

Responsabilidade Civil pelo fato do produto defeituoso no código de defesa do consumidor

Aprovado em 24/10/2011

Fábio Amadeu Martins Perroni

Sumário

Introdução. 1. Contorno constitucional do direito do consumidor alçado à categoria de direito fundamental. 2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. Metodologia de estudo em plano único. Necessidade de superar a estrita divisão no Código de Defesa do Consumidor. 3. Princípios e direitos básicos dos consumidores. A unidade do sistema da responsabilidade pelo fato de o produto no Código de Defesa do Consumidor e a busca de sua ancoragem. Princípio da confiança. Teoria do abuso do direito. Teoria da qualidade. 4. Distinção entre defeito e vício do produto. 5. Evolução da responsabilidade civil. Teoria subjetiva. Presunção de culpa. Teoria objetiva. Modelo dualista. 6. Responsabilidade objetiva mitigada pelo fato do produto. Teoria do risco da atividade ou risco criado e suas peculiaridades no Código de Defesa do Consumidor. 7. Noção de defeito. Riscos à saúde ou à segurança. Produtos nocivos ou perigosos. Defeito como pressuposto do dever de indenizar. Produto defeituoso, assim considerado, “a priori” e “ope legis”, por presunção “juris tan-

tum”. O chamado risco de desenvolvimento. 8. Nexso de causalidade. Eximenes de responsabilidade. Caso fortuito e força maior. Não colocação do produto no mercado e inexistência do defeito. Culpa exclusiva da vítima. Culpa exclusiva de terceiro e responsabilidade do comerciante. 9 Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

Trata este trabalho de examinar o regime da responsabilidade civil pelo fato de produto defeituoso sob a perspectiva introduzida tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Produto defeituoso. Acidente de consumo.

Abstract

This paper examines the civil liability regimen due to a fact caused by a defective product under the perspective introduced by the Brazilian Constitution of 1988 and the Consumer Code

Key-words: Consumer Law. Civil Liability. Defective product. Consumer accident

Introdução

Este trabalho tem por objetivo a análise do regime da responsabilidade civil pelo fato de produto defeituoso sob a perspectiva introduzida tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, tudo com o escopo de contribuir e precisar à exata compreensão de um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica.

Para tanto, sem desconhecer a complexidade do tema ou sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, mas à guisa de suscitar reflexões sobre questões extremamente relevantes, este estudo será dividido em duas partes.

Na primeira tratar-se-á de investigar os contornos constitucionais da proteção do consumidor e sua normativa específica. Em seguida, pretende-se expor sobre a necessidade de superação da dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual no campo da responsabilidade pelo fato de produto no sistema do Código de Defesa do Consumidor, apontando-se os princípios e os direitos básicos dos consumidores, também daquele tido por equiparável, e um caminho na direção de possível teoria unitária ancorada, quer seja no “princípio da proteção da confiança”, ou ainda na teoria do abuso de direito em sua concepção objetiva ou finalística e, por fim, na teoria da qualidade.

Na segunda parte, será examinado o novo regime legal e próprio previsto no Código de Defesa do Consumidor quanto à responsabilidade do fornecedor pelo fato de produto defeituoso, também denominado acidente de consumo; abordar-se-á a distinção entre defeito e vício, a evolução quanto à objetivação da base da teoria subjetiva e o modelo dualista. Pretende-se ainda analisar qual a natureza jurídica da responsabilidade do fornecedor pelo fato de produto defeituoso, bem assim a noção de defeito e este como pressuposto do dever de indenizar à vítima, os riscos à saúde à ou segurança decorrentes de produtos nocivos ou perigosos, o chamado risco de desenvolvimento, o nexo de causalidade, as eximentes de respon-

sabilidade, o caso fortuito e a força maior e a responsabilidade do comerciante.

1. Contorno constitucional do direito do consumidor alçado à categoria de direito fundamental.

De início, tem-se que é indispensável reavaliar a sistematização do direito para que se possa precisar o exato sentido e alcance do Código de Defesa do Consumidor, pois com o advento da Carta Magna de 1988, a proteção do consumidor, alçada ao patamar constitucional de direito fundamental, passou a ser um dever do Estado, assim como dos denominados interesses difusos e coletivos, acarretando o surgimento de novas formas de proteção e defesa dos interesses dos consumidores, tudo com o fito de se criar instrumentos jurídicos aptos a tutelar esses novos direitos que, embora não sejam públicos no sentido tradicional, são, todavia, coletivos “lato sensu” e considerados de interesse social, assim como os são os interesses individuais homogêneos, por força do disposto no artigo 1º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Acrescente-se ainda que o supramencionado estatuto do consumidor, de natureza híbrida e multidisciplinar, por conter normas de direito material e processual, afora regular relações entre indivíduos, comunidades e Estado, reflete de forma clara a necessidade da proteção coletiva como meio eficaz para defesa de direitos da coletividade e da sociedade de massa, além de salientar alguns aspectos coletivos transindividuais do direito privado contemporâneo, o qual não mais se funda exclusivamente no patrimônio individual, posto a salvo das ingerências do Estado e da coletividade mais bem organizada em nível intermediário entre aquele e o indivíduo, ambos interessados nas consequências das ações privadas em relação aos demais indivíduos e de repercussão coletiva e ou social¹.

¹ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 722.

De outra parte, não se pode olvidar que a defesa do consumidor é garantia constitucional (art. 5º, XXXI) e figura entre os princípios gerais da ordem econômica, que tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, V). E mais, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que as normas relativas à proteção e à defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, devendo-se ressaltar que, consoante à lição de Kazuo Watanaabe², os termos interesses e direitos foram utilizados pelo legislador como sinônimos e “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.

2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. Metodologia de estudo em um plano único. Necessidade de superar a estrita divisão no Código de Defesa do Consumidor.

Reflexos pujantes decorrentes dessa recente perspectiva fundada em novo paradigma alçado à categoria de direito fundamental do consumidor são sentidos no sistema da responsabilidade civil, sendo fartas as discussões a respeito das várias vertentes teóricas e suas aplicações perante nosso ordenamento jurídico, o que torna a matéria um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica. Porém, desde já, frise-se não ser o objetivo deste trabalho desenvolver estudo sobre as teorias filosófico-jurídicas que envolvem a gênese e a evolução da responsabilidade, como bem elucidada José de Aguiar Dias³.

