

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ULISSES SANTAFÉ AGUIAR PIZZOLATTI

**A TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2018

ULISSES SANTAFÉ AGUIAR PIZZOLATTI

**A TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch.

Porto Alegre

2018

ULISSES SANTAFÉ AGUIAR PIZZOLATTI

**A TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch – UFRGS
Orientador

Prof. Dr. Marco Antônio Karam – UFRGS
Examinador

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon – UNISINOS
Examinador

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador, Rafael de Freitas Valle Dresch, pelo inestimável auxílio para a concretização deste trabalho, e por ter aberto um espaço de diálogo na faculdade sobre filosofia e direito privado, em seu grupo de estudos, onde tive a oportunidade de apresentar e debater com colegas o tema aqui proposto.

Aos meus pais, Rômulo e Maria Teresa, e à minha irmã, Isabela, por sempre me transmitirem seus conhecimentos e exigirem o máximo de mim. Vocês são a minha bússola na caminhada que se segue após a formatura.

À minha namorada, Bruna, agradeço pelo seu companheirismo, carinho e compreensão. Por ter acompanhado de perto a redação e ter me auxiliado em certos obstáculos do tema, certamente muito do crescimento deste trabalho deve-se a você.

Por fim, aos meus amigos e colegas, Rafael, Laura, Aylton, Aline, Fábio e Gustavo, pela verdadeira amizade, que eu espero que seja eterna. Sem vocês, as aulas não teriam sido as mesmas.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se à análise da teoria do risco do desenvolvimento. O risco do desenvolvimento é uma causa de exclusão da responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista expressamente em alguns países, e que consiste em um risco imprevisível ou desconhecido, segundo o estado da arte, no momento de introdução do produto no mercado de consumo, mas que passa a ser detectado com o progresso científico e tecnológico. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, no entanto, é silente no assunto. A fim de perquirir a viabilidade de aplicação da eximente no CDC, estuda-se a evolução da responsabilidade civil nas relações de consumo, o sistema brasileiro de responsabilização pelo fato do produto e, ao final, adentra-se no embate doutrinário que se erige sobre a questão. Por fim, conclui-se pela aparente impossibilidade de aplicação da teoria no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: direito do consumidor, responsabilidade civil, fato do produto, risco do desenvolvimento, exclusão da responsabilidade, risco, defeito, incognoscibilidade, estado da arte.

ABSTRACT

This paper is devoted to the analysis of development risk theory. The development risk is a defense to product liability, expressly foreseen in some countries, which consists of an unpredictable or unknown risk, according to the state of the art, in the moment the product is introduced to the market, but which becomes known with the scientific and technological progress. The Brazilian Consumer Protection Statute, however, is silent on the issue. In order to investigate the feasibility of applying the theory to the Statute, the paper examines the evolution of product liability, the Brazilian system of product liability and the doctrinal debate over the theory. Finally, the study concludes by the apparent inapplicability of the theory to the Statute.

Keywords: consumer protection, liability, product liability, development risk, product liability defense, risk, defect, unknowability, state of the art.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SEUS FUNDAMENTOS	11
2.1	ORIGENS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	11
2.2	A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS	13
2.2.1	Estados Unidos: o berço da responsabilidade pelo fornecimento de produtos defeituosos.....	13
2.2.2	A União Europeia e a Diretiva nº 85/374/CEE.....	17
2.2.3	A evolução da responsabilidade do fornecedor no Brasil.....	19
2.3	OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR	21
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS NO CDC	24
3.1	OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO CDC	24
3.2	DIFERENCIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO E PELO VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO	27
3.3	OS REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO	29
3.3.1	A conduta	29
3.3.2	O defeito.....	31
3.3.2.1	<i>Conceito de defeito</i>	31
3.3.2.2	<i>A periculosidade</i>	32
3.3.2.3	<i>Tipologia dos defeitos</i>	33

3.3.2.4	<i>Elementos de valoração</i>	35
3.3.3	O dano	36
3.3.4	O nexo de causalidade.....	37
3.4	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO NO CDC	37
3.4.1	A não colocação do produto no mercado.....	38
3.4.2	Inexistência de defeito	38
3.4.3	Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro	39
3.4.4	Caso fortuito e força maior	40
3.4.5	Obediência a normas imperativas	41
3.4.6	O risco do desenvolvimento.....	41
4	O RISCO DO DESENVOLVIMENTO	42
4.1	CONTORNOS	42
4.2	A TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO PELA UNIÃO EUROPEIA	47
4.3	A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	49
4.4	O EMBATE DOUTRINÁRIO	54
4.4.1	A perspectiva socioeconômica.....	54
4.4.2	O enfoque dogmático-hermenêutico	68
5	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos dois séculos observaram-se avanços sociais, científicos e tecnológicos como nunca vistos. Uma das áreas em que mais se sentiu as repercussões do progresso foi o de fornecimento de produtos e serviços, em virtude da massificação da produção. É evidente que a produção em massa trouxe diversos benefícios para a sociedade, tais como o aumento da oferta de produtos, preços mais baixos, intensificação do lucro e redução dos custos das sociedades empresárias e inúmeras inovações nos produtos alcançados aos consumidores, que facilitam a nossa vida. Porém, de igual forma, surgiram efeitos colaterais para a sociedade em decorrência do desenvolvimento acelerado da linha de produção.

Notadamente, entre esses efeitos está o crescimento de danos aos consumidores, cuja ocorrência é inevitavelmente proporcional ao descobrimento de novas tecnologias e à busca incessante pela inovação. Esses danos são frutos de defeitos nos produtos, que podem tanto ser conhecidos quanto desconhecidos pelos fornecedores. Os defeitos incognoscíveis geraram maiores preocupações à sociedade e deram origem a amplas discussões políticas, doutrinárias e jurisprudenciais, mormente em razão da impossibilidade de os prever. Tais defeitos inspiraram a criação da teoria do *risco do desenvolvimento*, que é o objeto de estudo deste trabalho.

O risco do desenvolvimento decorre diretamente da inovação tecnológica e da massificação da produção, representando o que há de mais imprevisível no fornecimento de produtos atualmente, pois são descobertos após anos de circulação, em decorrência do avanço científico. São justamente as características de imprevisibilidade e de incerteza que o tornam tão controverso, pois a sua aferição é de complicadíssima realização e pode trazer consequências expressivas para fornecedores e consumidores. Portanto, não se pode assumir uma posição firme nesta contenda sem o devido contraditório entre os diferentes pontos de vista.

Como, no mais das vezes, o risco do desenvolvimento ocorre nos ramos farmacêutico e alimentício, os danos advindos de produtos com defeitos incognoscíveis na época de sua inserção no mercado podem atingir parcela considerável da população, acarretando consequências severas

aos consumidores. Desse modo, os consumidores são vistos como a parte vulnerável da população, merecendo, por conseguinte, tutela especial do ordenamento jurídico.

De outra banda, por mais investimentos que se possa fazer, o risco do desenvolvimento pode se verificar inevitavelmente por falta de conhecimento técnico e científico a respeito da sua possibilidade de ocorrência, o que pode trazer altos custos para os fornecedores, tanto antes da colocação do produto no mercado com expressivos testes e prevenções laboratoriais, quanto após, com o pagamento de eventuais indenizações a consumidores lesados. Como isso pode representar, não raras vezes, altos prejuízos para a indústria, levantou-se a possibilidade de excluir a responsabilidade civil do fornecedor a partir dessa teoria.

A questão é debatida tanto no Brasil quanto em outros países, sendo difícil encontrar uma solução pacífica. Ademais, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é omissivo quanto ao tratamento da matéria, o problema da exoneração ou não do fornecedor por tais riscos assume outros contornos. Como se verá, a sua determinação é relevante porque importa na assunção dos riscos ou pelo fornecedor ou pelo consumidor, o que pode trazer amplas consequências sociais e econômicas.

Para tal desiderato, no primeiro capítulo deste trabalho faz-se uma explanação sobre a responsabilidade civil na relação de consumo. De início, é apresentada a evolução da responsabilidade civil nas relações de consumo, nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil, a partir das transformações sociais vivenciadas em todo o mundo desde o século XIX, desde o surgimento da responsabilidade dos fornecedores, antes subjetiva, até os dias atuais, sendo objetiva. O último assunto deste capítulo será os fundamentos da responsabilidade civil do fabricante.

Na sequência, o segundo capítulo trata do regime jurídico do CDC. Os princípios da responsabilidade civil serão pormenorizados, para, em seguida, se abordar as duas espécies de responsabilização do fornecedor pelo código consumerista: pelo vício e pelo fato do produto. Após, são expostos os requisitos para a responsabilização do fornecedor perante o CDC e as causas excludentes da responsabilidade. Os tópicos sobre os quais se discorre neste primeiro capítulo

servirão como premissas para os seguintes, em especial quando se enfrentar decisões americanas e europeias sobre o risco do desenvolvimento.

Por fim, o terceiro capítulo está subdividido em duas seções: a primeira enfoca na evolução da regulação estrangeira sobre a alocação do risco do desenvolvimento entre fornecedores e consumidores, em especial na União Europeia e nos Estados Unidos, onde há ampla aplicação da teoria do risco do desenvolvimento pelos tribunais. A segunda seção cuida especificamente na apresentação do risco do desenvolvimento: a sua definição, aspectos controversos, argumentos favoráveis à exoneração da responsabilidade do fornecedor e posições contrárias, levando-se em consideração a disciplina da matéria no CDC. Neste ponto são trazidas visões diferentes e que colidem entre si, mas que devem ser enfrentadas para a busca de uma resposta ao problema. Assim, entendimentos tanto de índole dogmática-jurídica quanto de origem econômica e social, que se aproximam inclusive da análise econômica do direito, serão abordados nesse tópico. Ao cabo, após a investigação do regime dessa causa excludente, se concluirá pela aplicação, ou não, no ordenamento jurídico pátrio.

O método científico adotado na presente pesquisa é o dedutivo, por meio do qual se analisará o amplo espectro da responsabilidade pelo fato do produto no CDC, partindo para a análise da teoria do risco do desenvolvimento e seu tratamento por diferentes ordenamentos, culminando na possibilidade de exclusão da responsabilidade do fornecedor por esta causa. O trabalho foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SEUS FUNDAMENTOS

2.1 ORIGENS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Embora se reconhecesse a possibilidade de os produtos causarem algum dano já há bastante tempo¹, a preocupação do Direito com as relações de consumo surgiu, de fato, concomitantemente ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao aumento da complexidade dos produtos vivenciados a partir do século XIX. Anteriormente à Revolução Industrial, o que havia era produção artesanal de bens que não ofereciam muitos riscos à pessoa, tais como utensílios de cozinha básicos, vestuário e mobília. Porém, como passar do tempo os produtos foram ficando mais sofisticados e complexos, o que criou incertezas sobre seus usos, efeitos e consequências. De transportes impulsionados por força animal, passou-se ao motor à combustão, criaram-se ferramentas elétricas e muitos outros novos produtos que, à época, dada a sua novidade, eram perigosos porque os consumidores simplesmente não sabiam como utilizá-los².

Além dos produtos, a Revolução Industrial também transformou o modo de produção e fornecimento no mercado, na medida em que o produtor individual, que trabalhava sob encomenda e detinha o pleno controle sobre a produção, foi substituído por linhas de montagem em indústrias, que despessoalizaram o consumo de tal maneira que houve uma “cisão entre produção e distribuição”³. Desse modo, criou-se a produção em massa, que expandiu imensamente o conhecimento científico e tecnológico, mas trouxe a reboque riscos atrelados ao consumo nunca experimentados pela sociedade. A periculosidade dos produtos, portanto, está intrinsecamente vinculada à massificação da produção na sociedade moderna.

¹ O *Assize of Bread and Ale of 1266*, de Henry III, que regulamentou o preço, o peso e a qualidade do pão e da cerveja, é considerado a primeira regulamentação legislativa da qualidade de comidas e bebidas (MILLER, C. J. **Comparative Product Liability**. London: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1993. p. 3.).

² MILLER, 1993. p. 3.

³ CALIXTO, Miguel Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 5-6.

Diante dessa nova realidade, os consumidores tornaram-se vulneráveis, pois ficaram distantes do processo produtivo e à mercê dos riscos das inovações tecnológicas e dos novos produtos, que eram introduzidos rapidamente ao mercado por fornecedores ansiosos em atender à florescente demanda da época. Ademais, como a proteção jurídica dispensada aos consumidores era quase inexistente, eles que suportavam os prejuízos sofridos em decorrência de acidentes de consumo, sem quase nenhuma possibilidade de reparação frente aos fornecedores. Prova disso era o predomínio da máxima *caveat emptor*, que representava a ideia de que os riscos do consumo recaíam sobre os ombros do consumidor⁴.

Isso tudo está atrelado às concepções do liberalismo clássico, que ainda vigorava à época. Princípios, que não encontravam restrições como atualmente, a exemplo da liberdade de contratar, da autonomia da vontade e do livre mercado, entre outros, cujo fundamento era a não intervenção do Estado na economia, imperavam nas relações de consumo, não obstante estivessem em desarmonia com a realidade social – a sociedade de consumo emergente marcada por fenômenos de massa⁵.

O elevado número de acidentes de consumo ensejou uma maior proteção aos consumidores, cujas expectativas por uma maior segurança ampliavam consideravelmente com o passar dos anos, à medida em que os padrões de vida cresciam e os próprios consumidores se tornavam mais informados quanto às relações de mercado⁶. Com essa nova realidade econômica e social de uma sociedade de consumo de massas, caracterizada pela vulnerabilidade dos consumidores e pelo surgimento de novas relações jurídicas⁷, fez-se necessária a criação de novos meios jurídicos capazes de oferecer aos consumidores uma defesa plena.

Assim, a par da evolução do consumo, a disciplina da responsabilidade civil também se desenvolveu para responder ativamente aos fatos sociais dos novos tempos. No entanto, essa

⁴ MILLER, 1993. p. 5.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **O direito do consumidor**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 4, p. 135-155, ago. 1991.

⁶ MILLER, 1993. p. 5.

⁷ BENJAMIN, 1991.

evolução, como se verá, não foi linear nem célere, mas, sim, tortuosa e morosa, variando no tempo e no espaço.

2.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS

2.2.1 Estados Unidos: o berço da responsabilidade pelo fornecimento de produtos defeituosos

Pode-se atribuir a origem da responsabilidade civil do fornecedor de produtos aos Estados Unidos⁸, onde o número e a diversidade de casos de responsabilidade civil pelo fato do produto sempre foram muito expressivos⁹, o que, por sua vez, possibilitou uma ampla criação jurisprudencial a respeito do tema, com diferentes teorias a respeito da responsabilização do produtor ou comerciante. Nesse aspecto, importante salientar que as teorias não foram criadas e aplicadas de forma sucessiva, uma após a outra, mas conviveram no tempo, tendo em vista a existência de 50 direitos estaduais diferentes, correspondentes aos estados norte-americanos.

No começo da responsabilização do fabricante por danos causados aos consumidores, aproximadamente em meados do século XIX até a década de 60 do século passado, predominava a teoria da *implied warranties*. Esta teoria tinha como fundamento garantias implícitas contratuais imputadas ao fornecedor, que asseguravam deveres, especialmente de segurança e qualidade, embora não exigissem uma conduta negligente deste¹⁰. Como, então, esta teoria se assentava sobre a ideia de contrato, somente o consumidor final que adquiriu o bem poderia, em razão de um acidente de consumo, demandar o vendedor/comerciante deste bem. A expressão largamente utilizada *privity of contract* – que faz referência ao princípio da relatividade dos contratos, pelo qual só há efeitos entre as partes - materializou essa raiz contratual da teoria¹¹.

⁸WESENDONCK, Tula. **O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do código civil sob a perspectiva do direito comparado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19.

⁹ MILLER, 1993. p. 201.

¹⁰ WESENDONCK, 2015. p. 20.

¹¹Ibid., p. 21.

Destarte, a relação de consumo ficava “circunscrita” entre aquelas pessoas que participaram da compra e venda do produto¹². Este era o maior problema da teoria: por um lado, impedia que o consumidor demandasse contra um produtor ou fabricante que estivesse mais distante na cadeia de produção, e, por outro lado, excluía qualquer possibilidade de defesa de um usuário do produto defeituoso que não o adquiriu – o consumidor por equiparação ou *bystander*¹³.

Ao lado das *implied warranties*, havia as *express warranties* – garantias explícitas -, semelhantes às primeiras, mas que permitiam a responsabilização do vendedor/comerciante por informações ou descrições do produto escritas, estampadas nos produtos, ou também orais ou transmitidas por imagens¹⁴. Aqui também havia o problema gerado pela *privity of contract*, que barrava o produtor da responsabilidade por danos causados ao consumidor.

A ideia do *privity of contract* e espalhou tanto no século XIX que surtiu efeitos na responsabilização do fornecedor por culpa, sob o *tort of negligence*¹⁵. Foi no caso *Winterbottom v. Wright*¹⁶ que esse posicionamento ganhou força, em que um fornecedor de carruagens (*Wright*) contratou com o serviço postal da Inglaterra para prestar serviço de manutenção a elas. Porém, um empregado do serviço postal (*Winterbottom*) se feriu enquanto operava uma das carruagens, dando origem ao processo. O tribunal decidiu que, como não havia relação contratual entre o empregado e o fornecedor, não havia que se falar em responsabilidade deste¹⁷. O caso serviu como base para muitas outras decisões subsequentes sobre responsabilidade no fornecimento de produtos e acabou por vedar a indenização dos consumidores-usuários¹⁸.

Esta linha decisória perdurou até o começo do século XX, com algumas poucas exceções a alguns tipos de produtos¹⁹. Porém, foi no proeminente caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*²⁰,

¹²WESENDONCK, 2015. p. 21.

¹³ STAPLETON, Jane. **Product Liability**. London: Butterworth, 1994. p. 16.

¹⁴ MILLER, 1993. p. 203.

¹⁵ STAPLETON, op. cit., p. 16.

¹⁶ *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M&W 109; 152 ER 402, 404 (DAVIS, Mary J.; OWEN, David G. **Owen & Davis on products liability**. 4. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010).

¹⁷ ABRAHAM, Kenneth S. **Prosser’s the fall of the citadel**. *Minnesota Law Review*. Minneapolis, v. 100, p. 1823-1844, maio. 2016.

¹⁸ STAPLETON, op. cit., p. 17.

¹⁹ ABRAHAM, op. cit.

²⁰ *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916) (MILLER, 1993. p. 206).

julgado em 1916, que se rompeu a longa tradição da *privity of contract* nas ações fundadas no *tort of negligence*, se expandindo para quase todos os produtos. A ação surgiu da quebra de uma das rodas de um carro, que provocou ferimentos no seu proprietário, o qual demandou a empresa fabricante, não a revendedora. Decidiu-se, então, que os fabricantes teriam um dever de diligência e responsabilidade direta em relação ao consumidor²¹. Quanto às teorias das *express warranties* e *implied warranties*, foi mais tarde que o rompimento definitivo com a relação contratual ocorreu, notadamente nos casos de *Baxter v. Ford Motor Co.*²², de 1932, e *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*²³, de 1960, respectivamente²⁴.

Assim, uma vez superado o dogma da relatividade contratual, fez-se necessária uma responsabilidade mais independente e generalizada, a todos os produtos e participantes da cadeia de produção, e que prescindisse de qualquer espécie de garantia ou prova da culpa do fornecedor, dada a dificuldade de prová-la²⁵. Nesse sentido, a doutrina, em especial com as publicações de Prosser²⁶, já se manifestava a favor da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, sendo após seguido pelos tribunais e, também, pelo *American Law Institute* em seu *Restatement (Second) of Torts*.

A decisão do caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*²⁷, de 1944 e julgada pela Suprema Corte da Califórnia, ficou marcada no âmbito da responsabilidade objetiva pelo voto concorrente do Juiz Traynor. Enquanto a maioria dos juízes responsabilizou o fornecedor sob o fundamento da doutrina da *res ipsa loquitur* – uma espécie de presunção de culpa em que se inverte o ônus da prova -, o Juiz Traynor adotou a teoria da responsabilidade objetiva, afirmando que a responsabilidade deve recair sobre a parte mais propensa a reduzir os riscos à vida e à saúde de produtos defeituosos; que as vítimas de acidentes de consumo não estão preparadas para assumir

²¹ MILLER, 1993. p. 206; WESENDONCK, op. cit., p. 21.

²² *Baxter v. Ford Motor Co.*, 35 P2d 1090, 179 Wash. 123 (MILLER, 1993. p. 203).

²³ *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 N. J. 358, 161 A 2d 69 (1960) (MILLER, 1993. p. 204).

²⁴ MILLER, op. cit., p. 203-204.

²⁵ STAPLETON, 1994. p. 22-23.

²⁶ *Ibid.*, p. 23.

²⁷ *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal 2d 453, 150 P2d 436 (1944) (Supreme Court of California) (MILLER, 1993. p. 206-207).

as consequências do evento; e que os custos de acidentes e de seguro, assumidos pelo fornecedor, podem ser distribuídos entre os consumidores pelo ajuste de preços²⁸.

Quase vinte anos mais tarde, em 1963, em *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*²⁹, o voto do Juiz Traynor preponderou, estabelecendo finalmente a responsabilidade objetiva do fabricante de produtos³⁰. Enquanto isso, era publicado o *Restatement (Second) of Torts*, editado pelo *American Law Institute*, que, a despeito de não possuir efeito vinculante perante os tribunais, indica o desenvolvimento e os entendimentos acerca da matéria de responsabilidade civil³¹, e, em 1965, consolidou a responsabilidade objetiva na sua seção 402A³².

Desse modo, a responsabilidade objetiva, nos Estados Unidos, foi encontrando o seu espaço, embora tenha se deparado com períodos de oposição e de retrocesso, em que houve alinhamento com a modalidade culposa, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, em especial nas décadas de 70 e de 80³³, e, mais recentemente, com a edição do *Restatement (Third) of Torts*³⁴, em 1998. Este tópico, em específico, será tratado nos próximos capítulos.

²⁸ MILLER, op. cit., p. 208.

²⁹ *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal 2d 57, 27 Cal Rptr 697, 377 P2d 897 (1963) (Supreme Court of California).

³⁰ MILLER, 1993. p. 208.

³¹ GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 5 ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2016. p. 680.

³² STAPLETON, 1994. p. 24-25; MILLER, 1993. p. 208-209.

Da redação da Seção 402A:

§ 402A. Special Liability of Seller Of Product For Physical Harm To User Or Consumer

(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and
(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) **The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.**(*grifou-se*).

³³ STAPLETON, op. cit., p. 31-34.

³⁴ WESENDONCK, 2015. p. 26.

2.2.2 A União Europeia e a Diretiva nº 85/374/CEE

União econômica e política que é, com, atualmente, 28 Estados-membros, a União Europeia possui 28 diferentes ordenamentos jurídicos. Por conseguinte, visando uma maior harmonia no tratamento da matéria de responsabilidade civil, para que o consumidor se encontrasse protegido da mesma forma em todos os países, mas sem desatender aos interesses do livre mercado e das empresas, necessitava-se de uma norma supranacional e que atendesse aos objetivos de uniformidade da Comunidade Europeia³⁵.

De fato, os sistemas de responsabilidade civil variavam muito entre os países europeus³⁶, sendo que uns adotavam regras de responsabilidade objetiva do produtor (caso de França, Luxemburgo e Bélgica); outros possuíam um sistema baseado na presunção de culpa (como Alemanha, Dinamarca, Inglaterra, Holanda e Irlanda); e, por fim, havia os que aplicavam a responsabilidade subjetiva do fornecedor, como era o caso de Itália, Grécia, Espanha e Portugal³⁷. Como se não bastasse, os próprios fundamentos e fontes da responsabilidade civil do fabricante divergiam, o que acarretava em soluções diversas a depender da teoria seguida, entre elas a responsabilidade direta ou indireta do fabricante³⁸.

Por outro lado, a ideia de construir um sistema único de responsabilidade civil do produtor europeu também surgiu para evitar o que se dizia ser uma “crise da responsabilidade civil dos fornecedores” nos Estados Unidos nas décadas de 70 e 80³⁹. Essa crise surgiu do que se dizia ser uma “indústria da responsabilidade por acidentes de consumo”⁴⁰ ou “explosão de litígios”⁴¹. O que aconteceu foi que, alguns anos após a instituição da responsabilidade objetiva e sua ampla aplicação pelos tribunais norte-americanos no âmbito das relações consumeristas, os seus

³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

³⁶ Ver: DAVIS; OWEN, 2010. WESENDONCK, 2015. p. 28. STAPLETON, 1994. p. 47-49.

³⁷ DAVIS; OWEN, 2010. WESENDONCK, op. cit., p. 28.

³⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 14.

³⁹ Ibid., p. 19.

⁴⁰ Ibid., p. 19.

⁴¹ INSTITUTE OF MEDICINE. **Ensuring Safe Foods and Medical Products Through Stronger Regulatory Systems Abroad**. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK201164/pdf/Bookshelf_NBK201164.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018. (Tradução nossa).

defensores enfrentaram severas críticas e oposições (conforme referido logo acima) baseadas em uma dita incerteza motivada pela expansão da responsabilidade por defeitos de concepção e de fabricação; na imposição de responsabilidade a fabricantes do meio da cadeia de produção que não haviam interferido no processo produtivo; e no alto valor das indenizações, que abrangiam também os *punitive damages*, entre outras críticas⁴². Tudo isso teria aumentado o preço dos produtos e seguros e limitado os investimentos em pesquisa e desenvolvimento por parte das empresas e, conseqüentemente, ensejado a limitação das indenizações por parte dos estados norte-americanos⁴³.

