente fabricada. Diante dessa dificuldade, segundo Boivin (1995), houve alguns casos em que se atribuiu ao fabricante os custos dos defeitos dos produtos por ele fabricados sem que com isso se abandonasse a negligência. Como exemplo disso há o caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co*.³ em que, segundo Wright (2007), a maior parte da Suprema Corte da Califórnia usou uma aplicação expansiva da máxima *res ipsa loquitur* (os fatos falam) para responsabilizar o réu por uma negligência inferida. O juiz do caso, Roger Traynor, utilizou quatro diferentes racionalidades: eficiente compensação; dissuasão eficiente, negligência inferida, e expectativas dos consumidores para argumentar que a responsabilidade por produtos defeituosos deveria ser a responsabilidade objetiva.

Por último, ocorre uma grande modificação na diretriz tomada pelos Estados Unidos devido ao deslinde do caso *Geenman v. Yuba Power Products Inc*.⁴ Em tal caso, o réu projetou e comercializou uma ferramenta que poderia ser usada como serra, broca e torno de madeira. Como resultado de um defeito de fabricação o autor sofreu uma grave lesão, tendo em vista um grande pedaço de madeira que voou e o atingiu na cabeça.

Tal caso, de acordo com Wade (1973), foi o primeiro caso a adotar expressamente a responsabilidade objetiva para produtos. Nesse sentido o juiz Traynor declarou que a responsabilidade existe quando o produto possui um defeito que pode causar machucado a um ser humano.

¹ 152 E.R. 402 (Ex. P1.)

² 217 N.Y. 389, 111 N.E. 1050 (1916).

³ 150 P.2d 436 (Cal. 1944) .

⁴ 377 P.2d 897 (Cal. 1963).

Esse posicionamento foi esposado no segundo *Restatement of Torts*, na seção 402^a.

2.1 American Law Institute e os restatements

Antes que se faça uma abordagem sobre o segundo e o terceiro *Restatement*, é necessário elucidar a origem e a razão de se criar tais instrumentos.

De acordo com Gordley (1981), a idéia de criar os *restatements* nasceu em março de 1922 quando William Draper Lewis se encontrou com Elihu Root e propôs a idéia de criar uma organização que produziria os *Restatements of the Law*, com o intuito de clarificar e simplificar os termos gerais do *common law* nos Estados Unidos.

Seavey (1962) aponta que em 1923 ocorreu a primeira reunião composta por magistrados, advogados e professores que acreditavam que se trabalhassem juntos poderiam melhorar a compreensão dos princípios do *common law*, ajudando as cortes a uniformizarem suas decisões. Diante disso, surgiram os *Restatements*, versando sobre diferentes assuntos do *common law*.

Nesse viés, a fim de entender a trajetória na tratativa do tema nos Estados Unidos, é primordial apontar os dois *Restatements* relativos ao assunto.

2.1.1 Segundo Restatement: seção 402A

De acordo com Cantu, a seção 402A do segundo *Restatement* dispõe que:

- (1) Uma pessoa que venda qualquer produto em condição defeituosa que cause perigo desarrazoado para o consumidor ou para sua propriedade está sujeito à responsabilização por dano físico causado ao consumidor final, ou a sua propriedade, se (a) o vendedor está engajado na comercialização de tal produto e (b) espera-se e chega-se ao consumidor sem mudança substancial da condição em que é vendido.
- (2) A regra estabelecida na subseção(1) se aplica ainda que (a) o vendedor tenha exercido toda o possível cuidado na preparação e na venda de seu produto, e (b) o consumidor não tenha comprado o produto numa relação contratual com o vendedor.⁵

⁵ (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

De acordo com Cantu (2003), a seção 402A não é um caso de responsabilidade absoluta, pois a idéia expressa no *Restatement* não é a de fazer dos fabricantes seguradoras, mas impor responsabilidade objetiva para aqueles que introduzirem um produto defeituoso no comércio.

Ocorre que o segundo *Restatement* deixa muito vago o que seria colocar um produto no mercado numa “condição defeituosa que causa um perigo desarrazoado para o consumidor”. De acordo com Cantu (2003), esse é o termo que causa maior dificuldade para ser interpretado, na medida em que é muito difícil de distinguir um produto defeituoso de um produto que simplesmente não atendeu as expectativas firmadas.

As dúvidas quanto ao tema foram incrementadas quando as cortes adicionaram três possibilidades para que um produto pudesse ser considerado legalmente defeituoso: mal projetado, mal fabricado e mal comercializado.

2.1.1.1 Produtos mal fabricados (*mis-manufactured products*)

Essa forma de defeito, segundo Cantu (2003), pode ser decorrente de uma falta de montagem adequada, seja ela uma deficiência latente ou simples, tal como a falta de um parafuso. No entanto, é evidente que o produto é diferente dos outros produtos fabricados.

