

A TUTELA DO CONSUMIDOR FRENTE AOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

RESUMO

Os riscos do desenvolvimento surgem quando um determinado produto novo é lançado no mercado sem defeito cognoscível, mesmo que testado exaustivamente, e que, posteriormente, com o desenvolvimento científico-tecnológico, vem a ser detectado um defeito capaz de causar danos aos consumidores. O problema surge quando se indaga quem deve arcar com estes riscos, os consumidores ou os fornecedores, através da imputação da responsabilidade civil. A questão ainda é muito debatida e divergente. Vários argumentos são utilizados para eximir a responsabilização do fornecedor e vários outros para aplicar-lhe a obrigação de indenizar. Portanto, cabe um estudo mais aprofundado da matéria para tentarmos observar qual corrente possui melhores fundamentos.

PALAVRAS CHAVES

CONSUMIDOR; FORNECEDOR; RISCOS DO DESENVOLVIMENTO; PRODUTO.

ABSTRACT

The development risks appear when one definitive new product is launched in the market without cognoscible defect, exactly that tested exhaustingly, and that, later, with the scientific development, it comes to be detected a defect able to cause damages to the consumers. The problem appears when is inquired that who must be responsible for these risks, the consumers or the suppliers, through the imputation of the civil liability. The question is still very debated and divergent. Some arguments are used to exempt the responsibility of the supplier and several others to apply it to its obligation to indemnify.

* Mestrando em Direito Privado e Constituição pela FDC - Faculdade de Direito de Campos. Advogado.

Therefore, a study deepened of the substance fits more to try to observe which chain possess better beddings.

KEYWORDS

CONSUMER; SUPPLIER; DEVELOPMENT RISKS; PRODUCT.

INTRODUÇÃO

Antes da vigência da Lei 8.078/90 a defesa do consumidor era realizada através da aplicação da responsabilidade civil na modalidade contratual e extracontratual¹.

Na responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, era indispensável a prova da culpa do agente causador do dano², *in casu* o fornecedor de produtos, para que fosse possível imputar-lhe as consequências derivadas da inserção de produtos defeituosos no mercado.

No plano contratual a defesa do consumidor operava-se a partir da garantia contra vícios redibitórios, onde o consumidor era incumbido de produzir prova do vício oculto para que tivesse os seus direitos resguardados.

Entretanto, ambas as modalidades de responsabilidade civil não mais atendiam plenamente aos anseios da sociedade consumerista contemporânea, pois não ofereciam respostas justas aos impasses referentes às relações jurídicas que envolviam o consumidor no comércio de produtos e serviços.

Diante da exposição dos consumidores a estes inconvenientes da dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual, o legislador consagrou no Código de Defesa do Consumidor uma estrutura de responsabilidade civil objetiva ao fundamentá-la exclusivamente na existência de uma relação jurídica de consumo, e não mais na existência de uma relação contratual ou de um fato ilícito³.

Com isso, ao consumidor vulnerável basta apenas fazer prova o dano, o vício do produto ou serviço e o nexo de causalidade entre o dano e este mesmo vício para que

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 26

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 35.

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.44.

qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído para a inserção do produto no mercado ou para a realização do serviço possa ser responsabilizada pelos danos suportados.

Portanto, era necessário reconhecer a vulnerabilidade do consumidor frente ao enorme potencial técnico e financeiro dos fabricantes de produto, revendo os princípios essenciais das relações contratuais para adequar a legislação à nova realidade fática, tratando os desiguais de forma desigual para tentar equilibrar o abismo de diferenças entre fabricante e consumidor.

Em suma, podemos afirmar que basicamente todas estas mudanças que podemos observar, seja no modo de vida da sociedade, seja na legislação que rege a responsabilidade civil nas relações de consumo, se deram em decorrência do avanço científico e tecnológico, proporcionando o emprego de novos métodos de produção, e implicando, conseqüentemente, a inserção de produtos finais cada vez mais desenvolvidos, revolucionando o mercado consumerista.

Não obstante às suas incontáveis benesses, esse desenfreado desenvolvimento científico e tecnológico também pode desencadear situações ainda não previstas em nosso ordenamento. Uma destas situações se verifica através do denominado risco do desenvolvimento.

2 DESENVOLVIMENTO

O lançamento de novos produtos no mercado de consumo geralmente é vista com bons olhos pela sociedade. A propaganda e o *marketing* despertam no consumidor a confiança de que tais produtos tenham sido submetidos ao crivo dos mais variados e desenvolvidos testes para se certificar a sua confiabilidade e segurança.

Entretanto, o que ocorre quando estes mesmos testes ainda não são desenvolvidos o suficiente para detectar um possível elemento ou vício capaz de provocar danos ao consumidor?

Estamos diante da hipótese do risco de desenvolvimento, que consiste naquele risco criado ao consumidor após um período de utilização do produto ou serviço que, mesmo com todo o aparato das técnicas preventivas, não pôde ser identificado quando da sua distribuição na rede de consumo.