Apesar de existirem visões contrárias, negando a “crise da responsabilidade civil consumerista” ou minimizando seus efeitos⁴⁴, o fato é que, de todo modo, os Estados europeus quiseram evitar essa problemática. Assim sendo, editou-se a Diretiva nº 374 da Comunidade Econômica Europeia (CEE) de 1985, numa tentativa de se conciliar os interesses dos consumidores e dos fornecedores. Tal norma, conforme anota Adalberto Pasqualotto, com base no Tratado de Roma, “vincula o Estado membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”⁴⁵.

Diversas foram as novidades incorporadas ao sistema europeu a partir da Diretiva, dentre as quais: (i) a responsabilidade objetiva do fabricante por produtos defeituosos; (ii) a possibilidade de ação direta contra o fabricante, inclusive de parte componente de produto; (iii) a definição de defeito; (iv) a previsão de causas de exclusão da responsabilidade; (v) a limitação das indenizações por danos materiais e pessoais, sem previsão indenização por danos morais; (vi) a previsão de prazos prescricionais e decadenciais; e (v) a possibilidade de escolha, pelos Estados-membros, da exclusão, ou não, da responsabilidade dos fornecedores pelo risco do desenvolvimento⁴⁶, que é o tema central deste trabalho e será abordado mais adiante.

⁴² STAPLETON, op. cit., p. 32.

⁴³ STAPLETON, 1994. p. 32.

⁴⁴ Ibid., p. 34-36.

⁴⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Proteção contra produtos defeituosos**: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 42, p. 49-85, abr./jun. 2002.

⁴⁶ SANSEVERINO, 2010. p. 23.

Todavia, também se tecem críticas à Diretiva, ainda mais quando comparada à legislação consumerista pátria: a prova do defeito é da vítima; não houve responsabilização pelo fornecimento de serviços defeituosos; deixou algumas matérias a serem reguladas pelos Estados-membros, a exemplo do risco do desenvolvimento⁴⁷; outorgou a cada país a opção pela limitação do valor das indenizações; e, no seu art. 13, permitiu que os lesados invoquem normas internas de seus países, o que dificultou a consecução da homogeneidade pretendida⁴⁸.

2.2.3 A evolução da responsabilidade do fornecedor no Brasil

No Brasil, antes do advento do CDC, o consumidor fora esquecido. A responsabilidade do fornecedor – aliás, não só do fornecedor, como a responsabilidade civil em geral - era puramente subjetiva. A prova do dolo ou da culpa do produtor era praticamente impossível⁴⁹, sendo uma verdadeira prova diabólica.

Salienta Sérgio Cavalieri Filho⁵⁰ que o consumo era uma “aventura”, e o fornecedor fazia nada mais que uma “oferta inocente”, constituída na assunção de riscos pelo consumidor. Isso era, na realidade, a doutrina do *caveat emptor*, ressaltado anteriormente. Ademais, como não havia relação jurídica entre o consumidor e o fabricante, não se cogitava da responsabilização direta deste, e o comerciante poderia facilmente se eximir da responsabilidade alegando que vendeu o produto tal como o recebera do produtor⁵¹. Preponderava aqui a relatividade contratual, tanto quanto nos Estados Unidos.

⁴⁷ Da redação:

Artigo 15º

1. Qualquer Estado-membro pode:

b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito;

⁴⁸ WESENDONCK, 2015. p. 34-35.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 584.

⁵⁰ Ibid., p. 584.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 583.

O Código Civil de 1916, inspirado no Código de Napoleão, não possuía cláusula geral de responsabilidade objetiva, a não ser a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus agentes que nessa qualidade causassem danos a terceiros, no art. 15; a responsabilidade por vícios redibitórios, nos arts. 1.101 a 1.106; e a responsabilidade por evicção, dos arts. 1.107 a 1.117⁵². Logo, o código civilista não era de nenhuma ajuda aos consumidores vítimas de acidentes.

Em vista disso, a proteção dos consumidores ficou a cargo da atuação jurisprudencial, que conseguiu, dentro dos limites legislativos vigentes à época, alargar certos conceitos do Código Civil para responsabilizar fornecedores, como bem ressalva Sanseverino⁵³.

Diante das falhas desse sistema de responsabilização, procurou-se responsabilizar diretamente o fornecedor, que era, afinal, o responsável pela introdução no mercado do produto defeituoso, ao mesmo tempo em que se possibilitaria a qualquer usuário do produto defeituoso reclamar pela indenização⁵⁴. De igual forma, dever-se-ia facilitar a prova por parte do autor. Assim sendo, adotou-se a responsabilidade civil objetiva do fabricante, fundada na teoria do risco-proveito⁵⁵.

Com a publicação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, finalmente reconheceu-se a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de sua efetiva proteção e consagrou-se a responsabilidade objetiva pelo fato ou vício do produto, que resultou do encontro entre os desenvolvimentos teóricos dos Estados Unidos e da Europa⁵⁶. Assim, por exemplo, encontram-se diversos avanços na legislação nacional, dentre os quais estão: a prova da inexistência do defeito é ônus do fornecedor; pode-se demandar diretamente qualquer participante da cadeia de produção; não há limite para indenização; há previsão de responsabilidade pelo fato ou vício do serviço. Portanto, pode-se concluir que o CDC, frente a outros sistemas, mas como resultado da

⁵²SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Responsabilidade objetiva**: o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 53, p. 68, jan./mar. 2005.

⁵³ SANSEVERINO, 2010. p. 26.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 262-263.

⁵⁵MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 572.

⁵⁶ SANSEVERINO, 2010. p. 28; PASQUALOTTO, 2002.

convergência de seus elementos positivos, oferece ampla defesa aos consumidores vítimas de acidentes de consumo⁵⁷.

2.3 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

Como já se viu, a responsabilização do fornecedor de produtos defeituosos sofreu grandes alterações no último século. Houve a erosão de dois princípios: a responsabilidade subjetiva abriu espaço para a objetiva e passou-se do princípio da relatividade dos contratos para a ação direta contra o fornecedor⁵⁸. O desenvolvimento das doutrinas de responsabilidade ensejou, de igual modo, a busca por fundamentos para esses novos sistemas de responsabilidade civil, ou seja, o porquê de o causador do dano ter que reparar a vítima⁵⁹.

Embora subsista ainda para outros casos no direito privado, logo se concluiu que a responsabilidade subjetiva não era a teoria mais adequada para as relações de consumo, as quais se mostraram mais complexas com o passar do tempo, e pela dificuldade na reparação da vítima, que teria que provar a culpa do produtor⁶⁰. A responsabilidade objetiva, sob a imputação pela *teoria do risco*, foi a solução encontrada pela doutrina⁶¹.

Essa teoria subdivide o risco em risco proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional e risco integral, de acordo com o tipo de atividade desenvolvida pelo agente causador do dano. A nós interessa a primeira espécie: risco proveito⁶².

Como refere Bruno Miragem⁶³, o risco proveito fundamenta a responsabilidade do empresário, prevista no artigo 931 do Código Civil⁶⁴, e a do fornecedor de produtos, esta de acordo

⁵⁷ SANSEVERINO, 2010. p. 26.

⁵⁸ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

⁵⁹ PEREIRA, 1990. p. 21.

⁶⁰ MIRAGEM, 2016. p. 571.

⁶¹ Para citar alguns autores: CAVALIERI FILHO, 2015. p. 586; MIRAGEM, 2016. p. 571; SANSEVERINO, 2010. p. 193.

⁶²MIRAGEM, 2016. p. 571.

⁶³MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 279.

⁶⁴ Da redação:

com o artigo 12 do CDC⁶⁵, ambas objetivas. Conforme o mesmo autor, a imputação da responsabilidade pelo risco proveito significa que “responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica”⁶⁶. Quem explora alguma atividade e dela obtém proveito econômico, portanto, está obrigado a reparar os danos dela advindos.

A importância desta teoria está em que satisfaz, sob um amplo aspecto, a distribuição dos recursos na sociedade pela socialização dos riscos. Isso ocorre porque, ao se responsabilizar o fornecedor pelos danos provocados por produtos defeituosos, ele é capaz de internalizar os custos dos riscos dos acidentes, isto é, incorporá-los nos preços de seus produtos. Ao fazer isso, os consumidores daquele produto, como um todo, que suportarão os custos, não a vítima que sofreu o acidente⁶⁷. Alcança-se, portanto, a *justiça distributiva*⁶⁸, que estaria subjacente à responsabilidade objetiva dos fornecedores.

A responsabilidade objetiva, nas relações de consumo, por conseguinte, foi concebida por razões econômicas e sociais, pois aqueles que lucram com a atividade de fornecimento de produtos devem responder pelos danos ocasionados por eventuais defeitos⁶⁹.

Todavia, outra visão possível para os fundamentos da responsabilidade civil nas relações de consumo é a exposta pelo Professor Rafael Dresch⁷⁰. Após o estudo da estrutura da

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

⁶⁵ Da redação:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos provocados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

⁶⁶MIRAGEM, 2016. p. 572.

⁶⁷LOPES, José Reinaldo de Lima. **O aspecto distributivo do direito do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 41, p. 140-150, jan./mar. 2002.

⁶⁸BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 164. CAVALIERI FILHO, 2015. p. 586-587. MIRAGEM, 2016. p. 572.

⁶⁹WERTHEIMER, Ellen. **Unknowable dangers and the death of strict products liability**: the empire strikes back. *University of Cincinnati Law Review*. Cincinnati, p. 1183-1271, 1992.

⁷⁰DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço**: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado. 2005. 159 f.

responsabilidade civil no âmbito do CDC e seus fundamentos, o Professor consolida o entendimento de que a responsabilidade pelo fato do produto está assentada na culpa levíssima presumida. Para ele, o pressuposto inarredável do defeito para que se concretize a responsabilidade do fornecedor introduz o exame da culpabilidade deste:

Quando a professora Cláudia Lima Marques afirma que a imputação de responsabilidade do fornecedor não está centrada no risco, mas no defeito que foi causado pelo fornecedor, pois este poderia potencialmente ter evitado, com efeito, está exigindo uma conduta do fornecedor que era acessível à técnica atual à colocação do produto no mercado, já que o produtor tinha a possibilidade de evitar a ocorrência do defeito. Assim, apesar de expressamente negar, os referidos doutrinadores estão tratando do exame da culpabilidade, pois aquele que não evita um fato causador do dano que poderia e deveria ter evitado pela técnica contemporânea, falta com diligência (ou como cuidado necessário), o que configura a culpa em sentido estrito, como nos ensina Aguiar Dias na citação acima. Nesse compasso, não há, na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, uma simples imputação objetiva, mas se analisa se houve a falta de diligência ou cuidado quanto à segurança do produto ou serviço, mesmo que essa análise seja residual vez que a falta de diligência ou cuidado é presumida quando da ocorrência do dano, cabendo ao fornecedor a prova da ausência do defeito para excluir a sua responsabilidade nos termos legais.⁷¹

A culpa seria presumida, então, porque cabe ao fornecedor demonstrar a ausência dela – segundo o artigo 12, § 3º, do CDC⁷² –, e levíssima, pois se exigiria do fornecedor uma conduta de excelência e um padrão de segurança elevado ao grau máximo, que escapariam ao “homem médio”⁷³. Nesse sentido, e havendo uma intrínseca correlatividade entre os direitos do consumidor e deveres do produtor, para Rafael Dresch, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos se enraíza nos termos da justiça comutativa, não distributiva

Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 141.

⁷¹ DRESCH, 2005. p. 126-127.

⁷² Da redação:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado 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.

⁷³ DRESCH, 2005. p. 130, amparado em João Calvão da Silva (SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 514).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS NO CDC

3.1 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO CDC

Releva salientar, antes de adentrar especificamente o presente tópico, que a própria defesa do consumidor é um princípio, consagrado pela Constituição Federal: encontra-se tanto no rol dos direitos fundamentais, conforme prevê o artigo 5º, XXXII⁷⁴, bem como nos princípios gerais da atividade econômica, de acordo com o artigo 170, V⁷⁵, ambos da Carta Magna.

Como refere a doutrina, o CDC é notadamente uma “lei principiológica”, pois está estruturado sobre princípios e cláusulas gerais, que auxiliam na sua interpretação e compreensão⁷⁶. Os autores, contudo, não são unânimes na identificação desses princípios, motivo pelo qual se identificará abaixo apenas os mais que guardam maior relação com o escopo do presente trabalho.

Embora também se diga que a vulnerabilidade do consumidor é uma situação de fato, sobre a qual incidem princípios, que dependem de outras considerações valorativas e fáticas⁷⁷, o CDC estampou a vulnerabilidade no rol de princípios do artigo 4º⁷⁸. Este princípio parte da premissa do desequilíbrio na relação jurídica entre fornecedor e consumidor, que se caracteriza pela debilidade e fraqueza deste frente àquele. Isso justifica uma atuação do direito com vistas a proteger o

⁷⁴ Da redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

⁷⁵ Da redação:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor

⁷⁶ MIRAGEM, 2016. p. 127. CAVALIERI FILHO, 2015. p. 587.

⁷⁷ MICHELON, Cláudio. **Fundamentos econômicos e não-econômicos para a defesa do consumidor**. Edinburgh School of Law Working Paper Series. Edinburgh, n. 2010/11.

⁷⁸ Da redação:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

consumidor, garantindo-lhe certas regras especiais⁷⁹, a exemplo da proteção contra cláusulas abusivas.

Reconhece-se a existência de quatro espécies de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A primeira caracteriza-se na ausência de conhecimentos a respeito do produto ou serviço adquirido, pelo consumidor, e a presunção de que o fornecedor os possui. A segunda vulnerabilidade verifica-se na falta de conhecimentos jurídicos específicos, contábeis ou até mesmo econômicos. A vulnerabilidade fática diz respeito à fragilidade socioeconômica do consumidor em relação ao fornecedor sob um aspecto amplo. Por fim, a vulnerabilidade informacional corresponde à dificuldade de acesso às informações do produto, sendo que o consumidor fica à mercê do que o fornecedor divulga ou não⁸⁰.

Outros princípios são o da reparação integral e o da prevenção, ambos definidos no artigo 6º, VI, do CDC⁸¹. Conforme o princípio da reparação, a vítima deve ser ressarcida por todos os prejuízos sofridos em razão do acidente de consumo⁸². Portanto, diferentemente da Europa, em que há a possibilidade de limitação do valor da indenização, conforme o artigo 16(1) da Diretiva nº 85/375/CEE⁸³, aqui a vítima tem o direito de ser integral e amplamente reparada, tanto por danos morais quanto materiais. Como assevera Sanseverino, este princípio está intimamente atrelado à função ressarcitória da responsabilidade civil⁸⁴.

⁷⁹ MIRAGEM, 2016. p. 128.

⁸⁰ Ibid., p. 128-130.

⁸¹ Da redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

⁸² SANSEVERINO, 2010. p. 232.

⁸³ Da redação:

Artigo 16º 1. Qualquer Estado-membro pode prever que a responsabilidade total do produtor pelos danos resultantes da morte ou de lesões corporais e causados por artigos idênticos que apresentem o mesmo defeito será limitada a um montante que não pode ser inferior a 70 milhões de ECUs.

⁸⁴ SANSEVERINO, 2010. p. 232.

Por sua vez, o princípio da prevenção se vincula à função preventiva da responsabilidade. Salienta Sérgio Cavalieri Filho que a seção I do capítulo IV do CDC é especificamente voltada à prevenção de danos, e em especial o artigo 10, § 1º⁸⁵, que prevê o *recall*⁸⁶.

Unido ao princípio da prevenção está o da informação. A informação devida, prestada de forma clara e objetiva pelo fornecedor, é capaz de evitar um amplo espectro de acidentes de consumo, e o CDC ao reconhecer essa capacidade preventiva da informação, estabeleceu amplos deveres ao fornecedor a ela relacionados, em especial nos artigos 8º e 9º. O descumprimento desse dever, inclusive, pode acarretar a responsabilidade do produtor pelos chamados riscos inerentes, pelos quais, a princípio, não seria responsabilizado⁸⁷.

O dever de informar também ganha grande relevo ao ser relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, também está fixado no CDC, em seus artigos. 4º, III⁸⁸, e 51, IV⁸⁹. A boa-fé objetiva é nitidamente protetiva ao consumidor e aqui também atua nas suas três funções: servir como critério de interpretação, criar deveres anexos e limitar o exercício de direitos⁹⁰. Com essas três funções, por exemplo, impede-se a aplicação de cláusulas abusivas e impõem-se deveres

⁸⁵ Da redação:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 587-588.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 588. Os riscos inerentes e sua relação com o dever de informação serão abordados com maior atenção no ponto 2.3.2.

⁸⁸ Da redação:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁸⁹ Da redação:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

⁹⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

secundários ao fornecedor, como o de colaboração, de respeito e de lealdade à outra parte, que são conexos ao dever de informar⁹¹.

Por fim, há o princípio da segurança, que, segundo Sérgio Cavalieri, estrutura toda a responsabilidade civil nas relações de consumo⁹². Segundo o autor, a falta de segurança do produto, que ocasiona o defeito, é o fato gerador da responsabilidade civil do fornecedor. Assim, o fornecedor possui um dever de fabricar produtos seguros de acordo com as legítimas expectativas do consumidor. Tal dever é de suma importância pois garante a preservação de sua integridade física e psíquica, ou seja, é inarredável dos direitos à saúde e à vida⁹³.

3.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO E PELO VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

Há dois regimes de responsabilização do fornecedor no CDC: pelo fato do produto ou do serviço e pelo vício do produto ou do serviço. Os regimes se distinguem sob diferentes aspectos, mas em especial pelo bem jurídico tutelado por cada uma.

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço estão contidas nos artigos 12 e 14 do CDC, respectivamente:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁹¹ MIRAGEM, 2016. p. 215.

⁹² CAVALIERI FILHO, 2015. p. 588.

⁹³ MIRAGEM, 2016. p. 212.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

O cerne da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é a ocorrência de um defeito, que, ao causar danos no consumidor, que podem ser tanto de origem patrimonial quanto extrapatrimonial, viola o dever jurídico de segurança imputado ao fornecedor⁹⁴. Mais que um simples dano restrito ao próprio produto ou serviço em si considerados, o defeito acarreta um risco à integridade física do consumidor⁹⁵. Os bens jurídicos tutelados aqui são a vida, a saúde e a integridade física da vítima, que sofreu um acidente de consumo.

Exemplos típicos são de medicamentos que causam efeitos colaterais não informados adequadamente ou um carro com uma falha no sistema de freios que provoca um acidente de trânsito⁹⁶. Os defeitos serão analisados mais detidamente no próximo tópico (2.3.2).

Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço encontram a sua previsão legal, respectivamente, nos artigos 18 e 20 do CDC:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

⁹⁴ MIRAGEM, 2016. p. 575.

⁹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153.

⁹⁶ Ibid., p. 153.

Como se pode depreender do dispositivo acima transcrito, esse regime de responsabilidade, em contraposição ao fato do produto ou do serviço, está baseado em uma anomalia, falha ou imperfeição de qualidade, de quantidade ou de informação do produto que o torne inadequado ou inútil para o fim a que se destina⁹⁷. Diferentemente do defeito, o vício fica restringido ao próprio produto, sem causar danos externos a ele, ocasionando o seu mau funcionamento apenas⁹⁸. Portanto, o bem jurídico tutelado pela responsabilidade pelo vício é o patrimônio do consumidor.

Exemplos dessa espécie de responsabilidade são o de um serviço de dedetização a cujo inseticida os insetos mostraram-se resistentes ou um aparelho de ar-condicionado que não resfria.

Outro fator de distinção entre o fato e o vício do produto ou serviço é o prazo para as respectivas ações. No caso do vício do produto ou serviço, o prazo é decadencial, de 30 ou 90 dias, em casos de produtos e serviço não duráveis ou duráveis, respectivamente. Para o fato do produto, o prazo é prescricional de cinco anos.

3.3 OS REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO

A análise dos requisitos da responsabilização tem sua importância para determinar se haverá responsabilização e, havendo, a quem ela será imputada. A doutrina, embora discorde sobre alguns dos pressupostos, assim os define: conduta, defeito, dano e nexos de causalidade entre este e aquele⁹⁹.

3.3.1 A conduta

Neste primeiro pressuposto da responsabilidade civil do fornecedor requer-se que o fornecedor desenvolva uma atividade econômica e, no seu curso, participe do processo produtivo

⁹⁷ Ibid., p. 153. MIRAGEM, 2016. p. 653.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 590.

⁹⁹ MIRAGEM, 2015. p. 505.

de um produto ou serviço ou os coloque à disposição no mercado¹⁰⁰. Como se pode depreender do artigo 12 do CDC¹⁰¹, qualquer participante da cadeia de produção, seja ele o fabricante de uma peça, montador, construtor, distribuidor, importador ou comerciante, está apto a ser responsabilizado por eventuais danos causados por produtos ou serviços defeituosos. Assim sendo, a doutrina costumeiramente divide os responsáveis em três grupos: os responsáveis reais, responsáveis presumidos e responsáveis aparentes¹⁰².

Os responsáveis reais seriam os produtores, fabricantes, montadores ou construtores, que, de fato, interferiram no processo de produção do produto. Os presumidos são os importadores, que, ao contrário dos anteriores, não possuem qualquer ingerência sobre a fabricação do bem, mas são igualmente responsáveis, em face da ampliação da proteção ao consumidor no mercado globalizado atual¹⁰³. Por fim, os responsáveis aparentes são os comerciantes, cuja responsabilidade pelo fato do produto é subsidiária, tendo a obrigação de indenizar o consumidor apenas nas hipóteses do artigo 13, do CDC¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ibid., p. 505-506.

¹⁰¹ Da redação:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹⁰² SANSEVERINO, 2010. p. 173. MIRAGEM, 2015. p. 507.

¹⁰³ SANSEVERINO, 2010. p. 178-179.

¹⁰⁴ Da redação:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

3.3.2 O defeito

3.3.2.1 Conceito de defeito

O defeito é considerado o fato gerador da responsabilidade pelo fato do produto¹⁰⁵. Nesse sentido, para que o fornecedor seja responsabilizado, o produto *deve* ser defeituoso. Em especial quanto a esse pressuposto, o CDC sofreu forte influência da Diretiva nº 85/374/CEE, como se pode notar da própria noção de defeito, que é idêntica em ambas as normas¹⁰⁶.

No CDC, assim dispõem os parágrafos do artigo 12¹⁰⁷:

Art. 12. [...]

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

Da leitura do parágrafo primeiro do artigo 12 do CDC, sobressai a seguinte conclusão: o produto é defeituoso quando oferece uma segurança inferior – ou perigo superior, *contrario sensu*

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 588.

¹⁰⁶ MIRAGEM, Direito civil: responsabilidade civil, op. cit., p. 509-510.

Da redação da Diretiva nº 85/374/CEE:

Art. 6º

1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

a) A apresentação do produto;

b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar;

c) O momento da entrada em circulação do produto.

2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples fato de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado.

¹⁰⁷ O conceito de defeito do serviço é semelhante ao do defeito do produto, como se denota da redação do artigo 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

– às legítimas expectativas do consumidor¹⁰⁸. No que concerne ao padrão das expectativas legítimas, deve-se analisar a coletividade dos consumidores, e não o que o consumidor-vítima esperava do produto¹⁰⁹. Em relação à segurança, embora seja o “direito-dever” fundamental que norteia a legislação consumerista, não se imagina que somente sejam fornecidos produtos sem riscos ou sem defeitos. Longe disso: são até aceitáveis os riscos à saúde e segurança normais e previsíveis ao consumidor, como estabelecem os artigos 8º e 9º do CDC¹¹⁰, mas com a contrapartida de que sejam devidamente informados pelo fornecedor.

3.3.2.2 A periculosidade

Diante da realidade de que, inevitavelmente, são introduzidos no mercado produtos perigosos, é necessário saber por quais perigos o fornecedor será responsabilizado. Desse modo, a doutrina, em geral, classifica os perigos em inerentes, adquiridos e exagerados.

Os perigos inerentes estão vinculados à própria natureza do produto e seu modo de funcionamento, sendo normais e previsíveis, estando conforme as expectativas legítimas dos consumidores¹¹¹. Exemplos típicos de produtos com periculosidade inerente são os agrotóxicos, medicamentos, facas e armas de fogo¹¹². Via de regra, os fornecedores não respondem por eles; devem indenizar o consumidor, porém, por eventuais acidentes quando não prestam as devidas informações acerca dos riscos do produto. Importante salientar que nesses casos não se fala em defeito, pois os perigos que o produto apresenta são da sua própria essência.

¹⁰⁸ ROCHA, 2000. p. 95.

¹⁰⁹ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 165.

¹¹⁰ ROCHA, 2000. p. 96.

Da redação do CDC:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

¹¹¹ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 157.

¹¹² CAVALIERI FILHO, 2015. p. 595.

Há, também, produtos que, originariamente, não apresentariam nenhum risco, mas, em virtude de um *defeito*, o adquirem – por isso esses riscos são chamados de *adquiridos*. Se não fosse o defeito, estariam de acordo com expectativas dos consumidores¹¹³. Assim, por acidentes de consumo causados em virtude desses defeitos responde o fornecedor.

Por fim, há produtos cuja periculosidade é exagerada. Esta é tida como uma categoria dos produtos com perigos inerentes, mas, ao contrário destes, são riscos altamente nocivos à saúde ou segurança dos consumidores. Portanto, em face do seu elevado grau de insegurança, a qual não compensa seus eventuais benefícios e excede as expectativas dos consumidores, os produtos com periculosidade exagerada não podem ser comercializados, como dispõe o artigo 10 do CDC¹¹⁴. Exemplo de um produto exageradamente perigoso é o de um brinquedo que tenha grande possibilidade de sufocar uma criança¹¹⁵.