A ideia central inspiradora da construção da teoria da responsabilidade, que se verte de início em dois sistemas distintos, o civil e o penal, reside no princípio do “neminem laedere” (a ninguém se

deve lesar). Posteriormente, no campo da esfera civil, a responsabilidade foi dividida em dois campos: a) extracontratual ou aquiliana “lex aquilia”, fundada no princípio do respeito “alterum non laedere”⁴, que se origina de uma violação do dever legal e não contratual, isto é, decorre da violação de um direito legalmente protegido que, por sua vez, causa um dano a outrem, e exige a prova da culpa; b) contratual, fundada no princípio da palavra dada (da fides, o terceiro princípio geral de direito dos estóicos)⁵, que se origina do inadimplemento de uma obrigação avençada, quando um contratante causa dano a outro, por descumprir a obrigação derivada de contrato. Todavia, não se pode olvidar que, em ambas, a obrigação de indenizar decorre do desvio de conduta do agente, quer seja por praticar um ato ilícito (desrespeitar um dever legal), quer seja por não cumprir obrigação pactuada (não observância do dever contratual), e que as duas espécies de responsabilidade estão assentadas no princípio elementar de que deve ser reparado o dano causado por descumprimento de dever jurídico.

Desse modo, não obstante as peculiares de cada um desses dois aspectos da responsabilidade aquiliana e contratual, cujas diferenças não são fundamentais e não atingem os princípios essenciais da responsabilidade, neste trabalho opta-se por estudá-la em plano único, como, aliás, recomenda o ensinamento de José de Aguiar Dias, salientando que para os dois casos, em essência, o que se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e o nexo de causa e efeito entre os primeiros.

Ademais, como adverte Caio Mário da Silva Pereira⁶, não há como prevalecer a posição daqueles que procuram encontrar distinções ontológicas entre culpa contratual e culpa aquiliana, pois ambas apresentam diferenças pontuais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos, que são aspectos circunstanciais, mas o que o

⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. **A boa-fé na informação dos contratos**. São Paulo: RDC, n. 3, p. 87.

⁵ Ibidem, p. 87.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 118 a 134.

² Ibidem, p. 739.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, tomo I, p. 1/105.

sobreleva é a unicidade ontológica, pois numa e noutra há de estar presente a contravenção a uma norma. No dizer de Pontes de Miranda⁷: “a culpa é a mesma para infração contratual e para delitual”. Para Agostinho Alvim⁸

A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, e qualquer delas pode fundar-se na culpa, ou no risco. Se se funda na culpa, os elementos da responsabilidade vêm a ser: culpa, dano e nexa causal. Se se funda no risco, prescinde-se da culpa.

Pois bem, afora apresentar vantagens práticas aplicar neste trabalho a metodologia de estudo em plano único, cabe salientar que o sistema preventivo e reparatório de responsabilidade pelo fato do produto previsto no Código do Consumidor trouxe a superação da dicotomia clássica entre responsabilidade extracontratual, assentada na noção de culpa, e a responsabilidade contratual restrita às partes do negócio jurídico⁹.

É evidente o reconhecimento normativo da unidade de fundamento da responsabilidade do fornecedor nas hipóteses de acidente de consumo, este proveniente de produto ou de serviço defeituoso com dano à integridade física e psíquica da pessoa¹⁰, que, de regra, enseja reparação fundada na teoria objetiva, ressalvado no que diz respeito aos serviços prestados por profissionais liberais, tanto à pessoa do consumidor na qualidade de parte na relação contratual, quanto ao terceiro situado em relação extracontratual, mas vítima do evento e equiparado ao consumidor, nos termos dos artigos 14 e 17 do aludido diploma legal, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação em face do lesado, credor contratual ou terceiro, tendo em vista também o preceito contido no artigo 29 do referido estatuto¹¹.

⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

⁸ LIMA, Alvim. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 104.

⁹ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

¹⁰ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 55.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil - A Responsabilidade por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.239.

Demais disso, a necessidade de superar a estrita divisão entre a responsabilidade contratual e aquiliana justifica-se também em razão da mudança de papéis decorrente da transferência da função de “garantidor” do fornecedor direto (comerciante) para o fornecedor indireto (produtor) e a imputação de responsabilidades conjuntas a indivíduos vinculados ou não por laços contratuais¹².

Tais elementos¹³ revelam o caminhar na direção de teoria unitária da responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor.

3. Princípios e direitos básicos dos consumidores. A unidade do sistema da responsabilidade pelo fato de produto no Código de Defesa do Consumidor e a busca de sua ancoragem. Princípio da Confiança. Teoria do Abuso do Direito. Teoria da Qualidade.

Massificar a produção, o consumo e a comunicação entre fornecedores e consumidores, bem como a multiplicar os riscos desse mercado trouxe a lume novo regime legal de responsabilidade civil consagrado no Código de Defesa do Consumidor, que tem por objetivo ideal o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, à saúde e à segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo. Para o atendimento de tais metas, conforme se depreende do artigo 4º, incisos I a VIII, o legislador houve por bem arrolar princípios que se refletem em toda normativa da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a saber: a) o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; b) o dever governamental de efetiva proteção do consumidor; c) a garantia

de adequação e de segurança dos produtos e serviços; d) a boa fé objetiva regida por normas de conduta; e) a educação e a informação; f) a coibição e a repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo.

Tais princípios penetram nos direitos básicos dos consumidores a ser tutelados, os quais estão arrolados no artigo 6º, incisos I a X, do Código de Defesa do Consumidor e mantêm correlação com os deveres do fornecedor, vejamos: a) proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por produtos ou serviços considerados perigosos ou nocivos; b) igualdade nas contratações e liberdade de escolha; c) informação completa e eficiente sobre produtos e serviços; d) proteção contra práticas desleais e abusivas; e) proteção contratual; f) efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais; g) facilitação da defesa judicial, inclusive com inversão do ônus da prova; h) eficiência dos serviços públicos.

