

DIRETOR

Antonio Herman V. Benjamin

CONSELHO DIRETOR

Alcides Tomassetti Junior, Antonio Herman V. Benjamin,
 Antonio Janyr Dall'Agnol Junior, Cláudia Lima Marques,
 Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo, Nelson Nery Junior

CONSELHO CIENTÍFICO

Ada Pellegrini Grinover, Alvaro Villaga de Azevedo, Antonio Junqueira de Azevedo,
 Carlos Alberto Bitar, Damásio Evangelista de Jesus, Eros Roberto Grau, Fábio Konder
 Comparato, Fábio Maria De-Matita, Gustavo Tepedino, João Baptista Villela, João Bosco
 Leopoldino da Fonseca, José Carlos Barbosa Moreira, José de Aguiar Dias, José Manoel
 de Arruda Alvim, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Nelson Nery Junior, Salvo de
 Figueiredo Teixeira, Waldirio Bulgarelli, Washington Peluso Albino de Souza

CONSELHO EDITORIAL

Alberto do Amaral Junior, Antonio Corrêa Meyer, Antonio Guilherme Tanger Jardim,
 Carlos Roberto Barbosa Moreira, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eliana Cáceres,
 Fábio Ulhoa Coelho, Helio Zaghetto Gama, James Martins, José Geraldo Brito Fiomemo,
 José Reinaldo Lima Lopes, Kazuo Watanabe, Luís Camargo Pinto de Carvalho, Luís
 Daniel Pereira Cindra Manuel Alceu Affonso Ferreira, Marco Antonio Zanellato, Marilena
 Lazzarini, Marta Lucia Olivier Jimenez, Nelson Diz, Paulo Salvador Frontini, Priscilla M.
 P. Corrêa da Fonseca, Rachel Sztajn, Roberto Briga de Andrade, Rodolfo de Camargo
 Mancuso, Sidnei Agostinho Beneti, Sílvio Luis Ferreira da Rocha, Sílvio de Salvo
 Venosa, Teresa Antonia Lopez, Thereza Alvim, Zelmo Denari

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802
 CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente: ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial: APRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor: ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CRIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LECTOR: Tel. (011) 607-2433

DOCTRINA

Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas — ATÍLIO ANÍBAL ALTERINI	5
Las acciones colectivas en proteccion del consumidor — GABRIEL A. STIGLITZ.	20
O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência: Dupla indissociável?	
Uma perspectiva comparativa — BERNARD DUTOIT	28
Análise de alguns princípios do processo civil à luz do Título III do Código de	
Proteção e Defesa do Consumidor — MARCELO ABELHA RODRIGUES	43
Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos — ELTON	
VENTURI	79
Contrato de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo — ELAINE	
HARZHEIM MACEDO	99
Da coisa julgada nas ações coletivas — CLÁUDIO CINTRA ZARIF	119
Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor	
— EDUARDO ARRUDA ALVIM	132

ACÓRDÃOS

1. Justiça dos Estados	
1.1 Tribunal de Justiça de São Paulo	151
1.2 Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul	155
1.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	160

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Consumidor — Propaganda enganosa — Art. 37, §§ 1.º e 2.º do CDC —	
Potencialidade da indução do consumidor a erro — MARCO ANTONIO	
MARCONDES PEREIRA	165
Indenização por dano moral puro e a fixação do <i>quantum debetur</i> — A problemática	
questão do arbitramento — JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR	168
Responsabilidade civil — Desconsideração da personalidade jurídica — Prestação	
de serviços defeituosa — Fraude à execução — Art. 28, "caput" do CDC —	
OLGA MARIA DO VAL	179
Competência — Foro de eleição — Contratos de adesão — Prejuízo ao réu — Falta	
de livre manifestação da vontade — VALENTINA JUGMANN CINTRA	
ALLA	191
Transporte gratuito e a responsabilidade do transportador — JOÃO LUÍS MACEDO	
DOS SANTOS	200

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

EDUARDO ARRUDA ALVIM

Advogado em SP

I. Noções Gerais; II.1 — Conceito de fato do produto; II.2 — Noção de defeito segundo o Código; II.1 — Análise dos incisos I a III do § 1.º, do art. 12 — Ainda a noção de defeito do produto; II.2 — Tipos de defeito no regime do Código; II.2.1 — Defeitos de fabricação; II.2.2 — Defeitos de concepção; II.2.3 — Defeitos de comercialização; III — Excludentes de responsabilidade; III.1 — Não colocação do produto no mercado; III.2 — Inexistência de defeito; III.3 — Culpa exclusiva do consumidor; III.4 — A questão da taxatividade das causas de exclusão de responsabilidade; III.4.1 — Risco de desenvolvimento ("developmental risk"); IV — Riscos tolerados pelo Código; V — Conclusões.

I. Noções Gerais

Dispõe o Código,¹ em seu art. 12, serem o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, responsáveis, independentemente da existência de culpa, pelo fato do produto.

Vê-se, portanto, que o Código, fugindo ao sistema por assim dizer tradicional, responsabilizou diretamente pelo fato do produto o fabricante, produtor, construtor e importador, com os quais o consumidor, na maior parte das vezes, não mantém uma relação direta. Tal sistemática, indubitavelmente, representou um grande avanço, dada a patente inadequação da sistemática do Código Civil e do Código Comercial à realidade econômica atual, observação que não passou em

branco a Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin.²

Até o advento do Código, a responsabilidade extracontratual (aquiliana) do fornecedor era, basicamente, regulada pelos arts. 159 e 160, do Código Civil; ao passo que os arts. 1.101 a 1.105 do Código Civil e 210 a 211, do Código Comercial, disciplinavam a responsabilidade contratual.

Tal sistemática protetiva revelava-se inadequada por diversos motivos, dentre os quais podemos salientar a disponibilidade da garantia (i.e., podia ser pactuada sua exclusão), prazos excessivamente curtos, necessidade de vínculo contratual entre as partes e, ainda, a própria abrangência muito restrita da idêia de vício redibitório.³

2. Cf. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* [em co-autoria], São Paulo, 1991, Saraiva, pp. 55-56.

3. É o que anota, com propriedade, Sílvia Luiz Ferreira da Rocha em artigo intitulado "A

O Código, como dito, alterou profundamente essa situação. Passou a responsabilizar — de forma objetiva — o fabricante, o importador, o produtor e o construtor, pelo fato do produto.

Entende-se por *fabricante* aquele que é o responsável pelo desenvolvimento e lançamento de produtos manufaturados no mercado; por *produtor* aquele que é o responsável pela colocação no mercado de produtos não industrializados, sendo o *importador* aquele que traz ao País produtos (industrializados ou não). A opção do legislador em incluir o importador dentre os responsáveis elencados na cabeça do art. 12 justifica-se plenamente. Se assim não fosse, estaria o consumidor, muitas vezes, obrigado a reclamar seus direitos do fornecedor estrangeiro, o que poderia se tornar tanto mais grave se a legislação desse país estrangeiro estabelecesse ser a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto subjetiva, isto é, dependente de culpa.

Em hipóteses mais restritas, cuidou o Código⁴ de responsabilizar, também, o comerciante. São aqueles casos contemplados nos incs. I a III, do art. 13, em que: 1) o fabricante, construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados (inc. I); 2) o produto fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador (inc. II) e 3) não forem adequadamente conservados produtos perecíveis (inc. III).

A responsabilização subsidiária do comerciante, nesses casos, justifica-se plenamente. Nas hipóteses dos incs. I a II,

responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista do Direito do Consumidor*, RT, n. 5 (janeiro-março de 1993), p. 38.

4. Quando utilizarmos apenas a expressão "Código", estaremos nos referindo ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei 8.078/90.

não tivesse sido prevista a responsabilização do comerciante, ficaria o consumidor altamente prejudicado, pela verdadeira impossibilidade de poder acionar o fabricante, produtor, construtor ou importador. Já na hipótese do inc. III, a responsabilização do comerciante decorre de seu próprio erro em não conservar adequadamente produtos perecíveis.