3.3.2.3 Tipologia dos defeitos

Ao lado da classificação dos perigos, há a tipologia dos defeitos, que os agrupa conforme a sua origem¹¹⁶. A relevância de tal distinção está em que a aceitação de certos perigos em produtos depende muito de que tipo de defeito se está tratando, se de concepção, de fabricação ou de informação¹¹⁷ – por exemplo, há produtos perigosos, como os medicamentos, que, em geral, só são considerados defeituosos pela ausência de informação adequada.

Os defeitos de concepção¹¹⁸ se originam de uma falha no *design*, no projeto ou na fórmula do produto, ou seja, ocorrem nas primeiras etapas de sua criação, motivo pelo qual atingem a totalidade de uma produção ou uma série de produtos¹¹⁹ e são difíceis de serem previstos

¹¹³ Ibid., p. 596.

¹¹⁴ Da redação:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

¹¹⁵ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 159-160.

¹¹⁶ Ibid., p. 165.

¹¹⁷ DAVIS; OWEN, 2010.

¹¹⁸ Nos Estados Unidos são conhecidos como *design defects*.

¹¹⁹ ROCHA, 2000. p. 102.

estatisticamente¹²⁰. Como assevera a doutrina, as falhas podem decorrer da escolha errada de alguma matéria-prima, que pode ser nociva à saúde¹²¹, por exemplo, ou do próprio planejamento do produto¹²². Por conta de suas características, são os defeitos com maior potencial danoso¹²³.

Os defeitos que dão ensejo à exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento são, em geral, considerados defeitos de concepção, como se verá mais adiante.

Os defeitos de fabricação, por sua vez, surgem ao longo do processo de fabricação do produto, razão pela qual são reconhecidos como a típica consequência da moderna técnica de produção em linha de montagem, caracterizada pela automatização e padronização¹²⁴. Sua ocorrência está diretamente associada ao controle de qualidade adotado pela empresa, pois, por melhor que seja o controle sobre o processo produtivo, nunca se está livre de falhas¹²⁵. Por conseguinte, ao contrário dos defeitos de concepção, os defeitos de fabricação são previsíveis estatisticamente, inevitáveis, possuem manifestação limitada a um ou poucos produtos e podem facilmente ser detectados comparando o produto defeituoso com outros da mesma série¹²⁶.

Pode-se dizer que diferença essencial entre estes defeitos e os de concepção está em que estes decorrem de um erro na escolha da técnica a ser utilizada na produção, enquanto que os primeiros são causados por falhas no emprego dessa técnica.

A última espécie de defeito é o de informação. Neste tipo de defeito, o produto não é defeituoso em si, pois o problema está na ausência de informação sobre os usos adequados e riscos que ele possui – assim, ocorrem nos produtos de periculosidade inerente, tratada acima. A doutrina comumente se refere a esse defeito como *extrínseco* ou *formal*, pois não é da natureza do produto¹²⁷.

¹²⁰ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 167.

¹²¹ MIRAGEM, 2015. p. 512.

¹²² SANSEVERINO, 2010. p. 146-147.

¹²³ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 167.

¹²⁴ ROCHA, 2000. p. 102.

¹²⁵ BOAVENTURA, Mauro Fonseca. **A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor**. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 09, p. 157-182, jan./mar. 2002.

¹²⁶ MIRAGEM, 2015. p. 515.

¹²⁷ ROCHA, 2000. p. 103.

3.3.2.4 Elementos de valoração

Para concluir este tópico, importante analisar os elementos de valoração dos defeitos postos à disposição do juiz nos incisos do parágrafo 1º do artigo 12 do CDC¹²⁸. Insta salientar que o rol da norma não é taxativo, podendo-se valorar a defeituosidade do produto a partir de outras circunstâncias, tais como a natureza, o preço, e a utilidade do produto e a viabilidade de um design alternativo, entre outras¹²⁹.

A primeira circunstância é a apresentação do produto. Quanto a essa, não há muito que se aprofundar, pois está relacionada às informações que acompanham o produto sobre seus usos e riscos, à publicidade em meios de comunicação, bulas e rótulos e suas advertências dispostos pelo fornecedor¹³⁰.

Outro elemento que deve ser sopesado no momento da aferição do defeito diz respeito aos usos e riscos que razoavelmente se esperam do produto. Ao fabricar o produto, o fornecedor deve considerar as suas prováveis utilizações pelos consumidores e seus prováveis riscos, desde que sejam legitimamente esperados – incluídos aí até mesmo os usos incorretos¹³¹. Exemplo disso é dos xampus, cujo risco de cair nos olhos é previsível e aceitável; assim, não pode o líquido ser tóxico a ponto de causar um problema de visão no consumidor, pois se trata de um risco razoavelmente esperado. De igual forma, exemplo de uso razoável é de crianças que levam à boca brinquedos infantis, que não podem, em razão disso, ser tóxicos ou conter peças que as sufoquem¹³².

A terceira e última circunstância especificada pelo CDC refere-se à época em que o produto foi colocado em circulação. Para verificar a defeituosidade segundo esse critério, deve-se atentar à

¹²⁸ Da redação:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

¹²⁹ ROCHA, 2000. p 101.

¹³⁰ Ibid., p. 98.

¹³¹ Ibid., p. 99.

¹³² SANSEVERINO, 2010. p. 127.

correspondência ou não entre as legítimas expectativas dos consumidores e as características do produto quando foi disponibilizado ao mercado. Este elemento valorativo será retomado com mais profundidade no exame do risco do desenvolvimento no próximo capítulo.

3.3.3 O dano

Como referido anteriormente (2.1), a reparação integral dos prejuízos causados em razão de um acidente de consumo é vista como um princípio no CDC. Assim sendo, reputa-se devida a indenização por danos materiais, morais e, também, os transindividuais.

Os danos materiais são os prejuízos econômicos advindos do acidente de consumo e englobam tanto a parcela patrimonial perdida (danos emergentes) quanto o que se deixou de ganhar (lucros cessantes)¹³³. Os danos morais, a seu turno, correspondem às ofensas à personalidade. Conforme Bruno Miragem, abrangem eles os danos à integridade psicofísica da vítima, aos sentimentos e à vida afetiva, social ou cultural¹³⁴. Finalmente, os danos transindividuais resultam do disposto no artigo 81 do CDC¹³⁵, que defende os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Estes são, portanto, os que ofendem todo um grupo ou coletividade de pessoas, sendo que cada uma, presume-se, teria sido atingida pelo evento¹³⁶.

¹³³ MIRAGEM, 2015. p. 595.

¹³⁴ Ibid., p. 595.

¹³⁵ Da redação:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹³⁶ MIRAGEM, 2016. p. 599.

3.3.4 O nexo de causalidade

Embora existam amplos debates a respeito da teoria do nexo causal adotada pelo direito brasileiro, reconhece-se que a teoria adotada pelo CDC é a da causalidade alternativa¹³⁷. Esta teoria foi concebida como resposta à massificação da produção, a qual encobre o real causador do dano e, por conseguinte, dificulta a prova do nexo causal entre este e o defeito¹³⁸.

Pontes de Miranda sucintamente explica do que se trata a teoria em questão¹³⁹:

Há *causalidade alternativa* quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou B, sem se poder determinar, com certeza, qual dos dois o causou. Há duas soluções de técnica legislativa: *a)* a de se entender que, na falta de prova de quem causou o dano, ainda que haja indícios veementes contra ambos os apontados, nenhum pode ser responsabilizado; *b)* uma vez que os fatos se apresentam como um todo, a de se ter como responsável qualquer dos participantes.

Tendo em vista a previsão de responsabilidade solidária entre os participantes da cadeia de produção prevista no CDC, pela qual o consumidor pode optar contra quem proporá a ação de indenização, e pela impossibilidade de, no mais das vezes, demonstrar o real causador do dano, é que se aplica a teoria da causalidade alternativa em acidentes de consumo.

3.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO NO CDC

A responsabilidade objetiva adotada pelo CDC não é integral nem absoluta, pois ela não exige tão somente a comprovação do dano. Nesse sentido, o CDC condiciona a responsabilização do fornecedor à presença de defeito e, ademais, prevê expressamente algumas causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto no artigo 12, § 3º. Em razão disso, comumente se afirma que a responsabilidade civil pelo fato do produto é “mitigada”¹⁴⁰.

¹³⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 256. MIRAGEM, 2016, p. 590.

¹³⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 256.

¹³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 60 t. t.22: Direito das obrigações. p. 274.

¹⁴⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 279.

As causas excludentes rompem o nexo de causalidade – com exceção da inexistência de defeito -, sendo ônus do fornecedor prová-las. São três as causas expressamente enumeradas no CDC:

Art. 12. [...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado 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.

A par dessas causas, a doutrina ainda reconhece algumas outras. Vejamos.

3.4.1 A não colocação do produto no mercado

O texto legal refere-se, neste ponto, à disponibilização do produto de modo contrário à vontade do fornecedor¹⁴¹, pois parte-se da presunção de que o fornecedor inseriu o produto conscientemente, cabendo a ele fazer a prova em contrário¹⁴². Assim, por exemplo, nos casos de falsificação, furto ou roubo do produto, não há que se falar em responsabilidade do produtor¹⁴³.

A doutrina, em geral, atribui a responsabilidade inclusive em casos mais problemáticos, a exemplo da distribuição a título gratuito (como amostras grátis e doações de bens destinados a vítimas de catástrofes) e para testes e em hipóteses de acidentes ocorridos durante o transporte da mercadoria, seja entre unidades fabris ou diretamente para o consumidor¹⁴⁴.

3.4.2 Inexistência de defeito

O defeito é pressuposto essencial da responsabilidade civil pelo fato do produto no nosso ordenamento. Na sua ausência, portanto, não há responsabilidade. Deve-se observar que, no CDC,

¹⁴¹ ROCHA, 2000. p. 106.

¹⁴² MIRAGEM, 2015. p. 530.

¹⁴³ ROCHA, 2000. p. 106.

¹⁴⁴ SANSEVERINO, 2010. p. 280-283. MIRAGEM, 2015. p. 531-532. ROCHA, 2000. p. 105-106. Em sentido contrário: MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 147.

cabe ao produtor elidir a presença do defeito, diferentemente do que ocorre no sistema europeu, em que, conforme a Diretiva nº 85/374/CEE¹⁴⁵, a carga da prova recai sobre o consumidor a respeito da sua existência.

Sérgio Cavalieri Filho¹⁴⁶ possui a visão de que esta excludente prejudica as demais, visto que o defeito é o núcleo da responsabilidade do produtor. Nesse sentido, aduz o autor que, “logicamente, sempre que não existir defeito não haverá que se falar em responsabilidade”, e, na hipótese de ocorrer o acidente de consumo, a causa não poderá ser imputada ao fornecedor de qualquer modo.

3.4.3 Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Esta causa de exclusão da responsabilidade pelo fato do produto elide o nexo causal pela presença de um fato culposo atribuído à própria vítima ou a terceiro. Exige-se que o consumidor tenha agido com culpa, não afastando a responsabilidade do fornecedor a conduta acidental, neste caso desde que haja defeito e não recaia outra eximente, como o caso fortuito e a força maior¹⁴⁷. No entanto, quanto ao fato de terceiro, afirma-se que sua conduta não precisa ser culposa para que isente o fornecedor de qualquer culpa¹⁴⁸.

Alguns pontos são controversos quanto a esta causa de exclusão. O primeiro concerne ao reconhecimento do comerciante como terceiro apto a eliminar o nexo causal. A doutrina majoritária adota a posição de que, a expressão “terceiro” abarca somente quem não integra a cadeia de fornecimento¹⁴⁹, visto que o comerciante, entre outros participantes, tem amplo envolvimento nas relações de consumo¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Da redação:

Art. 4º Cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo de causalidade entre o defeito e o dano.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 605.

¹⁴⁷ SANSEVERINO, 2010. p. 291.

¹⁴⁸ Ibid., p. 304.

¹⁴⁹ Nesse sentido: SANSEVERINO, 2010. p. 304. MIRAGEM, 2015. p. 542-543. CALIXTO, 2004. p. 161. ROCHA, 2000. p. 108-109.

¹⁵⁰ SANSEVERINO, 2010. p. 305.

Outra questão é atinente à possibilidade de atenuação da responsabilidade do produtor por culpa concorrente da vítima. Prevalece a ideia de que a responsabilidade do fornecedor pode ser minorada se presente também a culpa da vítima, como corolário da incidência do princípio da boa-fé objetiva, que impede o consumidor de adotar uma “posição jurídica em contradição com seu comportamento anterior”, representado pelo *venire contra factum proprium*¹⁵¹.

3.4.4 Caso fortuito e força maior

A questão da taxatividade das causas excludentes previstas no artigo 12, § 3º, do CDC, é uma importante controvérsia para as finalidades deste trabalho, pois o risco do desenvolvimento, como causa de exclusão que é, também não é mencionado pelo texto legal.

Inicia-se pelo caso fortuito e força maior, que, a despeito de não estarem no rol, são reconhecidamente excludentes da responsabilidade no nosso ordenamento¹⁵².

A doutrina, assim, debruça-se sobre a matéria para encontrar uma solução ao problema, que possui relevante aplicabilidade prática. Ao negar o uso de causas eximentes não estabelecidas no código, Nelson Nery Junior argumenta que as excludentes do CDC foram fixadas em *numerus clausus*, não se podendo cogitar de outras defesas para o fornecedor¹⁵³.

Contudo, prepondera a tese de que o caso fortuito e a força maior podem ser invocados pelo produtor em algumas situações. Para tanto, alguns autores¹⁵⁴ distinguem o caso fortuito em *interno* e *externo*. O primeiro ocorre no mais das vezes até a inserção do produto no mercado e está atado à própria natureza da atividade do fornecedor, que possui um dever de diligência de constatar

¹⁵¹ Ibid., p. 299-300.

¹⁵² No Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992.

¹⁵⁴ MIRAGEM, 2015. p. 548-550. CALIXTO, 2004. p. 162. SANSEVERINO, 2010. p. 322. CAVALIERI FILHO, 2015. p. 609. MARINS, 1993. p. 153-154.

qualquer evento capaz de tornar seu produto defeituoso, ainda que inevitável ou imprevisível, motivo pelo qual deve responder pelo fortuito interno.

Todavia, o caso fortuito *externo* é apto a romper o nexo causal, manifestando-se, comumente, quando o produto já está em circulação. Por ser alheio à atividade do agente e não possuir qualquer relação com esta, o produtor fica isento de responsabilidade.

3.4.5 Obediência a normas imperativas

Outra causa não prevista no CDC, mas que levanta certas discussões. Por esta causa entende-se a “conformidade da fabricação do produto com as normas técnicas impostas pelo controle administrativo”¹⁵⁵. Logo, o fornecedor só se eximiria da responsabilidade se provasse que atendeu estritamente às regras impostas pelo Estado, as quais devem ser cogentes e taxativas, e o nexo causal entre o defeito e a norma imperativa¹⁵⁶.

Embora seja aceita na Europa pela Diretiva nº 85/374/CEE¹⁵⁷, alguns autores referem que esta causa teria aplicabilidade limitada, pois, regra geral, as normas impostas pelo Poder Público possuem caráter meramente orientador, estabelecendo apenas padrões mínimos de segurança, os quais permitem ao agente uma ampla margem de atuação¹⁵⁸.

3.4.6 O risco do desenvolvimento

O risco do desenvolvimento, tema central deste trabalho, é uma causa de exclusão da responsabilidade do produtor. Entre as causas não expressamente estabelecidas no CDC é a que mais acende o debate doutrinário, não só no Brasil, como em outros países da América Latina, nos Estados Unidos e na Europa, como se verá a seguir.

¹⁵⁵ ROCHA, 2000. p. 109.

¹⁵⁶ Ibid., p. 156.

¹⁵⁷ Da redação:

Artigo 7º. O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se prova:

d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas.

¹⁵⁸ CALIXTO, 2004. p. 164. ROCHA, 2000. p. 110. MARINS, 1993. p. 156

4 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO

4.1 CONTORNOS

O ser humano é uma criatura antagônica: ao mesmo tempo em que anseia por descobrimentos e está sempre atrás do novo, é averso ao risco¹⁵⁹. Exemplo disso é o próprio contrato de seguro, que, em suas formas embrionárias, notadamente na época da expansão marítima e dos descobrimentos, no século XIV, era um contrato pelo qual o capitalista assumia a obrigação de pagar, em troca de contraprestações certas, um determinado valor, caso a empreitada do desbravador/comerciante fracassasse¹⁶⁰.

De igual forma, não à toa que, no ramo dos negócios, comumente se diz que os empreendedores assumem riscos *calculados*. Quando se quer investir em um empreendimento, deve-se pensar em um plano de negócios e em uma estratégia competitiva, por meio dos quais se consegue gerenciar os riscos.

Contudo, por mais que se tente evitá-los ou controlá-los, dos riscos não se pode escapar. Vive-se hoje em uma sociedade de risco, caracterizada por efeitos deletérios de longo prazo e a nível global, que atingem a tudo e a todos¹⁶¹. A evolução, por vezes desmedida, amplia a complexidade social e cria mais incertezas¹⁶². Especialmente em relação ao fabrico e fornecimento de produtos, não pairam dúvidas sobre a existência de mais agentes nocivos atualmente que há 100 ou 200 anos, como já se teve a oportunidade de salientar¹⁶³.

¹⁵⁹ O ser humano descobre novos continentes, vai à lua, mas sempre necessitará do direito previdenciário, do contrato de seguro, da poupança e de todas as formas de garantia que conhecemos, por exemplo, a fim de minimizar riscos sociais.

¹⁶⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312.

¹⁶¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 26-27.

¹⁶² CATALAN, Marcos. **Reflexiones sobre el desarrollo tecnológico y el deber de reparar los daños ignorados em la conducción del processo productivo**. In: MORE, Cesar E. Moreno. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015. p. 4.

¹⁶³ Vide *supra*, p. 4.

E é nesse contexto de incertezas que surge o que há de mais imprevisível no mercado de consumo: o risco do desenvolvimento.

Antônio Herman Benjamin¹⁶⁴ o define como

O risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido ou imprevisível.

O risco do desenvolvimento exige a responsabilidade do fornecedor por defeitos desconhecidos, considerado o *estado da arte*¹⁶⁵ do momento de seu lançamento. Não há, todavia, um consenso sobre a sua aplicação. Alguns ordenamentos o preveem expressamente¹⁶⁶, alguns o aplicam somente para atividades específicas, não amplamente – como é o caso de determinados países europeus¹⁶⁷ –, outros, também de maneira expressa, responsabilizam produtor pelos riscos do desenvolvimento¹⁶⁸, e, por fim, há os que, a exemplo do Brasil, não se manifestam a respeito, cabendo à doutrina e à jurisprudência a árdua tarefa de suprir o silêncio da lei.

Apesar de serem relativamente escassos os casos de danos provocados por defeitos incognoscíveis, porque, regra geral, os fabricantes adotam padrões altos de segurança e qualidade ao investirem em pesquisa e desenvolvimento e de fato sabem os riscos de seus produtos, quando ocorrem, suas consequências são perniciosas¹⁶⁹. Isso porque, dada a sua origem na sofisticação

¹⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

¹⁶⁵ Estado da arte - do inglês *state of the art* – é uma expressão muito empregada nos Estados Unidos para se referir à exigente do risco do desenvolvimento (*development trisk*), e é conceituada como “o nível de conhecimento científico e tecnológico existente no momento da fabricação de um produto, e a melhor tecnologia razoavelmente disponível ao tempo da venda do produto” (Black’s Law Dictionary, 2016. p. 737. Tradução nossa). Apesar de, na doutrina estrangeira, a maioria dos autores usar *state of the art* e *development risk* indistintamente, existem divergências, especialmente na Europa, sobre as expressões são sinônimas. Quanto a esse aspecto, ver: MILLER, 1993. p. 38. Mais adiante se tratará dessa matéria especificamente.

¹⁶⁶ Esse é o caso, por exemplo, de Portugal, Holanda, Bélgica, Itália, Reino Unido. Ver: STAPLETON, 1994. p. 50-51. Fora da Europa, pode-se citar a Colômbia e Japão.

¹⁶⁷ A Alemanha responsabiliza somente a indústria farmacêutica pelo risco do desenvolvimento; Na Espanha, responsabiliza-se apenas o fornecedor de gêneros alimentícios para produtos destinados ao consumo humano; e, na França, a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento recai sobre os produtos derivados do corpo humano, como o sangue. Ver: WESENDONCK, 2015. p. 190-196.

¹⁶⁸ Finlândia, Luxemburgo e Noruega impõe a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento a qualquer fornecedor de produtos. Ver: STAPLETON, op. cit., p. 50-51.

¹⁶⁹ DAVIS; OWEN, 2010.

tecnológica, atinge produtos que estão intimamente atrelados à inovação, a novas descobertas e a constantes pesquisas, e que são consumidos por milhares de pessoas, como é o caso dos medicamentos¹⁷⁰, transgênicos, *softwares*, cosméticos e de áreas como nanotecnologia e medicina genética¹⁷¹. De fato, parte expressiva dos casos de risco do desenvolvimento envolvem produtos farmacêuticos, a exemplo da Talidomida.

Daí que surge o debate: a imprevisibilidade de sua ocorrência acarreta a impossibilidade de previsão de seus efeitos, que podem ser prejudiciais, de igual forma e a depender da opção ou não pela causa excludente, aos consumidores ou aos fornecedores. Ninguém quer, nem pode, assumi-los integralmente. Como bem ressalta Fernando Eberlin, há duas questões centrais a serem enfrentadas: a social, sobre a transferência dos riscos para os consumidores; e a econômica, a respeito da viabilidade da assunção desses riscos pelos fabricantes¹⁷².

Então, quem deve suportar os riscos inesperados do progresso tecnológico? O consumidor, que, em última análise, é o beneficiário do fornecimento de produtos e das inovações científicas, ou o fornecedor, que obtém proveitos econômicos da sua atividade? Como o Direito deve lidar com a responsabilidade civil nas relações de consumo?

Os consumidores carecem de proteção e um certo nível de segurança, além do reconhecimento de sua vulnerabilidade e da dignidade da pessoa humana. Assim, não se pode simplesmente relegar esses aspectos, tendo em vista que a exoneração da responsabilidade do fornecedor pode implicar o desequilíbrio da relação fornecedor-consumidor¹⁷³.

Por sua vez, a responsabilização desmedida dos produtores pode acarretar a elevação dos custos de produção e a conseqüente inviabilidade do negócio. Em vista disso, os princípios

¹⁷⁰ DAVIS; OWEN, 2010.

¹⁷¹ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. **Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Rio de Janeiro, v. 8, p. 379-397, jul. 2006.

¹⁷² EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 64, p. 9-42, out./dez. 2007.

¹⁷³ EBERLIN, 2007.

constitucionais da atividade econômica e o desenvolvimento econômico da sociedade fazem frente à proteção do consumidor¹⁷⁴.

Inclusive, James Marins¹⁷⁵ destaca quatro fatores determinantes para o enfrentamento do problema. Segundo o autor, primeiramente, há fatores políticos, que, a título de exemplo, influenciaram a redação da Diretiva nº 85/374/CEE, envolvendo o *lobby* dos empresários e dos consumidores.

Há fatores que dizem respeito à repartição dos riscos de produção, pois a exigente sob análise compreende uma defeituosidade tal que não pode ser facilmente assimilada às demais espécies de defeito, dado que a sua imprevisibilidade torna quase impossível de estimar a probabilidade de acidentes. Por conseguinte, a assunção de riscos pelo empresário fica mais complexa.

Outrossim, fatores sociológicos intervêm quanto aos impactos sociais dos danos causados pelos produtos com defeitos desconhecidos. A Talidomida é o exemplo mais contundente, tendo em vista que teve repercussões mundiais. Esse fármaco, voltado para aliviar náuseas de mulheres grávidas, foi produzido na Alemanha e comercializado a partir de 1957 em 146 países, incluindo o Brasil. No entanto, anos mais tarde, na década de 60, descobriu-se que, se consumido nos primeiros três meses de gestação, causava efeitos colaterais nos fetos, que nasciam com malformações congênitas¹⁷⁶. Milhares de crianças ao redor do globo sofreram com as consequências do medicamento.

Aqui uma observação merece ser feita quanto à Talidomida. No Brasil, entre os anos de 1957 e 1965, o consumo do fármaco foi expressivo e tão logo os fetos das pacientes nasceram puderam-se notar os seus efeitos. Assim, foram propostas diversas ações, em face da União Federal e do INSS, pois, mesmo após já se saber das graves consequências aos filhos das mulheres que

¹⁷⁴ EBERLIN, 2007.

¹⁷⁵ MARINS, 1993. p. 129-134.

¹⁷⁶ FERREIRA, M. 2006. p. 381. Dentre as diversas malformações verificadas, incluem-se: focomelia, amelia, ausência de órgãos internos, cegueira e surdez (A esse respeito, ver: MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Anotações sobre o risco de desenvolvimento**: análise do caso da talidomida. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, v. 5, p. 177-205, mar. 2015).

ingeriram o medicamento, o Ministério da Saúde nada fez, omitindo-se e permitindo a continuação das vendas da droga sem a devida advertência a respeito de seus efeitos colaterais.