Diante disso, segundo o autor, o melhor teste para determinar o defeito é o teste das expectativas razoáveis que pode ser traduzido pela seguinte pergunta: o produto preenche as expectativas razoáveis do utilizador/consumidor?

Para responder tal questionamento é necessária a análise de três critérios: a) a utilização do produto, sendo que sob esse critério, busca-se o propósito para o qual o produto foi originalmente utilizado; b) características do produto, referindo-se à aparência do produto; c) propaganda feita pelo fabricante, que se funda nas afirmativas feitas pelo fabricante, levando-se em consideração a imagem projetada do produto.

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 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 seller.

De acordo com Cantu (2003), esses questionamentos são melhor respondidos pelo júri, o qual pode decidir se o produto atendeu as expectativas razoáveis dos consumidores. Em caso afirmativo, o produto não é defeituoso.

2.1.1.2 Produtos mal projetados (*mis-designed products*)

De acordo com Candu (2003), essa forma de defeito se diferencia da anterior, na medida em que a ocorrência de um produto mal projetado compromete a inteira linha de produção, o que não ocorre com o produto mal fabricado que se destaca de todos os outros produzidos pela existência de um defeito.

Da mesma forma que o produto mal fabricado, o produto mal projetado também exige testes para se aferir se o produto foi ou não mal projetado, inclusive em maior quantidade que o anterior.

De acordo com Candu (2003), o primeiro teste se baseia no teste das expectativas razoáveis, já descrito no tópico anterior. O segundo pergunta se um fabricante prudente teria colocado o produto no mercado se tivesse consciência do risco causado pela forma como foi projetado. O terceiro teste questiona se o produto está numa condição que cria um risco desarrazoado. O último questiona se o risco criado pelo produto supera sua utilidade para o público consumidor ou se ele beneficia a sociedade, sendo este o teste que prevalece ao determinar se o produto do réu foi mal projetado.

2.1.1.3 Produtos mal comercializados (*mis-marketed products*)

Tal modalidade de defeito se refere à segurança e efetividade do uso, o que, segundo Cantu (2003), tem uma relação direta com os avisos e com as instruções que acompanham o produto. Da mesma forma que o defeito por má projeção, a má comercialização também afeta toda a linha de produção.

O teste utilizado para se determinar se a informação que acompanha o produto é suficiente ou deficiente é a análise do risco/benefício. No entanto, há de se observar que o

fabricante não pode ser obrigado a fornecer avisos e informações para todos os riscos previstos, o que geraria um volume extraordinário de informações.

Diante disso, de acordo com Candu (2003), não são todas as informações que devem ser expostas com o produto, mas sim todas as informações adequadas, isto é, aquelas que satisfazem uma pessoa razoavelmente prudente.

2.1.2 O terceiro *Restatement*

De acordo com Phillips (2005), existem três propostas para a edição do terceiro *Restatement*, modificando o estabelecido no segundo *Restatement*: a) as expectativas dos consumidores devem ser abandonadas como uma forma de teste para detectar o defeito do produto quando se trata de defeito de projeção e de comercialização; b) não deveria haver responsabilidade objetiva para os defeitos de projeção e de comercialização; c) o teste geral a ser utilizado para determinar o defeito requereria do consumidor a prova de uma alternativa para o design no tempo da venda ou distribuição do produto.

Na modalidade de defeito de fabricação, há um consenso de que seria mais adequada a aplicação da responsabilidade objetiva, o que não ocorre com as outras duas modalidades de responsabilidade, optando-se por teorias baseadas na culpa.

2.2 Diferenças entre a responsabilidade objetiva (*strict liability*) e a responsabilidade por produto (*products liability*)

Quando se trata de responsabilidade por defeito de produto nos Estados Unidos, não se está aplicando a responsabilidade objetiva na sua forma usual. De acordo com Candu (2003), na medida em que se exige a demonstração de um defeito de projeção, fabricação ou comercialização, que acarrete um perigo desarrazoado, está se distinguindo a responsabilidade por produto da responsabilidade objetiva presente nos outros *torts*

De acordo com Westerbeke (1999), a responsabilidade objetiva é bem apropriada para tratar de produtos cujo defeito decorre de uma má fabricação. A falha de uma unidade da

produção irá ocorrer ainda que o fabricante tenha desenvolvido um sistema muito desenvolvido para evitar tais falhas.

Nesse caso, o fabricante venderia um produto defeituoso, mas não seria considerado negligente pela ocorrência de alguns produtos com falhas. No entanto, se a quantidade de produtos defeituosos for de larga escala, significa que o fabricante não exerceu o cuidado necessário.

De acordo com o autor, os defeitos decorrentes de uma má projeção e de uma má comercialização são menos susceptíveis à responsabilidade objetiva. No caso de um defeito decorrente da má comercialização o fabricante é negligente se falhar em avisar sobre um perigo, a não ser que ele seja imprevisível. Se aplicada a responsabilidade objetiva, o fabricante será responsabilizado ainda que se trate de perigo incognoscível.