Considere-se, nessa última hipótese de responsabilização do comerciante (não conservação adequada de produtos perecíveis), que, tratando-se, v.g., de conservas alimentícias industrializadas, ao fabricante do produto caberá informar sobre as orientações pertinentes quanto à conservação do produto. Sem embargo, a responsabilidade do comerciante, prevista neste artigo 13, do Código, é objetiva, porque na cabeça do art. 13, lê-se que: "O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior".

Caberá, ao comerciante, em face da ausência de informações por parte do fabricante do produto, promover-lhe ação de regresso, de acordo com o previsto no parágrafo único, desse art. 13. A ação de regresso pode ser ajuizada em processo autônomo, podendo-se, todavia, prosseguir nos próprios autos (art. 88, do Código).

A responsabilidade, em caso de fato do produto, é solidária, aplicando-se os arts. 896 e ss., do Código Civil. Isto, por força do que dispõe o art. 25, § 1.º, do Código.⁵ Deste modo, a vítima do fato do produto poderá reclamar de qualquer dos co-obrigados a indenização pela totalidade dos danos sofridos, podendo ser exercido o direito de regresso, por parte daquele

5. *Código*, art. 25, par. primeiro: "Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores". Nesse sentido, ainda, dispõe o art. 7.º, parágrafo único: "Tendo mais de um autor a omissão, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas do consumo".

que arcar com os prejuízos, contra os demais responsáveis, na medida da participação destes últimos para a efetivação do evento danoso (art. 13.º, par. ún. do Código). Anote-se, ademais, que a responsabilização solidária dos co-obrigados é irrenunciável pela vítima (vale dizer, é indisponível), a teor do disposto no art. 25.º *caput*, do Código,⁶ até porque são nulas de pleno direito, a teor do art. 51.º, IV, do Código “cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Por outro lado, como já se salientou, deve-se ter sempre em mente que o conceito de consumidor, estampado no art. 2.º do Código,⁷ foi ampliado, em se tratando de responsabilidade por fato do produto, de modo a abranger não apenas o assim dito consumidor final, mas toda e qualquer vítima do evento (*bystander*), inclusive aquele que revende o produto, por força do que dispõe o art. 17, também do Código.⁸

O conceito de produto vem previsto no § 1.º, do art. 3.º, do Código: “Produto é o bem móvel que se destina ao uso ou utilização pelo consumidor final”.⁹

6. Código, art. 25.º *caput*: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”.

7. Código, art. 2.º *caput*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final”.

8. O artigo 17, do Código, ampliou o conceito de consumidor para os casos de responsabilidade civil pelo fato do produto, de modo a estender a proteção, também, ao chamado *bystander*. É o que diz Eduardo Gabriel Saad, afirmando: “Depreende-se do art. 17 do Código que não ampara apenas o consumidor que adquiriu um bem diretamente do fabricante ou por intermédio do comerciante. Protege, por igual, o terceiro que sofreu dano físico ou patrimonial tendo, como causa, defeito ou vício do produto” (Cf. Eduardo Gabriel Saad, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, 1991, LTr, p. 126).

qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Exige o Código, para que se possa responsabilizar o fornecedor pelo fato do produto, que o produto seja defeituoso. Não basta, pois, a ocorrência do dano. A responsabilização objetiva prevista no art. 12 do Código pressupõe a ocorrência de dano, *decorrente* de defeito no produto.

A noção de defeito, nos termos do Código, está intimamente ligada à idéia de segurança do produto, como teremos oportunidade de analisar, adiante.

1.1. Conceito de fato do produto

Analisaremos, no corpo desse trabalho, as hipóteses que ensejam a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto. Cumpre, primeiramente, analisarmos o significado da expressão “fato do produto”.

Fato do produto significa dano causado por defeito apto a ensejar a responsabilidade do fornecedor pelo sistema do Código. O fato do produto, de consequente, não se confunde com o mero defeito. Sem dano, não há fato do produto, mas mero vício do produto. Doutra parte, o fato do produto também não se confunde com o dano, pois para que haja fato do produto, este deve ter sido causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código, de ensejar a responsabilidade do fornecedor.

A idéia de dano, a seu turno, abrange não apenas os chamados danos emergentes, mas assim também os chamados lucros cessantes. Pensamos a sistemática adotada pelo Código prevê, igualmente a possibilidade de indenização por danos morais (CF/88, art. 5.º, incs. V e X), inclusive cummulados com danos materiais,⁹ desde que o fato do produto dê ensejo a danos materiais e morais.

9. Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

II. Noção de defeito segundo o Código

A idéia de defeito é sobremaneira importante no estudo da responsabilidade civil pelo fato do produto, na medida em que o Código, como dito, exige que o produto seja considerado defeituoso, para que possa ensejar a responsabilização. Sem defeito, pela sistemática do Código, não há falar-se em responsabilidade objetiva do fornecedor. Por isso mesmo, aliás, o Código elenca a inexistência de defeito, como causa excludente da responsabilidade do fornecedor, no parágrafo 3.º, inc. II, do art. 12.

Silvio Luis Ferreira da Rocha, a respeito, diz: “Um pressuposto essencial da responsabilidade do fornecedor é que o produto seja defeituoso, isto é, no momento em que foi colocado no mercado apresenta um defeito potencial ou real e que esse defeito seja a causa do dano”.¹⁰

Para responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, há, pois, de haver um *dano* e, mais do que isso, este deve ter decorrido de um *defeito no produto*. Imprescindível, portanto, ter havido o defeito, o dano, e, entre esses, o nexo de causalidade.

No § 2.º desse artigo 12, preceitua-se que o produto “não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.

A seu turno, o § 1.º, do art. 12, conceitua como defeituoso o produto “quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera...”.

O que se percebe, então, é que o conceito de *defeito do produto está intimamente ligado à idéia da segurança que se pode dele legitimamente esperar*. Por isso mesmo é que, na medida em que no momento que se adquire o produto, não se pode antever que outro melhor,

com tais e quais características, possa vir a ser colocado no mercado, o § 2.º, do art. 12, do Código, dispõe que não há defeito pelo fato de produto melhor vir a ser colocado no mercado.

É preciso identificar, à luz do caso concreto, o que se encontra e o que não se encontra na expectativa legítima do consumidor. Em verdade, a caracterização de um produto como defeituoso não deve ser feita a partir da comparação qualitativa com outro produto. É o que anota, como pertinência, Manuel da Cunha Carvalho.¹¹

O que é preciso para que o produto não seja caracterizado como defeituoso é que o mesmo corresponda à segurança que dele legitimamente se espera. A interpretação conjunta dos §§ 1.º e 2.º, do art. 12, deve ser feita com muita cautela e tendo em mira os objetivos e os princípios cardais abrangidos pelo Código.

Muitas vezes, porém, isso não é fácil. Sobre tudo tendo em vista a regra do inc. III, do § 1.º, do art. 12: “[O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: ... III — a época em que foi colocado em circulação”].

A questão é algo complexa, na medida em que, para a grande maioria das pessoas, produto de boa qualidade é sinônimo de produto seguro.

Alguns exemplos podem tornar esta abordagem mais interessante. James Marins, abordando o assunto, refere o caso dos automóveis dotados de *air bags* (sacos de ar infláveis, que protegem contra impactos). Esse equipamento diz inequivocamente respeito à segurança do auto-

10. Cf. Silvio Luis Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 92.

11. Cf. Manuel da Cunha Carvalho, artigo intitulado: “Produtos seguros, porém defeituosos, por uma interpretação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, RT n. 5 (janeiro/março-1993), p. 29.

móvel. Porém, parece evidente que, v.g., aquele que adquire um carro popular não espera que o veículo seja equipado com tal equipamento de segurança. Por isso mesmo, a teor do disposto nos §§ 1.º e 2.º, do art. 12, não deve ser considerado o produto, nesse caso, como defeituoso, a despeito de não contar com tal equipamento de segurança. Em verdade, todo o problema está ligado, anota com oportunidade James Marins "ao conceito de segurança que se pode legitimamente esperar (art. 12, § 1.º)..."¹²

Na realidade, a noção de segurança que se possa legitimamente esperar do produto significa que nosso Código não exige grau de segurança absoluta. E preciso, pois, que o produto, no que diz respeito à segurança, atenda à expectativa do público a que se destina. Afastou o Código, diz com percutiência Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a "utopia de produtos sem riscos ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e segurança dos consumidores são aceitáveis, desde que normais e previsíveis (arts. 8.º e 9.º)".¹³

Dáí porque, aliás, no art. 8.º, de que nos ocuparemos mais adiante, *tolera* certos tipos de risco. Apenas os produtos considerados como de alto grau de nocividade ou periculosidade não devem ser colocados no mercado de consumo (art. 10).