Uma das primeiras ações no país, de nº 5.678/1976, foi proposta por vítimas da Talidomida e pela Associação Brasileira das Vítimas da Talidomida, em face da União e de empresas distribuidoras da Talidomida no Brasil. A demanda tramitou na – à época - 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul e resultou em acordo entre as partes. A União aceitou pagar às vítimas pensão vitalícia, variável conforme a natureza dos danos, o déficit laborativo e tipos de dependência.

Ressalta-se, outrossim, que o pensionamento aos portadores da “Síndrome da Talidomida” restou previsto na Lei nº 7.070, de 1982¹⁷⁷.

Os últimos fatores são de ordem hermenêutica, especialmente advindos do direito comparado. Como já se observou anteriormente¹⁷⁸, o CDC foi inspirado, em certa medida, na Diretiva nº 85/374/CEE, particularmente na conceituação de defeito. Todavia, enquanto a Diretiva traz uma previsão expressa da exclusão da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento – possibilitando aos Estados-membros a derrogação -, o código protecionista nacional nada diz a respeito. Assim, a trilha de interpretação da nossa norma encontra alguns obstáculos no direito comparado.

E esses são apenas alguns dos corolários do risco do desenvolvimento. Como se pode notar, aquelas não são questões simples de serem respondidas, pois abrangem discussões doutrinárias, de políticas sociais e de justiça¹⁷⁹. Realmente, houve calorosos debates sobre o risco do desenvolvimento previamente à elaboração da Diretiva nº 85/374/CEE, que ainda levanta dúvidas sobre a aplicação da eximente em cada país europeu. Nos Estados Unidos, a problemática é ainda

¹⁷⁷ Da redação:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

¹⁷⁸ Vide *supra*, 2.3.2.1.

¹⁷⁹ DAVIS; OWEN, 2010.

mais fervorosa, dada a diferença do direito civil de Estado para Estado, que guardam grande autonomia.

4.2 A TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO PELA UNIÃO EUROPEIA

Como já foi frisado anteriormente¹⁸⁰, o sistema de responsabilização de fornecedores por defeitos em produtos variava muito de país para país dentro da União Europeia, o que ensejou a necessidade de harmonização dos ordenamentos quanto à matéria. Aliado a isso, o caso da Talidomida nas décadas de 50 e 60 provocara críticas à responsabilidade subjetiva, levando à adoção de uma responsabilidade objetiva¹⁸¹.

Contudo, o debate acerca do risco do desenvolvimento dificultou a adoção de uma solução unívoca na Europa. Como ressaltado logo acima, o *lobby* de consumidores e fornecedores influenciou enormemente a elaboração da Diretiva, que teve, em razão disso, a sua edição postergada¹⁸². O receio de muitos grupos econômicos de haver uma recessão no desenvolvimento da indústria europeia¹⁸³ e de uma responsabilidade mais ampla dos fornecedores¹⁸⁴ motivou a adoção de uma “solução de compromisso”, nas palavras de João Calvão da Silva¹⁸⁵, pois, regra geral, os produtores não serão responsabilizados na hipótese de risco do desenvolvimento, a teor do artigo 7(e)¹⁸⁶ da Diretiva, mas se previu, no artigo 15¹⁸⁷, a possibilidade de derrogação de tal norma pelos Estados-membros nas suas respectivas leis internas.

¹⁸⁰ Vide *supra*, 1.2.2.

¹⁸¹ STAPLETON, 1994, p. 47.

¹⁸² SANSEVERINO, 2010, p. 342.

¹⁸³ STAPLETON, 1994, p. 47-48.

¹⁸⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 341.

¹⁸⁵ SILVA, J., 1990, p. 505.

¹⁸⁶ Da redação:

Artigo 7º. O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar:

e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.

¹⁸⁷ Da redação:

Artigo 15º

1. Qualquer Estado-membro pode:

b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito;

Diante dessa perspectiva, os países europeus seguiram três linhas: aplicação total, derrogação total, e derrogação parcial. Assim, Finlândia, Noruega e Luxemburgo responsabilizam os fornecedores pelo risco do desenvolvimento¹⁸⁸; Portugal, Holanda, Bélgica, Itália e Reino Unido eximem os produtores¹⁸⁹; e Alemanha, Espanha e França derogaram parcialmente a Diretiva, sendo que a Alemanha somente não responsabiliza as empresas farmacêuticas, a Espanha responsabiliza apenas o fornecedor de gêneros alimentícios para produtos destinados ao consumo humano, e, na França, a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento recai sobre os produtos derivados do corpo humano, tal como o sangue¹⁹⁰.

Ademais, como se não bastassem essas divergências entre os ordenamentos europeus, dentro de cada Estado-membro a aplicação da eximente sob análise é dúbia. Nesse sentido, Tula Wesendonck¹⁹¹ recorda que, na França, a jurisprudência opõe-se ao risco do desenvolvimento na hipótese de um acidente com várias vítimas corporais graves¹⁹². Pode-se citar, ainda, o caso julgado por um tribunal holandês, que acatou a defesa do risco do desenvolvimento para um fornecedor de sangue infectado com o vírus HIV¹⁹³; a decisão um tribunal inglês que não adotou a defesa em um caso de fornecedores de sangue contaminado, mas a aplicou em defeitos de fabricação até que o defeito seja conhecido¹⁹⁴; e o caso em que um tribunal alemão decidiu que a eximente não se aplica a defeitos de fabricação¹⁹⁵.

Por todo o visto, a teoria ainda é muito debatida na Europa, mesmo tendo uma solução positivada, quer responsabilizando o fornecedor, quer o eximindo.

¹⁸⁸ STAPLETON, 1994. p. 50-51.

¹⁸⁹ Ibid., p. 51

¹⁹⁰ WESENDONCK, 2015. p. 190-196.

¹⁹¹ WESENDONCK, 2015. p. 195-196.

¹⁹² Marcelo Junqueira Calixto observa que, antes da Diretiva, a jurisprudência na França era pacífica no sentido de presumir o conhecimento do vendedor profissional de todos os vícios dos produtos por ele vendidos. Ver: CALIXTO, 2004. p. 188.

¹⁹³ Caso *Scholten v. The Foundation Sanquin of Blood Supply*, 03.Fev.1999 (CALIXTO, 2004).

¹⁹⁴ DAVIS; OWEN, 2010.

¹⁹⁵ DAVIS; OWEN, 2010.

4.3 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos, o caminho do risco do desenvolvimento foi ainda mais conturbado que na Europa. O debate sobre riscos desconhecidos em matéria de direito do consumidor emergiu com a edição do *Restatement (Second) of Torts* pelo *American Law Institute*¹⁹⁶, de 1965, logo após a primeira decisão a admitir a responsabilidade objetiva dos produtores - *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, como já se destacou¹⁹⁷. Até então, os tribunais em geral dos Estados Unidos decidiam que os fornecedores não respondiam por defeitos incognoscíveis¹⁹⁸.

No entanto, o *Restatement (Second) of Torts*, em sua Seção 402A, quebrou com esse paradigma, a princípio, e previu a responsabilidade objetiva dos fabricantes, assim dispondo:

§ 402A Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if
 (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and
 (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
 (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.
 (*grifou-se*)

Assim, a Subseção 2(a) estabelece que os fornecedores de produtos defeituosos que venham a causar danos em consumidores respondem por eles ainda que tenham exercido todo o cuidado possível na sua produção e venda¹⁹⁹. Estipulou-se uma verdadeira responsabilidade desprovida da análise da culpa do agente²⁰⁰, que não se limitava apenas a defeitos que poderiam ser previstos

¹⁹⁶ Como já se explicitou anteriormente, os *Restatements* são publicações do *American Law Institute* que têm por fim descrever e expor o Direito em certa matéria e guiar a sua evolução. São elaborados na forma de seções e subseções, comentários oficiais e notas. Embora sejam frequentemente citados em casos, não possuem valor vinculante, a não ser que tenham sido adotados como o Direito aplicável pela mais alta corte de determinada jurisdição. Ver: *Black's Law Dictionary*, 2016. p. 680 (Tradução nossa).

¹⁹⁷ Vide *supra*, 1.2.1.

¹⁹⁸ DAVIS; OWEN, 2010.

¹⁹⁹ WERTHEIMER, Ellen. **The biter bit**: unknowable dangers, the third restatement, and the reinstatement of liability without fault. *Brooklyn Law Review*. New York, v. 70, p. 889-937, 2005.

²⁰⁰ DAVIS; OWEN, 2010.

dado o estado da arte. A responsabilidade objetiva, paulatinamente, foi ganhando adesão por tribunais em todos os Estados Unidos²⁰¹. Importante observar que o *Second Restatement* conceituou o defeito a partir do critério da legítima expectativa de segurança dos consumidores²⁰², que inspirou a definição adotada pela Diretiva nº 85/374/CEE e pelo CDC²⁰³.

Interessante notar que um aspecto que influenciou, em certa medida, a aprovação da responsabilidade dos fornecedores por defeitos imprevisíveis foi a doutrina de dois professores norte-americanos: John Wade e Page Keeton²⁰⁴. Na década de 60, ambos publicaram artigos visando definir a responsabilidade objetiva e diferenciá-la da culpa, defendendo a posição de que

²⁰¹ Duas decisões nos primeiros cinco anos após o *Second Restatement* rejeitaram o argumento da imprevisibilidade do defeito, com fundamento na responsabilidade objetiva: *Wagner v. Coronet Hotel*, 10 Ariz. App. 296, 458 P.2d 390 (Div. 1 1969). *Lunt v. Brady Mfg. Corp.*, 13 Ariz. App. 305, 475 P.2d 964, 965 (Div. 2 1970). Ver: DAVIS; OWEN, 2010.

Quanto ao uso da doutrina da responsabilidade objetiva, mas sem ser em casos envolvendo risco do desenvolvimento, podem ser citados os Estados Connecticut, Illinois, Kentucky e New Jersey, que aplicaram a responsabilidade objetiva conforme o *Second Restatement* já em 1965: *Santor v. A & M Karagheusian, Inc.*, 44 N.J. 52, 207 A.2d 305, 2 U.C.C. Rep. Serv. 599, 16 A.L.R.3d 670 (1965); *Suvada v. White Motor Co.*, 32 Ill. 2d 612, 210 N.E.2d 182, 187, 2 U.C.C. Rep. Serv. 762 (1965); *Dealers Transport Co. v. Battery Distributing Co.*, 402 S.W.2d 441, 446–47, 2 U.C.C. Rep. Serv. 896 (Ky. Ct. App. 1965); *Garthwait v. Burgio*, 153 Conn. 284, 216 A.2d 189, 3 U.C.C. Rep. Serv. 171 (1965).

Em 1966, os Estados Mississippi, Ohio, Pennsylvania e Tennessee: *State Stove Mfg. Co. v. Hodges*, 189 So. 2d 13, 119 (Miss. 1966); *Lonzrick v. Republic Steel Corp.*, 6 Ohio St. 2d 227, 35 Ohio Op. 2d 404, 218 N.E.2d 185, 192–93, 3 U.C.C. Rep. Serv. 535 (1966); *Webb v. Zern*, 422 Pa. 424, 220 A.2d 853 (1966); *Ford Motor Co. v. Lonon*, 217 Tenn. 400, 398 S.W.2d 240 (1966).

Em 1986, um total de 45 Estados já haviam aderido ao *Second Restatement*, restando somente Delaware, Massachusetts, Michigan, North Carolina e Michigan. Sobre o assunto e mais citações de casos, ver: DAVIS; OWEN, 2010.

²⁰² DAVIS; OWEN, 2010.

Da redação dos comentários *g* e *i* do *Second Restatement*:

g. Defective condition. The rule stated in this Section applies only where the product is, at the time it leaves the seller's hands, in a condition not contemplated by the ultimate consumer, which will be unreasonably dangerous to him. The seller is not liable when he delivers the product in a safe condition, and subsequent mishandling or other causes make it harmful by the time it is consumed. The burden of proof that the product was in a defective condition at the time that it left the hands of the particular seller is upon the injured plaintiff; and unless evidence can be produced which will support the conclusion that it was then defective, the burden is not sustained. (*grifou-se*).

i. Unreasonably dangerous. The rule stated in this Section applies only where the defective condition of the product makes it unreasonably dangerous to the user or consumer. Many products cannot possibly be made (...). That is not what is meant by “unreasonably dangerous” in this Section. **The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics.** Good whiskey is not unreasonably dangerous merely because it will make some people drunk, and is especially dangerous to alcoholics; but bad whiskey, containing a dangerous amount of fuel oil, is unreasonably dangerous (...). (*grifou-se*).

²⁰³ CALIXTO, 2004. p. 134.

²⁰⁴ Page Keeton era professor na University of Texas, e John Wade, na Vanderbilt University. Eram dois proeminentes estudiosos da responsabilidade civil nas relações de consumo. DAVIS; OWEN, 2010.

os fornecedores deveriam ser responsabilizados por produtos defeituosos ainda que esses defeitos não fossem previsíveis pelo conhecimento tecnológico e científico do momento de seu lançamento. Para eles, o conhecimento do defeito deveria ser imputado ao fabricante, cuja responsabilidade seria dependeria de um produtor idealizado ser negligente e vendesse o produto sabendo dos defeitos e riscos²⁰⁵. Essa análise foi denominada de *Wade-Keeton Test* ou *Constructive Knowledge Test* e seria, na verdade, uma responsabilidade próxima à noção de culpa, porém sem a intenção no agir²⁰⁶.

Contudo, havia um segundo aspecto no *Second Restatement*, que serviu de abrigo para o risco do desenvolvimento: os comentários *j* e *k* à Seção 402A:

j. Directions or warning. In order to prevent the product from being unreasonably dangerous, the seller may be required to give directions or warning, on the container, as to its use. The seller may reasonably assume that those with common allergies, as for example to eggs or strawberries, will be aware of them, and he is not required to warn against them. **Where, however, the product contains an ingredient to which a substantial number of the population are allergic, and the ingredient is one whose danger is not generally known, or if known is one which the consumer would reasonably not expect to find in the product, the seller is required to give warning against it, if he has knowledge, or by the application of reasonable, developed human skill and foresight should have knowledge, of the presence of the ingredient and the danger.** Likewise in the case of poisonous drugs, or those unduly dangerous for other reasons, warning as to use may be required (...).
(*grifou-se*)

k. Unavoidably unsafe products. There are some products which, in the present state of human knowledge, are quite incapable of being made safe for their intended and ordinary use. These are especially common in the field of drugs. An outstanding example is the vaccine for the Pasteur treatment of rabies, which not uncommonly leads to very serious and damaging consequences when it is injected. Since the disease itself invariably leads to a dreadful death, both the marketing and the use of the vaccine are fully justified, notwithstanding the unavoidable high degree of risk which they involve. Such a product, properly prepared, and accompanied by proper directions and warning, is not defective, nor is it *unreasonably* dangerous. The same is true of many other drugs, vaccines, and the like, many of which for this very reason cannot legally be sold except to physicians, or under the prescription of a physician. It is also true in particular of many new or experimental drugs as to which, because of lack of time and opportunity for sufficient medical experience, there can be no assurance of safety, or perhaps even of purity of ingredients, but such experience as there is justifies the marketing and use of the drug notwithstanding a medically recognizable risk. **The seller of such products, again with**

²⁰⁵ DAVIS; OWEN, 2010.

²⁰⁶ WADE, John. **Strict tort liability of manufacturers.** *SMU Law Review*. Dallas, v. 19, 5-25, 1965. Exemplos de casos marcantes que, em suas razões de decidir, aplicaram o *constructive knowledge test* são: *Phillips v. Kimwood Mach. Co.*, 269 Or. 485, 525 P.2d 1033 (1974), *Cepeda v. Cumberland Engineering Co., Inc.*, 76 N.J. 152, 386 A.2d 816 (1978) e *Freund v. Cellofilm Properties, Inc.*, 87 N.J. 229, 432 A.2d 925 (1981).

the qualification that they are properly prepared and marketed, and proper warning is given, where the situation calls for it, is not to be held to strict liability for unfortunate consequences attending their use, merely because he has undertaken to supply the public with an apparently useful and desirable product, attended with a known but apparently reasonable risk.

(*grifou-se*)

A interpretação conferida aos comentários *j* e *k* resultou em condicionar o dever de informar do fabricante a apenas riscos cognoscíveis do produto²⁰⁷. Isso porque a dicção do comentário *j*, aliada à sua referência a medicamentos e à limitação de responsabilidade de produtos com periculosidade inerente (*unavoidably unsafe products*), tais como medicamentos e vacinas, do comentário *k*, serviram como fundamento para a discussão da culpa do agente e para a defesa do risco do desenvolvimento, inclusive em decisões que não versavam sobre produtos farmacêuticos²⁰⁸.

Principalmente nos anos 70 e 80, os tribunais dos Estados Unidos, em geral, responsabilizavam os fornecedores pelo risco do desenvolvimento, fundamentando suas decisões na incompatibilidade da eximente com a responsabilidade objetiva²⁰⁹. Um dos casos de maior proeminência no assunto foi *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, julgado pela Suprema Corte de New Jersey em 1982. De igual modo, a responsabilidade desprovida da culpa em casos que não diziam respeito ao risco do desenvolvimento encontrou seu ápice nessa época. A crescente objetivação da responsabilidade no país – e as expressivas indenizações em decorrências dos *punitive damages* – ocasionou uma “contrarrevolução” de empresas de determinados setores, notadamente farmacêutico e securitário e uma “crise” do instituto²¹⁰.

²⁰⁷ DAVIS; OWEN, 2010. WERTHEIMER, 2005. p. 905-908. Decisões que requeriam a prova, pelo fabricante, de que não era capaz de conhecer o defeito do produto: *Oglesby v. Gen. Motors Corp.*, 190 F.3d 244, 252 (4th Cir. 1999); *Woodill v. Parke Davis & Co.*, 402 N.E.2d 194, 199 (Ill. 1980); *Bragg v. Hi-Ranger, Inc.*, 462 S.E.2d 321, 328 (S.C. 1995).

²⁰⁸ Pode-se citar o caso *Crislip v. TCH Liquidating Co.*, 556 N.E.2d 1177, 1180 (Ohio 1990), cujo produto defeituoso era um fogão à lenha.

²⁰⁹ *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 47 Ill. 2d 443, 266 N.E.2d 897, 902, 45 A.L.R.3d 1353 (1970); *Lunt v. Brady Mfg. Corp.*, 13 Ariz. App. 305, 475 P.2d 964, 966 (Div. 2 1970); *Elmore v. Owens-Illinois, Inc.*, 673 S.W.2d 434, 438 (Mo. 1984); *Carrecter v. Colson Equipment Co.*, 346 Pa. Super. 95, 499 A.2d 326, 331 (1985); *Kisor v. Johns-Manville Corp.*, 783 F.2d 1337, 22 Fed. R. Evid. Serv. 241 (9th Cir. 1986); *Johnson v. Raybestos-Manhattan, Inc.*, 69 Haw. 287, 740 P.2d 548 (1987). *Connelly v. General Motors Corp.*, 184 Ill. App. 3d 378, 132 Ill. Dec. 630, 540 N.E.2d 370 (1st Dist. 1989); *Spieker v. Westgo, Inc.*, 479 N.W.2d 837, 17 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1130 (N.D. 1992). Ver: DAVIS; OWEN, op. cit., p. (10:14).

²¹⁰ Vide *supra*, 1.2.2. CALIXTO, 2004. p. 191.

Assim, houve uma reviravolta na jurisprudência norte-americana e a superação de diversas decisões. Três casos que são dignos de referência são: *Feldman v. Lederle Laboratories*²¹¹, julgado em 1984 pela Suprema Corte de New Jersey, que reconsiderou o entendimento de *Beshada; Brown v. Superior Court*²¹², julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1988; e *Anderson v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*²¹³, de 1991, também da Califórnia.

O triunfo do risco do desenvolvimento na década de 90 culminou no *Restatement (Third) of Torts*, publicado em 1998. Essa nova edição do *Restatement* aboliu, segundo a doutrina majoritária norte-americana²¹⁴, a responsabilidade objetiva, fundando a responsabilidade por defeitos de concepção (*design defects*) e de informação (*warning defects*) em termos de culpa²¹⁵, e, ademais, teria aberto caminho, para a alegação do risco do desenvolvimento²¹⁶, pois os fornecedores só responderiam por “riscos previsíveis”, nos próprios termos.

A Seção 2 do *Third Restatement*, que estabelece o sentido de defeito, possui a seguinte redação:

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;

(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe. (*grifou-se*)

²¹¹*Feldman v. Lederle Laboratories*, 97 N.J. 429, 479 A.2d 374, 39 U.C.C. Rep. Serv. 866 (1984).

²¹²*Brown v. Superior Court*, 44 Cal. 3d 1049, 245 Cal. Rptr. 412, 751 P.2d 470 (1988).

²¹³*Anderson v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 53 Cal. 3d 987, 281 Cal. Rptr. 528, 810 P.2d 549 (1991).

²¹⁴ DAVIS; OWEN, 2010. WERTHEIMER, 2005. p. 924.

²¹⁵ DAVIS; OWEN, 2010. A responsabilidade em hipóteses de defeitos de fabricação (*manufacturing defects*) continuou sendo objetiva.

²¹⁶ Nos Estados Unidos, conhecido como *state of the art defense*.

Nos últimos vinte anos, pode-se notar a prevalência da eximente do risco do desenvolvimento no direito estadunidense -com algumas exceções²¹⁷ - que, acompanhou e, em certa medida, desempenhou um papel decisivo na derrocada da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo daquele país²¹⁸.

4.4 O EMBATE DOUTRINÁRIO

O escopo deste subcapítulo é confrontar os argumentos que a doutrina provoca na tentativa de encontrar uma solução à aplicação do risco do desenvolvimento. Já foi referido que há diversos aspectos a serem explorados no estudo do tema – de origem política, econômica, social e hermenêutica²¹⁹. Na mesma linha, Marcos Catalan, ao expor a problemática, sucintamente apresenta três orientações pelas quais se pode argumentar contrária ou favoravelmente ao risco do desenvolvimento: econômico-sociais, dogmáticas e exegéticas²²⁰. À vista disso, e por tratar-se de uma matéria com variadas repercussões, o embate, no presente trabalho, terá uma abordagem multifocal.

4.4.1 A perspectiva socioeconômica

Se há uma certeza quanto aos riscos do desenvolvimento são os seus efeitos econômicos e sociais. Mais do que um risco empresarial – associado à expectativa de lucro ou prejuízo -, é

²¹⁷ A favor do risco do desenvolvimento: *Bachtel v. Taser Intern., Inc.*, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 19018, 2013 WL 317538, *6 (E.D.Mo. 2013); *Kaufman v. Wyeth, LLC*, 2011 WL 10483576 (S.D. Fla. 2011); *Georgia Pacific, LLC v. Farrar*, 432 Md. 523, 69 A.3d 1028, 1036 (2013); *Mack v. Stryker Corp.*, 893 F. Supp. 2d 976, 988 (D. Minn. 2012).

Decisões contrárias ao *Third Restatement*: *Sternhagen v. Dow Co.*, 282 Mont. 168, 935P.2d 1139, 1144–47 (1997) – esta decisão, embora seja de 1997, um ano antes da publicação do *Third Restatement*, foi o principal precedente desta segunda onda contrária ao risco do desenvolvimento; *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.*, 2001 WI 109, 245 Wis. 2d 772, 629 N.W.2d 727, 736–52 (2001); *Townsend v. Sears, Roebuck and Co.*, 227 Ill. 2d 147, 316 Ill. Dec. 505, 879 N.E.2d 893, 898–99 (2007); *Malcolm v. Evenflo Co., Inc.*, 2009 MT 285, 352 Mont. 325, 217 P.3d 514, 521 (2009); *Ficek v. Kolberg-Pioneer, Inc.*, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 18595, 2011 WL 1316801, *2 (D. Mont.2011).

²¹⁸ DAVIS; OWEN, 2010.

²¹⁹ Vide *supra*, 3.1.

²²⁰ CATALAN, 2015. p. 707.

também um *risco jurídico*, posto que a decisão sobre quem suportará eventuais danos caberá à lei ou, na falta desta, à interpretação dada pelo Poder Judiciário ao ordenamento jurídico²²¹.

Um primeiro aspecto aludido em defesa da exclusão da responsabilidade dos fornecedores pelo risco do desenvolvimento diz respeito aos prejuízos e aos desincentivos à inovação e investimentos em pesquisa científica e tecnológica que uma possível responsabilização acarretaria, uma vez que os produtores suportariam os custos dos danos mesmo tendo atendido aos mais altos padrões técnicos e científicos existentes no momento de inserção do produto no mercado²²². Nessa senda, questiona-se que a responsabilidade nesse caso não pode ser um incentivo para o aprimoramento da pesquisa e desenvolvimento empresarial se o fornecedor sabe que, independentemente da sua adequação ao *estado da arte*, a responsabilidade ainda será imposta²²³.

O temor do retrocesso em inovação e desenvolvimento econômico foi, aliás, um dos propulsores para a adoção da regra geral de aplicação da eximente por riscos incognoscíveis na Diretiva nº 85/374/CEE²²⁴.

Rui Stoco expõe brevemente essa linha argumentativa²²⁵:

Contra essa responsabilização estão aqueles que defendem a impossibilidade de se carrear ônus ao fabricante, visando estimular a pesquisa e o investimento nas áreas científica e tecnológica, conduzindo ao maior desenvolvimento. A oneração do fabricante por danos futuros, ainda que o produto, ao ser colocado no mercado, tenha se mostrado adequado, segundo o estado da ciência e o estágio tecnológico do momento, desestimularia as indústrias à pesquisa, ao investimento, ou tornaria a atividade demasiadamente onerosa e sem competitividade.