Ora, do acima expandido, pode-se afirmar que há novo paradigma objetivado em sua base, correlacionando-se direitos do consumidor com deveres do fornecedor, fundado na solidariedade, na confiança, na qualidade, na segurança, na informação, na transparência, na cooperação que são almeçadas por todos no mercado de consumo e na busca de expectativas legítimas.

Ainda, como é cediço fonte de obrigação é o seu elemento gerador, seja o fato que lhe dá origem, seja o fato jurídico de que ela se gera, de acordo com as regras de direito. Assim, são fontes das obrigações os atos ilícitos e os atos lícitos. Indagar-se da fonte da obrigação é buscar as razões pelas quais alguém se torna credor ou devedor.

No Código de Defesa do Consumidor, a obrigação resulta diretamente da lei e, assim, tanto no caso do contrato como no do ato ilícito, a lei aparece como fonte primária do dever de reparar o dano causado por defeito do produto colocado no mercado de consumo. A responsabilidade por defeito do produto desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco à saúde ou à segurança das pessoas atingidas e subordina todo fornecedor que, sem

perquirir a respeito de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Assim, pode-se dizer que a unidade do sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, tanto nas relações contratuais quanto nas extracontratuais, encontra sua ancoragem nos direitos e deveres que garantem ao consumidor, também àquele tido por equiparável, a qualidade do produto e do serviço, sua adequação e segurança, além de informações suficientes sobre sua utilização e risco, a fim de se evitar prejuízos decorrentes de defeitos de vícios dos produtos e serviços, assegurando-lhes o ressarcimento integral do dano. Há imposição legal de responsabilidade dos fornecedores, quer seja com a pessoa que tem um vínculo contratual com os consumidores, como com aquele que não o tem, mas equiparável ao consumidor, por força dos preceitos contidos nos artigos 17 e 29 do CDC. Ao fornecedor a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. Essa qualidade que se exige é a garantia de adequação para seu uso, como também de segurança que razoavelmente se espera, com o escopo de reduzir e ou de eliminar os riscos da sociedade de consumo.

Para Cláudia Lima Marques, essa ancoragem funda-se no “Princípio da Proteção da Confiança”, atrelado aos “deveres anexos”, que encontra seu substrato na teoria da confiança analisada por Koendgen¹⁴.

Todavia, comporta trazer à reflexão outra perspectiva para tal abordagem, assentada na teoria do abuso do direito em sua concepção objetiva ou finalista, cujo tema é tratado em profundidade por Alvin Lima, conclusivo no sentido de que essa teoria:

Qualquer que seja o critério seguido por sua configuração e aplicação, veio ampliar os casos de responsabilidade, tanto contratual como extracontratual, de modo a melhor am-

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 576.

parar os direitos da vítima dos atos lesivos e causadores de dano”¹⁵.

Não se pode olvidar ainda que, no Código Civil de 2002, há previsão expressa sobre o abuso de direito, segundo o critério finalista (art. 187), bem como as várias previsões concernentes às diversas condutas abusivas contidas no Código de Defesa do Consumidor a amparar a responsabilidade na hipótese de abuso de direito.

Ademais, considerando-se o regime legal de responsabilidade do fornecedor imposto em razão do método escolhido pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, não se pode deixar à margem desse estudo a denominada teoria da qualidade apresentada por Antônio Herman Beijamim, baseando-se nos ensinamentos de Bougoignie e Calais-Auloy. Em apertada síntese, para os estudos dessa teoria, ao fornecedor a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços destinados ao mercado de consumo, cujo descumprimento ensejará efeitos contratuais e extracontratuais concernentes à reparação dos danos causados pelos produtos ou serviços defeituosos ou com vícios. A teoria em estudo divide-se em dois ramos, na exigência da qualidade-adequação e da qualidade-segurança, à luz do que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Assim, tem-se nos artigos 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor os defeitos de qualidade por insegurança (falha na segurança) e nos artigos 18 e seguintes os vícios de qualidade por inadequação (falha na prestabilidade)¹⁶.

¹⁵ LIMA, Alvíno. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 203 a 257, sintetiza o seguinte: “Podemos, pois, sintetizar toda a exposição até agora feita quanto aos critérios adotados para fixação do abuso do direito; de um lado o direito com intenção de lesar o direito de outrem e sem utilidade apreciável para o agente; de outro lado os critérios finalistas ou objetivos, que são díspares. Para uns, será o exercício anormal do direito contrariando sua finalidade social e econômica; para outros a ausência de interesse legítimo ou a ruptura do equilíbrio dos interesses em jogo”. E continua, “A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o desvio desta finalidade ou destinação caracteriza o abuso do direito; o critério a adotar deve, pois, ter em vista fixar, com precisão, aquele desvio”.

¹⁶ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 38.

4. Distinção entre defeito e vício no Código de Defesa do Consumidor

No diploma legal em estudo, para fins de responsabilidade, há distinção entre “defeito” e “vício” do produto ou do serviço, podendo-se ressaltar que o primeiro é a desconformidade que causa ou pode causar um “acidente de consumo” com danos à pessoa do consumidor ou a todas as vítimas do evento por equiparação (art. 17); e o segundo apenas atinge o patrimônio material do beneficiário do produto ou do serviço¹⁷. Vale dizer, a distinção está ligada na natureza da falha apresentada pelo produto ou serviço, pois, quando produz danos externos concernentes à saúde ou à segurança da pessoa, estamos diante de defeito ou fato do produto ou do serviço, ao passo que, caso acarreta apenas diminuição patrimonial e eventual abalo moral, trata-se de um vício do produto ou do serviço.