É bom que se consigne que a noção do que seja a segurança que legitimamente se deva esperar de um produto não deve ser aferida a nível individual, mas deve

12. Cf. James Marins, Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto, São Paulo, 1993, RT, p. 140 (grifos no original). Cf., ainda, nesse sentido, Sílvio Luís Ferreira Rocha, Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 98.

13. Cf. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 93.

refletir a expectativa 'média' do público potencialmente alvo daquele produto. Como diz com lucidez Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "O padrão [de expectativa de segurança] não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor; mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo".¹⁴

Os riscos que os produtos podem oferecer os dividem em dois grandes grupos: aqueles que contêm riscos intrínsecos, mas toleráveis¹⁵ (periculosidade *inerente*) e aqueles que apresentam periculosidade *adquirida* (decorrente de defeito). A periculosidade dita inerente, usualmente, encontrar-se-á no espectro de previsibilidade do consumidor, até porque tais riscos deverão ser informados aos consumidores, por força do que dispõe o art. 8.º, do Código. Deste modo, via de regra, em face dos produtos de periculosidade adquirida, é que há falar-se em produto defeituoso, no regime do Código.

Produtos de periculosidade inerente, todavia, podem, por carência de informações sobre essa periculosidade inerente (defeito de informação), dar origem a fato do produto, ensejando responsabilidade civil nos termos do Código. Isto porque a simples carência de informação sobre a utilização e riscos de determinação do produto pode ser suficiente para qualificá-lo de defeituoso. A lei impõe o dever de informação sobre os riscos que os produtos assim ditos de periculosidade inerente ofereçam (art. 8.º), caracteri-

14. Cf. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor [em co-autoria], 1991, São Paulo, Saraiva, p. 60.

15. Dissemos que os produtos de periculosidade inerente apresentam riscos intrínsecos, porém *toleráveis*, na medida em que produtos que sejam altamente perigosos ou nocivos à saúde ou segurança *não podem ser sequer introduzidos no mercado*, a teor do disposto no art. 10, do Código.

ando, a falta dessas mesmas informações, *defeito* (de comercialização, como se verá abaixo, previsto no caput do art. 12), sendo possível, portanto, a responsabilização do fornecedor em face da ausência dessas mesmas informações.

Por outras palavras, o produto pode não vir a apresentar periculosidade adquirida, mas dar ensejo a fato do produto em decorrência de falta de informações sobre a periculosidade inerente que apresenta, ensejando, pois, a responsabilização do fornecedor.

A idêia de defeito expressa, pois, conceito vago, que deve ser preenchido pelo magistrado à luz do caso concreto, levando-se em consideração, especialmente, o disposto nos incs. I a III, do § 1.º, do art. 12 do Código. O conceito de defeito, tenha-se sempre em mente, não se restringe ao próprio produto, mas abrange também o tipo de informação divulgada a seu respeito.

Consigne-se, por oportuno, na linha do alerta de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que a idêia de defeito não depende apenas da aptidão do produto aos fins a que se destina. Sirva de exemplo para o que estamos dizendo, aquele mencionado pelo próprio Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que aponta o remédio MER-29, eficiente anticolésterol, mas que causava, como efeito colateral, sérios problemas de visão.¹⁶

II.1. Análise dos incisos I a III, do § 1.º, do art. 12 — Ainda a noção de defeito do produto

Os incs. I a III, do par. 1.º, do art. 12, cuidam das 'circunstâncias relevantes' que devem ser levadas em consideração para aferição da defeituosidade do produto.

16. Cf. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, artigo intitulado "A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor", in Revista de Direito do Consumidor, RT, n. 5 (Janeiro-março de 1993), p. 43.

O inc. I, do § 1.º, do art. 12, trata da apresentação do produto. Esta envolve, por sua vez, campanhas de publicidade, rotulagem, advertências que devam constar de bulas etc. Inclui-se aqui, portanto, tanto o chamado "marketing não-públicitário" (de que cuida o art. 30, do Código), como o "marketing publicitário" (de que tratam os arts. 36 e 37, do Código).

Informações que digam respeito à segurança do consumidor, e que se revelem insuficientes ou inadequadas, caracterizam o assim dito "defeito de informação", apta a gerar a responsabilização pelo fato do produto.

Insista-se, portanto, que a defeituosidade, segundo dispõe de maneira expressa o Código, não é conceito que esteja ligado apenas ao produto em si mesmo considerado; depende, também, da forma como o produto é apresentado ao consumidor. Já o inc. II, do § 1.º, do art. 12, cuida dos usos e riscos que razoavelmente se esperam do produto. Por exemplo, como anota James Marins,¹⁷ apoiando-se em Calvão de Souza, se um carro tem o tanque de combustível localizado em posição tal que se torna facilmente inflamável em caso de colisão, não será lícito ao fabricante alegar que o carro não é defeituoso, já que não foi feito para colidir. Ao contrário, é previsível que o automóvel possa vir a sofrer colisões em seu uso normal.

Outro exemplo se nos atigura como bastante apropriado e diz respeito aos capacetes para motociclistas, alguns fabricados de forma tal a terem sua resistência seriamente comprometida desde que sofram algum tipo de queda. Parece-nos perfeitamente normal que a pessoa deixe o capacete, acidentalmente, cair (de pequena altura) ou mesmo a bata numa parede, por exemplo, e continue a usá-lo. Por isso mesmo, não nos parece

17. Cf. James Marins, Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto, São Paulo, 1993, Ed. RT, p. 124, nota 325.

azoável seja o capacete concebido para que sua resistência (e capacidade de proteção) resulte seriamente afetada por contencimentos simples, corriqueiros e speráveis como esses.

O inc. III, do § 1.º, do art. 12 merece ser analisado mais detidamente. O disposto neste inciso, alerte-se desde logo, não se confunde com o assim chamado risco de desenvolvimento. Se o produto é introduzido no mercado, sem que se tenha conhecimento do defeito que já apresenta (nesse momento de sua colocação no mercado), o que só vem a ocorrer posteriormente, merece o desenvolvimento tecnológico, fala-se em risco de desenvolvimento.¹⁸ O que o inc. III, do § 1.º, do art. 12, ora sob omento, leva em conta, é que não pode er tido por defeituoso o produto que, no momento de sua colocação no mercado, tendia às legítimas expectativas de segurança daquela época.

O que é necessário, portanto, é que o produto satisfizesse as exigências no momento de sua colocação no mercado. A idéia de risco de desenvolvimento, a seu turno, está ligada ao conhecimento *arrastado* de um defeito que o produto *já apresentava*, no momento de sua introdução no mercado.

A problemática do risco de desenvolvimento é importante na análise das excludentes de responsabilidade, das quais nos ocuparemos mais adiante.

Ao lado da análise da teoria do risco de desenvolvimento, que será objeto de nossas preocupações mais adiante, é relevante, para a análise do inc. III, do § 1.º do art. 12, o estudo da ação deletéria do tempo nos produtos. De fato, não é razoável, por exemplo, esperar que um

18. Para uma perfeita distinção entre o chamado "risco de desenvolvimento" e a hipótese de que trata o inc. III, do par. 1.º, do art. 2, cf. Sílvio Luis Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1992. Ed. RT, p. 98.

automóvel de trinta ou mais anos de uso, apresente as mesmas condições do que outro equivalente novo ou semi-novo. Mesmo que o veículo, em tais condições, venha a apresentar "defeito" que origine um dano ao consumidor, muito provavelmente não se tratará de defeito apto a responsabilizar o fornecedor, na medida em que ao consumidor não é dado, legitimamente, esperar que um produto, em tais condições, apresente o mesmo padrão de segurança que um novo. Ou seja, não se tratará, nessa hipótese, de defeito *juridicamente relevante*.