No caso de um defeito de projeção, o fabricante seria negligente se falhasse em não adotar o design que eliminasse ou reduzisse a existência do perigo para o consumidor. Se a responsabilidade objetiva fosse aplicada, o fabricante seria responsabilizado por não adotar um projeto que não era tecnologicamente viável no momento da fabricação e venda.

De acordo com Westerbeke (1999), a maioria das Cortes não aplicam a responsabilidade objetiva pura para os defeitos de comercialização e de projeção, o que limita muito a responsabilidade objetiva imposta pela seção 402A do segundo *Restatement*.

2.3 Teorias da responsabilidade baseadas na culpa

De acordo com Ausness (2009) parece desvantajoso utilizar as teorias baseadas na culpa para buscar a compensação de danos decorrentes de defeitos do produto. Como dito anteriormente, a responsabilidade objetiva é amplamente aceita quando se trata de defeitos de produção (*manufacturing defect*), mas tratando-se dos dois outros defeitos, as vantagens das teorias baseadas na culpa superam suas desvantagens.

Diante disso, alguns consumidores entendem que as teorias superam as vantagens da responsabilidade objetiva, pois, como informa Ausness (2009), a utilização de tais teorias evita a aplicação dos *Restatements* que exigem o defeito do produto. Além disso, como lembra o autor, permite que o consumidor prejudicado se foque na conduta do réu em vez da condição do produto.

Diante de tais considerações, é importante ressaltar algumas teorias baseadas na culpa que vêm sendo utilizadas pelos consumidores nos Estados Unidos.

2.3.1 Fraudulent Misrepresentation (falsidade ideológica) e fraudulent concealment (ocultação fraudulenta)

De acordo com Ausness (2009), a falsidade ideológica é definida como a falsa afirmação ou um fato material direcionado a induzir a outra parte a agir com confiança, resultando em prejuízo para ela.

Em conformidade com Phillips (2005), a falsidade ideológica é baseada na inadequação escrita ou oral de comunicação, requerendo determinado grau de confiança do consumidor.

Para que o ato se enquadre nessa teoria, o consumidor, conforme Ausness (2009), deve provar:

1 que o réu praticou uma falsa representação de um fato material; 2 que réu estava ciente que a afirmação era falsa; 3 que o réu tinha a intenção de induzir o autor a acreditar na falsa afirmação; 4 que o autor sofreu um dano resultante da sua confiança justificável na falsa afirmação. (AUSNESS, 2009, p.636)⁶

Como exemplo da aplicação dessa teoria, tem-se o caso *Estate of Schwarz v. Philip Morris, Inc.*⁷ Nesse caso foi alegado que o réu fez inúmeras falsas alegações sobre os efeitos do cigarro para a saúde, afirmando que inexistia conexão entre o tabagismo e o câncer de pulmão e que o cigarro não viciava.

Já a ocultação fraudulenta envolve a ocultação de fatos por alguém que sabe de tais fatos e tem o dever de revelá-los, mas os ocultam com a intenção de enganar o autor. Nessa modalidade, segundo Ausness (2009), é exigida a obrigação de divulgar os fatos exigidos pela confiança.

Um exemplo disso é o caso *Falk v. General Motors Corp.*⁸. Nesse caso a General Motors foi condenada por utilizar velocímetros com defeito em alguns carros e não repassar a informação aos consumidores.

⁶ (1) that the defendant made a false representation of a material fact; (2) that the defendant was aware that the statement was false; (3) that the defendant intended to induce the plaintiff to rely on this false statement; (4) that the plaintiff suffered harm as a result of his or her justifiable reliance on the defendant's false statement.

⁷ 135 P.3d 409 (Or. Ct. App. 2006).

⁸ 496 F. Supp. 2d 1088 (N.D. Cal. 2007).

2.3.2 *Civil conspiracy (conspiração civil)*

De acordo com Ausness (2009), existe uma conspiração civil quando duas ou mais pessoas se unem para praticar uma ação a fim de obter um objetivo ilícito ou objetivo lícito por meios ilícitos.

De acordo com o autor, o consumidor deve provar: a) a existência de um acordo para cometer um ato ilícito ou um ato lícito por meios ilícitos; b) o cometimento de um ato evidente ou um delito independente com o propósito de promover os objetivos da conspiração; e c) o dano causado a outro pela conspiração (AUSNESS, 2009, p.640)⁹.

Nesse sentido, apenas uma pessoa que se envolva dolosamente na conspiração não será responsabilizada por conspiração civil. É uma teoria útil, na medida em que permite ao consumidor processar múltiplas partes.

2.3.3 *Negligência*

Essa teoria está delimitada no terceiro *Restatement*, sendo que a Corte confia nos *statutes* para definir o *standard of care* (padrão de cuidado) no caso de negligência.