Cabe, entretanto, trazer à colação alguns conceitos fornecidos pelos mais

conceituados doutrinadores.

Para Marcelo Junqueira Calixto, os riscos do desenvolvimento:

são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descoberto após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos.⁴

Segundo Alcover Garau:

*los riesgos de desarrollo (development risks) son aquellos defectos de los productos que son conocidos como consecuencia de los avances científicos y técnicos posteriores a su puesta en circulación, por lo que en el momento de ésta el fabricante no podía de ninguna forma detectarlos.*⁵

De fato, produtos lançados no mercado de consumo nem sempre apresentam a segurança e a confiabilidade que deles se esperam. Não são raros os casos em que produtos tidos como seguros à época de seu lançamento vieram a apresentar riscos aos consumidores após algum tempo de uso.

Podemos citar o caso do cigarro que, confirmadamente, pode causar a dependência química do usuário e o desenvolvimento de inúmeras doenças, principalmente do câncer.⁶

Outro exemplo é o caso do silicone implantado nos seios de mulheres e que, posteriormente, que vieram a desencadear deformidades físicas. Nos Estados Unidos foi criado um fundo especial para que qualquer mulher que apresentasse uma deformidade física ou psíquica previamente relacionada fosse indenizada pelo referido fundo, mesmo sem provar que o dano decorria do implante do silicone.

Entretanto, o caso que, talvez, tenha despertado mais a atenção para o problema do risco do desenvolvimento a nível mundial tenha sido o da Talidomida⁷, medicamento utilizado por gestantes para aliviar os enjoos da gravidez e que fora responsável diretamente pelo nascimento de bebês com deformidades congênicas, o que

⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 176.

⁵ GARAU, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 195.

⁶ No Brasil, a própria Constituição Federal no parágrafo 4º do seu artigo 220 restringe a propaganda comercial de tabaco e de outros produtos e ordena que sejam informados os efeitos maléficos de seu uso.

⁷ A Talidomida foi introduzida no mercado em 1956 com o nome comercial de Contergan. No início dos anos 60, foi descoberto que a talidomida causava terríveis efeitos colaterais de deformação nos fetos, vindo a gerar bebês com encurtamento dos braços; pernas; cegueira; surdez, má formação dos órgãos internos, entre outras conseqüências.

culminou com a retirada da substância do mercado.

Associados a estes casos, ainda existem produtos que provocam divergências entre cientistas e que ainda estão em fase de estudos. Podemos citar o caso dos alimentos geneticamente modificados, da utilização de anabolizantes, da radiação dos celulares e de aparelhos microondas, como exemplos que ainda dividem opiniões e não estão cientificamente comprovados, mas que podem trazer sérios riscos à saúde humana.

Não obstante estes casos ainda em estudo, ainda podemos vislumbrar uma inúmera gama de novos produtos⁸ cujas características intrínsecas deixam dúvidas sobre o seu efeito no organismo a curto ou a longo prazo ou se, com a evolução dos meios técnicos científicos no futuro, serão descobertos eventuais efeitos colaterais, nos permitindo a indagar: Até que ponto o produto é realmente seguro? Se tal produto vier a causar danos a quem dele se utilizou, será possível atribuir a responsabilidade ao fornecedor?

Como veremos a seguir, a resposta não se demonstra tão simples.

3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DO DESENVOLVIMENTO

No Brasil não existe nenhum dispositivo legal que verse sobre a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento do produto. A União Européia editou a Diretiva CEE 374/85 de 25 de julho de 1985 tornando facultativa a adoção ou não do risco de desenvolvimento como hipótese de exoneração de responsabilidade pelos seus Estados-Membros. Assim, os países europeus vêm adotando variadas posições acerca da matéria. Essa discrepância legislativa traduz todos os pontos de vista do mundo acadêmico, sejam eles pró ou contra a responsabilização do fabricante.

Passamos, então, a expor cada segmento doutrinário, seus fundamentos e

⁸ No mês de Maio do ano de 2007 foi noticiado sobre a criação do “sangue de plástico” (*plastic blood*). Um sangue artificial elaborado a partir de moléculas de plástico que pode substituir o sangue natural em situações de emergência como no caso de guerras, já que é de fácil transporte e não necessita de refrigeração. (fonte: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/north_yorkshire/6645923.stm>, acesso em 10 de junho de 2007). Outro produto que deixa dúvidas sobre o efeito de seu uso prolongado no organismo é a denominada “pílula perfume” ou “pílula do cheiro”, desenvolvida no Brasil por pesquisadores da UFC – Universidade Federal do Ceará. A pílula, se ingerida três vezes ao dia, induz o corpo a liberar uma essência similar à de lavanda (fonte: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1625876-EI8147,00.html>>, acesso em 10 de junho de 2007).

alguns de seus respectivos defensores.