II.2. Tipos de defeito no regime do Código

No art. 12, *caput*, há previsão de três gêneros de defeitos, classificáveis como de *fabricação*, de *concepção* e de *comercialização*, todos ensejadores de responsabilidade civil pelo fato do produto. Na primeira categoria (fabricação), enquadram-se os defeitos de fabricação, construção, montagem e manipulação; na segunda (concepção), os defeitos de projeto e fórmula e na terceira (comercialização), aqueles de apresentação ou acondicionamento.¹⁹

Os defeitos de *fabricação* que ensejam responsabilidade civil pelo fato do produto caracterizam-se por sua inevitabilidade, previsibilidade estatística e manipulação limitada.^{20,21} Há também — como

visto — os assim ditos defeitos de *concepção*, igualmente previstos no § 1.º do art. 12 (que alude a defeitos decorrentes de projetos e fórmulas — entre os defeitos de concepção, como se verá, colocam-se aqueles defluentes do risco de desenvolvimento²²), também ensejadores de responsabilidade civil pelo fato do produto. São previsíveis, e, pois, evitáveis, mas atingem — como é evidente — à totalidade da produção. Finalmente, existem os defeitos de *comercialização* decorrentes de defeito na apresentação do produto ou de informações inadequadas ou insuficientes sobre sua utilização e riscos, ou, ainda, de acondicionamento inapropriado do produto. Analisemos, uma a uma, essas categorias.

II.2.1. Defeitos de fabricação

O defeito de fabricação, a que acima se referiu, é inerente à própria falibilidade da produção industrial.

O Código prevê a indenização por fato do produto decorrente de defeito de fabricação, ao aludir, no *caput* do art. 12, a defeitos decorrentes de fabricação, montagem, manipulação, construção ou acondicionamento dos produtos.

Os defeitos de fabricação, a doutrina jurídica — nacional e estrangeira — é unânime em reconhecê-lo, são verdadeiramente inexoráveis, inerentes a qualquer espécie de produção em série.²³

22. Em verdade, pois, o Código prevê — como dito anteriormente —, ainda que não explicitamente, a responsabilidade civil pelo fato do produto em razão do risco de desenvolvimento, já que estipula a responsabilização para caso de defeito de concepção e o risco de desenvolvimento pode ser perfeitamente entendido como defeito de concepção, ainda que desconhecido no momento da introdução do produto no mercado.

23. Cf. nesse sentido, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, São Paulo, 1987,

Sílvio Luis Ferreira da Rocha explica: "Os defeitos de fabricação segundo Carnevalli, Algel Royo y Fernandez Río, apresentam duas características: a previsibilidade, já que sua frequência pode ser objeto de um prévio cálculo estatístico; a sua relativa inevitabilidade porque escapan ao mais elevado grau de cuidado e de controle da produção. Agregue-se, ainda, uma terceira característica apontada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que seria a manifestação limitada, não atingindo todos os consumidores, provocando danos apenas em uns poucos."²⁴

De fato, consoante explica eminentemente estudioso espanhol: "Sin duda alguna, muchos de estos defectos [de producción] podían ser eliminados mediante el empleo de una más avanzada técnica productiva; pero, en cualquier caso, en toda actividad de producción existe una alcuota de riesgo de imposible eliminación absoluta."²⁵

No mesmo sentido a doutrina de Ghidini, acerca dos defeitos de produção (ou de fabricação), explicando este autor que tais defeitos são inelimináveis no moderno processo produto em virtude de imprevisíveis defeitos nas máquinas ou por lapsos ou erros de agregados: "La cause di questo tipo di difetto — rappresentate, di regola, da improvvisi difallances di machine ovvero da vizi ed errori di addetti — sono ineliminabili nei moderni processi produttivi, e tuttavia sono

Saraiva, p. 148 e James Marrin, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, São Paulo, 1993, Ed. RT, p. 114.

24. Cf. Sílvio Luis Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 100 (grifou-se).

25. Cf. Angel Royo y Fernandez Río, *La responsabilidad Civil del Fabricante*, Boletín, 1974, Publicaciones del Real Colegio de España, p. 192.

statisticamente calculabili, e quindi assicurabili".²⁶

Diz José Reinaldo de Lima Lopes que "Defeito da fabricação é aquele que atinge apenas alguns exemplares de um certo produto e não se deve à concepção geral do mesmo. Deve-se, ordinariamente, a eventos mais ou menos incontroláveis ... Entre nós Décio Sanches já se referiu a esta inevitabilidade da existência de algum artigo defeituoso quando da produção em série".²⁷

Não é outra a doutrina do eminente Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "Os defeitos de fabricação têm um triplice traço fundamental. Primeiro, a inevitabilidade, ou seja mesmo com o emprego da melhor técnica é impossível eliminá-los por inteiro".²⁸

II.2. Defeitos de concepção

São os defeitos de projeto ou de fórmula, contemplados no *caput* do art. 12.

Referidos defeitos de concepção — ao contrário dos defeitos de fabricação — apresentam-se como evitáveis, e, ainda diversamente daqueles, estendem-se normalmente a toda a linha produtiva, ao passo que os defeitos de fabricação usualmente atingem um número limitado de exemplares.

Em face dos defeitos de concepção, é comum as fábricas utilizarem-se do recall, como forma de procurar prevenir futura responsabilidade.

II.2.3. Defeitos de comercialização

Finalmente, pode haver informação inadequada ou insuficiente sobre a utili-

zação do produto e os riscos que esta envolve. Pode, ainda, haver defeito no acondicionamento do produto, não na fase produtiva propriamente dita (caso em que se trataria de defeito de fabricação), mas, por exemplo, quando o produto é exposto à venda. São os defeitos de apresentação, a que faz menção o *caput* do art. 12, do Código.

Deveras, produtos há que, muito embora não se possam dizer intrinsecamente defeituosos, apresentam informação insuficiente ou errônea sobre os usos que comportam.

Mesmo após o produto ser colocado no mercado vindo o fornecedor a tomar conhecimento da periculosidade que apresenta, tal fato deverá ser imediatamente comunicado às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários (art. 10, § 1.º), constituindo-se, a omissão em fazê-lo, em crime omissivo próprio (art. 64, *caput*), vale dizer, em delito que se *consuma e exaure* com a simples omissão na comunicação à autoridade competente.²⁹ Constitui-se também em crime, igualmente de mera conduta, para alguns admitindo forma culposa mesmo na modalidade omissiva, a falta de informações relevantes sobre o produto (art. 66 c/c art. 30, do Código).

III. Excludentes de responsabilidade

Admitem-se, todavia, no § 3.º, desse artigo 12, do Código três excludentes que podem ser alegadas pelo fabricante, pelo construtor, pelo produtor ou pelo importador: 1) a não colocação do produto no mercado; 2) a inexistência do

defeito; e 3) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Daí dizer-se que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto na sistemática do Código é objetiva, conquanto mitigada.

Referidas excludentes colocam-se como uma verdadeira necessidade em face da distribuição do risco entre consumidor e fornecedor, de modo a que seja mantido o equilíbrio no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor. Nessa linha, o posicionamento de Calvão de Souza: "Num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou redução de sua responsabilidade".³⁰

III.1. Não colocação do produto no mercado

Na primeira hipótese de exclusão prevista pelo Código, cumpre ao fornecedor demonstrar que não colocou o produto no mercado. Desde, pois, que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado para comercialização, ainda que, por exemplo, simplesmente para teste, ou mesmo oferecendo o produto como amostra grátis, não poderá alegar esta excludente. É necessário, portanto, para que se possa alegar esta excludente, que a introdução do produto no mercado não se tenha dado por ato consciente e voluntário.

Sem que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado, não há, pois, falar-se em responsabilidade pelo fato do produto.

Por isso, se houver roubo ou furto da mercadoria, e sua subsequente colocação no mercado contra a vontade do fornecedor, não há cogitar-se da responsabilização deste último, nos termos do Código.

30 Cf. João Calvão de Souza, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, 1990, Almedina, p. 717.

Interessante a colocação de James Marins, atribuído em Calvão de Souza, quando afirma, com acerto, que neste caso, existe uma verdadeira presunção legal de que, se o produto foi introduzido no mercado, o foi por determinação do fornecedor.³¹ De modo que caberá ao fornecedor demonstrar que, a despeito do produto estar no mercado, não foi neste introduzido de modo voluntário.