Os consumidores normalmente argumentam que os fabricantes que violem as regras da FDA (*U.S. Food and Drug Administration*) do departamento de saúde seriam responsabilizados pelos danos causados pelos produtos, independentemente deles estarem ou não defeituosos.

Diante de tais considerações, constata-se que apesar da responsabilidade objetiva estar sendo utilizada nos casos de defeito de fabricação, ela não foi expandida para as outras duas modalidades de defeito, razão pela qual, os consumidores, a depender do caso, optam pelas teorias baseadas na culpa.

3 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NO BRASIL

⁹ (1) the existence of an agreement to commit an unlawful act or to commit a lawful act by unlawful means; (2) the commission of an overt act or independent tort for the purpose of furthering the objectives of the conspiracy; (3) damage to another caused by the conspiracy.

De acordo com Pasqualotto (1994), a responsabilidade civil do fabricante percorreu um longo trecho até ser reconhecida a responsabilidade objetiva, perpassando por fórmulas contratualistas e extracontratualistas. Hoje, pode-se dizer que o fornecedor é responsável pelo fornecimento de produtos seguros e adequados as suas próprias finalidades.

Nesse sentido, o Código do Consumidor divide a responsabilidade do fornecedor em duas: responsabilidade por fato do produto/serviço e responsabilidade por vício do produto/serviço.

A responsabilidade por fato do produto/serviço está prevista do art. 12 ao art. 14, do CDC (BRASIL, 1990) e de acordo com Marques, Benjamin e Miragem: “A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar.” (MARQUE; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p.379) Já a responsabilidade pelo vício do produto/serviço está prevista do art.18 ao art. 20, do CDC(BRASIL, 1990), sendo decorrente de uma violação de um dever de adequação.

Tais responsabilidades são tão diferenciadas pelo Código de Defesa do Consumidor que ele estabelece prazos diferentes para o ressarcimento do dano. No caso de vício de adequação, o prazo pode ser de 30 ou de 90 dias, enquanto que os danos por fato do produto prescrevem em 5 anos.

De acordo com Cavalieri Filho (2008), a palavra chave dessas duas responsabilidades é o “defeito”. Para o autor, em ambos os caso existe um defeito, só que no fato do produto/serviço esse defeito é tão grave que pode causar um acidente para o consumidor, comprometendo a segurança do produto. Já no vício, o defeito é menos grave, causando apenas o mau funcionamento ou o não funcionamento do produto.

No presente artigo será abordada a responsabilidade por fato do produto.

3.1 Responsabilidade do fornecedor por fato do produto

O CDC elegeu a responsabilidade objetiva para a responsabilização do fornecedor por fato do produto. No entanto, como lembra Bdine Júnior (2011), apesar da culpa não ser elemento necessário para a responsabilidade do fornecedor, o CDC, além do dano e o nexo causal, exige um elemento específico: o defeito.

Segundo o autor, o defeito é elemento necessário para gerar o dever de indenizar. Como já dito anteriormente, esse defeito deve ser grave, capaz de gerar um risco à segurança do consumidor, sendo um produto inseguro.

De acordo com Puschel: “Em outras palavras, um produto é defeituoso por ser inseguro. Inseguro, por sua vez, é o produto capaz de provocar danos à vida, à integridade físico-psíquica das pessoas, bem como a outros bens, excetuado o dano ao próprio produto em questão” (PUSCHEL, 2006, p. 98).

3.2 Padrão de determinação da defectibilidade

De acordo com Puschel (2006), o CDC adotou um conceito unitário de defeito relativamente a acidentes de consumo, que é a falta de conformidade do produto em relação à legítima expectativa de segurança da sociedade.

Para se determinar o defeito, portanto, é necessário saber qual é o padrão para se aferir a expectativa de segurança da sociedade. Nesse viés, segundo a autora, deve-se levar em consideração a expectativa da sociedade como um todo, o que fica muito bem configurado pela adoção de uma expectativa ideal consubstanciada no homem médio ideal (*bonus paterfamilias*).

Puschel (2006) também lembra que para alguns autores deve haver a adoção de padrões diferenciados no caso de produtos que se destinam a um público específico, requerendo um conhecimento acima da média.

A adoção de tal posicionamento significa que quando um produto for destinado à utilização por técnicos especializados com grande conhecimento sobre o assunto, o padrão não mais seria de um homem médio e sim o padrão de tais consumidores especializados. Ocorre que, apesar de direcionado a um público determinado, o produto que causa o acidente continua sendo defeituoso e admitir a mudança de padrão implica na dificuldade do especialista se ver ressarcido pelos danos causados pelo defeito.

Diante disso, conclui-se que a avaliação de defectibilidade deve ser feita em relação ao *bonus paterfamilias* e não ao consumidor, ainda que o produto seja destinado a um público específico.

Os padrões para determinar a defectibilidade expressamente previstos no CDC são três: apresentação do produto, uso e riscos que razoavelmente se esperam e época da colocação em circulação.