Para além do desincentivo ao aprimoramento industrial e científico, essa modalidade de responsabilização também pode acarretar o desestímulo à comercialização e à distribuição de

²²¹ EBERLIN, 2007.

²²² WESENDONCK, Tula. **A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento**: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 38, p. 213-227, jul./dez. 2012.

²²³ ROBB, Gary C. **A practical approach to use of state of the art evidence in strict product liability cases**. *Northwestern University Law Review*. Evanston, v. 77, p. 1-33, mar. 1982.

²²⁴ STAPLETON, 1994, p. 225-229.

²²⁵ STOCO, Rui. **Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.

determinados bens²²⁶, por várias razões. A primeira delas decorre da própria imprevisibilidade imanente ao risco do desenvolvimento: cálculos atuariais são difícilíssimos de serem levados a cabo e, por conseguinte, a estimativa de acidentes, assim como a contratação de seguros, não são viáveis²²⁷. Outra razão advém dos custos de eventuais indenizações por danos provocados por riscos desconhecidos, os quais não podem ser facilmente socializados, isto é, não podem ser repassados aos consumidores sem se aumentar demasiadamente o preço final do produto - o que poderia causar certo desequilíbrio na relação oferta-demanda²²⁸.

A esse respeito, Fernando Eberlin esclarece que²²⁹:

Como o custo de prevenção e de reparação deste risco irá compor o preço do produto, cuja determinação, em face da oferta e da demanda, pode incentivar ou não a sua colocação no mercado, a empresa detentora da patente pode não se interessar pela comercialização do remédio (ou de qualquer outro produto), sendo que a não comercialização por medo da responsabilidade decorrente dos riscos do desenvolvimento trará prejuízos sociais (não cura dos pacientes, no caso de remédios)³¹ e econômicos (não crescimento da empresa e não fomento da atividade de pesquisa).

Ponto crucial refere-se aos medicamentos, que assumem posição de relevo quando o assunto é risco incognoscível. Não por acaso que muitos dos exemplos de risco do desenvolvimento envolveram produtos farmacêuticos, dentre eles a Talidomida, visto que estão intimamente relacionados a intensas pesquisas e possuem efeitos colaterais, muito dos quais não se tem certeza dos prováveis resultados.

²²⁶ SILVA, J., 1990. p. 509.

²²⁷SKOGH, Göran. **Development risks, strict liability, and the insurability of industrial hazards.** *The Geneva Papers on Risk and Insurance*. Genebra, v. 23, p. 247-264, abr. 1998.

²²⁸ ROBB, 1982. Defendendo a exclusão da responsabilidade do fornecedor por riscos desconhecidos quando do momento de lançamento do produto no mercado, Gary C. Robb, autor norte-americano, aduz que o fabricante não está obrigado a incorporar a mais avançada tecnologia ou *design* no seu produto, pois, na sua visão, caso contrário haveria desordem econômica e social. Segundo ele, “[s]e os fabricantes tivessem que adotar todos os dispositivos de segurança possíveis em seu projeto de produto para evitar a responsabilidade, a grande maioria dos consumidores estaria fora do mercado para a maior parte dos bens de consumo. Como exemplo, todos os aparelhos elétricos seriam obrigados a ter chaves de segurança complexas e reguladores de corrente elétrica para evitar o risco de choque. Como outras *commodities*, a segurança é uma função da oferta e demanda econômica, de tal forma que um requisito de dispositivo de segurança artificialmente imposto custaria mais do que os consumidores estão dispostos a pagar.” (Tradução nossa).

²²⁹ EBERLIN, 2007.

Nesse ponto, cruzam-se os interesses de consumidores e fornecedores: é o que se denomina de “paradoxo dos medicamentos”²³⁰, ou seja, o confronto entre o anseio por novas descobertas e seus possíveis efeitos deletérios. Enquanto se espera da indústria farmacêutica a intensa procura por novas soluções para os diversos problemas da saúde humana, responsabilizá-la exageradamente por riscos imprevisíveis pode desincentivá-la à adoção de novas técnicas, resultando em prejuízos ao consumidor e à sociedade²³¹.

A questão dos remédios também foi objeto de estudo por Milton Friedman²³², expoente defensor do livre mercado e prêmio Nobel de economia, que tece severas críticas à atuação mais rígida da Food and Drug Administration (FDA) a partir da década de 60 em reação à tragédia da Talidomida²³³. Aduz ele outro lado do paradoxo: enquanto deve-se proteger os consumidores de medicamentos inseguros ou ineficazes, é também desejável que o desenvolvimento de novas drogas seja incentivado e que estas estejam disponíveis ao público o quanto antes, observando que “um bom objetivo se conflita com outros bons objetivos. Segurança e precaução de um lado podem significar morte de outro”²³⁴.

Friedman explicita que a FDA foi “contraproducente” na sua postura mais ativista, tendo causado “mais danos, retardando o progresso da produção e distribuição de medicamentos valiosos, do que o bem, evitando a distribuição de medicamentos danosos e ineficazes”²³⁵.

João Calvão da Silva²³⁶ também corrobora essa tese quando critica a responsabilização do fabricante com uma aplicação retroativa do estado da arte:

[C]onvenhamos, não seria justo nem razoável: desencorajaria ou não favoreceria o desenvolvimento e comercialização de novos e imprescindíveis produtos – pense-se sobretudo em medicamentos necessários ao combate de “doenças” letais, como a sida ou

²³⁰ MARINS, 1993. p. 132.

²³¹ Ibid., p. 132-133.

²³² FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 298-305.

²³³ Embora a discussão proposta por Friedman se restrinja à atuação administrativa da agência norte-americana, sem abordar a questão da responsabilidade civil, ainda assim é relevante para a análise de estímulos e desestímulos à produção de novos medicamentos e a sua relação com normas mais rígidas.

²³⁴ FRIEDMAN, M.; FRIEDMAN, R., 2015. p. 299.

²³⁵ Ibid., p. 299.

²³⁶ SILVA, J., 1990. p. 509.

o cancro; desincentivaria o produtor à descoberta ou pelo menos à utilização e publicação de novos padrões de segurança para produtos por si já comercializados, com receio de que isso se considerasse uma confissão de sua responsabilidade.

Posição semelhante foi a adotada pela Suprema Corte da Califórnia ao julgar um famoso caso sobre riscos incognoscíveis em medicamentos: *Brown v. Superior Court*, de 1988²³⁷. O cerne da controvérsia versava sobre o dever do fabricante de medicamentos de prestar informações sobre riscos desconhecidos pelo estado da arte de um medicamento, o DES (*diethylstilbestrol*), prescrito a grávidas para evitar abortos, mas que causava diversos problemas aos seus filhos e filhas, dentre eles câncer vaginal²³⁸.

Nas discussões sobre a responsabilização puramente objetiva do fabricante pelos riscos do fármaco, a Suprema Corte da Califórnia ponderou o importante papel desses produtos para a sociedade, que os diferenciam dos demais bens de consumo. Um recrudescimento na responsabilidade civil da indústria farmacêutica acarretaria ou o aumento demasiado de preços, ou a inviabilidade de produção, ambas as hipóteses prejudiciais ao interesse público:

If drug manufacturers were subject to strict liability, they might be reluctant to undertake research programs to develop some pharmaceuticals that would prove beneficial or to distribute others that are available to be marketed, because of the fear of large adverse monetary judgments. Further, the additional expense of insuring against such liability—assuming insurance would be available—and of research programs to reveal possible dangers not detectable by available scientific methods could place the cost of medication beyond the reach of those who need it most.

(...)

The possibility that the cost of insurance and of defending against lawsuits will diminish the availability and increase the price of pharmaceuticals is far from theoretical. Defendants cite a host of examples of products which have greatly increased in price or have been withdrawn or withheld from the market because of the fear that their producers would be held liable for large judgments.

(...)

There is no doubt that, from the public's stand point, these are unfortunate consequences. And they occurred even though almost all jurisdictions follow the negligence standard of comment k. It is not unreasonable to conclude in these circumstances that the imposition of a harsher test for liability would not further the public interest in the development and availability of these important products.²³⁹

²³⁷*Brown v. Superior Court*, 44 Cal. 3d 1049, 245 Cal. Rptr. 412, 751 P.2d 470 (1988).

²³⁸*Brown v. Superior Court*.

²³⁹ Se fabricantes de medicamentos estivessem sujeitos à responsabilidade objetiva, eles seriam relutantes em realizar programas de pesquisa para desenvolver certos produtos farmacêuticos que de outra forma estariam disponíveis para o mercado, por causa do medo de indenizações vultosas. Além disso, as despesas adicionais com seguro contra tal responsabilidade – assumindo que o seguro estaria disponível – e com pesquisa para

Ao cabo, não se responsabilizou a fabricante pelos danos causados pelo DES. Antes mesmo dessa decisão, contudo, já se decidia assim²⁴⁰.

Refutando essa visão, manifestam-se os argumentos que contestam o temor ao retrocesso que a responsabilização pelo risco do desenvolvimento traria à economia.

Por primeiro, manifesta-se a seguinte dúvida: se para os fornecedores, que lucram com suas atividades, já seria muito dispendioso arcar com os prejuízos advindos de riscos desconhecidos, então o que isso representaria para o consumidor-vítima singular?²⁴¹

revelar possíveis perigos não detectáveis pelos métodos científicos disponíveis poderia resultar em um preço além do que os que mais precisam do medicamento poderiam pagar.

(...)

A possibilidade de que o custo do seguro e a defesa contra demandas judiciais diminuirão a disponibilidade e aumentarão o preço dos medicamentos está longe de ser somente teórica. Os réus citam uma série de exemplos de produtos cujos preços aumentaram excessivamente ou que foram retirados do mercado devido ao receio de que os seus produtores fossem responsabilizados por julgamentos com indenizações volumosas.

(...)

Não há dúvida de que, do ponto de vista do público, essas são consequências infelizes. E elas sempre ocorreram apesar de quase todos os Estados adotarem a responsabilidade subjetiva com fundamento no *comment k* [da seção 402A do *Second Restatement*]. Não é irrazoável concluir nessas circunstâncias que a imposição de uma responsabilidade mais rígida não favoreceria o interesse público no desenvolvimento e na disponibilidade desses importantes produtos. (tradução nossa).

²⁴⁰*Leibowitz v. Ortho Pharmaceutical Corp.* (1973) 224 Pa.Super. 418, 307 A.2d 449, 458. “Por causa da conveniência de permitir que drogas de valor comprovado sejam comercializadas apesar dos riscos conhecidos ou suspeitos em tais drogas, os tribunais afirmam uniformemente que ‘uma droga, devidamente testada, rotulada com advertências apropriadas, aprovada pela Food and Drug Administration, e comercializado adequadamente sob regulamentação federal, é, como uma questão de direito, um produto razoavelmente seguro. Consequentemente, uma pessoa que alega ter sofrido efeitos adversos ao usar tal droga, a menos que possa provar uma impureza ou uma inadequação na rotulagem, pode não se recuperar contra o vendedor.’ *Lewis vs. Baker*, 243 317, 413 P.2d 400, 404 (1966); ver também, *Incollingo v. Ewing*, 444 Pa. 263, 282 A.2d 206 (1971)”. (Tradução nossa).

Woodill v. Parke Davis & Co. (1980) 79 Ill.2d 26, 37 Ill.Dec. 304, 402 N.E.2d 194, 197–199. “Este tribunal está bem ciente da conveniência social de encorajar a pesquisa e o desenvolvimento de drogas benéficas. Somos igualmente conscientes de que os riscos, muitas vezes graves, podem acompanhar a introdução desses medicamentos no mercado. Nós simplesmente pensamos, no entanto, de acordo com os comentários j e k da seção 402A do Restatement (Second) of Torts, que quando a responsabilidade é enquadrada pelo dever do fabricante de advertir adequadamente dos perigos que podem surgir do uso de uma droga, a responsabilidade deve basear-se em que haja alguma maneira de se conhecer o perigo. Caso contrário, o aviso em si, que é o foco da responsabilidade, seria um exercício sem sentido”. (Tradução nossa).

²⁴¹ Esse questionamento, apontado por Tula Wesendonck, foi hasteado pelo Livro Verde (publicado em 1999 pela Comissão das Comunidades Europeias com o objetivo de realizar consulta pública sobre a proteção dos consumidores na União Europeia. Não teve como finalidade solucionar problemas em matéria de direito do consumidor, mas expor questionamentos sobre a real eficácia da proteção dispensada aos consumidores europeus) na União Europeia. Ver: WESENDONCK, op. cit., p. 41-42.

Em resposta, assevera-se que o ônus econômico à vítima seria muito maior em comparação com as sociedades empresárias. Assim, todos os que se beneficiam daquele produto que devem arcar com os prejuízos, por meio da internalização dos custos das indenizações nos preços dos produtos pelos fornecedores – os quais seriam responsabilizados²⁴².

Marcos Catalan, ao apreciar as razões econômicas pró-exclusão, nos recorda dos benefícios da inovação²⁴³. Ressalta o autor que as empresas que investem fortemente em tecnologia, dedicando-se seriamente à pesquisa e desenvolvimento, obtêm mais vantagens competitivas em relação àquelas que se limitam a práticas mercadológicas imitativas, ou seja, que não se preocupam com inovações mais radicais na linha de produtos. Prossegue Catalan defendendo que também é o diferencial tecnológico que ampliará os lucros das empresas – a partir do aumento dos preços e das vendas, se o produto for, de fato, de qualidade -, e ademais, o comportamento preventivo, se adotado pelas empresas, será valorizado, em face das novas exigências contemporâneas de um consumo consciente e de responsabilidade social²⁴⁴.

Em relação à indústria farmacêutica, também há ponderações a serem feitas. Aqui, não se desmerecerá a relevância social desse setor, que é incontestável. O que será dito trará outro enfoque à prevista retração das inovações e dos investimentos com a aplicação da cláusula do risco do desenvolvimento.

Marco Bobbio, além de ser filho do eminente jusfilósofo Norberto Bobbio, é médico cardiologista e especialista em estatística médica. Em seu livro “O Doente Imaginado”²⁴⁵, tece duras considerações relativamente às metodologias de pesquisa empregadas pelas empresas farmacêuticas nos testes de seus medicamentos. Sua análise tem como ponto de partida o fármaco anti-inflamatório *rofecoxib* (cujo nome comercial é Vioxx), retirado do mercado a nível global em 2004 por causar maiores riscos de infarto e por terem sido constatadas mortes súbitas, imputadas ao remédio. Os efeitos colaterais negativos teriam causado indignação na população pelo fato de

²⁴² BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 173.

²⁴³ CATALAN, 2015. p. 718.

²⁴⁴ Ibid., p. 720.

²⁴⁵ BOBBIO, Marco. **O doente imaginado**. 1. ed. São Paulo: Bamboo Editorial, 2014. p. 59-75.

que a empresa já sabia, havia vários anos, dos riscos de enfarto, mas nada fizera a respeito²⁴⁶. Então, após a constatação dos perigos do medicamento e feitas pesquisas os comprovando, o governo norte-americano solicitou à Merck que publicasse documentos internos – com mais de 20 mil páginas - sobre suas estratégias de vendas e de convencimento de médicos para que prescrevessem o Vioxx²⁴⁷.

Bobbio esclarece que são os resultados de pesquisas clínicas que, no fim, determinam o sucesso ou o fracasso de um medicamento, o que, por conseguinte, explica os reais interesses da indústria farmacêutica por essas mesmas pesquisas²⁴⁸. As produtoras de medicamentos acabam por financiar, organizar e conduzir a metodologia das investigações científicas, não obstante existam normas internacionais visando impedir a manipulação de dados: escolhendo quantos e quais pacientes devem se submeter à pesquisa; definindo o período de duração da pesquisa; qual remédio utilizar como controle e em qual dosagem; e, por fim, estabelecendo os critérios a partir dos quais se verificará a eficácia da nova droga²⁴⁹. Outrossim, quando há uma indústria farmacêutica por trás da pesquisa, aumentam as probabilidades de um resultado final positivo e favorável ao remédio, eis que o próprio pesquisador estará condicionado por interesses econômicos²⁵⁰. Como resultado, refere Bobbio:

²⁴⁶ “Como é sabido, anti-inflamatórios (tipo ácido acetilsalicílico, nimesulida, naproxeno e ibuprofeno) aliviam a dor e abaixam a febre, mas causam dor de estômago. Na década de 1990, descobriu-se que os anti-inflamatórios agem simultaneamente em duas enzimas: a primeira reduz a dor e a febre, a segunda inibe a integridade da mucosa gástrica. Assim, era lógico estudar e sintetizar um fármaco seletivo em condições de agir somente sobre a primeira enzima e não sobre a segunda, garantindo as vantagens (alívio da dor e da febre) sem provocar gastrite.

A primeira indústria capaz de sintetizar um anti-inflamatório seletivo foi a Merck, mas subestimou (ou, como ficou provado mais tarde, fingiu que não era relevante) o efeito que a segunda enzima tinha na redução da agregação de plaquetas. De fato, já se sabia há vários anos, que o ácido acetilsalicílico, por sua ação antiagregante, reduz o risco de infarto. Portanto, era previsível que o Vioxx, por exclusão dessa ação, o aumentasse. Tais conhecimentos requeriam maior cautela, pesquisas pontuais e controles adequados, antes da comercialização do fármaco”. BOBBIO, 2014. p. 64-65.

²⁴⁷ Revelou-se, por exemplo, que a empresa pedira “aos próprios propagandistas farmacêuticos para ignorarem os pedidos de esclarecimentos sobre o aumento de infartos do miocárdio e chamarem atenção para os ótimos resultados obtidos na redução de problemas gástricos. Foi possível ler, na internet, o folheto *The cardiovascular card*, dado a todos os propagandistas, no qual se afirma que o Vioxx conseguiu reduzir a mortalidade por causas cardiovasculares. Tendo pouca importância que o folheto se referisse a dados obtidos em pesquisas conduzidas em poucos pacientes, por pouco tempo e com baixas dosagens do fármaco. Os propagandistas também foram solicitados a identificar um número de médicos dispostos a organizar encontros com colegas para fornecer informações favoráveis sobre o produto”. BOBBIO, op. cit., p. 61-62.

²⁴⁸ BOBBIO, 2014. p. 65.

²⁴⁹ Ibid., p. 66.

²⁵⁰ Ibid., p. 66.

[A] indústria farmacêutica investe mais recursos na pesquisa sobre o alcance comercial de um fármaco, na disposição e divulgação de informações favoráveis, no condicionamento da prática clínica, do que no desenvolvimento de novos medicamentos.²⁵¹

Quanto a todos esses aspectos, Marco Bobbio afirma que a pesquisa clínica está trilhando um caminho em direção a um “funil metodológico”, o qual dificulta enormemente uma análise neutra da eficácia do medicamento²⁵².

Assim, não é tarefa simples admitir que as empresas farmacêuticas – não só elas, mas como é o ramo empresarial em que se encontra o maior número de ocorrências dessa causa de exclusão da responsabilidade - não podem ser responsabilizadas pelo risco do desenvolvimento sob o argumento de que o investimento em pesquisa ou inovação encolheria.

A par dessa questão, também se afirma que, como o fornecedor tomou a iniciativa de produzir algum bem e oferecê-lo ao mercado, obtendo lucro, cabe a ele a responsabilização²⁵³.

²⁵¹ Ibid., p. 66.

²⁵² Marco Bobbio traz seis considerações no tocante aos limites das pesquisas clínicas: (1) “os casos estudados têm pouco a ver com os pacientes que atulham os consultórios médicos ou que são internados nos corredores dos hospitais, e não é possível transferir adequadamente os resultados da pesquisa para a prática clínica”; (2) “as pesquisas clínicas são organizadas e dimensionadas para demonstrar a eficácia de um fármaco, não para avaliar eventual incidência de efeitos indesejáveis raros, mas muito graves. Quando um medicamento entra no mercado, temos diversas provas sobre seus efeitos terapêuticos, mas poucas sobre os efeitos nocivos”; (3) “a maioria dos protocolos de pesquisa é configurada não para identificar qual é o tratamento mais eficaz, mas para demonstrar que o novo fármaco é melhor ou, pelo menos, que não é inferior ao utilizado até o momento; não para resolver uma questão relevante no tratamento dos pacientes, mas para identificar um novo espaço comercial para um determinado produto”; (4) “são predominantemente conduzidas pesquisas repetitivas para estudar doenças muito comuns, de modo a garantir um amplo mercado para os medicamentos testados”; (5) “algumas indústrias persistem na prática de comissionar agências de publicidade especializadas em comunicação científica a tarefa de escrever artigos, que serão assinados por influentes formadores de opinião”; por fim, (6) “são preferencialmente publicadas nas revistas científicas as pesquisas com resultados favoráveis, consolidando-se a crença de que um determinado fármaco é muito eficaz. (...). [U]m grupo de psiquiatras de Oregon, comparando os resultados das pesquisas publicadas com aqueles de todas as pesquisas feitas sobre antidepressivos (publicadas ou não), percebeu que os fármacos eram eficazes em 94% dos casos publicados e somente em 51% dos casos não publicados”. BOBBIO, 2014. p. 67-69.

²⁵³ CALIXTO, 2004. p. 249. Em relação a esse ponto, interessante trazer uma decisão da Suprema Corte de Wisconsin, de 2001: “Embora a lei de responsabilidade de produtos seja destinada em parte a tornar os produtos mais seguros para os consumidores, a principal razão subjacente à imposição de responsabilidade objetiva aos fabricantes e vendedores é que o risco da perda associada ao uso de produtos defeituosos deve ser suportado por aqueles que criaram o risco e que colheram o lucro colocando um produto defeituoso no fluxo do comércio”. (Tradução nossa). *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.*, 2001 WI 109, 245 Wis. 2d 772, 629 N.W.2d 727 (2001).

Quanto a esse ponto, Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale e proeminente estudioso da Law & Economics, é elucidativo. Após a Secretária de Comércio dos Estados Unidos se pronunciar sobre a “crise de responsabilidade civil” que se instaurava no país²⁵⁴ nas décadas de 60 e 70, Guido Calabresi publicou um artigo²⁵⁵ criticando a postura defensiva, tanto de consumidores quanto de fornecedores, em relação à alocação de riscos advindos do fornecimento e da circulação de produtos - ambas as partes recusavam suportá-los -, e a consequente inconveniência de uma intromissão estatal em um sistema de livre mercado.

Calabresi, abstraindo de questões distributivas, refere quatro fatores que determinam a atribuição dos riscos nas relações de consumo e sobre os quais um sistema de livre mercado se embasa: relativo conhecimento dos riscos; relativa capacidade para controlá-los ou reduzi-los; a pré-disposição em assumi-los; e a relativa capacidade para transacionar a fim de corrigir um erro na alocação dos riscos, se os três primeiros fatores forem avaliados incorretamente. Para ele, contudo, primeiro, o segundo e o quarto fatores não são determinantes para o juízo de alocação de riscos, já que há situações em que fogem do conhecimento, do controle e da capacidade dos fornecedores em contorná-los. Já o terceiro fator, que faz alusão à pré-disposição dos atores em jogo em assumir os riscos, é fundamental, na sua análise, para responsabilizar o fornecedor em riscos “não seguráveis” (*uninsurable risks*)²⁵⁶.

Calabresi sustenta que contrair riscos é, concomitantemente, a função e a justificação das empresas privadas em um sistema de livre mercado:

A livre iniciativa é valorizada, na economia clássica, precisamente porque fomenta a criação de empreendedores que assumem riscos não seguráveis, que, em outras palavras, apostam na incerteza e demonstram sua utilidade sobrevivendo - ganhando com mais frequência do que outros. Quer façam isso por meio de habilidade ou sorte, esses "minimizadores" dos custos dos riscos não seguráveis valem a pena, porque somente

²⁵⁴ Juanita Kreps, falando pela Administração do Presidente Karter:

Serious product liability problems have affected thousands of small businesses that have had great difficulty in obtaining affordable product liability insurance. The problem has also affected consumers because insurance costs have been passed on to them in terms of higher prices. Consumer groups have also been concerned about restrictive new state laws that have attacked the problem by limiting the rights of persons to recover damages for injuries caused by defective products. Finally, insurers have expressed concern about court rulings imposing substantial damages in product liability cases.

²⁵⁵ CALABRESI, Guido. **Product liability**: curse or bulwark of free enterprise. *Cleveland State Law Review*. Cleveland, v. 27, p. 313-327, 1978.

²⁵⁶ CALABRESI, 1987. p. 321.

através deles é possível avançar na redução de tais custos não seguráveis. Frequentemente, os custos de acidentes envolvidos em situações de responsabilidade do produto são exatamente desse tipo. É precisamente por isso que muitas vezes não somos capazes de dizer que o produtor ou o usuário é mais adequado para gerenciar o risco; nessas situações, os meios de gerenciar os riscos não estão disponíveis atualmente e exigem habilidades de inovação ou invenção. Esta é exatamente a razão pela qual o seguro é caro ou indisponível nesses casos.²⁵⁷

Não obstante as empresas também sejam, em certo sentido, avessas a riscos, Calabresi defende que os produtores, frequentemente, vão deslocar os riscos aos consumidores, que arcarão com eles por não entenderem ou não saberem a sua real amplitude. E é aí que o Direito intervém, na sua visão, pois assumir riscos é um dever imanente à própria existência e finalidade das empresas no desenvolvimento econômico, as quais encontram oportunidades de fornecimento de bens ou serviços, mesmo com altas taxas de insucesso, para lucrar a partir deles – e, se não estiver preparada para tal empreitada, deve se retirar do mercado²⁵⁸. Calabresi conclui referindo que, como consequência, será necessária uma maior regulação do mercado por parte do Estado, que se verá obrigado a intervir na economia como forma de suprir a lacuna de incentivos econômicos à minimização de acidentes de consumo²⁵⁹. Assim manifesta suas críticas:

Que o produtor deseje evitar suportar tais riscos ou pagar um preço suficiente para transferi-los para um comprador experiente (como uma companhia de seguros que teria que ser autorizada a cobrar tarifas empresariais), é muito mais sério. Pois representa uma relutância do setor privado em assumir a função de gerar incentivos para inovar e, assim, diminuir os custos que não podem ser dados como base atuarial. Representa, em outras palavras, uma relutância em assumir a tarefa que uma sociedade de livre empresa, classicamente, não acredita que o governo faça bem: a gestão do risco, da incerteza e da inovação. E se o setor privado não estiver disposto a assumir a tarefa que, em última instância, justifica sua existência, não demorará muito para que as pessoas perguntem, com boas razões, por que deveríamos tê-las? Existem, dirão, algumas coisas que o governo faz melhor do que a iniciativa privada. Se a empresa privada abandona essas tarefas, como assunção de riscos, que pode fazer melhor do que o governo, para obter uma vantagem econômica reconhecidamente de curto prazo, isso colocará em risco sua sobrevivência de longo prazo. Pois, nesse ponto, a iniciativa privada só poderá fazer as coisas que não faz especialmente bem.