Se o produto tiver sido introduzido por preposito, ou mesmo por representante autônomo, não caberá invocar a excludente, em virtude do que dispõe o art. 34, do Código, na linha do que já dispunha o próprio Código Civil (art. 1.521, III).³²

A expressão utilizada pela lei "colocar o produto no mercado" é, como dito, vaga e deve ser interpretada como abrangente de situações tais como: entrega de amostras grátis; entrega ao transportador etc. James Marins, analisando a lei italiana, anota que também naquele país se considera que o produto é colocado no mercado se, v.g., há execução forçada decorrente de constituição judicial, salvo se o fornecedor expressamente consignar, no ato da penhora, a defeituosidade

31 Cf. James Marins, Responsabilidade da empresa pelo fato do produto, 1993, São Paulo, RT, p. 146. Diz com pertinência Calvão de Souza a propósito: "O que há de novo e significativo nesta disposição [art. 5.º, alínea 'a', do Dec-lei 383/89] é a presunção legal de que o produto causador do dano foi emitido voluntariamente no mercado, cabendo ao produtor a demonstração do contrário, através de qualquer meio probatório. Essa prova do contrário significa, aqui, convencer o juiz de que não entregou voluntariamente o produto a terceiro, demonstrando que ele saiu da sua guarda e poder de disposição, *verbi gratia*, por furto, roubo ou destituição" (Cf. João Calvão de Souza, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, 1990, Almedina, p. 718 — itálico no original).

32. Tenha-se em mente, ainda, o disposto na Súmula 341, do STF, do teor seguinte: "É presumida a culpa do patrão ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto".

26. Cf. G. Ghidini, La Responsabilità per Danno da Prodotti Defettosi (D.P.R. 24 maggio, 1988, n. 224), p. 47.

27. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 62 (grifou-se).

28. Cf. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor (em co-autoria), São Paulo, 1991, Saraiva, p. 62.

29. V., a respeito da parte penal do Código, nossos "Comentários" (2.ª ed., São Paulo, RT, 1995), em co-autoria com Arruda Alvim, Theresza Alvim e James Marins.

do produto.³⁵ O raciocínio, segundo entendemos, é perfeitamente compatível como o direito brasileiro.

III.2. Inexistência de defeito

Na segunda hipótese de exclusão da responsabilidade, cumpre ao fornecedor demonstrar a inexistência do defeito, ratificando o que já dissemos anteriormente, no sentido de que só cabe falar em responsabilidade civil pelo fato do produto se se tratar de produto defeituoso.

Parece-nos que, nesta hipótese, não há lugar para falar-se em inversão do ônus da prova. Ao autor, caberá provar a existência do defeito alegado, segundo a regra geral do CPC, estampada no inc. I, do art. 333. Vale dizer, àquele que procura a responsabilização pelo fato do produto, caberá provar a existência do defeito, sob pena de ver frustrada sua pretensão. Apenas se estiverem presentes os pressupostos do art. 6.º, inc. VIII, é que terá sentido falar-se em inversão do ônus da prova.

A excludente ora analisada (inexistência do defeito), significa que o Código pretendu ser expresso no sentido de que a inexistência do defeito constitui-se em fato extintivo do direito do autor. Como todo e qualquer fato modificativo ou extintivo do direito do autor, sua prova cabe ao réu, no caso o fornecedor (CPC, art. 333, inc. II).

Se o prejuízo causado pelo produto não decorrer de defeito, inexistirá, assim, responsabilidade do fornecedor. Caberá a este último, como fato excludente de uma responsabilidade (extintivo do direito do autor) demonstrar a inexistência do defeito. Não basta a mera plausibilidade da inexistência do defeito, senão que ao fornecedor compete demonstrar sua ausência.

33. Cf. James Marins, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, São Paulo, 1993, T. p. 148.

Cumpre analisar, por exemplo, se a conformidade do produto às normas administrativas de produção é suficiente para caracterizar a inexistência de defeito no mesmo. Afigura-se-nos, com efeito, que não. Com Sílvio Luiz Ferreira da Rocha,³⁶ quer-nos parecer que — salvo necessidade de estrita obediência a padrões determinados, o que não é situação frequente³⁵ — os padrões administrativos como regra são mínimos, de modo que a simples conformidade a tais padrões não é suficiente para caracterizar o produto como não defeituoso.

III.3. Culpa exclusiva do consumidor

Finalmente, o Código contempla a hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, como eximente de responsabilidade do fornecedor. A culpa concorrente, como já apontado anteriormente, não é excludente de responsabilidade, mas simples atenuante de responsabilidade.

De acordo com a última hipótese do parágrafo terceiro do art. 12, do Código, cabe ao fornecedor demonstrar a culpa exclusiva do consumidor, não servindo de excludente a culpa concorrente.

Neste caso, coloca-se como fundamental a ciência do consumidor e a consequente assunção voluntária do risco. O que sucede, nessa hipótese, é a quebra do nexo de causalidade, pois não foi o defeito do produto que conduziu ao dano (mas, a culpa exclusiva do consumidor), não cabendo falar-se, de consequente, em responsabilidade do fornecedor.

Se há culpa exclusiva do consumidor, é irrelevante que haja ou não defeito. O

defeito não causou o dano. O simples fato de existir culpa exclusiva é suficiente para quebrar o nexo de causalidade necessário à responsabilização do fornecedor. O dano terá sido, nessa hipótese, causado pela culpa exclusiva.

Pode, por outras palavras, haver defeito, o qual não terá, todavia, contribuído para a ocorrência do fato do produto. Será, nessa hipótese, defeito “juridicamente irrelevante”.³⁶

Se o defeito tiver, ao menos em parte, levado ao fato do produto, de culpa exclusiva do consumidor não se tratará. Dessa hipótese trataremos a seguir.

A intervenção culposa, em rigor, funciona “como seccionadora do indispensável liame de causalidade, suprimindo incontestavelmente a responsabilidade do fornecedor”.³⁷

Desse modo, o que se verifica é que havendo culpa exclusiva do consumidor, como anota Calvão de Souza “não se verifica o pressuposto da aplicação da norma em aprego nem há responsabilidade do produtor”.³⁸

Já se houver concorrência entre a culpa do consumidor e o defeito do produto, de culpa “exclusiva” não se tratará, mas, no máximo, de culpa concorrente, que poderá servir de “minorante”,³⁹ ou causa

atenuante de responsabilidade, como já nos referimos.

Sílvio Luiz Ferreira da Rocha critica esta última solução afirmando: “Io disposto no § 3.º, III, do art. 12] constitui afronta à idéia de que a concausalidade culposa da vítima é uma expressão particular do princípio da boa-fé, que pretende estimular cada um a velar pela sua própria segurança e evitar que quem causa culposamente um dano a si mesmo venha a exigir de outrem a sua indenização, num claro venire contra factum proprium”.⁴⁰

Parece-nos, contudo, que o sistema de Código não exclui a culpa concorrente como atenuante de responsabilidade. Até porque a razão de ser que leva a que a culpa concorrente seja considerada como atenuante de responsabilidade é precisa e exatamente a mesma daquela segundo a qual é causa excludente a culpa exclusiva do consumidor.⁴¹

36. O defeito, em casos que tais, será “juridicamente irrelevante”, como anota James Marins (Cf. James Marins, Código do Consumidor Comentado, escrito em co-autoria conosco e com Arruda Alvim e Thereza Alvim, São Paulo, 1995, RT, 2.ª ed., p. 126, nota de rodapé 158 (destaques no original)).

37. Cf. James Marins, Código do Consumidor Comentado, escrito em co-autoria conosco e com Arruda Alvim e Thereza Alvim, São Paulo, 1995, RT, 2.ª ed., p. 126, nota de rodapé 158 (destaques no original).

38. Cf. João Calvão de Souza, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, 1990, Almeida, p. 732.

39. Na adequada terminologia de James Marins, defendendo posicionamento idêntico ao nosso (Cf. James Marins, Código do Consu-

40. Cf. Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, Responsabilidade Civil do Fornecedor, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 106.