De acordo com Puschel (2006), a apresentação do produto deve ser entendida como toda a atividade do fornecedor com objetivo de expor seu produto ao público. Diante disso, entende-se que o defeito não deriva necessariamente do produto em si, podendo ocorrer na forma como é apresentado ao público.

Nesse ponto, como lembrado pela autora, o dever de informar comporta dois fatores. O primeiro deles é o grau de conhecimento do público acerca do risco e o segundo é a normalidade desse risco. Quanto mais anormal o risco criado mais rigoroso o dever de informar.

O segundo padrão se refere ao uso e os riscos que razoavelmente se esperam do produto. De acordo com Rocha (2000), o fornecedor deve levar em conta não só o uso conforme o fim do produto, mas também outros usos razoavelmente previsíveis que se possa fazer do produto.

Assim, o fornecedor acaba sendo responsabilizado pelo uso incorreto do produto, desde que tal uso seja razoavelmente previsível. Como exemplo disso, podemos citar o dado por Puschel (2006), na medida em que a autora lembra que um fornecedor de brinquedos será responsabilizado se um brinquedo contiver tinta tóxica, pois apesar de não ser essa a função própria da coisa, as crianças comumente colocam os brinquedos na boca. Nesse caso, é completamente previsível que as crianças colocarão os brinquedos na boca.

Outro caso que deve ser citado, é o fornecido por Rocha (2000), em que uma indústria farmacêutica nos Estados Unidos foi condenada a pagar R\$2,5 milhões aos pais de um menino de 15 meses de idade que ingeriu um produto de limpeza, causando danos cerebrais irreversíveis. Nesse caso, os fabricantes deveriam ter colocado advertência no rótulo sobre os riscos de ingestão do produto.

O último critério previsto expressamente pelo CDC é o da época da colocação em circulação. A apreciação do caráter defeituoso de um produto será feita no momento de colocação desse produto no mercado e não no momento da ocorrência do dano.

Tal critério não se confunde com o risco do desenvolvimento, que será estudado mais à frente. Nesse critério, o produto colocado no mercado não é defeituoso, correspondendo às expectativas legítimas de segurança na época.

De acordo com Puschel (2006), existem outras circunstâncias relevantes para a avaliação de defectibilidade que não foram expressamente previstas em lei. Como exemplo,

tem-se três hipóteses: a) a observação de normas técnicas cuja obediência é um indício da não-defectibilidade do produto; b) preço, que também constitui um fator para orientar na avaliação de defectibilidade, na medida em que equipamentos opcionais como freios ABS e *airbags* elevam o preço do produto, mas não são itens obrigatórios; c) vida útil, na medida em que o fato de um produto causar dano dentro do prazo de vida útil (data de validade) é indício de que ele apresenta defectibilidade.

3.3 Classificação dos defeitos

Como visto anteriormente, o CDC adotou um conceito unitário de defeito, tratando-se da falta de conformidade do produto em relação à legítima expectativa de segurança da sociedade. No entanto, a doutrina classificou esses defeitos em: a) defeitos de projeto; b) defeitos de fabricação; c) defeitos de informação.

De acordo com Puschel (2006), o defeito de projeto se refere a uma má escolha dos materiais ou das técnicas de fabricação.

Já os defeitos de fabricação ocorrem durante a fase de fabricação do produto, decorrentes de falha mecânica ou humana. Tais defeitos, segundo a autora, são inevitáveis, fazendo parte dos riscos do negócio.

Os defeitos de informação relacionam-se com a apresentação do bem, consistindo no não fornecimento de informações necessárias. Nesse ponto, merece destaque o fato salientado por Puschel (2006), na medida em que se um produto oferecer um risco excepcional, o produtor não pode solucionar o problema apenas informando ao consumidor, ele deve reduzir tais riscos ao nível exigido pela sociedade, ou suspender a produção.

3.4 Excludentes de responsabilidade do fornecedor por fato do produto

O fornecedor pode se eximir da responsabilidade por fato do produto nas hipóteses elencadas no art. 12 §3º do CDC (BRASIL, 1990), bem como por outras causas de exclusão de responsabilidade, tais como controle administrativo imperativo, caso fortuito e risco do desenvolvimento.

3.4.1. Excludentes da responsabilidade do fornecedor por fato do produto constantes no art. 12 §3º, do CDC

O art. 12 §3º do CDC (BRASIL, 1990) dispõe as hipóteses em que o fornecedor não será responsabilizado por fato do produto. De acordo com Cavalieri Filho (2008), as hipóteses de exclusão elencadas no art. 12 do CDC possuem fundamento na inexistência de nexo causal.

No inciso primeiro, exclui-se a responsabilidade se o fabricante/construtor/produtor/importador não tiver colocado o produto no mercado. Se eles não comercializaram o produto, não há que se falar em nexo de causalidade entre o dano e a atividade do produtor ou fornecedor. Como exemplo dessa possibilidade temos os produtos falsificados e os que estão em fase de testes e foram subtraídos por alguém que os colocou no mercado.