(...)

Teremos mudado, como resultado de uma falta de vontade por parte dos empresários de suportar e, portanto, de administrar a incerteza, para o controle governamental da

²⁵⁷ CALABRESI, 1978. p. 321 (Tradução nossa).

²⁵⁸ Não há falta de demanda, necessidade e pagamento por pessoas dispostas a assumir riscos em nossa sociedade. Também não importa que o produtor em particular possa odiar assumir riscos - pode ser altamente avesso ao risco. Se assim for, ele ou ela deve sair de um negócio que implica riscos não seguráveis ou riscos que só podem ser transferidos para outros em extraordinariamente altos preços. Pois são esses preços extraordinariamente altos que permitem aos tomadores de risco dispostos tornar os lucros adequados ao fato de estar cumprindo o papel de um empreendedor. (Tradução nossa). Ibid., p. 322.

²⁵⁹ CALABRESI, 1978. p. 323.

incerteza. Esse tipo de gerenciamento de riscos não é nem eficaz nem desejável, pelo menos quando aplicado de forma generalizada e, desejável ou não, é fundamentalmente inconsistente com uma abordagem de livre iniciativa.²⁶⁰

A respeito da contribuição ao livre mercado que o controle de riscos trás, Bruno Miragem²⁶¹, em artigo publicado sob o título “Como o Direito do Consumidor Contribui para o Aperfeiçoamento do Mercado”, é enfático. Sublinha o autor que a eficiência no controle dos riscos e a defesa dos direitos do consumidor possui um triplo efeito:

[E]ficiência no mercado, maior qualidade de produtos e serviços e ganhos efetivos para consumidores (menor lesividade) e fornecedores (maior lucro). Nessa equação, reduzir custos em detrimento da segurança dos consumidores, além das razões ético-jurídicas e normativas de proteção à pessoa do consumidor, torna-se também uma decisão ineficiente em termos econômicos.

A assunção de riscos como fundamento para a responsabilização encontrou abrigo em decisão isolada do Tribunal de Justiça do Paraná, que foi mantida no Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 6.422/PR, publicado em 05.08.1991²⁶², que manteve o acórdão recorrido em respeito à soberania das instâncias ordinárias no que tange à matéria de fato. Atenção especial deve ser dada ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, transcrito no relatório do Ministro Barros Monteiro:

Serve a argumentação contra a pretensão da apelante relativamente ao desconhecimento da toxicidade daquele componente, porquanto correu o risco, pondo em circulação o produto, sem a comprovação definitiva da eficiência e ausência de eventual dano da medicação.

Garantindo a qualidade e a utilidade do produto, sem menção a qualquer contra-indicação, tornou-se responsável pelo resultado da sua aplicação.

Para encerrar esta análise, é pertinente um relatório acerca da aplicação da cláusula do risco do desenvolvimento na União Europeia realizado e publicado a requerimento da Comissão

²⁶⁰ CALBARESI, 1978. p. 322-323 (Tradução nossa)

²⁶¹ MIRAGEM, Bruno. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁶² REsp. nº 6.422/PR. Ação de reparação de danos. Vítima falecida após aplicação endovenosa de medicamento. Culpa. Matéria de fato. Duração do pensionamento. 1. A pretensão de reexame de prova não dá ensejo ao Recurso Especial. Súmula 7 do STJ. 2. Não é dado presumir que, aos 25 anos de idade, a vítima deixaria de auxiliar seus progenitores, prestando-lhes alimentos. Recurso Especial conhecido, em parte, e improvido. Quarta Turma. Relator Barros Monteiro. Publicado em 05.08.1991.

Europeia em 2004²⁶³. Neste estudo empírico – feita a ressalva de que enfrentaram-se dificuldades na obtenção de grande quantidade de dados, em especial pelo do número limitado de casos que versavam sobre risco do desenvolvimento e por estatisticamente baixa quantidade de respostas aos questionários –, cuja pesquisa fundou-se em entrevistas e questionários a *stakeholders*, advogados especializados, ministros da saúde e ministros do trabalho e assuntos sociais de cada Estado-membro da União Europeia, assim como associações de consumidores, foi possível tecer conclusões em alguns tópicos²⁶⁴.

Constatou-se que a previsão expressa da excludente de responsabilidade “é um fator significativo para alcançar o equilíbrio da Diretiva entre a necessidade de preservar os incentivos à inovação e aos interesses dos consumidores”²⁶⁵. A defesa por meio da eximente foi considerada necessária ao fim de proteger a inovação e foi, “provavelmente, um fator chave para determinar a relativa estabilidade de custos com seguros na indústria europeia”²⁶⁶. Ademais, houve evidências de que companhias com altos investimentos em tecnologia de ponta e que atuavam em setores que são, naturalmente, mais propensos a riscos – como o farmacêutico – teriam maiores dificuldades

²⁶³ FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the economic impact of the development risk clause as provided by Directive 85/374/EEC on liability for defective products.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7104/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

Como o próprio artigo 15(3) da Diretiva nº 85/374/CEE previu:

15.3. Dez anos após a data de notificação da presente diretiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à proteção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7º e do nº 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100 do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7º.

²⁶⁴FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the economic impact of the development risk clause as provided by Directive 85/374/EEC on liability for defective products.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7104/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018. p. 17.

²⁶⁵ Ibid., p. 135 (Tradução nossa).

²⁶⁶ Ibid., p. 135 (Tradução nossa).

Do relatório:

In conclusion, the findings presented in this report seem to support the argument that Development Risk Clause is a significant factor in achieving the Directive’s balance between the need to preserve incentives to innovation and consumers’ interests. There is in fact evidence that the DRC protects incentives to innovation by reducing the innovation related risks, not diverting resources from R&D to insurance policies and pushing firms to acquire state of the art knowledge. Moreover, the Development Risk Clause is probably a key factor in determining the relative stability of insurance costs in European industry. There is also some indication that, in a regime of strict liability, companies in high-tech / high risk sectors would find it very difficult to get a reasonable insurance policy to cover their developmental risks. (p. 135).

em conseguir seguro para a responsabilidade civil decorrente do risco do desenvolvimento²⁶⁷. Muito embora não tenha sido verificada uma alta significativa no custo de seguros em exportações entre Estados-membros da União Europeia, as exportações aos Estados Unidos poderiam ser de duas a dez vezes mais custosas que a outros países, em razão da diferença entre os regimes de responsabilidade civil pelo risco do desenvolvimento²⁶⁸.

Outra perspectiva do tema objeto da pesquisa foi a diferença entre a adoção, ou não, da causa excludente de responsabilidade no tocante à inovação e seus reflexos em empresas mais e menos tecnológicas. Nesse ponto, reporta-se ao texto do relatório:

Em particular, por um lado, empresas menos inovadoras incorrem em custos mais altos de indenizações quer em termos de valor esperado de risco, quer em termos de custos de seguro. Da mesma forma, a introdução de responsabilidade objetiva deve induzir essas empresas a aumentar seu nível de inovação ou a deixar o mercado, resultando, assim, em um aumento da inovação agregada dentro do setor. Por outro lado, é evidente que as empresas altamente inovadoras enfrentam uma incerteza muito maior quando introduzem novos produtos do que suas contrapartes não inovadoras. A aplicação mais rigorosa da responsabilidade civil resultará em custos mais altos relacionados ao risco que refletem essa incerteza. As empresas, em princípio, lidariam com essa incerteza a partir de duas estratégias alternativas: por um lado, tentariam reduzir o nível de incerteza concentrando seus esforços em resultados mais previsíveis e convencionais e diminuindo o nível de inovação radical. Por outro lado, elas tentariam direcionar seus esforços de inovação em direção à qualidade e à segurança. Consequentemente, é certamente muito difícil avaliar se o esforço inovador apresenta uma relação positiva ou negativa em relação a uma aplicação de responsabilidade mais rigorosa ou mais atenuada. No entanto, podemos certamente concluir que o tipo de inovação realizado pela indústria está fadado a mudar. Em particular, argumentamos, de acordo com a literatura econômica atual, que os regimes de responsabilidade objetiva encorajariam uma maior inovação no processo produtivo, um aumento na taxa de inovação incremental, mas um colapso substancial na variedade de produtos, na inovação radical e em pesquisa básica.²⁶⁹

São pesos e contrapesos da avaliação dos diversos corolários possíveis do risco do desenvolvimento para a economia. Cumpre agora apreciar os pontos de vista que partem de uma investigação das normas consumeristas e das reflexões a respeito.

²⁶⁷FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the economic impact of the development risk clause as provided by Directive 85/374/EEC on liability for defective products.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7104/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018. p. 135.

²⁶⁸ Ibid., p. 133.

²⁶⁹ Ibid., p. 132-133 (Tradução nossa).

4.4.2 O enfoque dogmático-hermenêutico

As interpretações do CDC a respeito do risco do desenvolvimento são diversas e, no mais das vezes, contrapostas. A título exemplificativo, há quem sustente que o risco do desenvolvimento não constitui defeito juridicamente relevante, mas também há a posição defendida de que tal risco caracteriza um defeito de concepção; há os que afirmam que as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor previstas no artigo 12, § 3º, do CDC, são taxativas, e há quem refira o oposto, ou seja, que o rol do artigo 12 menciona as circunstâncias em *numerus apertus*; também se diz, por um lado, que o fornecedor não violou o seu dever de informar, e, por outro, que, por não ter informado o consumidor do defeito, deve o produtor ser responsabilizado. Essas e outras considerações serão aprofundadas neste subcapítulo.

Para os que afastam o dever de indenizar do fornecedor pelo risco do desenvolvimento, o primeiro destaque a ser feito concerne a interpretação dos dispositivos do código consumerista pátrio em conjunto com o que a doutrina entende por *risco do desenvolvimento*.

Fábio Ulhoa Coelho²⁷⁰ tece seu raciocínio sobre o assunto a partir da definição do dever de pesquisar atribuído ao fornecedor pelo CDC. Segundo Ulhoa, essa obrigação veda ao produtor que forneça ao mercado algum bem ou serviço a respeito do qual não tenha conhecimento exaustivo da extensão ou, antes, da existência de eventual risco, conforme o estado da arte²⁷¹. Com isso se quer evitar apenas que sejam introduzidos ao mercado produtos com riscos previsíveis. Segundo o doutrinador, o descumprimento do dever de pesquisar origina o defeito de concepção, pois o fornecedor não teria esgotado todas as possibilidades científicas e tecnológicas²⁷².

É nesse sentido que Ulhoa expõe que não há defeito de concepção no risco do desenvolvimento, visto que

A diferença entre defeituosidade de concepção (descumprimento do dever de pesquisar) e incognoscibilidade de efeito danoso (risco do desenvolvimento) estabelece-se precisamente a partir do aproveitamento integral das possibilidades abertas pelo desenvolvimento do conhecimento humano especializado, pelo *estado da arte*. Enquanto

²⁷⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82-89.

²⁷¹ Ibid., p. 82.

²⁷² Ibid., p. 82-83.

no defeito de concepção o empresário não aproveita tais possibilidades, no fornecimento com efeito danoso incognoscível ocorre esse aproveitamento. Nas lições de Calvão da Silva, o estágio de desenvolvimento da ciência e da técnica serve de linha fronteira entre os defeitos de concepção e informação e os riscos de desenvolvimento.²⁷³

Em assim sendo, não haveria frustração do dever de pesquisar, diferentemente do que ocorre no defeito de concepção.

A par disso, também não se configuraria desobediência ao dever de informar, isto é, não haveria defeito de informação, pois não se cuidaria de fornecimento perigoso²⁷⁴. Quer ele dizer com isso que, atendido o estado da arte, o produtor teria prestado todas as informações possíveis e disponíveis – frisa-se que não só a ele, mas ao conhecimento humano em geral – para o consumidor. Portanto, tendo advertido suficientemente sobre os riscos de seu produto, não há periculosidade ou falha de informação hábeis a ensejar a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento²⁷⁵.

Outros autores que também desprendem o risco do desenvolvimento dos defeitos de concepção são Gustavo Tepedino²⁷⁶, João Calvão da Silva²⁷⁷, James Marins²⁷⁸ e Rui Stoco²⁷⁹.

²⁷³ COELHO, 1994. p. 84.

²⁷⁴ Ibid., p. 83.

²⁷⁵ Ibid., p. 83.

²⁷⁶ “De todo modo, parece bastante claro que, nas hipóteses de risco de desenvolvimento, não há defeito no produto ou serviço, nos termos definidos pelo art. 12, § 1.º, cuja dicção é corroborada pela interpretação sistemática dos arts. 6.º e 10 do CDC, antes mencionados. Para o Código do Consumidor, convém insistir, defeito não se confunde com nocividade (há inúmeros produtos, na praça, que, embora nocivos, não são defeituosos, desde que as informações prestadas pelo fornecedor esclareçam bem o seu grau de nocividade). E não há defeito imputável ao fornecedor quando, nos termos do art. 12, § 1.º, III, tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistente vício de insegurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente o consumidor, com base no atual conhecimento científico”. TEPEDINO, Gustavo. **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. 136.

²⁷⁷ SILVA, J., 1990. p. 520-521.

²⁷⁸ MARINS, 1993. p. 135-137.

²⁷⁹ “Ademais, cabe observar que a responsabilidade do fabricante, ou seja, a chamada “responsabilidade pelo fato do produto” só ocorre quando os danos são causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento. Ora, o chamado “risco do desenvolvimento” não pressupõe e não se identifica com o defeito de origem, ou seja, defeitos do projeto. O defeito de concepção ou do produto, como resultado desse desenvolvimento, só se revela quando há, na origem, imperfeição ou deficiência que poderia ser identificada, tendo em vista o estágio e desenvolvimento técnico e científico naquele momento de criação e fabricação”. STOCO, op. cit.

O jurista lusitano assim diferencia os defeitos de informação e de concepção do risco do desenvolvimento:

Nos defeitos de concepção e nos defeitos de informação – defeitos relativos a toda uma série ou linha de produção -, a responsabilidade objetiva compreende uma zona de casos que de outro modo integraria o hemisfério dos riscos do desenvolvimento e, portanto, da irresponsabilidade – é a zona não abrangida pelo padrão do produtor médio, mas abarcada pela bitola do *produtor ideal* acima definido.

Equivale a dizer que o já conhecido estalão do “estado da ciência e da técnica” serve de linha de fronteira entre os defeitos de concepção e informação e os chamados defeitos do desenvolvimento, ficando, do primeiro lado, os riscos conhecidos, cognoscíveis ou previsíveis, e, do outro, os riscos ignotos, incognoscíveis ou imprevisíveis: por aqueles, o produtor responde na base da culpa ou independentemente de culpa; por estes, o produtor não é responsável.²⁸⁰

As observações de James Marins também são dignas de nota. Propõe o doutrinador que o risco do desenvolvimento é *defeito juridicamente irrelevante*, incapaz de justificar a responsabilização do fornecedor²⁸¹. Tal colocação é corroborada, em primeiro lugar, pela inexistência da obrigação de advertir o consumidor, pois não haveria “falsidade, insuficiência ou omissão de informação relevante sobre o produto”²⁸²; em segundo, não haveria defeito de fabricação, eis que este compromete apenas parcela da produção, diferentemente do risco do desenvolvimento; em terceiro, não haveria defeito de concepção, pois o produto teria sido criado sem erros de projeto ou de fórmula conhecidos pela ciência²⁸³.

Interessante trazer à baila decisões dos Estados Unidos, país com relativa abundância de decisões versando sobre riscos ignotos – se comparado a outros, sobretudo o Brasil -, cuja fundamentação ratificou esse entendimento. A título de exemplo, em *Kaufman v. Wyeth, LLC*, julgado pela *District Court* da Flórida em 2011, asseverou-se que “a defesa do risco do desenvolvimento pode ser usada por um fabricante para mostrar que o *design* do seu produto atendeu ao estado da arte e, portanto, não era defeituoso, uma vez que cumpriu com tecnologia mais conhecida disponível”²⁸⁴. Outra decisão, *Powers v. Taser Intern., Inc.*, de 2007 e proferida

²⁸⁰ SILVA, J., 1990. p. 520-521.

²⁸¹ MARINS, 1993. p. 137. Não é demais lembrar que, consoante o artigo 12, § 3º, II, do CDC, o fornecedor “não será responsabilizado quando provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste.”

²⁸² Ibid., p. 135.

²⁸³ Ibid., p. 136.

²⁸⁴ *Kaufman v. Wyeth, LLC*, 2011 WL 10483576 (S.D. Fla. 2011). (Tradução nossa).

pela *Court of Appeals* do Arizona, firmou-se no *Restatement (Third) of Torts* para concluir que o dever de informação se estende apenas aos riscos previsíveis²⁸⁵, a qual foi ratificada por *D’Agnese v. Novartis Pharmaceuticals Corp.* em 2013, também do Arizona²⁸⁶.

A inexistência de defeito também pode ser corroborada pela dicção de certos dispositivos do CDC, em especial pelo artigo 10, *caput*, e parágrafo primeiro:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que **sabe ou deveria saber** apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, **posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade** que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

(*grifou-se*).

Ulhoa aduz que a expressão *sabe ou deveria saber* empregada pelo *caput* do artigo 10, em interpretação a *contrario sensu*, deixa aberta a possibilidade de o fornecedor oferecer produtos com riscos dos quais não se pode ter conhecimento pelo estado da arte. De outra banda, Rui Stoco, escorado no parágrafo primeiro do artigo retrocitado, alude que se anteviu a hipótese de o perigo do produto ser descoberto somente após este ter entrado em circulação, situação em que a empresa terá apenas a obrigação de comunicar as autoridades, sem ser por tal responsabilizado²⁸⁷. Nessa perspectiva, a ausência de previsão expressa acerca do risco do desenvolvimento no código pode ser tida como intencional e voluntária pelo legislador²⁸⁸.

Ulhoa ainda complementa que exigir da companhia o dever de saber dos riscos ignotos seria equivalente a responsabilizá-la pelo impossível²⁸⁹, tornando-o responsável absoluto ou “segurador virtual” dos riscos. Tal assertiva encontra supedâneo em precedentes do Estados Unidos, a exemplo de *Georgia Pacific, LLC v. Farrar*²⁹⁰, julgado pela *Court of Appeals* de Maryland em 2013:

²⁸⁵ *Powers v. Taser Intern., Inc.*, 217 Ariz. 398, 174 P.3d 777, 779–84 (Ct. App. Div. 1 2007).

²⁸⁶ *D’Agnese v. Novartis Pharmaceuticals Corp.*, 2013 WL 3335203, *6 (D. Ariz. 2013).

²⁸⁷ STOCO, 2007.

²⁸⁸ STOCO, 2007.

²⁸⁹ COELHO, 1994. p. 86.

²⁹⁰ *Georgia Pacific, LLC v. Farrar*, 432 Md. 523, 69 A.3d 1028, 1036 (2013).

[A] manufacturer cannot warn of dangers that were not known to it or knowable in light of the *generally recognized and prevailing* scientific and technical knowledge available at the time of manufacture and distribution. As the *Fenton* court and other courts have pointed out, any other rule would make the manufacturer not just *strictly*, but *absolutely* liable—an insurer of the product's safety—and that is not the law.²⁹¹

Podem-se citar outras decisões, tais como *Leibowitz v. Ortho Pharmaceutical Corp.*²⁹², de Pennsylvania, ano 1973, e *Woodill v. Parke Davis & Co.*²⁹³, da *Supreme Court* de Illinois, proferida em 1980, cujas fundamentações se respaldaram na concepção de que o fornecedor seria um “segurador virtual” (*virtual insurer*). Esta última decisão foi citada e seguida por *Apperson v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*²⁹⁴, de 1984, também de Illinois.

Além das interpretações do artigo 10 do CDC, outra norma que suscita a devida atenção hermenêutica é a do artigo 12, § 1º, III²⁹⁵, que estatui que deve ser considerada a época em que o

²⁹¹ “O fabricante não pode alertar sobre perigos que não eram conhecidos ou conhecíveis à luz do conhecimento científico e técnico geralmente reconhecido e predominante disponível no momento da fabricação e distribuição. Como o tribunal de *Fenton* e outros tribunais apontaram, qualquer outra regra tornaria o fabricante não apenas estritamente, mas absolutamente responsável - uma seguradora da segurança do produto - e essa não é a lei”. *Georgia Pacific, LLC v. Farrar*, tradução nossa.

²⁹²*Leibowitz v. Ortho Pharmaceutical Corp.* (1973) 224 Pa.Super. 418, 307 A.2d 449, 458. “Um fabricante de medicamentos se tornaria virtualmente uma seguradora contra todas as possíveis consequências, que em alguma data futura se revelariam “causadas” pelo uso de seu produto. Isso faria com que as empresas farmacêuticas hesitassem e prolongassem o tempo até que medicamentos preciosos, benéficos e aguardados fossem colocados no mercado.” (Tradução nossa).

²⁹³*Woodill v. Parke Davis & Co.* (1980) 79 Ill.2d 26, 37 Ill.Dec. 304, 402 N.E.2d 194, 197–199. “Acreditamos que o nosso entendimento neste caso é justificado porque um limite lógico deve ser colocado no âmbito da responsabilidade de um fabricante sob uma teoria de responsabilidade objetiva. Responsabilizar um fabricante por não advertir sobre um perigo do qual seria impossível saber com base no estado atual do conhecimento humano tornaria o fabricante o segurador virtual do produto, uma posição rejeitada por este tribunal em *Suvada*. (*Winnett v. Winnett* (1974), 57 Ill.2d 7, 11, 310 N.E.2d 1.) Responsabilidade objetiva não é o equivalente de responsabilidade absoluta. Existem restrições impostas a ela. Por exemplo, nós afirmamos anteriormente que quando uma lesão não é previsível, isto é, objetivamente previsível, nenhuma responsabilidade será gerada com base na responsabilidade objetiva. Além disso, quando o autor sabe do risco de lesão apresentado pela utilização de um produto perigosamente defeituoso, mas assume o risco, o fabricante é isento de responsabilidade. *Court v. Grzelinski* (1978), 72 Ill.2d 141, 149, 19 Ill.Dec. 617, 379 N.E.2d 281; *Williams v. Brown Manufacturing Co.* (1970), 45 Ill.2d 418, 430, 261 N.E.2d 305.” (Tradução nossa).

²⁹⁴*Apperson v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* 41 F.3d 1103, 1108, 7th Cir.(Ill.). “Um fabricante precisa apenas alertar sobre os perigos que conhece ou deveria saber. *Woodill vs Parke Davis & Co.*, 79 Ill.2d 26, 37 Ill.Dec. 304, 402 N.E.2d 194 (1980)”. (Tradução nossa).

²⁹⁵ Da redação:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

produto foi colocado em circulação na aferição da sua defeituosidade. A partir da interpretação do dispositivo, James Marins aduz que a legítima expectativa do consumidor quanto à segurança do bem deve ser avaliada no momento em que este foi disponibilizado ao mercado, tendo como limite o grau da ciência existente²⁹⁶. Portanto, conclui Marins, só é legítima a expectativa que não exceda ao conhecimento tecnológico e científico existente no momento da venda do produto²⁹⁷.

Comungam dessa compreensão Fernando Eberlin²⁹⁸ e Manuel da Cunha Carvalho, o qual propõe que a norma do artigo 12, § 1º, III, do CDC, é “uma norma de proporcionalidade entre a segurança de um produto e a época em que foi colocado em circulação”:

No caso do presente artigo, nossa atenção está centralizada na circunstância específica de o fabricante não ter utilizado tecnologia de segurança moderna ou inovadora na fabricação de seu produto e em que casos ou situações isso poderá gerar a responsabilidade civil ou penal daquele.

(...)

Ao que parece o Código (...) não abordou de forma clara, precisa e inequívoca a questão em torno da não adoção de modernos recursos tecnológicos na fabricação do produto e em que casos o fabricante por isso deve ser responsabilizado. Contudo, há uma pista contundente de que o tema está previsto indiretamente no Código do Consumidor. Essa pista encontra-se no art. 12, § 1.º, III, CDC (...). Numa interpretação gramatical mais objetiva desse artigo, retendo apenas o que consideramos essencial, ele comporta a seguinte leitura: o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera à época em que foi colocado em circulação.