Frise-se que, ao contrário de outras legislações alienígenas que não apontam diferenciação entre defeitos e vícios, esses compreendidos naqueles e ambos causadores de dano à integridade psicofísica das vítimas ou ao seu patrimônio, o posicionamento adotado pelo Código do Consumidor foi outro, haja vista o seguinte: quando a impropriedade do produto acarretar riscos à saúde ou à segurança do consumidor, além do que razoavelmente dele se esperam, segundo interpretação sistemática dos artigos 8º, 9º, 10 e 12 do referido “codex”, cuida-se de um defeito; quando a desconformidade do produto em sua qualidade ou quantidade produz tão-somente redução patrimonial acrescida de eventual abalo moral em razão de ter sido frustrada a legítima expectativa do consumidor, trata-se de vício. Em outras palavras, o vício é intrínseco ao produto e lhe reduz a qualidade ou a quantidade, acarretando apenas dano patrimonial; o defeito consiste na ausência

¹⁷ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: RDC, n.7, p. 278.

de segurança do produto quanto a sua utilização e aos riscos e se exterioriza para além do produto, de modo a atingir a integridade física e a saúde do consumidor.

A distinção acima expandida entre defeito e vício é relevante e fundamental, porquanto, à luz do estatuto do consumidor, são conceitos distintos, com regimes jurídicos próprios e tutelas jurídicas diversas, para cuja identificação o interprete deve buscar um traço preponderante, mas não exclusivo.

5. Evolução da responsabilidade civil. Teoria subjetiva. Presunção de culpa. Teoria objetiva. Modelo dualista.

Diante das considerações apontadas, mostra-se ainda necessário um breve apanhado sobre a evolução do instituto da responsabilidade civil, partindo-se da regra consagrada na teoria subjetiva para o regime da presunção de culpa e, por fim, da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco.

Portanto, em que pese a grande dificuldade que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil, cabe tomar licença de reproduzir a definição de Maria Helena Diniz¹⁸, que guarda em sua estrutura a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, a saber: “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”. Como é cediço, o nosso ordenamento jurídico consagrou a responsabilidade subjetiva como regra do direito privado, exigindo-se, para responsabilização do agente, uma conduta comissiva ou omissiva perpetrada mediante culpa (negligência, imprudência, ou imperícia) ou dolo (intenção), em desrespeito à ordem jurídica, acarretando dano material ou moral a outrem.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 7º vol, p.29.

Assim, “a priori”, a responsabilidade civil fundou-se exclusivamente na doutrina da culpa, adotada em nosso Código Civil de 1916. Porém, diante do desenvolvimento da civilização ocidental, pouco a pouco se percebeu a insuficiência da teoria subjetiva para abarcar todos os casos de reparação do dano, o que fez surgir uma outra concepção de responsabilidade civil fundada na objetivação de sua base. Como primeiro passo, à guisa de se preservar na sua integridade a teoria clássica que tem a culpa como condição de suporte da responsabilidade civil, desenvolveu-se, para casos especiais, a técnica da presunção de culpa do agente, dispensando-se a vítima de provar o erro de conduta daquele, invertendo-se o ônus da prova. O segundo passo, também para alguns casos especialmente previstos, foi adotar a doutrina objetiva fundada, em sua essência, na teoria do risco, por meio da qual a reparação se impõe independentemente da conduta culposa do agente, sendo o bastante, em regra, que exista nexo de causalidade entre o fato proveniente do exercício da atividade do agente e o dano superveniente suportado pela vítima.

Note-se que há muita confusão dentre os operadores do direito para esclarecer a tênue distinção entre os casos de responsabilidade objetiva e os de culpa presumida, mas ela subsiste, porquanto no sistema da culpa, quer seja real ou presumida, sem ela não há responsabilidade, ao passo que no sistema objetivo responde-se sem culpa, isto é, não cabe qualquer indagação sobre sua existência¹⁹.

Ora, em que pese o respeito devido aos que sustentam que o expediente da presunção de culpa, para os “subjetivistas”, é mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo, não se comunga dessa asserção, porquanto, caso se tratar de presunção “iuris tantum”, admissível será indagar a respeito da conduta do agente capaz de ensejar causa escusativa a não configurar violação de dever jurídico, retirando-lhe o encargo de indenizar, tais como: legítima defesa; exercí-

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, tomo I, p. 84

cio regular de um direito reconhecido; estado de necessidade. No entanto, o mesmo não pode ser dito na hipótese de culpa por presunção absoluta, mas ainda assim persiste traço diferencial, pois no campo das exonerações possíveis há corrente na doutrina que considera descabida a excludente de caso fortuito no regime da objetivação da responsabilidade civil, fundada no risco integral da atividade perigosa, como a exploração pacífica do átomo (atividades nucleares)²⁰ ou na seara do dano causado ao meio ambiente²¹.

De outra parte, tem-se por admissível a convivência das duas teorias (subjéctiva e objectiva)²², delineando-se um modelo dualista²³, no qual a teoria da culpa impera como regra geral básica da responsabilidade civil (artigos 186 e 927, caput, do Código Civil de 2002), aplicando-se a teoria fundada no risco para os casos especialmente previstos na legislação vigência²⁴ ou “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, § único, Código Civil em vigor).

6. Responsabilidade objetiva mitigada pelo fato do produto. Teoria do risco da atividade ou risco criado e suas peculiaridades no Código do Consumidor.

Devido ao critério de diferenciação entre defeitos e vícios adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme anteriormente salientado, e tendo em vista a diversidade de tratamento conferido aos profissionais liberais pelos defeitos dos serviços (art. 14 do CDC), o estudo a seguir con-

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 177.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RDC, n. 3, p. 56.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 273 a 278.

²³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 177.

²⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109/110.

centrar-se-á no regime dos defeitos dos produtos. Dúvida não há de que, nos acidentes de consumo com danos à integridade física e psíquica do consumidor, ou seja de, defeito por insegurança do produto quanto a sua utilização e aos riscos que se exteriorizam para além da expectativa legítima do consumidor, expondo-o a riscos à saúde ou à segurança, adotou o legislador o regime de responsabilidade objetiva, porém mitigada, uma vez que há previsão de determinadas excludentes (art. 12, § 3º do CDC), o que afasta a aplicação da teoria do risco integral.

Quanto aos eventos com danos meramente patrimoniais acrescidos de eventual abalo moral, isto é, vício intrínseco ao produto que reduz a sua qualidade ou quantidade, ainda persiste grande divergência a respeito de sua natureza²⁵, por não constar a expressão “independentemente da existência de culpa”, conforme inserida no artigo 12, que trata da hipótese de responsabilidade pelo fato do produto objeto deste estudo. Porém, nada obstante merecer tal matéria estudo específico e análise mais acurada que não comporta melhor desenvolvimento neste trabalho, pode-se afirmar que a responsabilidade por vício do produto ou do serviço escapa da noção de culpa, visto que a “*ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade*”, conforme previsto no artigo 23 do Código do Consumidor.