O segundo inciso fala da hipótese do produto ter sido colocado no mercado, mas não possuir defeito. Nesse caso, também não haverá nexo causal, pois o dano terá ocorrido em virtude de outra causa não imputável ao fornecedor. Como exemplo, Cavalieri (2008) aponta a ação deletéria do tempo, a qual não pode ser imputável ao fornecedor.

A última hipótese se refere à culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Se o comportamento do consumidor ou de terceiro é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o fornecedor. De acordo com Marques, Benjamin e Miragem: “[...] mesmo existindo no caso um defeito no produto, não haveria nexo causal entre o defeito e o evento danoso (culpa da vítima)” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p.384).

Nesse ponto, é imperioso analisar a possibilidade de existir a culpa concorrente, e se tal culpa exoneraria a responsabilidade do fornecedor. Cavalieri (2008) afirma que a nomenclatura “culpa concorrente” é inapropriada para a tratativa do tema, pois não há que se discutir a culpa na responsabilidade objetiva. Diante disso, para o autor, seria mais adequada a análise de concorrência de causas, no âmbito do nexo causal e não da culpa.

No que tange à possibilidade de exoneração de responsabilidade do fornecedor quando a vítima concorre para a produção do resultado há divergência na doutrina. Alguns autores entendem ser possível a minoração da responsabilidade do fornecedor, outros entendem que o Código do Consumidor foi taxativo ao estabelecer apenas a culpa exclusiva como excludente, e por tal razão, persistiria a responsabilidade integral do fornecedor.

3.4.2 Outras formas de exclusão da responsabilidade do fornecedor por fato do produto

Rocha (2000) aponta três outras formas de exclusão da responsabilidade do fornecedor por fato do produto: controle administrativo imperativo, caso fortuito e risco do desenvolvimento.

O controle administrativo imperativo se mostra por meio da imposição de técnicas de controle da produção. De acordo com o autor, se:

existir no ordenamento jurídico brasileiro uma norma emanada de autoridade competente que imponha um modo de produção, sem margem para qualquer alternativa do fornecedor, ocorrendo defeito no produto fabricado, poderá o fornecedor alegar a seu favor, como causa de exclusão da responsabilidade, a conformidade do produto como normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas. (ROCHA, 2011, p.110)

Se as normas não forem imperativas, permitindo que o fornecedor aja com margem de discricionariedade, não há que se falar em exclusão de responsabilidade, pois os padrões impostos pelo poder público buscam apenas requisitos mínimos de segurança. Nesse sentido, Puschel se manifesta: “[...] não se pode obrigar o fornecedor a optar entre desrespeitar a lei, arcar com a responsabilidade ou deixar de exercer sua atividade” (PUSCHEL, 2006, p.154).

Diante disso, as normas imperativas podem configurar hipótese de exclusão de responsabilidade, eis que o fornecedor não possui liberdade, pois se vê obrigado a seguir a lei, ainda que isso implique em falta de segurança para o consumidor.

A outra forma de exclusão de responsabilidade é o caso fortuito e força maior. A discussão sobre essa modalidade de exclusão só tem serventia quando aplicada antes da comercialização do produto, na medida em que o art.12 §3º, II, do CDC (BRASIL, 1990) já prevê a hipótese de exclusão após a comercialização, provando que o defeito não existia no momento em que ele adentrou o mercado.

De acordo com Frietsch, citado por Puschel (2006), para se excluir a responsabilidade do fornecedor por caso fortuito e força maior é necessária a existência cumulativa de três requisitos: a) o fato de que resultou o defeito do produto deve vir do exterior, sendo estranha à atividade do fornecedor; b) fato causador do defeito deve ser excepcional; C) o evento causador do defeito deve ser inevitável (FRIETSCH apud PUSCHEL, 2006, p.159).

Tendo em vista o primeiro fator apontado acima, é importante considerar a teoria do fortuito interno. De acordo com Schreiber (2007), ao lado dos tradicionais requisitos da imprevisibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado uma terceira exigência: a externalidade do caso fortuito, isto é, só será capaz de quebrar o nexo causal aquele fortuito que não esteja ligado à atividade do sujeito responsável.

Diante disso, o fortuito interno, aquele risco ligado à atividade do sujeito é insuficiente para afastar a relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano. Nesse sentido, também se pronuncia Cavalieri (2008), ao afirmar que o fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor, pois liga-se aos riscos do empreendimento. No entanto, na opinião do autor, o fortuito externo poderia sim eximir o fornecedor de responsabilidade, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral.

Diante disso, conclui-se que o caso fortuito também pode ser hipótese de excludente de responsabilização, desde que não se trate de um fortuito interno.

Por último, no ordenamento jurídico brasileiro muito se discute sobre a responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento. Benjamin, citado por Cavalieri, traz uma definição muito apropriada do risco do desenvolvimento:

o risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível (BENJAMIN apud CAVALIERI FILHO, 2008, p. 258).