A nosso ver, esse artigo estabelece implicitamente uma norma de proporcionalidade entre a segurança de um produto e a época em que foi colocado em circulação, sem a qual não se poderá interpretá-lo adequadamente. Expliquemos: quanto maior for a segurança de que se pode dispor na época em que o produto foi posto em circulação, maior também será a segurança que dele se deve legitimamente esperar. Em outros termos, a segurança que se deve legitimamente aguardar de um produto será proporcionalmente direta à maior ou menor segurança disponível à época em que foi colocado em circulação.²⁹⁹

Por derradeiro, o Professor Rafael Dresch também interpreta o artigo 12 do CDC em favor da aplicação da causa eximente, mas a partir dos fundamentos da responsabilidade civil no direito

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

(*grifou-se*).

²⁹⁶ MARINS, 1993. p. 136.

²⁹⁷ Ibid., p. 136.

²⁹⁸ EBERLIN, 2007.

²⁹⁹ CARVALHO, Manuel da Cunha. **Produtos seguros, porém defeituosos**: por uma interpretação do art. 12 do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 5, p. 27-54, jan./mar. 1993.

do consumidor³⁰⁰. Ao acentuar que a responsabilidade do fornecedor é comutativa, visto que os direitos do consumidor correspondem aos deveres do fornecedor, infere que, quando não é possível, segundo o estado da arte, prover uma segurança além da oferecida, não há nenhum direito que o consumidor possa reclamar³⁰¹. Se o contrário fosse verdade, “a razão para ganhar do consumidor não [seria] a mesma que a razão para perder do fornecedor”³⁰². Sob essa perspectiva, portanto, o consumidor só não tem assegurada a segurança que exceda os limites da ciência contemporânea à inserção do produto no mercado³⁰³.

Ademais, para Rafael Dresch, como já exposto, o CDC assenta o sistema de responsabilização na culpa presumida do produtor³⁰⁴. Isso traz para outro argumento: a responsabilidade objetiva não consegue cumprir satisfatoriamente as suas finalidades preventivas e de estímulo à criação de produtos mais seguros³⁰⁵ simplesmente porque o fornecedor não poderia ter eliminado o defeito. Só se pode exigir e só se pode esperar aquilo que é factível à luz da ciência mais avançada³⁰⁶.

Por todo o exposto, para os defensores do risco do desenvolvimento como eximente da responsabilidade, a exclusão da responsabilidade estaria indiretamente prevista no CDC, a partir da interpretação dos artigos 10 e 12, § 1º, III, em conjunto. Agora, cumpre detalhar o entendimento contraposto.

Ressalta Fernando Eberlin que, no Brasil, a opinião majoritária situa-se na responsabilização do fornecedor pelos riscos imprevisíveis³⁰⁷. A primeira razão para tal é a

³⁰⁰ Vide *supra*, 1.3. DRESCH, 2005. p. 127-129.

³⁰¹ DRESCH, 2005. p. 128-129.

³⁰² *Ibid.*, p. 129.

³⁰³ *Ibid.*, p. 129.

³⁰⁴ Vide *supra*, 1.3

³⁰⁵ Pode-se citar algumas decisões dos Estados Unidos que justificam a responsabilidade do fornecedor, além de outros argumentos, com essa discussão:

“At the same time, we believe this position will serve the salutary goals of increasing product safety research and simplifying tort trials.” (*Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, 90 N.J. 191, 447 A.2d 539, 33 A.L.R.4th 353 (1982)); “[w]e suspect that, in the final analysis, the imposition of liability has a beneficial effect on manufacturers of defective products both in the care they take and in the warning they give.” (*Phillips v. Kimwood Mach. Co.*, 269 Or. 485, 525 P.2d 1033 (1974)).

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

³⁰⁷ EBERLIN, 2007.

taxatividade das causas de exclusão da responsabilidade estatuídas no artigo 12, § 3º, do CDC³⁰⁸. Esse é um ponto polêmico, discutido anteriormente³⁰⁹, mas vários autores frisam que a eximente, para ser aplicada, deveria estar prevista no rol do referido artigo. Sustentando esse posicionamento estão Paulo Sanseverino³¹⁰, Silvio Luís Ferreira da Rocha³¹¹ e Bruno Miragem³¹².

Contudo, a defesa da taxatividade encontra obstáculos, pois também se estaria a recusar não só o caso fortuito e força maior, mas também o fato do príncipe como excludentes da responsabilidade no CDC, embora estas encontrem forte respaldo na doutrina. Assim, outros argumentos devem ser somados a este para que seja possível sustentar a aplicação do risco do desenvolvimento como apto a elidir a responsabilidade do fornecedor.

Nessa senda, se diz que há, sim, defeito na hipótese dos riscos incognoscíveis. Calixto, a esse propósito, manifesta duras críticas a quem argumenta pela inexistência de defeito³¹³. Para esse autor, o reconhecimento de hipóteses de responsabilização pelo risco do desenvolvimento para alguns produtos e para outros não, a exemplo do que se verifica em determinados países europeus, demonstra por si só a debilidade desse discurso – ou o defeito existe ou não existe, não há meio termo³¹⁴. Em respaldo, Calixto aduz que a decisão por não responsabilizar determinados setores produtivos, em detrimento de outros, é eminentemente política:

No fundo, o que se quer com esta opção, certamente política, é acalmar os ânimos dos consumidores, das associações que os representam, bastando verificar que a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento está sempre ligada a

³⁰⁸ Da redação:

Art. 12. (...).

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado 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.

³⁰⁹ Vide *supra*, 2.4.

³¹⁰ “[A] exclusão da responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese, deveria ter constado de maneira expressa do rol de causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, como ocorreu no direito comunitário europeu”. (SANSEVERINO, op. cit., p. 345).

³¹¹ “Com efeito, citada causa de exclusão, por ser controvertida, para ser aceita, deveria ter sido expressamente elencada no art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor”. (ROCHA, op. cit., p. 112).

³¹² “Em primeiro lugar, um argumento de ordem técnico-legislativa é a circunstância de que o rol de excludentes de responsabilidade previstas nos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, ao não incluir os riscos do desenvolvimento, não permite que sejam consideradas, *praeter legem*, circunstâncias que afastam a responsabilidade do fornecedor”. (MIRAGEM, Direito civil: responsabilidade civil, op. cit., p. 555).

³¹³ CALIXTO, 2004. p. 245-246.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 245.

casos históricos de graves danos ocorridos pelo consumo de produtos que se inserem nas hipóteses previstas. Afirmar que o legislador presume para estes casos a segurança absoluta do produto e que, nos casos de irresponsabilidade, esta presunção fica afastada é, em última instância, reafirmar que se trata de uma escolha política, dramática, que pode perfeitamente ser estendida para toda e qualquer hipótese, tendo em vista, sempre, a necessidade de uma proteção eficaz do consumidor.³¹⁵

Em adendo, também se reputa defeituoso o produto pelo risco do desenvolvimento por ser uma espécie do gênero “defeito de concepção”³¹⁶. Segundo observa Bruno Miragem, o defeito, ainda que impossível de ser detectado *a priori*, no instante de sua apresentação ao mercado, ali está, integrando a essência do produto³¹⁷. A única ponderação a ser feita é que o defeito somente passa a ser conhecido posteriormente, em decorrência do progresso científico-tecnológico³¹⁸. A propósito, pouco importa, para a noção de defeito adotada pelo CDC, que este seja cognoscível³¹⁹.

Outrossim, presente o defeito, este não pode ser elidido por uma interpretação do artigo 12, § 1º, III, do CDC. Miragem evidencia que essa norma apenas “constitui critério de valoração para identificação e definição do defeito”, sem poder ser subsumida à hipótese excludente, “sob pena de subverter a sistemática do CDC”³²⁰. De igual modo, ao proceder à interpretação do artigo 10 do CDC, Sanseverino suscita que não se deve atribuir uma extensão a ponto de agasalhar o risco do desenvolvimento, pois a expressão “sabe ou deveria saber”, inculpada no dispositivo, revela tão somente o “dever de apenas inserir no mercado produtos seguros o suficiente, após exaustivos testes e pesquisas anteriores à sua colocação no mercado”³²¹.

³¹⁵ Ibid., p. 245-246.

³¹⁶ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013. p. 171. Também se filia a esta corrente Eduardo P. Arruda Alvim (ALVIM, Eduardo P. Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 15, p. 132-150, jul./set. 1995), Silvio Luís Ferreira da Rocha (ROCHA, 2000. p. 111) e Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2015. p. 611-612). Cumpre destacar a posição de Adalberto Pasqualotto, para quem o risco do desenvolvimento é uma quarta categoria, ao lado dos defeitos de concepção, informação e fabricação (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade do fabricante e os riscos do desenvolvimento**. In: MARQUES, Claudia Lima. *A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 86).

³¹⁷ MIRAGEM, 2015. p. 556.

³¹⁸ Ibid., p. 556.

³¹⁹ CATALAN, 2015. p. 721.

³²⁰ MIRAGEM, 2015. p. 555.

³²¹ SANSEVERINO, 2010. p. 345.

A fim de estancar a discussão em torno da existência, ou não, do defeito no risco do desenvolvimento, Tula Wesendonck propõe, a partir do “diálogo das fontes” difundido por Cláudia Lima Marques³²², a aplicação do artigo 931 do Código Civil, que possui a seguinte redação:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

O cerne da questão está em que a norma acima prescinde do defeito como requisito para a responsabilidade objetiva do empresário. É nesse sentido que Tula enfatiza que essa poderia ser um “portal para a inclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento”, pois não se discutirá a defeituosidade do produto para responsabilizar o fornecedor³²³ - bastaria a prova do dano e do nexa causal entre este e o produto. Por conseguinte, essa interpretação suprimiria uma das defesas disponíveis ao fornecedor, acarretando uma proteção mais efetiva ao consumidor³²⁴.

Todavia, essa posição não está imune a críticas. Primeiro, em se tratando de relação de consumo, deve-se atentar à especialidade de normas; sendo o CDC norma mais específica que o Código Civil, os preceitos daquele devem se sobrepôr aos deste³²⁵. Segundo, deve-se considerar que o artigo 931 foi inserido no projeto do Código Civil antes mesmo da entrada em vigor do CDC, o que denota uma interpretação conforme a norma mais recente³²⁶. Terceiro, a adoção do artigo 931 poderia levar à uma responsabilidade próxima à integral, pois nem a inexistência de defeito

³²² “Observando-se o texto do art. 7.º do CDC conclui-se que representa uma cláusula de abertura uma interface com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no Código de Defesa do Consumidor. Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor. Sendo assim, parece-me que o Novo Código Civil de 2002 trará também novos direitos aos consumidores. Também suas cláusulas gerais, de responsabilidade sem culpa pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único, CC/2002), responsabilidade sem culpa das empresas e empresários individuais pelo fato do produto (art. 931, CC/2002), de redução da prestação ou alteração da forma de execução do contrato de mútuo por onerosidade excessiva (art. 480, CC/2002), de redução da cláusula penal (art. 413, CC/2002) poderão complementar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou mesmo superá-la se forem mais favoráveis aos consumidores (...).” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003).

³²³ WESENDONCK, Tula. **Art. 931 do código civil**: repetição ou inovação?. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 3, p. 141-159, abr./jun. 2015.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ EBERLIN, 2007.

³²⁶ DRESCH, 2005. p. 140.

seria apta a expungir a responsabilidade, o que é contrário ao sistema previsto no código consumerista³²⁷.

Outra tentativa de responsabilização do fornecedor pelos riscos imprevisíveis ante o estado da arte é a elaborada por Sérgio Cavalieri Filho³²⁸. Para ele, os riscos do desenvolvimento se amoldam ao conceito de *fortuito interno* – discutido anteriormente neste trabalho³²⁹. Assim, por integrar a atividade do fornecedor, isto é, por ser inarredável da própria inovação levada a cabo no curso da produção, esse risco não o exonera da responsabilidade³³⁰. No entanto, a crítica a ser feita se refere a que o dano, no caso de *fortuito interno*, apesar de *imprevisto*, não é *imprevisível*, tal como o risco do desenvolvimento³³¹.

A despeito dessas valorosas apreciações, um argumento que sobrepuja aos expostos anteriormente concerne a consolidação da responsabilidade objetiva, que se aplica em todos os casos³³² e impossibilitaria a defesa da conformidade ao estado da arte. O âmago da questão está na inclusão de elementos da responsabilidade subjetiva ao sistema do CDC com base na perquirição da conduta do fornecedor no que tange à pesquisa pelo mais avançado conhecimento científico e tecnológico³³³. Permitir ao produtor que apresente uma defesa fundada na afirmação de que pesquisou ao máximo e que adotou o mais alto padrão científico disponível na sua produção é, em outras palavras, analisar o grau de diligência na conduta do fornecedor segundo a previsibilidade do risco³³⁴.

A rejeição do risco do desenvolvimento pela ideia do retorno à responsabilidade subjetiva serviu de razão de decidir para alguns julgados dos Estados Unidos, tais como: *Sternhagen v. Dow*

³²⁷ Ibid., p. 139.

³²⁸ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 610-612.

³²⁹ Vide *supra*, 2.4.4.

³³⁰ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 611.

³³¹ EBERLIN, 2007.

³³² CALIXTO, 2004. p. 246.

³³³ Ibid., 246.

³³⁴ Ibid., p. 242.

Co., de 1997³³⁵, *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.*, de 2001³³⁶, e *Ficek v. Kolberg-Pioneer, Inc.*, de 2011³³⁷.

A propósito, a expressão *estado da arte* é dúbia o suficiente para que se introduzam aspectos subjetivos na apreciação da responsabilidade³³⁸. O significado aqui reproduzido – “o nível de conhecimento científico e tecnológico existente no momento da fabricação de um produto, e a melhor tecnologia razoavelmente disponível ao tempo da venda do produto”³³⁹ – embora seja o mais aceito nos Estados Unidos³⁴⁰, já que no Brasil não há profundas discussões, tampouco um conceito normativo para a expressão³⁴¹, desperta muitas questões.

³³⁵ “Nós recusamos estender [a exigência de um projeto alternativo razoável] para casos em que projetos alternativos não existissem e os perigos de um produto não fossem descobertos ou não fossem descobertos no momento da fabricação. Se o fizéssemos, injetaríamos conceitos de negligência na responsabilidade objetiva prevista na lei de Montana e evisceraria a política pública subjacente à lei de responsabilidade objetiva neste Estado”. (Tradução nossa). *Sternhagen v. Dow Co.*, 282 Mont. 168, 935 P.2d 1139 (1997).

³³⁶ “A previsibilidade do dano é um elemento de negligência(...). Em outras palavras, a responsabilidade por produtos rigorosos impõe responsabilidade sem levar em conta a negligência e seus fatores de cuidado e previsibilidade.”(Tradução nossa). *Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.*, 2001 WI 109, 245 Wis. 2d 772, 629 N.W.2d 727, 736–52 (2001).

³³⁷ “Porque a responsabilidade estrita sob a lei de Montana se concentra no produto e não na conduta do fabricante, e porque o conhecimento de qualquer perigo não descoberto ou não descoberto é imputado ao fabricante, (...) o que diz respeito ao que *Kolberg-Pioneer* sabia ou deveria saber sobre os perigos do produto, parece irrelevante.” (Tradução nossa). *Ficek v. Kolberg-Pioneer, Inc.*, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 18595, 2011 WL 1316801, *2 (D. Mont. 2011).

³³⁸ João Calvão da Silva reconhece que o “estado da arte” é “um conceito movente carecido de aferição nas circunstâncias do caso” (SILVA, J., 1990. p. 512).

³³⁹ Vide *supra*, nota 161.

³⁴⁰ A respeito dos Estados Unidos: “Tribunais afirmaram de várias formas que o estado da arte refere-se ao (a) “que poderia ter sido feito”, “nível existente de conhecimento tecnológico e conhecimento científico relevante para uma indústria específica no momento em que um produto é projetado”, “viabilidade tecnológica de alternativas projetos mais seguros que existiam no momento em que o produto foi originalmente fabricado”, “perigo (...) que [fabricantes] sabem ou deveriam saber com base em conhecimento razoavelmente disponível ou disponível”, se “o risco particular não era conhecido nem conhecível pela aplicação de conhecimento científico disponível no momento da fabricação e/ou distribuição”, “melhor tecnologia razoavelmente viável na época”, se “os recursos de segurança (...) eram desconhecidos ou indisponíveis no momento em que o produto foi vendido, e “o nível de conhecimentos científicos, tecnológicos e de segurança relevantes existentes e razoavelmente exequíveis no momento do projeto”. Algumas decisões: *Bernal v. Daewoo Motor America, Inc.*, 2011 WL 2174890, *5–6 (D. Ariz. 2011); *Anderson v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 53 Cal. 3d 987, 281 Cal. Rptr. 528, 810 P.2d 549, 559 (1991). (DAVIS; OWEN, op. cit., p. (10:13)) (Tradução nossa).

³⁴¹ COELHO, 1994. p. 87.

Nessa perspectiva, na aferição do que se entende por estado da arte, deve-se adotar uma compreensão mais restritiva – considerando pesquisas e conhecimentos minoritários, por exemplo - ou extensiva – isto é, impossibilidade científica geral e absoluta³⁴²?

O problema surge do fato de que, pela concepção mais extensiva, se estaria diante de uma prova diabólica para o fornecedor, e seriam raros os casos de aplicação efetiva da eximente³⁴³. Assim, surge a pergunta: a defesa do risco do desenvolvimento deve abranger, além dos casos de impossibilidade absoluta, as hipóteses em que o conhecimento existia, porém era ainda incipiente no contexto científico – uma opinião minoritária ou não pesquisada a fundo, por exemplo –, e as situações em que os meios científicos para a descoberta do defeito existiam, mas ninguém os havia testado³⁴⁴?

Para se conferir certo conteúdo à alegação do risco do desenvolvimento, deve-se também inserir nela as opiniões minoritárias, ainda que descobertas por meios extraordinários. Por meio disso, porém, se introduzem aspectos subjetivos, sujeitas ao juízo de cada um, sobre o que se pode compreender por “cognoscível”, “posição minoritária” ou “certeza científica” – e que resultariam na investigação do que é razoável de se esperar do fornecedor, segundo um critério de culpa³⁴⁵. À vista disso, não sendo possível a acepção extensiva, deve-se colocá-la em pé de igualdade com a restritiva, do que deriva a responsabilidade por, apenas, defeitos razoavelmente detectáveis³⁴⁶.

³⁴² Fábio Ulhoa Coelho refere que, “[n]a delimitação do dever de pesquisar, por fim, tem sido objeto de preocupação doutrinária discutir a importância a se atribuir às posições minoritárias do conhecimento especializado e às teses científicas ainda não inteiramente confirmadas. O critério que se mostra mais ajustado, nesse particular, parece ser o extensivo, ou seja, na dúvida, responsabiliza-se o fornecedor. Claro que aquelas manifestações pseudoconsistentes de saberes autoproclamados alternativos, que o saber acadêmico e universitário tende a não reconhecer como interlocutores, não podem servir de padrão para o cálculo empresarial e, conseqüentemente, para o julgamento do cumprimento do dever de pesquisar pelo fornecedor. O que ele não pode ignorar são as dúvidas metodicamente suscitadas por setores minoritários da pesquisa científica, com os quais o saber acadêmico e universitário costuma manter diálogo, mesmo que antitético.” (COELHO, 1994. p. 88).

³⁴³ CALIXTO, 2004. p. 242.

³⁴⁴ STAPLETON, 1994. p. 241. A autora pergunta se o fornecedor poderia ser responsabilizado se, embora tenha alegado o risco do desenvolvimento, o autor demonstrar que havia um “cientista siberiano” que tinha conhecimento do defeito – aludindo às posições minoritárias.

³⁴⁵ STAPLETON, 1994. p. 241.

³⁴⁶ Ibid., p. 242.

Uma última consideração merece ser feita, quanto aos argumentos que se fundam na proteção ao consumidor propriamente dita. Bruno Miragem, por exemplo, enuncia que a responsabilização do fornecedor trará maior efetividade ao direito do consumidor:

Não se pode desconsiderar que o legislador do CDC, ao estabelecer o regime da responsabilidade objetiva e restringir as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, teve por finalidade a máxima extensão para o consumidor da proteção contra os riscos do mercado de consumo. (...). A simples exclusão dos riscos do desenvolvimento significaria, em última análise, imputar ao consumidor vítima de um acidente de consumo o ônus de suportar o próprio dano, o que se afasta completamente do sistema protetivo adotado pelo CDC. Daí por que parece, no sistema atual, consagrada a responsabilidade do fornecedor pelos chamados riscos do desenvolvimento.³⁴⁷

Calixto, a seu turno, encontra na proteção da dignidade da pessoa humana o fundamento último para a previsão do risco do desenvolvimento como causa exonerativa, além da salvaguarda à vida, saúde e segurança do consumidor³⁴⁸, cujos direitos estão garantidos no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal³⁴⁹. Nesse norte, dispõe Adalberto Pasqualotto:

O princípio da responsabilidade social e os direitos do consumidor à proteção da vida, da saúde e da segurança, bem como à reparação de todos os danos, são fontes supletivas de responsabilidade do fabricante pelos riscos do desenvolvimento, não obstante a inexistência de previsão legal específica.³⁵⁰

Destarte, encerra-se a exposição das principais visões sobre o tema, que ainda está longe de encontrar um deslinde.

³⁴⁷ MIRAGEM, 2015. p. 556-557.

³⁴⁸ CALIXTO, 2004. p. 216.

³⁴⁹ Da redação:

Art. 5º. (...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

³⁵⁰ PASQUALOTTO, 1994. p. 92.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se à investigação da teoria do risco do desenvolvimento: a problemática, o regime adotado por ordenamentos estrangeiros, a contraposição de entendimentos da doutrina e, por fim, a interpretação dos dispositivos do CDC quanto à aplicação, ou não, da teoria na ordem jurídica pátria.

O risco do desenvolvimento está intimamente atrelado à inovação tecnológica e científica em produtos: quanto maior for o investimento em pesquisa, mais complexos serão os produtos, e, por conseguinte, maiores os perigos e as chances de causarem danos aos consumidores. Por definição, o risco do desenvolvimento é aquele defeito que é desconhecido ou imprevisível, conforme o estado da arte do momento de sua introdução ao mercado de consumo, mas que passa a ser descoberto após o avanço científico e tecnológico. O setor industrial em que é mais recorrente essa espécie de risco é o farmacêutico, tendo em vista os expressivos investimentos em P&D e a alta probabilidade de efeitos colaterais desconhecidos dos fármacos. Ademais, pelo fato dos medicamentos serem consumidos em grande número, na hipótese de existir, em uma droga, um risco incognoscível, afetar-se-á uma quantidade significativa de pessoas, podendo alcançar, inclusive, as gerações posteriores, como é o caso paradigmático da Talidomida.

Assim, o risco do desenvolvimento suscita uma resposta do Direito, que deve utilizar-se da técnica normativa para melhor alocar esses riscos na relação de consumo. O Brasil, ao contrário de outros países, não tratou expressamente da questão no Código de Defesa do Consumidor. Daí que surgiu o problema do trabalho: sobre quem devem recair os riscos do desenvolvimento? Sobre o fornecedor ou sobre o consumidor? Como essa pergunta envolve variáveis das mais diversas origens: sociais, políticas, econômicas e dogmático-jurídicas, uma análise detida dos entendimentos e das respostas que outros países encontraram mostra-se pertinente.

Para responder a essa pergunta, primeiro se fez uma apresentação histórica sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo, como uma forma de entender onde se situa e para onde caminha o sistema de responsabilização nesse âmbito. Tratou-se dos fatos e das circunstâncias que motivaram a criação de um instrumento jurídico apto a proteger a parte mais débil do mercado

– o consumidor. O célere desenvolvimento da cadeia de produção, que se tornou massificada e que criava produtos gradativamente mais complexos, ensejou, então, a responsabilidade civil dos fornecedores.

Pode-se considerar os Estados Unidos o berço da responsabilidade pelo fornecimento de produtos defeituosos. O contraponto de ser inovador é possibilitar a maior probabilidade de ocorrência de acidentes de consumo. Assim, dado que a indústria norte-americana sempre foi – e até hoje é – conhecida pela inovação, lá que o número de casos é mais expressivo e, por conseguinte, a criação jurisprudencial pelos tribunais. A responsabilização do fornecedor nos Estados Unidos avançou a partir da responsabilidade subjetiva e do princípio da relatividade dos contratos até a responsabilidade objetiva, que vigora atualmente, embora tenha dado espaço, novamente, à teoria da culpa. Salientou-se no trabalho, também, que foram os esforços norte-americanos que embasaram a responsabilidade civil dos produtores tanto na União Europeia quanto no Brasil.

De igual modo, abordou-se a evolução da responsabilidade na União Europeia. No âmbito europeu, os países adotavam diferentes regimes de responsabilização – uns previam em seu ordenamento a responsabilidade subjetiva, outros, a objetiva, e havia, também, os que aderiam à presunção de culpa. A enorme disparidade entre os países motivou a elaboração da Diretiva nº 85/374/CEE, na tentativa de unificar os diversos regimes a partir da experiência norte-americana e de conciliar os interesses dos consumidores e dos fornecedores. A grande questão dessa normativa foi justamente o risco do desenvolvimento, que nela foi previsto como causa de exclusão, mas abriu-se a possibilidade de os Estados-membros derogarem essa norma.

Na sequência, estudou-se o regime brasileiro de responsabilidade decorrente do fornecimento de produtos defeituosos. Observou-se que, na vigência do Código Civil de 1916, não havia um sistema de responsabilização capaz de proteger eficazmente o consumidor. Falava-se, inclusive, em “aventura do consumo”. A realidade só mudou com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que finalmente reconheceu a vulnerabilidade do consumidor e estatuiu a responsabilidade objetiva pelo fornecimento de produtos e serviços com defeito ou com vício.