Consagrado está no nosso ordenamento jurídico o regime da responsabilidade objetiva do fornecedor, por danos à saúde e à segurança dos consumidores, bem assim de terceiros vítimas do acidente de consumo, provenientes de produtos defeituosos fornecidos por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, sendo despidendo cogitar-se no exame de cada caso em concreto acerca de culpa real ou presumida.

Como bem sintetizou Caio Mário, a doutrina objetiva “*ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa,*

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RDC, n. 3, p. 56/58.

dano, vínculo de causalidade entre uma e outra) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter ilícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade”²⁶.

Comporta consignar ainda que há muita divergência de terminologia entre os autores a respeito das várias teorias que sustentam a doutrina da responsabilidade objetiva, o que torna difícil colocar a matéria.

Todavia, malgrado o respeito devido à boa argumentação em sentido contrário, no defeito pelo fato do produto não tem incidência a teoria do risco integral, que não admite causa excludente de responsabilidade. Primeiro, porque essa teoria não foi contemplada na responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, conforme adverte Hely Lopes Meirelles, com apoio na melhor doutrina e reiterada jurisprudência²⁷. Depois, porque no artigo 12, parágrafo 3º, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, há previsão expressa das excludentes de responsabilidade do fornecedor quando provar: “I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

De outra parte, também não há cogitar-se na aplicação da teoria do risco proveito, porquanto no acidente de consumo proveniente de produtos, com danos à integridade do consumidor ou de terceiro, o dever de reparar o dano não está atre-

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 269.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 560.

lado apenas ao risco assumido em razão do benefício auferido no desempenho dessa atividade, mas, sim, está ligado ao risco, real ou potencial, que razoavelmente dela se espera.

Assim, tem-se que a teoria do risco da atividade também denominada de risco criado é a que melhor enquadra à espécie, com peculiaridades próprias do sistema da responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor a serem abordadas mais adiante. Por ora, mormente como bem elucida o exímio Caio Mário, “o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atendendo apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano”²⁸.

A disciplina de proteção ao consumidor tem peculiaridades específicas que repercutem na teoria do risco criado, uma vez que exige dever de segurança e inexistência de defeito quanto aos produtos introduzidos no mercado de consumo. Assim, para que possa ser caracterizada a responsabilidade pelo fato do produto daqueles obrigados solidariamente a indenizar (art. 25, par. 10, do CDC), independentemente da existência de culpa, notadamente do fabricante, do importador, do produtor e do construtor, bem como do comerciante, por erro próprio (art. 13, I, do CDC) ou, subsidiariamente, nas hipóteses dos incisos I a II do referido dispositivo legal, exige-se a ocorrência de três elementos fundamentais, a saber: a) a existência de um defeito potencial ou real; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 270.

7. Noção de defeito. Riscos à saúde ou à segurança. Produtos nocivos ou perigosos. Defeito como pressuposto do dever de indenizar. Produto defeituoso, assim considerado, a priori e *ope legis*, por presunção *juris tantum*. O chamado risco de desenvolvimento.

Os defeitos podem ser assim denominados²⁹: a) de criação (projeto e fórmula); b) de produção (fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento); c) de informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada)³⁰.

Por outro lado, é preciso ter presente a distinção dos defeitos em duas categorias: a) os intrínsecos que são imperfeições que afetam em sua essência ou composição os produtos introduzidos no mercado de consumo; b) os extrínsecos que são imperfeições que dizem respeito a apresentação do produto, derivados da falta ou da insuficiência de informações relativas à utilização, à conservação e à vida útil do produto.

De outra parte, os riscos dos produtos comportam divisão em dois grandes grupos³¹: a) aqueles que contêm risco intrínseco, isto é, de “periculosidade inerente ou latente”, indissociável do produto; b) outros que apresentam “periculosidade adquirida”, contraída ao longo do processo de consumo. O Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor, como direito básico disposto no artigo 6º, inciso I, “a proteção da vida, da saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Cuidou na Seção I, do Capítulo IV, mediante normas de cunho preven-

tivo, mas cogentes e coercitivas, novamente da proteção à saúde e à segurança” dos consumidores e das pessoas “*ex vi legis*” a eles equiparadas, indicando graus de riscos e segurança, alguns toleráveis outros não. No artigo 8º admite-se colocar no mercado de consumo produtos com riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, desde que prévia e devidamente informado o consumidor. O artigo 9º impõe ao fornecedor de produtos potencialmente nocivos ou perigosos o dever de informar de maneira ostensiva e adequada, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, visando a prevenir os riscos e a reduzir a possibilidade de ocorrência de acidente de consumo. O artigo 10 não permite ao fornecedor introduzir no mercado produtos que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou de periculosidade à saúde ou segurança.

Do acima expendido, força é convir que a disciplina de proteção ao consumidor exige obrigatoriedade de segurança para produtos colocados no mercado de consumo, mostrando-se mais relevantes as questões concernentes à saúde e segurança dos consumidores, o que representa inequívoca manifestação do próprio direito à vida (art. 5º, “*caput*”, da CF)³². Vale dizer, a responsabilidade por impropriedade de segurança do produto contém uma valoração legal específica, instituindo o dever de só introduzir no mercado produtos não defeituosos, e regime jurídico próprio previsto nos artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, que tratam da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

Neste estudo da responsabilidade do fornecedor, importantíssima é a noção de defeito introduzida pela sistemática do estatuto do consumidor, pois o defeito é pressuposto essencial do dever de indenizar, este fundado na teoria do risco criado, e atrelado à ideia de proteção à saúde ou à segurança contida nos referidos artigos 6º, I, 8º, 9º e

²⁹ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 38 a 45.

³⁰ 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, p.111 a 115.

³¹ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47 a 53.

³² 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, p.115.