Não se trata de produto que se tornou defeituoso após a entrada no mercado, e sim produtos que já eram defeituosos, mas o defeito não podia ser percebido pela técnica existente à época.

Nesse viés, caberia ao fornecedor arcar com os riscos do desenvolvimento, ou tal ônus deve recair sobre o consumidor? A questão é controvertida. Por um lado a responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento implica num desestímulo para a atividade produtiva, atrasando a evolução tecnológica. Por outro lado seria injusto financiar o progresso à custa do consumidor individual.

Rocha (2000) aponta que o direito português, italiano e alemão optaram por imputar o ônus do risco do desenvolvimento aos consumidores, fazendo com que ele fosse causa de exclusão de responsabilidade.

No entendimento de Rocha (2000), o direito brasileiro não o admitiu como causa de exclusão, na medida em que não foi disciplinado no art. 12 §3º, do CDC. Nesse sentido, Puschel (2006) apresenta argumentos favoráveis à responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento que merecem ser destacados.

Segundo a autora, o fato de não ser possível produzir um bem seguro, em decorrência dos meios científicos e tecnológicos insuficientes não significa que a sociedade deva aceitar os riscos de tais produtos. Como exemplo, Puschel (2006) aponta um adoçante que possui componente cancerígeno inidentificável à época em que foi colocado no mercado. Diante desse caso, não há como negar que é legítima a expectativa da sociedade de que um adoçante dietético não cause uma doença grave como o câncer. Nesse viés a autora assinala: “O produtor pode não saber que o adoçante a ser colocado no mercado causa câncer, mas ele certamente sabe que a sociedade não aceitaria um produto com um efeito danoso tão grave” (PUSCHEL, 2006, p. 169).

Outra conclusão interessante, defendendo a responsabilização do fornecedor, que merece destaque, é a feita por Cavalieri (2008). O autor afirma que os riscos do desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno, isto é, risco que integra a atividade do produtor e, por tal razão, não exonera da responsabilidade.

Diante de tais considerações, percebe-se que a doutrina discute outras possibilidades de exclusão de responsabilidade não abarcadas no art. 12, do CDC. Ocorre, que como já constatado, nem sempre a doutrina é unânime, causando muita confusão e divergência nesse tópico.

4 COMPARAÇÃO ENTRE OS DOIS SISTEMAS

A responsabilidade do fornecedor por fato do produto no Brasil é inteiramente relacionada com a responsabilidade objetiva, com a peculiaridade de se exigir a demonstração do defeito para que haja a responsabilização.

A primeira vista, tal sistema parece ser o mais adequado para tratar o tema, na medida em que facilita o ressarcimento do consumidor prejudicado, eis que ele não precisa mais provar o elemento subjetivo, qual seja, a culpa.

No entanto, há de se observar que nem todos os ordenamentos jurídicos aceitam a responsabilidade objetiva facilmente. Nos Estados Unidos, no início do desenvolvimento do

Direito do consumidor, a responsabilização dos fornecedores era de difícil ocorrência, sendo atrelada à responsabilidade subjetiva e, ainda, ao instituto já mencionado, da *privity*.

Com o desenvolvimento do Direito do Consumidor nos Estados Unidos, veio o segundo *Restatement* que consagrou a responsabilidade objetiva para os fornecedores. No entanto, o ordenamento jurídico desse país não deixou que tal responsabilidade se perpetrasse, criando requisitos para sua aplicação.

A doutrina dividiu os defeitos em três espécies: defeitos de fabricação, de *desing* e de comercialização. Tal divisão foi copiada aqui no Brasil, como já ressaltado, no entanto ao contrário dos Estados Unidos, que promoveu uma divisão muito bem delimitada, não permitindo a inclusão de nenhum outro defeito que não se enquadrasse nas três espécies estabelecidas, o Brasil adotou o conceito unitário de defeito, permitindo a existência de outros defeitos não enquadráveis na classificação.

Além dessa peculiaridade, importa ressaltar que enquanto o Brasil adotou a responsabilidade objetiva para qualquer modalidade de defeito, os Estados Unidos só defende a responsabilidade objetiva para os defeitos de fabricação. Nos outras duas formas de defeito, o país adotou critérios baseados na culpa, apontando ainda, que muitas vezes, a depender do caso, um sistema baseado na culpa pode ser mais benéfico para o consumidor, que tem seu campo de argumentação ampliado com a possibilidade de discussão da culpa do fornecedor e não só a demonstração da existência de defeito como exigem os *Restatements*.

Um ponto semelhante entre os dois sistemas é que ambos se baseiam na expectativa legítima da sociedade, com a diferença que o ordenamento jurídico dos Estados Unidos não requer que essa expectativa legítima seja o critério para aferição do defeito quando tratar-se de defeito de *design* e de comercialização.