3.1 ARGUMENTOS PARA A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Segundo os defensores desta corrente o risco do desenvolvimento constitui, além das hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, uma excludente da responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores, seja pela inexistência de defeito ou por motivos político-econômicos.

Preliminarmente lembramos que a vertente desta doutrina que considera o produto efetivamente defeituoso leva em consideração que o momento em que se deve aferir o estado dos conhecimentos científico-tecnológicos é o lançamento do produto no mercado. Além disso, o critério de avaliação destes mesmos conhecimentos não é aquela prática comum do setor industrial, mas sim o mais avançado estado da ciência e da técnica⁹.

Cabe, então, trazer à colação as palavras de João Calvão Silva, no sentido de que:

não sendo o estado da arte um conceito determinado e fechado, mas um conceito movente carecido de aferição nas circunstâncias do caso, a sua *moldura* deve ser a *possibilidade científica e técnica* que se haja imposto no respectivo domínio e *tenha passado a estar à disposição geral*, mesmo que não seja ainda a praticada no respectivo ramo industrial. Ao acatamento deste novo e mais atual estado geral da ciência e da técnica, sem fronteiras ou limites territoriais, é que o produtor está vinculado, e não a um anterior, ainda que vazado na práxis industrial.¹⁰ (grifos do autor)

Entre os principais defensores da exclusão do dever de indenizar do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento se incluem: João Calvão Silva, Ugo Carnevali, Fábio Ulhoa Coelho, James Marins, Gustavo Tepedino, entre outros.

Para João Calvão Silva o estado da arte (*State of the Art*¹¹) é o marco divisório entre defeito e risco do desenvolvimento. Para o autor, de um lado ficam aqueles riscos cognoscíveis ou previsíveis e, do outro, os riscos ignotos, incognoscíveis ou imprevisíveis, sendo que, pelos primeiros, o fornecedor responde independentemente

⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 201/203.

¹⁰ SILVA, João Calvão. *Apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 203.

¹¹ Expressão de origem americana que designa o mais alto nível de desenvolvimento de um dispositivo, da técnica ou da ciência, alcançado em um determinado momento.

ou não de culpa, e pelos demais o produtor não é responsável¹².

Segundo Ugo Carnevali¹³, a responsabilização em casos de risco do desenvolvimento é politicamente contrária aos interesses dos próprios consumidores, uma vez que, devido à enorme prudência dos fabricantes, produtos novos não seriam lançados com tanta frequência no mercado, já que desencorajariam a pesquisa e a introdução no mercado de novas tecnologias.

Ainda a favor da não responsabilização do fornecedor, afirma que inexistente a previsibilidade e a tipicidade do dano, faltando o pressuposto “risco da empresa”, o que impossibilita a realização de uma valoração estatística preventiva e uma distribuição destes riscos entre todos os consumidores através do sistema de preços. Em suma, não há como socializar um risco que se desconhece.

Cita, também, argumentos econômicos no sentido de que a excludente de responsabilidade desencoraja, por exemplo, a indústria farmacêutica e mantém o preço do produto final dentro de limites razoáveis, já que não incidirão sobre o valor os riscos do desenvolvimento e, porventura, o valor de seguros contra possíveis danos.

O doutrinador não acredita que a responsabilização possa alcançar objetivos preventivos, obrigando o fornecedor a realizar testes mais rigorosos, uma vez que o que se leva em consideração para a caracterização do risco do desenvolvimento é o estado da mais avançada ciência ou técnica a nível mundial e não o nível de desenvolvimento daquela empresa fabricante. Portanto, se a própria ciência é incapaz de detectar o vício, a empresa também não lograria êxito na tarefa.

Por fim, afirma que “os riscos do desenvolvimento são riscos inevitáveis da vida, que devem ficar a cargo dos consumidores, os quais podem, inclusive, celebrar contratos de seguro”¹⁴.

Para o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, inexistente o fornecimento perigoso, pois as informações transmitidas ao consumidor teriam sido adequadas e suficientes, na forma do que o desenvolvimento técnico-científico poderia prever.¹⁵

Ainda para o autor, o artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor dispõe

¹² SILVA, João Calvão. *Apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 207.

¹³ CARNEVALI, Ugo. *Apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 220/221.

¹⁴ CARNEVALI, Ugo. *Apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 221.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos dos Consumidores: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 84.

que o fornecedor não deve lançar no mercado produto que saiba ou deveria saber apresentar um nível elevado de periculosidade ou nocividade aos consumidores. Assim, o fato do estado da arte impedir que o fabricante soubesse da existência dessa periculosidade ou nocividade exclui a responsabilidade decorrente dos danos causados. Ao fornecedor não pode ser imputado o dever de conhecer esses riscos, pois equivaleria a obrigá-lo ao impossível.¹⁶

James Marins defende a exclusão da obrigação reparatória do fornecedor com base no próprio Código de Defesa do Consumidor alegando que, na hipótese de risco de desenvolvimento, o produto apresenta um defeito juridicamente irrelevante ao ponto de ser incapaz de originar a responsabilização e que esse defeito não se trata dos casos previstos no Código Consumerista: defeitos de informação, de produção ou de criação.