10, acrescida da noção objetiva de segurança que do produto legitimamente se espera, levando-se em consideração sua apresentação, o uso e os riscos que dele razoavelmente possam decorrer, e a época em que foi colocado em circulação.

Realmente, o Código do Consumidor não exige grau de segurança absoluta, visto que admite no mercado a existência de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde, mas deste que devidamente informado a respeito de tais riscos. Porém, existe expressa vedação quanto aos produtos com alto grau de nocividade ou de periculosidade à saúde ou de segurança dos consumidores. A regra é a não introdução no mercado, pelo fornecedor, de bens perigosos, admitindo-se, por exceção, sua colocação nos limites fixados no Código de Defesa do Consumidor³³.

Ainda, relevante ao tema, é a hipótese excludente de responsabilidade do fornecedor quando provar que, “embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente”, nos termos do artigo 12, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor³⁴, sem embargo do entendimento contrário no sentido de que tal prova caberia à vítima³⁵.

Com efeito, embora ainda perdure a complexidade dessa matéria tormentosa aos olhos da doutrina consumerista brasileira, tem-se que, sem embargo do entendimento divergente, a noção de defeito no nosso ordenamento de proteção do consumidor foi concebida com base em dados objetivos concernentes ao produto introduzido no mercado. Portanto, não obstante o posicionamento diverso³⁶, a legitimidade que se espera não guarda qualquer relação com a expectativa do consumidor, como ocorre na hipótese de vício em

que se admite a inversão do ônus da prova “a posteriori”, mas sim com o próprio bem, segundo os riscos que possam acarretar à saúde ou à segurança dos consumidores, o grau de sua nocividade ou periculosidade e as demais circunstâncias objetivas, ligadas aos riscos provenientes do produto, sua apresentação e a época de sua colocação no mercado.

Tais riscos apenas são tolerados quando considerados normais e previsíveis em decorrência da natureza e da fruição do produto, devendo constar informações necessárias e adequadas a respeito e, ainda, ostensivas quando se trata de produto potencialmente nocivo e perigoso. No acidente de consumo tal tolerância, por si só, não tem o condão de eximir o fornecedor da obrigação de reparar os danos, mormente em razão da assunção do risco criado que veio a ofender direito básico do consumidor previsto no artigo 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, independentemente de ter o produto periculosidade inerente ou periculosidade adquirida. Presente atividade que, por sua natureza, implique riscos à integridade física e psíquica dos consumidores, o fato lesivo à saúde ou à segurança é considerado, a priori, um fato decorrente de produto defeituoso, por presunção “juris tantum”, pois a inversão é “ope legis”³⁷. Há, portanto, a necessidade apenas de comprovação do dano e do nexo de causalidade, presumindo-se o defeito³⁸.

A motivação para tal mudança se deu pela análise da responsabilidade objetiva e sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano e da proteção da vida, saúde e segurança contra risco provocado por produto ao consumidor, aquele considerado em si mesmo e também da forma como se apresenta, abstraindo-se o elemento psicológico e íntimo do fornecedor e da vítima do acidente de consumo, podendo-se afirmar que, do contrário,

³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.33.

³⁴ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 59.

³⁵ 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, p.109.

³⁶ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 155.

³⁷ Diretiva 374/85 da União Européia, artigo 4º, diferentemente do nosso Código do Consumidor, a vítima deve provar a existência do defeito.

³⁸ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da Rocha. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.90.

retornar-se-ia aos estritos limites da responsabilidade subjetiva.

Outra questão polêmica diz respeito ao chamado risco de desenvolvimento, definido como aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento da introdução do produto no mercado, vindo a ser descoberto apenas depois de um certo período de uso³⁹, a que se alude estar contido no parágrafo 2º, do artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, afora os motivos acima mencionados, tem-se que o risco de desenvolvimento não exclui a responsabilidade decorrente de acidente de consumo, porquanto o desconhecimento de uma impropriedade de concepção do produto e a ausência de culpa do fornecedor não são suficientes para tal finalidade; se o defeito existiu e causou danos, impõe-se a reparação, devendo-se salientar que o risco de desenvolvimento não foi concebido como eximente de responsabilidade pelo Código do Consumidor⁴⁰.

Desprezar-se a teoria do risco e o dever de proteção à saúde dos consumidores, admitindo-se perquirição a respeito da culpa, do conhecimento científico disponível à época da introdução do produto e o ulterior avanço tecnológico, é o mesmo que retroceder à teoria da responsabilidade subjetiva, que restou objetivada em sua base.

Aliás, comporta ponderar que o fornecedor deve garantir a qualidade e segurança do produto, recaindo sobre ele os riscos inerentes à produção ou à comercializar de um bem defeituoso; para suportar com os custos de possível ressarcimento da vítima, pode o fornecedor utilizar-se de seguro embutindo no preço do produto.

Ora, o preceito legal supramencionado deve ser visto sob a perspectiva de que a superveniência de produto com melhor qualidade colocado no

³⁹ BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

⁴⁰ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 165. Em sentido contrário: 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, p.137.

mercado, por si só, não enseja reparação, mas desde que o de pior qualidade não possa ser considerado defeituoso, conforme os critérios apontados anteriormente.

8. Nexo de causalidade. Eximentes de responsabilidade. Caso fortuito e força maior. Não colocação do produto no mercado e inexistência do defeito. Culpa exclusiva da vítima. Culpa exclusiva de terceiro e a responsabilidade do comerciante.

Cabe abordar as eximentes de responsabilidade que rompem o vínculo entre fato e dano, repercutindo no nexos de causalidade, sem a qual não há responsabilização, ressalvada a divergência no que diz respeito à aplicação da teoria do risco integral.

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, em especial, no tocante ao acidente de consumo em questão inserido na regra do artigo 12 do referido estatuto, tem-se que a responsabilidade objetiva mitigada exige a demonstração do nexos de causal entre o produto defeituoso e o dano. Tal comprovação cabe à vítima, ao passo que ao fornecedor comporta estabelecer que a lesão causada não foi em função de um defeito do produto, assim como, na determinação do caráter defeituoso, o aplicador da norma é que deverá aferir, em cada caso concreto, o grau de nocividade ou de periculosidade do bem colocado no mercado de consumo, conforme anterior expandido.