41. Forçoso é convir, todavia, que, no direito português, em que a culpa concorrente é admitida como atenuante de responsabilidade do fornecedor, conforme aponta Calvão de Souza, a lei refere-se a concorrência de fato culposo do lesado, enquanto que no direito brasileiro fala-se em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (Cf. João Calvão de Souza, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, 1990, Almeida, p. 732). Mesmo assim, parece-nos, como exposto no corpo do texto, que a culpa concorrente do lesado não pode ser excluída, no direito brasileiro, como causa atenuante de responsabilidade do fornecedor. É o seguinte o texto do art. 7.º, n. 1, do Dec-lei 383/89: “Quando um facto culposo do lesado tiver contribuído para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”.

Se, portanto, há culpa concorrente, deve haver partilhamento dos prejuízos causados, ainda que a culpa concorrente não esteja elencada como causa excludente de responsabilidade, mesmo porque causa excludente (propriamente dita) não o é. É aplicável, pois, subsidiariamente, entendimento aceito com tranquilidade pela jurisprudência majoritária,⁴² e pela doutrina mais autorizada, tomando como referência o art. 2.054, do Código Civil italiano.⁴³⁻⁴⁴

O que se vê, portanto, da análise das excludentes de responsabilidade acima mencionadas, é que o Código, no art. 12, admitiu a responsabilidade objetiva pelo fato do produto. (*independentemente da existência de culpa*, atreçada nos seguintes pressupostos: fato decorrente de defeito, dano, nexos de causalidade entre o primeiro e o segundo), mas as excludentes constantes dos incs. I a III, do § 3.º mitigam-na.

Zelmo Denari, com percuência, ensina: "...o Código acolheu, desengadamente, os postulados da responsabilidade objetiva... Não o fez, porém, sem o temperamento de causas excludentes previstas no § 3.º do art. 12 e que mitigam sobremaneira a responsabilidade objetiva".⁴⁵ A responsabilidade civil do fornecedor no sistema do Código é a objetiva mitigada⁴⁶ porque, diferentemente da

responsabilidade pelo risco (também denominada absoluta), admite a existência de eximientes de imputação destinados a trazer um maior equilíbrio na distribuição do risco.⁴⁷

Desta maneira, deve-se ter em mente que o Código não instituiu mera presunção de culpa, em havendo fato do produto, que pudesse ser jilida em se comprovando a ausência de culpa (sob quaisquer formas que se exteriorize: imperícia, imprudência ou negligência) senão que instituiu responsabilidade objetiva, a ensejar o dever de responsabilização, independentemente da existência ou não de culpa.

A vítima, então, caberá provar o dano, e também que este decorreu de defeito no produto (defeito esse juridicamente relevante, na feliz expressão adotada por James Marins), i.e., cabe à vítima a prova do nexos de causalidade. Falando alguns desses elementos, não se pode falar em responsabilizar o fornecedor. Esta, a correta opinião de James Marins.⁴⁸

Para Sílvio Luiz Ferreira da Rocha,⁴⁹ todavia, há necessidade apenas de comprovação do dano e do nexos, presumindo-se o defeito. Como dissemos acima, quando enfocamos o problema da inversão do

59. Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 88.

47. Calvão de Souza ensina que a existência legal de eximientes em um sistema de responsabilidade civil do fornecedor implica a *inexistência de responsabilidade absoluta, sem limites* (Responsabilidade civil do produtor, Coimbra, 1990, Almedina, pp. 387-444). Não é esta a solução adotada pelo legislador brasileiro, como visto.

48. Cf. James Marins, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, São Paulo, 1993, Ed. RT, pp. 143-144.

49. Cf. Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 90.

onus da prova e a eximiente de responsabilidade de inexistência do defeito, não nos parece possível falar em presunção de defeito. Parece-nos, insista-se, que o Código, ao estipular referida eximiente de responsabilidade (inexistência de defeito) pretendeu, apenas, ser expresso no sentido de que a inexistência de defeito exclui a responsabilidade objetiva do fornecedor, constituindo-se, pois, em fato extintivo do direito do consumidor-autor.

III.4. A questão da taxatividade das causas de exclusão de responsabilidade

Cumpré indagarmos sobre a existência, ou não, de outras causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

Uma causa de exclusão da responsabilidade — a que já nos referimos brevemente acima — é, sem dúvida, a *necessidade de obediência* a certos padrões. Com efeito, já dissemos que se a norma administrativa de produção limita-se a estabelecer padrões mínimos, a mera conformidade do produto a tais padrões não é suficiente para caracterizá-lo produto como não defeituoso.

Todavia, em havendo necessidade de estrita conformidade do produto às normas administrativas de produção que, assim, estariam impondo padrões certos e não apenas padrões mínimos (i.e., não seriam meramente orientativas), e, em existindo defeito do produto, dita vinculação será, inquestionavelmente, causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

Dito de outro modo, se o fornecedor coloca-se entre o dilema de não produzir (dada a imperatividade das normas administrativas sob foco) ou produzir de conformidade com as normas inadeguadas, não há lugar para sua responsabilização.⁵⁰ Deverá, todavia, ser demonstrado

o estrito nexos de causalidade entre as disposições administrativas e o defeito no produto.

Parece-nos, todavia, que essa hipótese seria, em última análise, encartável no inc. III, do § 3.º do art. 12, do Código, quando há referência, nesse dispositivo, a "culpa exclusiva de terceiro". Por isso, não se trata exatamente de uma excludente não prevista pelo sistema do Código, como pensam alguns.

Cabe, ainda, analisar a hipótese do caso fortuito e da força maior.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, a resposta sobre o encaixe destas duas hipóteses como eximientes de responsabilidade do fornecedor não é tão simples assim.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, defende o seguinte posicionamento:⁵¹ "A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar".

desobediência e a responsabilidade" ou a liberdade... de não produzir". Neste caso, anota com oportunidade o autor, não basta que se demonstre a necessidade de obediência às normas administrativas, senão que faz-se necessária, por parte do fornecedor, a demonstração de que o defeito no produto decorreu de tal vinculação: "Para que funcione esta exceção ou meio de defesa, não basta todavia a demonstração de que o produto é conforme às normas imperativas, sendo necessário também provar que o defeito é devido à sua conformidade com essas normas" (Cf. João Calvão de Souza, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, Almedina, p. 724, itálico no original).

51. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor (em co-autoria), São Paulo, 1991, Saraiva, p. 67.

Outros autores alinham-se a Herman e Benjamin, como James Martins, que diz que: "reconhece-se na força maior o caráter de seccionadora do nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilidade civil, mesmo nos sistemas em que se prescinde da culpa, o que a faz servir como exoneradora da responsabilidade mesmo que não prevista expressamente na lei como eximente, porque permanece válida a regra de Direito Civil que reconhece à força maior a virtude de excluir a responsabilidade aquiliana. Isto é, se a força maior assume o papel de única causadora do dano de modo a que a vítima sequer pode comprovar que o produto era defeituoso, ou, ainda que venha a comprová-lo, não consegue estabelecer o nexo causal com o dano, não há responsabilidade civil do fornecedor por falta de um dos requisitos para a mesma".⁵²

Parece-nos, contudo, em face do que já se expôs no corpo desse trabalho, que o *caput* do art. 12, para que se possa cogitar da responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, exige, apenas, que se trate de produto *com defeito*, e que o dano (fato do produto) tenha decorrido desse defeito. Na hipótese de que ora se cogita, o defeito simplesmente não teria sido detectado, em razão de caso fortuito ou de força maior.

Ora, se o defeito *existia* no momento da colocação do produto no mercado, não há falar-se — segundo entendemos — em exclusão de responsabilidade do ornecedor. Por outras palavras, o fornecedor é responsável pela inexistência de defeito no produto até que o mesmo seja introduzido no mercado, cabendo-lhe, pois, pena de responsabilização, diligenciar nesse sentido.

Se o fornecedor não pode detectar esse efeito antes da introdução do produto

no mercado, em decorrência de caso fortuito e/ou força maior, nem por isso deve deixar de ser responsabilizado. Parece-nos suficientemente claro, do sistema inaugurado pelo Código, que o consumidor, em casos que tais, não deve ser obrigado a sofrer o dano, sem poder responsabilizar o fornecedor. A possibilidade de responsabilização do fornecedor, por caso fortuito ou força maior, é um ônus que sobre o fornecedor deve pesar. A nosso ver, afronta o sistema do Código a conclusão de que ao consumidor compete suportar o dano decorrente de caso fortuito ou força maior, sem poder responsabilizar, de forma objetiva, o fornecedor.