Alega não haver defeito de informação pelo fato do estágio científico evolutivo tornar os riscos incognoscíveis para o homem, inexistindo falsidade, insuficiência ou omissão de informação sobre o produto à época de sua introdução no mercado¹⁷. Inexiste defeito de produção tendo em vista que os riscos do desenvolvimento atingem a todos os bens produzidos, contrariando a principal característica dos defeitos de produção que é a incidência de imperfeição somente em alguns produtos e não em toda a série¹⁸. Também não se trata de defeito de criação, pois o produto foi concebido sem nenhuma espécie de falha de projeto ou de fórmula que o desenvolvimento científico pudesse detectar, sendo que, no momento do seu lançamento no mercado, o produto não apresentava qualquer espécie de risco à saúde ou à integridade física dos consumidores¹⁹.

Gustavo Tepedino também é adepto da idéia da inexistência de defeito no produto em casos de risco do desenvolvimento. O doutrinador fundamenta a sua tese lembrando que o conceito de defeito engloba as noções de segurança e de expectativa dos consumidores e, nos casos em estudo, alega o autor, inexiste o defeito justamente por não haver uma reversão de expectativa em face dos conhecimentos científicos da

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 86.

¹⁷ MARINS, James. *Op. cit.* p. 135.

¹⁸ MARINS, James. *Op. cit.* p. 136.

¹⁹ MARINS, James. *Op. cit.* p. 136.

época da introdução do produto no mercado²⁰.

Ressalta, porém, que mesmo nos países que aplicam a responsabilização do fornecedor, torna-se imperativo a estipulação de um prazo de dez anos para que o consumidor reclame em juízo os seus direitos²¹, seguindo o preceito do artigo 11º da Diretiva CEE 374/85.

Além dos posicionamentos dos saudosos autores acima mencionados, podemos citar outros que reforçam ainda mais esta corrente doutrinária.

Outro argumento que leva em consideração os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor é de que o inciso I do artigo 6º do referido *codex*, menciona que o consumidor tem o direito à proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos ou serviços considerados “perigosos ou nocivos”, destaca-se. Nesse sentido, como proteger um consumidor do risco criado por um produto ou serviço que não é considerado perigoso ou nocivo?

Também coleciona adeptos a tese que afirma que os riscos do desenvolvimento são imprevisíveis e atingem toda a produção, sendo, portanto, impossível a contratação de seguros e, conseqüentemente, a diluição do valor do prêmio através do sistema de preço.

E ainda, o aprimoramento da ciência é interesse social, por isso devem ser absorvidos por toda sociedade. Seria a contraprestação a que estão sujeitos os consumidores por estarem adquirindo produtos novos.

Por fim, existem doutrinadores que, adotando o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, defendem a criação de fundos especiais para a indenização dos consumidores caso venha a sofrer danos decorrentes de produtos novos.

Em que pese a existência de outros argumentos, estes são os que se demonstram mais bem fundamentados ao ponto de contribuir para a discussão acadêmica.

3.2 ARGUMENTOS A FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR DE PRODUTOS

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit. P. 70.

Também são vários os argumentos que atribuem ao fornecedor a obrigação de reparar os danos suportados pelos consumidores pelos riscos do desenvolvimento, sempre com base na efetiva proteção dos direitos consumeristas, parte vulnerável da relação.

Entre os defensores da responsabilização podemos encontrar Maria Parra Lucan, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Sérgio Cavalieri Filho e Marcelo Junqueira Calixto.

Maria Parra Lucan, citada por Marcelo Junqueira Calixto, afirma o caráter defeituoso do produto com base no artigo 7º, “e)” da Diretiva CEE 374/85 que versa expressamente sobre o defeito impossível de ser detectado pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos à época da introdução do produto no mercado. Diante disso, por se tratar de responsabilidade objetiva, não importa se o produtor desconhece ou não tem condições de conhecer o defeito, devendo responder, de qualquer forma, independentemente de culpa²².

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em casos de risco do desenvolvimento, o produto encontra-se maculado por um defeito de concepção, decorrente da “carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova”²³.

Sérgio Cavalieri Filho entende que os riscos do desenvolvimento se enquadram como fortuito interno, um risco integrante da atividade do fornecedor, não devendo ser encarado como uma hipótese de exoneração de responsabilidade²⁴.