A relação de causalidade que se reclama é entre a lesão e o produto defeituoso, visto sob o prisma da teoria do risco criado e ligada à ideia de proteção à saúde ou à segurança contida nos referidos artigos 6º, I, 8º, 9º e 10, acrescida da noção objetiva de segurança que do produto legitimamente se espera, levando-se em consideração sua apresentação, o uso e os riscos que dele razoavelmente possam decorrer e a época em que foi colocado em circulação.

Assim, não há como se confundir com aquele

liame entre a lesão, que provém da conduta comissiva ou omissiva, por negligência imprudência ou imperícia, do fornecedor ou seu preposto, encarado sob a perspectiva da culpa que, quanto aos efeitos de exclusão de responsabilidade decorrentes de caso fortuito ou força maior e atos de terceiros equiparáveis àqueles, os define como o que se verifica no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, conforme o artigo 393 caput e parágrafo único do Código Civil de 2002.

Com efeito, deixada a margem discussões entre as correntes objetivas e subjetivas sobre o sentido e o alcance da força maior e do caso fortuito, bem como de seus traços distintivos, a posição abraçada nesse trabalho caminha no sentido de que o caso fortuito ou de força maior e o ato de terceiro devem ser depurados, com abstração do elemento externo (de caráter subjetivo – ausência de culpa do agente), remanescendo apenas o elemento interno (objetivo – inevitabilidade), a ser visto no acidente de consumo, com danos à integridade física e psíquica da vítima, apenas sob a perspectiva dos possíveis riscos à saúde, do grau da insegurança que do produto legitimamente se espera, na medida do razoável quanto ao uso e riscos, sua apresentação e época em que foi colocado no mercado.

Desse modo, nem sempre o elemento externo acarretará a supressão do nexo de causalidade, cabendo ao julgador, no exame do caso concreto, perquirir se ele está contido no risco razoável a serem tolerados, sob a perspectiva objetiva de segurança que do produto legitimamente se espera, e se é capaz, por si só, de afastar a responsabilidade objetiva fundada no risco criado em razão da colocação do produto no mercado de consumo, ofensivo à saúde da vítima, bem como a presunção de existência do defeito.

Ora, preservado o respeito devido ao entendimento abalizado daqueles que não admitem em nenhuma circunstância o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade, posto que não previstas expressamente

essas excludentes no artigo 12, § 3º, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil⁴¹, melhor parece que, em se tratando de responsabilidade fundada na teoria do risco da atividade ou risco criado, na qual se exige o nexo de causal como antes expandido, e não com base na teoria do risco integral, o fato externo que, por si só, escapa ao risco do infortúnio assumido, em razão da atividade exercida, poderá acarretar a ruptura do nexo causal, excluindo o dever de indenizar, elemento determinante dessa responsabilidade, assim como ocorre na culpa própria da vítima ou no ato exclusivo do terceiro.

Frise-se, o Código de Defesa do Consumidor, ao enumerar as causas excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, não afastou o reconhecimento do caso fortuito e da força maior, por ser compatível com as regras de regência e o regime jurídico da responsabilidade em estudo⁴², pois o nexo de causalidade poderá eventualmente não estar representado, desde que tenha origem alheia à atividade exercida e se ocorrer fora da esfera de produção, uma vez que ambos estão embutidos no risco criado ofensivo à saúde ou à segurança da vítima. Impõe-se ao fornecedor o ônus de provar que os danos derivados do defeito do produto decorrem, exclusivamente, de caso fortuito de força maior, sem qualquer relação com sua atividade regular. Sucedendo caso fortuito ou força maior, responderá o fornecedor se tal aconteceu até a colocação do produto no mercado de consumo e, depois de adquirido o produto, será do consumidor a responsabilidade por eventual ocorrência, desde que inexistia defeito e o fortuito seja a causa única do fato lesivo.

Note-se que tais considerações também alcan-

⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.119; NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RDC, n. 3, p. 57/58; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 67 e 225.

⁴² MARTINS, Plínio Lacerda. **O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 690, p.287.

çam as demais hipóteses legais de exoneração da responsabilidade do fornecedor, mormente quanto à prova de que o fornecedor não colocou o produto no mercado ou de que inexistia defeito, pois sua responsabilidade quanto aos produtos que se encontram em circulação é presumida, podendo-se ensejar discussões a respeito de eventual caso fortuito e força maior, cujos critérios já foram abordados.

A culpa exclusiva da vítima elimina a responsabilidade, pois também acarreta a ruptura do nexo de causalidade, o que não acontece com a culpa concorrente que, no sistema do Código do Consumidor, não afasta a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, mas deve ser considerada para fins de quantificação do valor indenizável. Vale dizer, se o ato culposo do lesado tiver contribuído para o dano pode-se, atentando para as circunstâncias do fato concreto e seus reflexos, minorar a indenização.

Quanto à culpa exclusiva de terceiro, isto é, daquele alheio ao acidente de consumo, sem qualquer ligação com o fornecedor e a vítima do fato lesivo, da mesma forma, não há falar em nexo causal, visto que não existe qualquer relação entre o dano e a atividade do fornecedor ou do comerciante. Este, não obstante discordância que ainda perdura sob o prisma exclusivamente contratual da relação de consumo⁴³, não pode ser considerado terceiro, porquanto, conforme anteriormente consignado neste estudo, o sistema preventivo e reparatório de responsabilidade pelo fato do produto trouxe a superação da dicotomia clássica entre responsabilidade extracontratual assentada na culpa e a responsabilidade contratual restrita às partes no negócio jurídico, visto que o dano poderá atingir tanto à pessoa do consumidor, na qualidade de parte da relação contratual, quanto ao terceiro situado fora dessa relação, mas vítima do evento e equiparado ao consumidor (arts. 14, 17 e 29 do CDC). E mais, não se pode olvidar a

⁴³ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 169; BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 69.

mudança de papéis por força da transferência da função de “garantidor” do fornecedor direto (comerciante) para o fornecedor indireto (produtor) e a imputação de responsabilidades conjuntas a indivíduos vinculados ou não por laços contratuais. Assim, sob tal perspectiva e à luz da responsabilidade solidária prevista no artigo 7º, § único, e no artigo 25, § 1º, do Código do Consumidor, ao comerciante, responsável de forma subsidiária (art. 13, I e II) ou por não conservar adequadamente os produtos perecíveis (ar. 13, III), não se aplica a excludente contida no artigo 12, § 3º, inciso III, do referido diploma legal para, de plano e sem perquirir a respeito da participação de todos os coobrigados, excluir a responsabilidade solidária do fornecedor, o qual, aliás, poderá exercer o direito de regresso, nos termos do artigo 13, § único, do aludido estatuto.