Igualmente, se o defeito vier a surgir após a colocação do produto no mercado, decorrente, por exemplo, de um controle de qualidade não apurado, (por caso fortuito ou força maior), não há falar-se, igualmente, em exclusão da responsabilidade do fornecedor, pelas mesmas razões acima expostas.

A questão mais polémica atinente às eximentes de responsabilidade diz com o assim dito risco de desenvolvimento. Diz este respeito à possibilidade de fornecedor poder (ou não) ser responsabilizado por defeito impossível de ser conhecido na oportunidade em que o produto é colocado no mercado.

No direito alienígena (assim o caso do direito português, do italiano e do alemão), o risco de desenvolvimento vem previsto como causa de exclusão da responsabilidade.

A nós nos parece que no direito brasileiro, não há lugar para o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor. Vejamos, mais de espaço.

III.4.1. Risco de desenvolvimento ("developmental risk")

Referimo-nos, acima, brevemente, à problemática do risco de desenvolvimento. Cuida-se do risco que não pode ser

conhecido no momento da colocação do produto no mercado, só vindo a sê-lo posteriormente, em razão do desenvolvimento tecnológico. Ocorre com certa frequência na área de medicamentos novos, como anota com oportunidade Sílvio Luis Ferreira da Rocha. Cabe-nos analisar, neste passo, se, nestas hipóteses, deve ser o fornecedor responsabilizado pelo defeito, impossível de ser detectado à época em que o produto foi colocado no mercado.

James Martins, a propósito, tem a seguinte opinião: "...o risco de desenvolvimento é espécie de defeito *juridicamente irrelevante*, insuscetível, portanto, de levar à responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, conforme a classificação estudada anteriormente".⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵

Não compartilhamos de referido posicionamento. Para nós, no direito brasileiro, o risco de desenvolvimento não pode ser encarado como eximente de responsabilidade do fornecedor. O Código, no dispositivo que ora é analisado, qualificou de defeituoso o produto, se não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, quando é colocado no mercado.

Outros autores defendem posicionamento semelhante ao nosso, no sentido

53. Cf. James Martins, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, São Paulo, 1993, Ed. RT, p. 137 (os gritos são nossos).

54. É esta a solução (legal) do direito português, cuja lei prevê expressamente, o risco de desenvolvimento, como causa excludente de responsabilidade (cf. art. 5.º, alínea "e", do Dec. Lei 383/89, que dispõe no sentido de que o produtor não é responsável se provar "que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito").

55. Nesse mesmo sentido, a bem fundamentada posição de Fábio Ulhoa Coelho (O Empresário e os Direitos do Consumidor, São Paulo, 1994, Saraiva, pp. 82 e ss., especialmente à p. 86).

de não ser possível defender a exclusão de responsabilidade do fornecedor.⁵⁶⁻⁵⁷ Em razão do risco de desenvolvimento. Entre esses, veja-se Eduardo Gabriel Saad, que afirma peremptoriamente que o risco de desenvolvimento não é causa eximente de responsabilidade pelo fato do produto, in verbis: "Pensar-se diferente é incrementar meios de defesa do produto que lembram a teoria da culpa subjetiva, o que contraria a tendência moderna de caracterizar-se a culpa do produtor pela teoria objetiva ou do risco do negócio".⁵⁸

Vejam-se que o § 3.º do art. 12 — que cuida das causas excludentes de responsabilidade — não incluiu entre as mesmas o chamado risco de desenvolvimento.

Ademais, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para eximi-lo da responsabilidade, como se infere claramente do *caput* do art. 12.

A idéia de risco de desenvolvimento, em nosso sentir, subsume-se à noção legal de defeito de concepção, a que já nos referimos. Trata-se de um caso particular, mas encarta-se indubitavelmente no gênero maior: defeitos de concepção (ainda que não constatável, no momento da colocação do produto no mercado).

A sistemática de responsabilização objetiva, introduzida pelo Código, que comporta algumas atenuações (§ 3.º, incs. I a III, do art. 12, dentre as quais não se inclui o risco de desenvolvimento) levamos — como dito — à conclusão de que inexiste, nesse caso, excludente de res-

56. Nesse preciso sentido, cf. Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 111.

57. Cf., ainda, no sentido do texto, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor [em co-autoria], São Paulo, 1991, Saraiva, pp. 67-69.

58. Cf. Eduardo Gabriel Saad, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, 1991, LTr, p. 138.

52. Cf. James Martins, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, São Paulo, 1993, Ed. RT, p. 154.

ponsabilidade. Ao contrário, a noção de risco de desenvolvimento, para nós, encarta-se na idéia maior de defeito de concepção, que é considerado pelo Código como defeito apto a responsabilizar o fornecedor.

Se a responsabilização pelo fato do produto, em caso de risco de desenvolvimento decorre de dano ocorrido após, v.g., o fabricante tomar conhecimento de que o produto que introduziu no mercado apresenta risco, *com muito mais azão*, a responsabilização do fabricante é de rigor.

Até porque, tomando conhecimento da periculosidade do produto após sua colocação no mercado, o fornecedor deverá comunicar imediatamente tal circunstância às autoridades competentes, e aos consumidores, mediante anúncios públicos (art. 10, §§ 1.º e 2.º), sob pena de — como dito anteriormente — sua omissão constituir-se crime (de mera conduta) previsto no *caput* do art. 64, onfigurando-se igualmente delito penal se deixar de retirar do mercado produzido pela autoridade competente (art. 4, parágrafo único).^{59,60}

Em síntese, nosso posicionamento é que o assim dito risco de desenvolvimen-

59 V., a respeito, nossos comentários à Parte final do *Código* (Código do Consumidor Comentado, escrito em co-autoria com Arruda Alvim, Thereza Alvim e James Marins, São Paulo, 1995, RT, 2.ª ed.).

60 Interessante notar que Fábio Ulihoa Coe-3, muito embora admita o risco de desenvolvimento como causa excludente de responsabilidade do fornecedor, atassa tal exclusão sempre em face do dever expressamente imposto ao fornecedor pelo § 1.º do art. 10, do

to não exclui a responsabilidade civil pelo fato do produto pelas seguintes razões: *a uma*, porque tal excludente não conta do § 3.º, do art. 12, *a duas*, porque o risco de desenvolvimento encarta-se no gênero maior defeito de concepção, o qual, por disposição legal expressa, *enseja* a responsabilização do fornecedor (cf. *caput* do art. 12, o qual alude a defeito decorrentes de projeto e fórmula), e, finalmente, porque, pelo sistema do Código, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para exim-lo de responsabilidade. Não é possível, segundo pensamos, que a idéia do risco de desenvolvimento confunda-se com aquela da inexistência do defeito, segundo querem alguns. Quando há risco de desenvolvimento, há defeito — de concepção — só que desconhecido.

IV. Riscos tolerados pelo Código

Dissemos anteriormente que o Código tolera certos tipos de risco. É que o Código não adotou a teoria da segurança *absoluta*, como se expôs anteriormente (vide nota de rodapé 13). Examinemos melhor o alcance e embasamento legais de uma tal afirmação.

O art. 10 do Código refere-se a um tipo de risco que por suas proporções leva à vedação legal de que determinado produto circule no mercado de consumo, pois se apresenta ao consumidor como produto de alta nocividade ou periculosidade. Por outro lado, riscos “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” são tolerados (art. 8.º, *caput*), impondo-se ao fornecedor o dever de dar as informações necessárias e adequadas a respeito, inclusive através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto, em se tratando de produto industrial (art. 8.º, parágrafo único). Tratando-se do fornecimento de produtos potencialmente nocivos ou perigosos, disso deverá ser alertado o consumidor.

Há que se procurar traçar a linha divisória entre o risco tolerado pelo Código e aquele que leva à vedação da colocação do produto no mercado (art. 10, *caput*).