Assevera, também, que o risco do desenvolvimento em nada se compara com situação descrita no § 2º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que diz que o produto não é considerado defeituoso se outro de melhor qualidade for introduzido no mercado. De forma brilhante o autor discorre que nesta hipótese:

não se trata de defeito do produto, mas sim de produto de melhor qualidade. O risco do desenvolvimento diz respeito a um defeito de concepção, que, por sua vez, dá causa a um acidente de consumo por falta de segurança. Irrelevante saber, como já demonstrado, se esse defeito era ou não previsível e, conseqüentemente, evitável. Por ele

²² LUCAN, Maria Parra. *Apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 208.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. et. all. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 476.

responde o fornecedor independentemente de culpa.²⁵

No entendimento de Marcelo Junqueira Calixto, não há como negar que na hipótese de riscos do desenvolvimento existe frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor, por não ter sido devidamente alertado do risco. Afirma que “o dano, ainda que verificado posteriormente, representará a violação de uma expectativa de segurança que existia desde o momento da introdução do produto no mercado de consumo”.²⁶ Lembra o doutrinador que é justamente esta frustração da legítima expectativa dos consumidores que determina o caráter defeituoso do produto, devendo o fabricante ser responsabilizado pelos danos causados pelo bem que introduziu no mercado.

Entretanto, assevera o autor, o argumento econômico opera em favor do fornecedor, pelo fato não ser possível responsabilizá-lo eternamente pelos prejuízos causados aos consumidores. Por este motivo e com vistas ao progresso científico-tecnológico propõe o doutrinador:

a previsão de um prazo, contado da entrada em circulação do produto, dentro do qual o fornecedor se responsabiliza pelos danos; vencido este prazo, não há mais que se falar em responsabilidade, salvo ação judicial já intentada pelo consumidor vítima do acidente de consumo²⁷.

Para a fixação de tal prazo, Marcelo Junqueira Calixto toma como base a legislação europeia que instituiu um lapso temporal de dez anos²⁸.

Outros argumentos ainda reforçam os acima apontados.

Inicialmente, há que se levar em consideração que o Código de Defesa do Consumidor trouxe no parágrafo 3º do seu artigo 12 as hipóteses em que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador de produtos não respondem pelos riscos criados. Desta forma, como o legislador não incluiu expressamente os riscos do desenvolvimento no rol de excludentes de responsabilidade, não haveria o porquê de

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 476.

²⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 245.

²⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 250.

²⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 250. O prazo de dez anos foi estabelecido pelo artigo 11º da Diretiva Europeia 374/85 de 25 de julho de 1985 nos seguintes termos: “Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que os direitos concedidos ao lesado nos termos da presente diretiva se extinguem no termo de um período de dez anos a contar da data em que o produtor colocou em circulação o produto que causou o dano, exceto se a vítima tiver intentado uma ação judicial contra o produtor durante este período.”

considerá-lo como tal. Defendem este ponto de vista os doutrinadores que consideram o parágrafo 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor como um rol taxativo, inflexível e não suscetível a uma interpretação extensiva.

No entender de Rizzato Nunes, embora sem discorrer diretamente sobre os riscos do desenvolvimento, a utilização do advérbio “só”, que compõem o texto do parágrafo 3º do artigo 12º do Código de Defesa do Consumidor, não deixa dúvidas de que as excludentes são taxativas²⁹.

Desta forma, defendem os doutrinadores, o intérprete não pode criar uma forma de eximir a responsabilidade que o legislador não previu expressamente.

Outro argumento prega a necessidade de divisão dos riscos entre os consumidores e os fabricantes. A responsabilização do fornecedor pelos danos causados distribui equitativamente os riscos entre as partes, impedindo que o consumidor suporte toda a carga onerosa da relação.

Além disso, a imputação do dever de indenizar os consumidores pelos danos causados não causaria a diminuição do investimento em novas pesquisas e, por conseguinte, na introdução de novos produtos para a sociedade, pois existem mecanismos que podem ser utilizados para evitar ou diminuir os prejuízos em caso de eventual condenação. É o caso dos seguros, que podem ser contratados e do repasse de uma porcentagem previamente estimada do valor dos gastos com possíveis indenizações a todos os consumidores, através do mecanismo de aumento de preço.

Muito pelo contrário, com a aplicação da responsabilização nos casos de risco do desenvolvimento, o fornecedor aumentaria ainda mais a preocupação em incentivar a pesquisa do produto mesmo após a sua introdução no mercado, a fim de evitar maiores danos aos consumidores ao retirar o produto de circulação assim que o vício for descoberto.

Para alguns autores, admitir os argumentos que defendem os riscos do desenvolvimento como excludentes de responsabilidade seria reintroduzir no ordenamento jurídico elementos da responsabilidade fundada na culpa, por levar em consideração, por exemplo, o fato do fornecedor não ter a possibilidade de ter o conhecimento do vício.

²⁹ NUNUES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175.

Por fim, ainda podemos citar outro argumento que leva em consideração o artigo 931 do Código Civil Brasileiro que trata da responsabilidade objetiva dos empresários individuais e as empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Segundo essa vertente doutrinária o referido dispositivo legal reafirma a responsabilização objetiva do fornecedor pelos vícios do produto, mesmo em caso de riscos do desenvolvimento.