Além disso, o direito norte americano se revela mais minucioso com as hipóteses de responsabilização, característica essa comum ao *common law* cujos preceitos podem ser sintetizados pela afirmação de Soares: “na *Common law*, a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas” (SOARES, 2009, p.53).

Percebe-se também que os juristas nos Estados Unidos são preocupados com os efeitos que a adoção de uma teoria objetiva pode ter nos empresários. Existem muitos autores defendendo a adoção de uma teoria subjetiva fundada na negligência, com o argumento de que a responsabilização objetiva retira do fornecedor o incentivo para continuar buscando meios menos gravosos de exercer sua atividade, pois ele será responsabilizado pelo dano independentemente de ter diligenciado no sentido de impedi-lo.

Diante de tais considerações, entende-se que os dois sistemas possuem similitudes como, por exemplo, a classificação dos defeitos e a adoção de um critério baseado na expectativa da sociedade. No entanto, as diferenças se revelam mais salientes, na medida em que o Brasil adota um sistema de responsabilidade objetiva, um conceito unitário de defeito e possui uma forma de responsabilização mais simples, exigindo a prova do dano, nexo e defeito apenas. Já nos Estados Unidos, há uma mistura dos dois sistemas de responsabilidade, ora predominando a responsabilidade subjetiva, ora a responsabilidade objetiva, a depender do defeito existente.

CONCLUSÃO

A afirmação de Sodré (2009) escolhida para abrir o trabalho parece fazer mais sentido ao final. O direito do consumidor está em constante construção, cada país possui sua cultura sociopolítica que dá ensejo às diferenças de tratativa do tema.

Ocorre que um ponto comum que deve ser levado em consideração é a crescente tendência de proteger o consumidor, na medida em que ele, seja no Brasil ou em qualquer país, será sempre a parte mais frágil da relação. Diante disso, cumpre ao Direito proteger essa fragilidade.

Cada país tem sua forma peculiar de responsabilizar o fornecedor pelos prejuízos causados por seus produtos, fazendo com que essa proteção seja coerente com o ordenamento jurídico. O Brasil adota a responsabilidade objetiva, prevendo alguns casos de exclusão dessa responsabilidade como já mencionado.

A adoção de um sistema objetivo permite uma responsabilização mais simples, sem que haja, para tanto, inúmeros requisitos a serem preenchidos no caso concreto.

O mesmo não ocorre com os Estados Unidos que não admite a responsabilidade objetiva em todas as situações, preferindo a mistura dos dois sistemas. Essa escolha cria inúmeros requisitos para que haja o enquadramento de um caso concreto nas teorias ou nos requisitos impostos pelos *Restatements* o que provavelmente acarretará numa dificuldade de responsabilizar o fabricante.

Não é possível afirmar a superioridade de um modelo sobre o outro, dadas as deficiências e vantagens de um e outro, mas é certo que o assunto está sendo cada vez mais debatido e está em constante desenvolvimento.

Além disso, é inegável que os Estados Unidos é amplamente conhecido pelas indenizações vultosas decorrentes de relações de consumo, possuindo ainda o instituto do *punitive damages* incipiente no Brasil. Por meio desse instituto o empresário é obrigado a pagar uma indenização punitiva pela sua conduta grave que pode causar dano aos consumidores, tendo como escopo a coibição de condutas condenáveis, o que gera grande preocupação na adoção de um quadro de responsabilidade objetiva.

Conclui-se que o estudo comparado é benéfico para o Direito, na medida em que faz ver que os ordenamentos jurídicos funcionam de formas distintas. As diferenças apenas enriquecem o Direito e o debate na busca de uma proteção mais adequada para o consumidor.

REFERÊNCIAS

AUSNESS, Richard C. Product liability's parallel universe- fault-based liability theories and modern products liability Law. **Brook.L.Rev.** v.74, p. 635-667, 2009.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil pelo fato do serviço. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do código de defesa do consumidor- conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 379-393.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

CANTU, Charles E. Distinguishing the concept of strict liability in tort from strict products liability: medusa unveiled. **U.Mem.L.Rev.** v.33, p. 823-881, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

GORDLEY. European Codes and American Restatements: some difficulties. **Colum.L.Rev.** v. 81, p. 140-157, 1981.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASQUALLOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Cláudia de Lima (Coor). **A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p.73-94.

PHILLIPS, Jerry J. The unreasonably unsafe product and strict liability. **Tenn. L. Rev.**, v.72, p. 833-869, 2005.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SEAVEY, Warren A. The restatement, second, and *stare decisis*. **A.B.A.J.**, v. 48, p. 317-320, 1962.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law - introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

WESTERBEKE, William E. The sources of controversy in the new restatement of products liability: strict liability versus products liability. **Kan.J.L.&Pol'y**. v. 8, p.1-18. 1999.

WRIGHT, Richard W. The principles of product liability. **Rev. Litig.**, v. 26, p. 1067-1123. 2007.