Com estes últimos (produtos anormalmente perigosos), o mercado *não está obrigado a conviver* (muito pelo contrário), uma vez que sua colocação no mercado é vedada (art. 10, *caput*, do Código); ao passo que aqueles que apresentam riscos considerados normais a saúde e à segurança, em decorrência de sua natureza e fruição, têm livre circulação no mercado. A vedação da colocação no mercado de produtos anormalmente perigosos está em perfeita consonância com o inc. I, do art. 5.º, do Código, que garante ao consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

Sempre que houver defeito, dano, e nexo de causalidade entre um e outro, há responsabilidade do fornecedor nos moldes do art. 12 do Código.

A diferença reside em que, se são riscos tolerados, não devem esses ensejar a retirada compulsória do produto do mercado; ao passo que havendo infração ao art. 10, *caput*, deverá ser ordenada a retirada do produto do mercado.

Vejamos o seguinte exemplo, que retrata melhor o que dissemos: determinado vidro de perfume tem explodido constantemente (dando origem, pois, a fato do produto); neste caso o produto é de alta periculosidade e não deve ser colocado no mercado, havendo, obviamente, responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto; outra hipótese: determinado produto é vendido sem que se alerte sobre seus efeitos colaterais para determinada categoria de indivíduos, ou seja, há defeito de informação. Havendo dano, nesta última hipótese, há também, da parte do fornecedor, o dever de indenizar. Só que o produto não deve ser compulsoriamente retirado do mercado, conquanto a omissão em alertar sobre

sua nocividade ou periculosidade constitua crime até mesmo se, a teor do art. 63, do Código.⁶¹

O Código elencou, no art. 6.º, os assim ditos direitos básicos dos consumidores. No capítulo IV, normatizou o exercício desses mesmos direitos básicos.⁶² Não se consegue, por exemplo, entender a verdadeira latitude do inc. III, do art. 6.º, do Código, que assegura ao consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”, se não se examinar, dentre outras, a regra da parte final do *caput* do art. 8.º, do Código, que impõe ao fornecedor o dever de informar aos consumidores sobre os riscos do produto, considerados normais e previsíveis em decorrência da sua natureza e fruição.

O art. 10 dispõe que produtos de alto grau de periculosidade sequer podem ser colocados no mercado, ao passo que produtos que apresentam riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição podem ser colocados no mercado, mediante prévia advertência.

Sempre, todavia, que houver dano decorrente de fato do produto, trate-se de produto anormalmente perigoso, ou de produto cuja periculosidade é tolerada pelo Código, daí nascerá o dever de indenizar, a menos que estejam presentes as eximentes de responsabilidade de que já tratamos, anteriormente.

V. Conclusões

O Código responsabilizou o fabricante, o produtor, o construtor e o importador pelo fato do produto de forma *objetiva*. Isto quer dizer que a responsabilidade

61 V., a respeito, nossos comentários à Parte Penal do *Código* (Código do Consumidor Comentado, escrito em co-autoria com Arruda Alvim, Thereza Alvim e James Marins, São Paulo, 1995, RT, 2.ª ed.).

62 James Marins, Código do Consumidor Comentado, São Paulo, 1991, RT, p. 28.

ACÓRDÃOS

de pelo fato do produto independente de culpa.

Sem embargo, o Código cuidou de estabelecer excludentes de responsabilidade nos incs. I a III, do parágrafo terceiro do art. 12, quais sejam: (1) a não colocação do produto no mercado; (2) a inexistência de defeito e (3) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Por isso é que se diz que o Código, no que pertine à responsabilidade civil pelo ato do produto, adotou a responsabilidade objetiva mitigada.

A enumeração das causas excludentes de responsabilidade pelo fato do produto, pelo Código, não é, todavia, exaustiva. E, por exemplo, o defeito decorrer da falta de necessidade de conformidade da stricta necessidade de conformidade do produto a normas administrativas, não há alar-se em responsabilização, pois o onecedor não pode ser colocado no tema de não produzir ou ter de desestelar normas às quais deve estrita obediência. Tal excludente, todavia, conforme exposto, não se aplica quando há penas padrões administrativos mínimos. Autores há que elencam o caso fortuito a força maior como causas excludentes de responsabilidade, invocando os prin-

ípios gerais de direito, os quais, segundo dizem, não teriam sido afastados pela sistemática do Código.

Segundo pensamos, a solução para esse problema não é tão simples como à primeira vista pode parecer. Se o defeito existia quando da colocação do produto no mercado, não tendo sido detectado por caso fortuito e/ou força maior, não nos parece que, por esse motivo, o fornecedor não possa ser responsabilizado. Em conclusão, para que se possa responsabilizar o fornecedor, nos termos do art. 12, há de ter havido defeito, dano (fato do produto), e nexo de causalidade entre o defeito e o dano.

Aparentemente ao risco de desenvolvimento, encartado por muitos também como causa excludente de responsabilidade, pelas razões melhor expostas no corpo do artigo, não podemos endossar tal posição. A idéia de risco de desenvolvimento, segundo entendemos, subsume-se à previsão do *caput* do art. 12, quando este cuida dos defeitos de projeto ou fórmula (genericamente, defeitos de concepção). Cuida-se, sem dúvida, de hipótese muito específica mas não excluída pelo sistema do Código.

1. JUSTIÇA DOS ESTADOS

1.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

RESPONSABILIDADE CIVIL — Estabelecimento comercial — Furto de veículo deixado em estacionamento de Shopping — Funcionário de loja do condomínio — Inexistência de vínculo empregatício.

Somente poderia haver responsabilidade do empregador se este destinasse espaços para estacionamento de veículos de seus funcionários. Nesse caso, a empresa passa a ser depositária dos veículos de seus empregados. O caso dos autos é diverso: o autor não é empregado do réu. Portanto, não há como se cogitar, sequer, de responsabilidade do ora apelado, porque, inexistente o vínculo empregatício, não ofereceu ele estacionamento ao autor, assumindo a condição de depositário.

TJSP — Ap. Civ. 184-775-1/1 — Ribeirão Preto — 1.ª C. — J. 2.2.93 — Rel. Des. Guimarães e Souza — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 184.735-1/1, da comarca de Ribeirão Preto, sendo apelante Maurício Fernandes Barato e apelado Condomínio do Shopping Center de Ribeirão Preto. Acordam, em Primeira Câmara Civil de Férias "E" do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Trata-se de ação de indenização julgada improcedente pela r. sentença de fls. 99/103, cujo relatório é adotado, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios do réu, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apelou o autor pugnando pela reforma da decisão recorrida, para que a ação seja julgada procedente, porque além de funcionário era também consumidor do Shopping, devendo este indenizar tanto clientes, como funcionários que deixam seus veículos em seus estacionamentos.

Recurso regularmente processado, com resposta e preparo.

2. A r. decisão recorrida bem apreciou a questão debatida nos autos, merecendo, por isso, subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A inicial é clara: o autor estacionou o veículo de sua propriedade no condomínio réu, para se dirigir ao seu local de trabalho e após cumprida a jornada de trabalho, ao dirigir-se ao local onde havia deixado seu automóvel, foi surpreendido com o furto que noticia.

Ainda que o autor se inclua como um dos consumidores das lojas instaladas no "Ribeirão Shopping", no dia do furto de seu veículo lá não compareceu como consumidor, sim, como empregado de uma das lojas localizadas no condomínio réu.

Assim sendo, a jurisprudência que admite a responsabilidade de estabelecimentos comerciais por furto de veículos deixados, por clientes, em seus estacionamentos, não favorece, de fato, o autor, pois não o alcança.

Como lembrou o MM. Juz. com inteira propriedade, somente poderia haver responsabilidade do empregador se este destinasse espaços para estacionamento de veículos de seus funcionários. Nesse caso, a empresa passa a ser depositária dos veículos de seus empregados.

O caso dos autos é diverso: o autor não é empregado do réu. Portanto, não há como se cogitar, sequer, de responsabilidade do ora apelado, porque, inexistente o vínculo empregatício, não ofereceu ele estacionamento ao autor assumindo a condição de depositário. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Luis de Macedo (Presidente com voto) e Alexandre Germano (Revisor), com votos vencedores.

São Paulo, 2 de fevereiro de 1993 — GJMARAES E SOUZA, relator.