Tal entendimento chegou a ser discutido na I Jornada de Direito Civil realizada em Brasília resultando nos Enunciado de nº 42, que diz que “o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art.12 do CDC, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais à circulação dos produtos.”³⁰, e no Enunciado de nº 43 que afirma que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do NCC, *também inclui os riscos do desenvolvimento*”³¹. (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, uma forte tendência doutrinária voltada para a efetiva garantia da responsabilização do fornecedor de produtos em caso de danos aos consumidores decorrentes do risco do desenvolvimento.

4 A NECESSIDADE DE TUTELAR O CONSUMIDOR

Pudemos verificar ao longo do capítulo anterior que, a primeira vista, os argumentos que sustentam a exoneração da responsabilidade dos fabricantes em casos de riscos do desenvolvimento estão revestidos de fundamentos válidos. Entretanto, veremos que, no entanto, estes argumentos não estão totalmente em consonância com os preceitos do ordenamento jurídico. Isto porque vivenciamos um período em que a hermenêutica de um sistema normativo não se demonstra tão eficaz se realizada de forma monocular. Deve, certamente, o intérprete investir-se dos valores que o ordenamento jurídico, como um todo, nos fornece.

³⁰ Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil – Novo Código Civil, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - CJF, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>, acesso em 21/07/2007.

³¹ Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil – Novo Código Civil, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - CJF, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>, acesso em 21/07/2007.

Portanto, o caráter interdisciplinar do Direito implica na ineficácia da interpretação do Código de Defesa do Consumidor caso não tenha sido realizada sob o norte da tábua axiológica constitucional.

Surge, então, a doutrina do Direito Civil-Constitucional como elementar a responder estes anseios e a fornecer uma interpretação que atenda satisfatoriamente o “espírito” do ordenamento jurídico, ao buscar na própria Constituição Federal fundamentos para um argumento sólido.

A Constituição, como é sabido, é a fonte originária de todo ordenamento, e, por isso, detém uma determinada hierarquia de valores e princípios que devem ser observados por toda a legislação infraconstitucional para conferir uma maior unidade hermenêutica ao ordenamento.

Passemos, então, à análise destes valores e princípios constitucionais que norteiam a tarefa do intérprete a uma inevitável tutela dos interesses do consumidor.

Temos, inicialmente, que a Constituição Federal de 1988 garantiu expressamente, na seção destinada aos Direitos e Garantias Fundamentais, a tutela do consumidor pelo Estado, na forma da lei. Tal assertiva traduz o teor do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal e demonstra a intenção do legislador originário em reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, garantindo que o Estado intervenha nas relações consumeristas, através de lei, para garantir a tutela da parte hipossuficiente.

Outra passagem do texto Constitucional que demonstra a necessidade de tutela do consumidor e que, a seguir, servirá de fundamento para deflagrar a fragilidade de alguns argumentos contra a imputação de responsabilidade do fornecedor é que o inciso V do artigo 170 assegura a defesa do consumidor como princípio fundamental da ordem econômica. Tal dispositivo enriquece ainda mais a tábua constitucional de valores que tende, inevitavelmente, para a tutela do consumidor frente ao enorme poderio econômico das grandes empresas.

Entretanto, um argumento de grande valia a favor da proteção do consumidor e que, inclusive, funciona como premissa para todos os demais, é a necessidade da tutela da dignidade da pessoa humana. E é justamente este princípio, esculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição como substrato da República Federativa do Brasil, que nos demonstra, ainda com mais clareza, a fragilidade dos argumentos que defendem a excludente de responsabilidade do fornecedor frente aos

riscos do desenvolvimento, pois somente através da efetiva defesa dos direitos do consumidor contra os danos por eles suportados é que se atinge a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este princípio, em conjunto com os demais contidos na Constituição, norteia a atividade interpretativa do aplicador do direito no sentido de proteger o consumidor contra qualquer tipo de dano, seja material, moral ou físico, que eventualmente possa ser submetido em função de um produto novo lançado no mercado.

Portanto, todo argumento que se volte contra os interesses do consumidor estaria em manifesta colisão com todo o conteúdo valorativo e principiológico da Carta Magna, demonstrando-se demasiadamente ineficaz a argumentar a exclusão da responsabilidade do fornecedor em casos do risco do desenvolvimento.

A vulnerabilidade da doutrina que defende a exoneração da obrigação do fornecedor de indenizar o consumidor em caso de danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento não se demonstra apenas diante dos argumentos constitucionais.

De fato, uma análise crítica destes argumentos nos leva a concluir que a tutela do consumidor é o caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional para garantir a unidade que se espera do ordenamento jurídico, senão vejamos:

De início temos a doutrina que prega a inexistência do vício em casos de risco do desenvolvimento. Portanto, na ausência de um dos pressupostos da responsabilidade civil, não deve ser atribuído ao fornecedor qualquer obrigação de indenizar o consumidor.

Ousamos discordar do entendimento do autor Gustavo Tepedino no sentido de que inexistente o defeito por não haver a reversão da legítima expectativa do consumidor.