Antes de adentrar no âmago do trabalho, conveio analisar o regime de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço instituído pelo CDC. Foram tratados os fundamentos para a responsabilização, em que se discute ser o risco-proveito ou a justiça comutativa, e os princípios que dão substrato à defesa do consumidor. Outro ponto de relevância aos fins propostos pelo trabalho foram os requisitos da responsabilização no CDC: a conduta, o defeito, o dano e o nexo de causalidade. O requisito que mais suscita discussão é o defeito, pois é o que diferencia a responsabilidade nas relações de consumo das demais. É o defeito também que está atrelado ao que se pode esperar de segurança de um produto e que, por essa razão, pode ensejar – ou não – a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Aliado a isso também estão as causas excludentes de responsabilidade, que possuem como discussão central a taxatividade do rol do CDC. Como o CDC apresenta uma lacuna quanto ao risco do desenvolvimento, esse ponto também é relevante para o enfrentamento do problema do presente trabalho. A doutrina, como regra geral, acaba por reconhecer outras hipóteses eximentes, como o caso fortuito e a força maior e o fato do príncipe.

Após essa exposição, passou-se à análise do risco do desenvolvimento em específico. A sua própria conceituação deixa explícita a polêmica no seu entorno: são riscos imprevisíveis dado o conhecimento tecnológico e científico existente no momento da inserção do produto no mercado. Da incognoscibilidade decorre diretamente a dificultosa previsão estatística e da magnitude dos seus efeitos, os quais podem ser perniciosos tanto ao consumidor quanto ao fornecedor.

Para ter um panorama do assunto, também se investigaram as respostas que outros ordenamentos deram ao problema. Os Estados dos Estados Unidos, em sua maioria, especialmente entre as décadas de 1960 e 1990, responsabilizava os fornecedores pelo risco do desenvolvimento. Porém, com a derrocada da responsabilidade objetiva no fim da década de 1990, também se observou o distanciamento dessa posição, que passou a ser de excluir a responsabilidade dos produtores por riscos incognoscíveis. Esses é o entendimento que prevalece, atualmente, nos tribunais norte-americanos, com algumas exceções. Por seu turno, a Europa, mesmo com a entrada em vigor da Diretiva nº 85/374/CEE, viu os Estados-membros seguirem diferentes caminhos quando o assunto é risco do desenvolvimento. Houve, nesse aspecto, a formação de três grupos de países: os que excluem a responsabilidade por tais riscos, os que responsabilizam os fornecedores e os que aplicam a eximente somente para algumas indústrias – como a farmacêutica.

Por fim, acentuou-se os diferentes fatores que determinam o enfrentamento do problema: políticos, econômicos, sociais, e de ordem dogmático-hermenêutica. Todos eles foram pormenorizados, citando-se os principais autores que argumentam em um ou outro sentido. Desde logo constata-se que os dois posicionamentos – a favor e contra a responsabilização do fornecedor – embasam-se, também, em argumentos antagônicos. Assim sendo, pode-se argumentar, por exemplo, pela inexistência de defeito ou que o risco do desenvolvimento constitui espécie dos defeitos de concepção, pela taxatividade das eximentes no CDC ou que o rol é exemplificativo.

Não há consenso doutrinário, nem nos países em que há expressamente uma previsão legislativa a respeito – a exemplo da União Europeia -, nem nos que há farta jurisprudência – como os Estados Unidos -, seja para responsabilizar, seja para eximir o fornecedor. No Brasil, a lei é lacunosa e um dos únicos casos que tratou sobre riscos desconhecidos foi anterior à entrada em vigor do CDC. Em vista disso, uma possível resposta para o risco do desenvolvimento no ordenamento pátrio pode estar em uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do CDC, a partir de seus princípios norteadores de defesa do consumidor. A possibilidade de eximir o fornecedor pelo risco do desenvolvimento vai de encontro com a órbita protetiva do consumidor no nosso ordenamento, que prevê a tutela do consumidor como um direito fundamental na Carta Magna.

Enfim, a própria natureza da atividade empreendedora justifica a responsabilização do fornecedor. A assunção de riscos, mesmo que imprevisíveis, está associada à busca do lucro e sempre o esteve, desde os primórdios das trocas comerciais. Por auferir vantagens na exploração do risco é que o produtor deve por ele responder quando ocorrem danos. A teoria do risco-proveito, que, por muitos autores, fundamenta a responsabilidade civil nas relações de consumo, ampara a visão, sendo referendada por acórdão, embora isolado, do TJ/PR, mantido pelo STJ.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Kenneth S. **Prosser's the fall of the citadel**. *Minnesota Law Review*. Minneapolis, v. 100, p. 1823-1844, maio. 2016.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.
- ALVIM, Eduardo P. Arruda. **Responsabilidade civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 15, p. 132-150, jul./set. 1995.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (Second) of Torts § 402A** (1965). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=0290694188&pubNum=0101577&originatingDoc=Ic057f146bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=TS&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180618142152577](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=0290694188&pubNum=0101577&originatingDoc=Ic057f146bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=TS&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180618142152577)>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- _____. **Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 2** (1998). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=0290692048&pubNum=0106659&originatingDoc=Ic057f146bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=TS&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180618142132239](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=0290692048&pubNum=0106659&originatingDoc=Ic057f146bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=TS&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180618142132239)>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. **O direito do consumidor**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 4, p. 135-155, ago. 1991.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOAVENTURA, Mauro Fonseca. **A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor**. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 09, p. 157-182, jan./mar. 2002.
- BOBBIO, Marco. **O doente imaginado**. 1. ed. São Paulo: Bamboo Editorial, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.070**, de 20 de dezembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7070.htm>. Acesso em: 28 maio. 2018.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 10abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio. 2018.

CALABRESI, Guido. **Product liability**: curse or bulwark of free enterprise. *Cleveland State Law Review*. Cleveland, v. 27, p. 313-327, 1978.

CALIXTO, Miguel Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO, Manuel da Cunha. **Produtos seguros, porém defeituosos**: por uma interpretação do art. 12 do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 5, p. 27-54, jan./mar. 1993.

CATALAN, Marcos. **Reflexiones sobre el desarrollo tecnológico y el deber de reparar los daños ignorados em la conducción del proceso productivo**. In: MORE, Cesar E. Moreno. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Diretiva nº 85/374/CEE**, de 1985. Relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31985L0374>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

DAVIS, Mary J.; OWEN, David G. **Owen & Davis on products liability**. 4. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço**: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado. 2005. 159 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento**: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 64, p. 9-42, out./dez. 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FONDAZIONE ROSSELLI. **Analysis of the economic impact of the development risk clause as provided by Directive 85/374/EEC on liability for defective products**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7104/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos**: direito civil e empresarial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 5 ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2016.

INSTITUTE OF MEDICINE. **Ensuring Safe Foods and Medical Products Through Stronger Regulatory Systems Abroad**. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK201164/pdf/Bookshelf_NBK201164.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O aspecto distributivo do direito do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 41, p. 140-150, jan./mar. 2002.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003

MICHELON, Cláudio. **Fundamentos econômicos e não-econômicos para a defesa do consumidor**. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*. Edinburgh, n. 2010/11.

MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Anotações sobre o risco de desenvolvimento**: análise do caso da talidomida. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, v. 5, p. 177-205, mar. 2015.

MILLER, C. J. **Comparative Product Liability**. London: United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1993.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Como o direito do consumidor contribui para o aperfeiçoamento do mercado**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 60 t. t.22: Direito das obrigações.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, p. 44-77, jul./set. 1992.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade do fabricante e os riscos do desenvolvimento**. In: MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. **Proteção contra produtos defeituosos**: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 42, p. 49-85, abr./jun. 2002.

PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ROBB, Gary C. **A practical approach to use of state of the art evidence in strict product liability cases**. *Northwestern University Law Review*. Evanston, v. 77, p. 1-33, mar. 1982.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Responsabilidade objetiva**: o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 53, p. 68, jan./mar. 2005.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. **Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Rio de Janeiro, v. 8, p. 379-397, jul. 2006.

SKOGH, Göran. **Development risks, strict liability, and the insurability of industrial hazards**. *The Geneva Papers on Risk and Insurance*. Genebra, v. 23, p. 247-264, abr. 1998.

STAPLETON, Jane. **Product Liability**. London: Butterworth, 1994.

STOCO, Rui. **Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento.** *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea.** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

_____. **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.

WADE, John. **Strict tort liability of manufacturers.** *SMU Law Review*. Dallas, v. 19, 5-25, 1965.

WERTHEIMER, Ellen. **The biter bit:** unknowable dangers, the third restatement, and the reinstatement of liability without fault. *Brooklyn Law Review*. New York, v. 70, p. 889-937, 2005.

_____. **Unknowable dangers and the death of strict products liability:** the empire strikes back. *University of Cincinnati Law Review*. Cincinnati, p. 1183-1271, 1992.

WESENDONCK, Tula. **A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento:** evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 38, p. 213-227, jul./dez. 2012.

_____. **Art. 931 do código civil:** repetição ou inovação?. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 3, p. 141-159, abr./jun. 2015

_____. **O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação:** uma proposta de interpretação do artigo 931 do código civil sob a perspectiva do direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DECISÕES CITADAS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 6.422/PR.** Quarta Turma. Relator: Ministro Barros Monteiro. Acórdão de 05 ago. 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of California. **Anderson v. Owens-Corning Fiberglas Corp.**, 53 Cal. 3d 987, 281 Cal. Rptr. 528, 810 P.2d 549 (1991). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1991100938&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e350cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originatingContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619141423747](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1991100938&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e350cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originatingContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619141423747)>. Acesso em: 05 maio. 2018.

_____. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Apperson v. E.I. du Pont de Nemours & Co.** 41 F.3d 1103, 1108, 7th Cir.(Ill.) (1994). Disponível em: <<https://1.next.westlaw.com/Document/I5d896f33970c11d9bc61beebb95be672/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7403700000164187ee1d52a52957f%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3DI5d896f33970c11d9bc61beebb95be672%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=bc2ec7f3c3ea46d5360dbfd33becf32f&list=ALL&rank>>

=1&sessionScopeId=9c8bcd1d612b54164d4b7c2405693ff6adab2033f097189b3004565683bb0099&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>. Acesso em: 16 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court, E. D. Missouri, Eastern Division. **Bachtel v. Taser Intern., Inc.**, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 19018, 2013 WL 317538, *6 (E.D.Mo. 2013). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2029740917&pubNum=0001654&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619141555244](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2029740917&pubNum=0001654&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619141555244)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. United States District Court, D. Arizona. **Bernal v. Daewoo Motor America, Inc.**, 2011 WL 2174890, *5-6 (D. Ariz. 2011). Disponível em: <[_____. Supreme Court of New Jersey. **Beshada v. Johns-Manville Products Corp.**, 90 N.J. 191, 447 A.2d 539, 33 A.L.R.4th 353 \(1982\). Disponível em: <\[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1982131658&pubNum=0000849&originatingDoc=Ic057a320bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\\(sc.DocLink\\)&__lrTS=20180619144409210\]\(https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1982131658&pubNum=0000849&originatingDoc=Ic057a320bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619144409210\)>. Acesso em: 17 maio. 2018.](https://1.next.westlaw.com/Document/Idea411c1905111e0a8a2938374af9660/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7403700000164188450b42a529b48%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3DIdea411c1905111e0a8a2938374af9660%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fe62a4a699563aa779b14a77b245a56b&list=ALL&rank=2&sessionScopeId=9c8bcd1d612b54164d4b7c2405693ff6adab2033f097189b3004565683bb0099&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>. Acesso em: 17 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. Court of Appeals of South Carolina. **Bragg v. Hi-Ranger, Inc.**, 462 S.E.2d 321, 328 (S.C. 1995). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1995192375&pubNum=0000711&originatingDoc=I98b4c0110cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619135204973#co_pp_sp_711_328](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1995192375&pubNum=0000711&originatingDoc=I98b4c0110cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619135204973#co_pp_sp_711_328)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. Supreme Court of California. **Brown v. Superior Court**, 44 Cal. 3d 1049, 245 Cal. Rptr. 412, 751 P.2d 470 (1988). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1988042793&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e350cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619141310775](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1988042793&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e350cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619141310775)>. Acesso em: 05 maio. 2018.

_____. Superior Court of Pennsylvania. **Carreter v. Colson Equipment Co.**, 346 Pa. Super. 95, 499 A.2d 326, 331 (1985). Disponível em:

<[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1985148910&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619140139589#co_pp_sp_162_331](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1985148910&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619140139589#co_pp_sp_162_331)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of New Jersey. **Cepeda v. Cumberland Engineering Co., Inc.**, 76 N.J. 152, 386 A.2d 816 (1978). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1978101482&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b44b030cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619134015716#co_pp_sp_162_829](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1978101482&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b44b030cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619134015716#co_pp_sp_162_829)>. Acesso em: 03 maio. 2018.

_____. Appellate Court of Illinois, First District, First Division. **Connelly v. General Motors Corp.**, 184 Ill. App. 3d 378, 132 Ill. Dec. 630, 540 N.E.2d 370 (1st Dist. 1989). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1989065136&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619140746958](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1989065136&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619140746958)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Ohio. **Crislip v. TCH Liquidating Co.**, 556 N.E.2d 1177, 1180 (Ohio 1990). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1990108978&pubNum=578&originatingDoc=I7b090ae0972311d9a707f4371c9c34f0&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)>](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1990108978&pubNum=578&originatingDoc=I7b090ae0972311d9a707f4371c9c34f0&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search)>)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Illinois. **Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital**, 47 Ill. 2d 443, 266 N.E.2d 897, 902, 45 A.L.R.3d 1353 (1970). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1970124355&pubNum=0000108&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619135752544](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1970124355&pubNum=0000108&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619135752544)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. United States District Court, D. Arizona. **D'Agnese v. Novartis Pharmaceuticals Corp.**, 2013 WL 3335203, *6 (D. Ariz. 2013). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030926643&pubNum=0000999&originatingDoc=I98b4c01a0cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619144004959](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030926643&pubNum=0000999&originatingDoc=I98b4c01a0cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619144004959)>. Acesso em: 16 maio. 2018.

_____. Court of Appeals of Kentucky. **Dealers Transport Co. v. Battery Distributing Co.**, 402 S.W.2d 441, 446-47, 2 U.C.C. Rep. Serv. 896 (Ky. Ct. App. 1965). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965133785&pubNum=0000713&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619132709809#co_pp_sp_713_446](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965133785&pubNum=0000713&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619132709809#co_pp_sp_713_446)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Missouri. **Elmore v. Owens-Illinois, Inc.**, 673 S.W.2d 434, 438 (Mo. 1984). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1984130133&pubNum=0000713&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619140040497#co_pp_sp_713_438](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1984130133&pubNum=0000713&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619140040497#co_pp_sp_713_438)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. Supreme Court of California. **Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno**, 24 Cal 2d 453, 150 P2d 436 (1944). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1944118270&pubNum=0000661&originatingDoc=I2ea1aa4a82011d9abd6e76457c044a0&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)#co_pp_sp_661_440](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1944118270&pubNum=0000661&originatingDoc=I2ea1aa4a82011d9abd6e76457c044a0&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search)#co_pp_sp_661_440)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supreme Court of New Jersey. **Feldman v. Lederle Laboratories**, 97 N.J. 429, 479 A.2d 374, 39 U.C.C. Rep. Serv. 866 (1984). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1984137663&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619141132645](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1984137663&pubNum=0000162&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619141132645)>. Acesso em: 05 maio. 2018.

_____. United States District Court, D. Montana, Helena Division. **Ficek v. Kolberg-Pioneer, Inc.**, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 18595, 2011 WL 1316801, *2 (D. Mont.2011). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2024961070&pubNum=0001654&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619143043311](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2024961070&pubNum=0001654&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619143043311)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Tennessee. **Ford Motor Co. v. Lonon**, 217 Tenn. 400, 398 S.W.2d 240 (1966). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966113101&pubNum=0000713&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619133720924](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966113101&pubNum=0000713&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cb1t1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619133720924)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. Supreme Court of New Jersey. **Freund v. Cellofilm Properties, Inc.**, 87 N.J. 229, 432 A.2d 925 (1981). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1981133412&pubNum=583&originatingDoc=Ib82faad8944b11d9bc61beebb95be672&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)>](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1981133412&pubNum=583&originatingDoc=Ib82faad8944b11d9bc61beebb95be672&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search)>)>. Acesso em: 03 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Connecticut. **Garthwait v. Burgio**, 153 Conn. 284, 216 A.2d 189, 3 U.C.C. Rep. Serv. 171 (1965). Disponível em: <<https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965108704&pubNum=0000162&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati>>

onContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619132950243>. Acesso em: 02 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of Maryland. **Georgia Pacific, LLC v. Farrar**, 432 Md. 523, 69 A.3d 1028, 1036 (2013). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030968031&pubNum=0007691&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619141930395#co_pp_sp_7691_1036](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030968031&pubNum=0007691&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619141930395#co_pp_sp_7691_1036)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Wisconsin. **Green v. Smith & Nephew AHP, Inc.**, 2001 WI 109, 245 Wis. 2d 772, 629 N.W.2d 727, 736–52 (2001). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2001584616&pubNum=0000595&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619142506014#co_pp_sp_595_736](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2001584616&pubNum=0000595&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619142506014#co_pp_sp_595_736)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Supreme Court of California. **Greenman v. Yuba Power Products Inc.**, 59 Cal 2d 57, 27 Cal Rptr 697, 377 P2d 897 (1963). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1962110842&pubNum=661&originatingDoc=If98e2407c51611e1b343c837631e1747&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1962110842&pubNum=661&originatingDoc=If98e2407c51611e1b343c837631e1747&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search))>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supreme Court of New Jersey. **Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.**, 32 N. J. 358, 161 A 2d 69 (1960). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1960106512&pubNum=107&originatingDoc=I284c41948f1d11d98e8fb00d6c6a02dd&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1960106512&pubNum=107&originatingDoc=I284c41948f1d11d98e8fb00d6c6a02dd&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search))>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supreme Court of Hawai'i. **Johnson v. Raybestos-Manhattan, Inc.**, 69 Haw. 287, 740 P.2d 548 (1987). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1987092668&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619140606603](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1987092668&pubNum=0000661&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619140606603)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. United States District Court, S. D. Florida. **Kaufman v. Wyeth, LLC**, 2011 WL 10483576 (S.D. Fla. 2011). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030084411&pubNum=0000999&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619141742513](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2030084411&pubNum=0000999&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619141742513)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. **Kisor v. Johns-Manville Corp.**, 783 F.2d 1337, 22 Fed. R. Evid. Serv. 241 (9th Cir. 1986). Disponível em:

<[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1986110304&pubNum=0000350&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619140359481](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1986110304&pubNum=0000350&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619140359481)>. Acesso em: 04 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Pennsylvania. **Leibowitz v. Ortho Pharmaceutical Corp.** 224 Pa.Super. 418, 307 A.2d 449, 458 (1973). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1973101713&pubNum=162&originatingDoc=I414ceb7c017e11dda9c2f716e0c816ba&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1973101713&pubNum=162&originatingDoc=I414ceb7c017e11dda9c2f716e0c816ba&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search))>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Ohio. **Lonzrick v. Republic Steel Corp.**, 6 Ohio St. 2d 227, 35 Ohio Op. 2d 404, 218 N.E.2d 185, 192–93, 3 U.C.C. Rep. Serv. 535 (1966). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966110023&pubNum=0000578&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619133329650#co_pp_sp_578_192](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966110023&pubNum=0000578&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619133329650#co_pp_sp_578_192)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. Court of Appeals of Arizona, Division 2. **Lunt v. Brady Mfg. Corp.**, 13 Ariz. App. 305, 475 P.2d 964, 965 (Div. 2 1970). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1970133170&pubNum=661&originatingDoc=I104f6283fe2611d8980dd95989a0e179&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1970133170&pubNum=661&originatingDoc=I104f6283fe2611d8980dd95989a0e179&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search))>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. United States District Court, D. Minnesota. **Mack v. Stryker Corp.**, 893 F. Supp. 2d 976, 988 (D. Minn. 2012). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2028459769&pubNum=0004637&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619142131513#co_pp_sp_4637_988](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2028459769&pubNum=0004637&originatingDoc=I98b50e380cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619142131513#co_pp_sp_4637_988)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Court of Appeals of New York. **MacPherson v. Buick Motor Co.**, 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1916004491&pubNum=577&originatingDoc=I284c41948f1d11d98e8fb00d6c6a02dd&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1916004491&pubNum=577&originatingDoc=I284c41948f1d11d98e8fb00d6c6a02dd&refType=RP&originati onContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search))>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supreme Court of Montana. **Malcolm v. Evenflo Co., Inc.**, 2009 MT 285, 352 Mont. 325, 217 P.3d 514, 521 (2009). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2019800173&pubNum=0004645&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Do cLink\)&__lrTS=20180619142914958#co_pp_sp_4645_521](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2019800173&pubNum=0004645&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originati onContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Do cLink)&__lrTS=20180619142914958#co_pp_sp_4645_521)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Fourth Circuit. **Oglesby v. Gen. Motors Corp.**, 190 F.3d 244, 252 (4th Cir. 1999). Disponível em: <[_____. Supreme Court of Oregon. **Phillips v. Kimwood Mach. Co.**, 269 Or. 485, 525 P.2d 1033 \(1974\). Disponível em: <\[_____. Court of Appeals of Arizona. **Powers v. Taser Intern., Inc.**, 217 Ariz. 398, 174 P.3d 777, 779–84 \\(Ct. App. Div. 1 2007\\). Disponível em: <\\[_____. Supreme Court of New Jersey. **Santor v. A & M Karagheusian, Inc.**, 44 N.J. 52, 207 A.2d 305, 2 U.C.C. Rep. Serv. 599, 16 A.L.R.3d 670 \\\(1965\\\). Disponível em: <\\\[_____. Supreme Court of North Dakota. **Spieker v. Westgo, Inc.**, 479 N.W.2d 837, 17 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1130 \\\\(N.D. 1992\\\\). Disponível em: <\\\\[_____. Supreme Court of Mississippi. **State Stove Mfg. Co. v. Hodges**, 189 So. 2d 13, 119 \\\\\(Miss. 1966\\\\\). Disponível em: <\\\\]\\\\(https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1992022237&pubNum=0000595&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\\\\(sc.DocLink\\\\)&__lrTS=20180619141021423>. Acesso em: 04 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=\\\\)\\\]\\\(https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965106873&pubNum=162&originatingDoc=I73095f44928511d9a707f4371c9c34f0&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\\\(sc.Search\\\)>. Acesso em: 02 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=\\\)\\]\\(https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2014519594&pubNum=0004645&originatingDoc=I98b4c01a0cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\\(sc.DocLink\\)&__lrTS=20180619143820066#co_pp_sp_4645_779>. Acesso em: 15 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1974125391&pubNum=0000661&originatingDoc=Ic054bcf1bb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cblt1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619133853725#co_pp_sp_661_1042>. Acesso em: 03 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://1.next.westlaw.com/Document/I4c42bc9494af11d9a707f4371c9c34f0/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7403700000164184c1c0c2a526990%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3DI4c42bc9494af11d9a707f4371c9c34f0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2b79d556f1b0e04cc66bdc8f513087b2&list=ALL&rank=1&sessionScopeId=9c8bcd1d612b54164d4b7c2405693ff6adab2033f097189b3004565683bb0099&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>. Acesso em: 04 maio. 2018.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Illinois. **Suvada v. White Motor Co.**, 32 Ill. 2d 612, 210 N.E.2d 182, 187, 2 U.C.C. Rep. Serv. 762 (1965). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965117072&pubNum=578&originatingDoc=I8b31bb49cf1411dc8dba9deb08599717&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)#co_pp_sp_578_188](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1965117072&pubNum=578&originatingDoc=I8b31bb49cf1411dc8dba9deb08599717&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search)#co_pp_sp_578_188)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Illinois. **Townsend v. Sears, Roebuck and Co.**, 227 Ill. 2d 147, 316 Ill. Dec. 505, 879 N.E.2d 893, 898-99 (2007). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2014214805&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619142656311#co_pp_sp_578_899](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=2014214805&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b50e320cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619142656311#co_pp_sp_578_899)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

_____. Court of Appeals of Arizona, Division 1. **Wagner v. Coronet Hotel**, 10 Ariz. App. 296, 458 P.2d 390 (1969). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1969131472&pubNum=0000661&originatingDoc=Ib298e15889f311e5b4a3ce2bcb6a9e55&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Search\)>](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1969131472&pubNum=0000661&originatingDoc=Ib298e15889f311e5b4a3ce2bcb6a9e55&refType=RP&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Search)>)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Pennsylvania. **Webb v. Zern**, 422 Pa. 424, 220 A.2d 853 (1966). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966115774&pubNum=0000162&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619133522464](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1966115774&pubNum=0000162&originatingDoc=Ic05447cabb1011d9b6f6e8a393f16fb3&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619133522464)>. Acesso em: 02 maio. 2018.

_____. Supreme Court of Illinois. **Woodill v. Parke Davis & Co.**, 402 N.E.2d 194, 199 (Ill. 1980). Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1980153809&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b4c0440cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.DocLink\)&__lrTS=20180619134917275#co_pp_sp_578_199](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=Y&serNum=1980153809&pubNum=0000578&originatingDoc=I98b4c0440cf911e482e1f6dc249fd3d1&refType=RP&originationContext=document&vr=3.0&rs=cb1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.DocLink)&__lrTS=20180619134917275#co_pp_sp_578_199)>. Acesso em: 04 maio. 2018.