Conclusão

Conforme proposto neste estudo, realizou-se a análise detalhada do regime da responsabilidade civil pelo fato do produto defeituoso sob a nova perspectiva introduzida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Investigou-se a necessidade de reavaliar a sistematização do direito para que se possa precisar o exato sentido e alcance do Código de Defesa do Consumidor, cuja proteção foi alçada ao patamar de garantia constitucional (art. 5º, XXXI) e figura entre os princípios gerais da ordem econômica, que tem por fim assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, V). Salientou-se a natureza híbrida e multidisciplinar do Código do Consumidor, que contém preceitos de ordem pública e interesse social, tudo com o escopo de apontar o exato sentido e alcance do referido “codex” e também por refletir no regime clássico da responsabilidade civil.

Os aspectos da responsabilidade civil aquiliana e da responsabilidade contratual foram elucidados, notadamente quanto ao sistema preventi-

vo e reparatório da responsabilidade pelo fato do produto defeituoso previsto no Código do Consumidor, que se funda na teoria objetiva, ou melhor, do risco criado, a importar na superação da dicotomia entre culpa contratual e culpa aquiliana, revelando-se o reconhecimento normativo da unidade de fundamento da responsabilidade do fornecedor nas hipóteses de acidente de consumo e o caminhar na direção de uma teoria unitária. Para tanto, foram examinados os princípios previstos no ordenamento e os direitos básicos dos consumidores, desvelando-se um novo paradigma objetivado em sua base, por imposição legal de responsabilidade dos fornecedores atrelado ao dever de qualidade e segurança dos produtos colocados no mercado de consumo. Ainda, investigou-se a teoria do abuso do direito em sua concepção objetiva ou finalista, o denominado princípio da proteção da confiança e a teoria da qualidade, a título de suporte para essa unidade. Mostrou-se a evolução da responsabilidade civil a partir da regra consagrada na teoria subjetiva e o seu caminhar para o regime da presunção de culpa e, por fim, da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, delineando-se a convivência de um modelo dualista.

Examinou-se a importância da distinção entre defeito e vício do produto e o novo regime legal e próprio imposto pelas normas do Código do Consumidor quanto à responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto defeituoso, que se funda na teoria do risco da atividade ou risco criado, mas com peculiaridades próprias, visto que admite causas excludentes de responsabilidade e exige dever de segurança e inexistência de defeito quanto aos produtos colocados no mercado de consumo.

Por derradeiro, tendo em vista a análise da ideia de defeito concebida com base em dados objetivos, assim como da disciplina de proteção do consumidor contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos à saúde e à segurança de todas as pessoas a eles equiparadas, que contém

valoração legal específica e regime jurídico próprio, além da noção objetiva de segurança que do produto legitimamente se espera, constatou-se o seguinte:

a) o defeito é um pressuposto do dever de indenizar e que a legitimidade que se espera não guarda qualquer relação com a expectativa do consumidor, como ocorre na hipótese de vício em que se admite a inversão do ônus da prova “a posteriori”, mas sim com o próprio bem, segundo os critérios já examinados;

b) a presente atividade que, por sua natureza, veio a implicar riscos à integridade física e psíquica dos consumidores, independentemente de ter o produto periculosidade inerente ou adquirida, o fato lesivo à saúde ou segurança é considerado a priori um fato decorrente de produto defeituoso, por presunção “*juris tantum*”, pois a inversão é “*ope legis*”. Exige-se a comprovação do dano e do nexo de causalidade, sendo presumido o defeito;

c) o risco de desenvolvimento não exclui a responsabilidade decorrente de acidente de consumo;

d) exige-se da vítima a demonstração do nexo de causa entre o produto defeituoso e o dano, ao passo que ao fornecedor comporta estabelecer que a lesão causada não foi em função de defeito do produto. Para determinação do caráter defeituoso, o aplicador da norma é que deverá aferir, em cada caso concreto, o grau de nocividade ou periculosidade do bem colocado no mercado de consumo;

e) nem sempre o fortuito acarretará a supressão do nexo de causalidade, cabendo ao julgador, no exame do caso concreto, perquirir se está contido no risco razoável para ser tolerado, sob a perspectiva objetiva de segurança que do produto legitimamente se espera, e se é capaz, por si só, de afastar a responsabilidade objetiva fundada no risco criado em razão da colocação do produto ofensivo à saúde da vítima e a presunção de existência do defeito;

f) se ocorrer caso fortuito ou força maior, responderá o fornecedor se tal aconteceu até a colocação do produto no mercado de consumo e, depois

de adquirido o produto, será do consumidor a responsabilidade por eventual ocorrência, desde que inexistir defeito e o fortuito seja a causa única do fato lesivo;

g) a culpa exclusiva da vítima elimina a responsabilidade, pois acarreta a ruptura do nexo de causalidade, o que não acontece com a culpa concorrente, mas deve ser considerada para fins de quantificação do valor indenizável;

h) na culpa exclusiva de terceiro, da mesma forma, não há falar em nexo causal, visto que não existe qualquer relação entre o dano e a atividade do fornecedor ou comerciante. Este não pode ser considerado terceiro para, de plano e sem perquirir a respeito da participação de todos os coobrigados, excluir a responsabilidade solidária.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **A boa-fé na informação dos contratos**. São Paulo: RDC.

BECKER, Anelise. **Elementos para uma Teoria Unitária da Responsabilidade Civil**. São Paulo: RDC.

BEIJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. São Paulo: RDC.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro:

Forense Universitária, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RDC.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da Rocha. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil - A Responsabilidade por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Temas de Direito Civil – A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.