Pois bem, o consumidor adquire um produto novo lançado no mercado crendo piamente em sua segurança. Se este produto nunca lhe causar prejuízos, logicamente não haverá que se falar em defeito. Mas, no entanto, se este mesmo produto vier a lhe causar um dano, mesmo que posteriormente e pela evolução do estado da ciência, não haverá como negar que a expectativa criada quando da introdução do produto no mercado foi profundamente abalada. Aqui estamos diante de todos os requisitos previstos no conceito de defeito fornecido pelo legislador no inciso III do parágrafo 1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o que configura o

caráter defeituoso do produto no caso de risco do desenvolvimento e que, por conseguinte, caracteriza o dever de indenizar do fabricante.

Entretanto, acolhemos as doutrinas que pregam a inexistência de defeito de informação, de concepção ou de produção. Inexiste defeito de informação, pois não há como obrigar o fabricante a informar o impossível, já que não há meios científicos de se descobrir o que se espera que fosse informado. Também inexiste defeito de concepção, pois não se trata de um defeito decorrente de falha na fórmula ou no projeto, pois o produto apresenta todas as características do projeto inicial, mesmo motivo de não haver o defeito de fabricação.

Acreditamos em uma nova categoria de defeitos que se configuram pelo simples fato de lesarem a legítima expectativa do consumidor. Trata-se de uma situação jurídica nova e que ainda não foi positivada pelo legislador, o que não impede que uma interpretação, nos moldes acima narrados, impliquem na responsabilização do fornecedor.

Outros doutrinadores, acreditando na existência do defeito, afirmam que não há como repartir entre fornecedores e consumidores um risco que se desconhece e que, devido a isso, não deve ser responsabilizado quem introduziu o produto no mercado. A imprevisibilidade da ocorrência do dano impede que o fornecedor evite ou diminua os seus prejuízos, arcando sozinho com os ônus.

Entretanto, vale lembrar que uma das características do defeito de concepção é a inevitabilidade e a dificuldade de previsão estatística³² o que, no entanto, não impediu o legislador de imputar a responsabilidade objetiva ao fabricante.

Ainda nesse mesmo sentido, recordamos também que estão à disposição dos fornecedores os mesmos mecanismos utilizados para amenizar as perdas decorrentes dos vícios de concepção, quais sejam: a contratação de seguros, a diluição de uma eventual condenação no preço dos demais produtos, entre outros que permitam a distribuição equitativa dos riscos do desenvolvimento entre as partes da relação de consumo e que impeçam que toda a carga seja jogada sobre as costas do consumidor vulnerável.

Também estão revestidos de vulnerabilidade os argumentos de que a responsabilização do fornecedor desencorajaria a pesquisa e a comercialização de novos

³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.* p. 142.

produtos. Trata-se de um argumento de caráter político e econômico que não deve prevalecer sobre a proteção constitucional garantida ao consumidor. Acreditamos que a responsabilização iria, ao contrário, ajudar na prevenção do dano, uma vez que o fabricante acentuaria cada vez mais o investimento em novas tecnologias a fim de evitar a incidência da responsabilidade futuramente. Além disso, para evitar ou diminuir os danos, o fabricante continuaria a pesquisa sobre o produto mesmo após o seu lançamento no mercado. Eximir o fornecedor de uma eventual responsabilidade em caso de riscos do desenvolvimento seria financiar o desenvolvimento científico e tecnológico à custa do consumidor, transformando-o em verdadeira cobaia.

Ainda mais frágil se demonstra a idéia da criação de um fundo especial para indenizar as vítimas de um dano derivado do risco do desenvolvimento. Tal prática também desincentivaria a continuação da pesquisa após o lançamento do produto no mercado, pois não incutiria no fabricante a preocupação de um prejuízo de grande monta já que bastaria que estivesse de forma regular com o fundo para que este arcasse com as despesas com indenizações pelos danos. A idéia de um fundo especial ainda deixa algumas dúvidas, tais como: A indenização seria padronizada para cada consumidor lesado que solicitasse a indenização ou seria analisado caso a caso? Se inúmeros consumidores forem lesados e o fundo não tiver como financiar a indenização de todos? Neste último caso, o total seria dividido *pro rata*?

São questões que quem defende a teoria da implementação do fundo especial ainda não respondeu satisfatoriamente e que podem levar a situações injustas, como no caso de o mencionado fundo não possuir saldo suficiente para arcar com todas as indenizações pleiteadas. Neste caso, dividir o total proporcionalmente acarretaria em um benefício demasiadamente alto para o consumidor que sofreu um dano inferior e um prejuízo ainda maior para aquele que suportou danos mais graves.

A implementação de um prazo, assim como o de dez anos previstos pela Diretiva CEE 374/85 e sugerido por Marcelo Junqueira Calixto, também poderia provocar situações de extrema injustiça, pois com o esgotamento do prazo, esgotaria, por conseguinte, a responsabilidade do fabricante, mas não o risco por ele mesmo criado. A situação se demonstra ainda mais complicada se, em hipótese, o produto somente vier a causar danos após os dez anos previstos.

Para que o fornecedor não fique eternamente responsabilizado, bastaria a

implementação de um prazo mais curto, mas que, no entanto, fosse decorrente da desídia do consumidor em procurar os seus direitos. O termo de início de tal prazo seria a partir do conhecimento do consumidor de que está sofrendo o dano decorrente daquele determinado produto colocado no mercado. Portanto, não bastaria que o consumidor estivesse sentindo os efeitos do dano a que fora acometido, seria necessário que tivesse o conhecimento do dano, da causa do dano e do nexo de causalidade entre esta mesma causa e o dano. Uma difusão maciça da potência danosa do produto e a sua conseqüente retirada do mercado poderiam ser medidas a serem consideradas pelo legislador para o início do cálculo do prazo, caso venha a ser implementado nestes moldes.

Como pudemos verificar, os principais argumentos contra a responsabilização do fornecedor nos casos de risco do desenvolvimento cedem diante de outras teses, principalmente as fundamentadas na Carta Magna, o que demonstra a necessidade de uma efetiva tutela do consumidor, seja através da atuação do aplicador do direito ou por intermédio da tarefa do legislador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos verificar ao longo da abordagem, a hipótese dos riscos do desenvolvimento ainda produz inúmeras divergências no mundo acadêmico e legislativo.

Uma parte da doutrina entende que o fornecedor não deve ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor por um produto introduzido no mercado e que, posteriormente, o desenvolvimento científico e tecnológico permitiu descobrir a capacidade danosa deste mesmo produto.

Tais argumentos variam desde a inexistência do defeito, por não existir quebra da legítima expectativa do consumidor, até a exclusão da responsabilidade por motivos político-econômicos.

Outra parte da corrente doutrinária defende a responsabilização do fornecedor pela efetiva existência de um defeito e que, certamente, quebra a legítima expectativa criada no consumidor.

Analisamos os principais argumentos de cada uma das doutrinas e verificamos que ambos os argumentos, a princípio, são dotados de uma certa plausibilidade.

Entretanto, esta dificuldade de se aferir qual das posições atende melhor aos anseios da sociedade e do ordenamento jurídico começa a perder o seu sentido a partir do momento em que submetemos o assunto a uma interpretação com base na perspectiva civil-constitucional.

A Constituição traz normas de alto conteúdo axiológico, elevando o ser humano ao ápice do ordenamento, e que devem ser absorvidas pelas codificações infraconstitucionais em cada caso concreto, determinando que o Estado atue efetivamente para promover a defesa do consumidor. Também trouxe expressamente o Princípio da Defesa do Consumidor como norte para o desenvolvimento da ordem econômica.

Tais passagens, por si só, bastariam para balizar a atuação do aplicador do Direito rumo à defesa do consumidor em casos do risco do desenvolvimento.

Entretanto, a Constituição Federal ainda traz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como objetivo último a ser perseguido. E, como vimos, só é possível a concretização deste princípio com a tutela dos direitos do consumidor.

Isto demonstra que o desenvolvimento científico, tecnológico e econômico não deve prevalecer sobre a tutela do consumidor, por estar em confronto direto com a Norma Maior.

Verificamos também que os argumentos da doutrina que defende a não responsabilização do fornecedor apresenta pontos vulneráveis, que dão azo à uma imperativa defesa do consumidor.

De fato, não há como negar o caráter defeituoso do produto, posto que tal bem vem causar um dano ao consumidor quebrando a legítima expectativa criada. Também não se pode aceitar que o desenvolvimento científico ocorra à custa do consumidor, devendo os riscos serem transferidos ao fabricante que os criou, conferindo, assim, a equidade entre as partes da relação de consumo.

Não obstante, temos que o setor industrial é dotado de alta maleabilidade para se adaptar a situações novas, assim como se adaptou quando da introdução no ordenamento da responsabilidade objetiva. Ao contrário, o consumidor vulnerável não pode ficar a mercê de “experiências científicas”, suportando toda a carga de riscos criada. Portanto, a imputação da responsabilidade ao fornecedor de produtos e serviços em caso de riscos do desenvolvimento se torna medida necessária diante de toda a

argumentação despendida.

No Brasil a questão dos riscos do desenvolvimento ainda não se encontra positivada, aumentando ainda mais as divergências doutrinárias na esfera acadêmica.

Portanto, torna-se imperativo a atuação do legislador infraconstitucional para regulamentar a matéria no sentido de resguardar a tutela do consumidor, a fim de garantir concretização aos princípios constitucionais que pairam neste sentido.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nº 15, jul/set. 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A Responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento**. Porto Alegre: AJURIS, 1993.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA, Sílvio Luís da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *A Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na ótica Civil-constitucional*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.