

A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DO DEFEITO NOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Francieli Puntel¹

Letícia Gheller Zanatta Carrion²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O RISCO DA ATIVIDADE. 3 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO. 4 O DANO TARDIO E A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DEFEITO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O artigo busca analisar a (im)prescindibilidade de prova do defeito na responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento. Para isso, será discorrido sobre a responsabilidade civil pelo fato e pelo vício do produto ou serviço, chamada de risco da atividade, além de conceituar os elementos da relação jurídica de consumo. Em um segundo momento, demonstrar-se-á o que é o risco do desenvolvimento e sua problemática no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, como cerne da pesquisa, será analisada a possibilidade de afastar a prova do defeito a ser produzida pelo consumidor quando atingido por um dano tardio, em razão de sua vulnerabilidade e do lapso temporal para a produção da prova do defeito, assim como a aplicação do diálogo das fontes. Em relação a metodologia, a pesquisa foi realizada por meio do procedimento histórico e analítico, de abordagem dedutiva, pautada na técnica de pesquisa documental indireta.

Palavras-chave: Risco da Atividade. Risco do Desenvolvimento. Dano Tardio. Defeito.

Abstract: The article seeks to analyze the (im) need for proof of defect in civil liability for development risks. For this, it will be discussed about the civil liability for the fact and for the addition of the product or service, called risk of the activity, as well as conceptualizing the elements of the legal relationship of consumption. In a second moment, it will be demonstrated what is the risk of the development and its problematic in the Brazilian legal system. Finally, as the core of the research, it will be analyzed the possibility of removing the proof of the defect to be produced by the consumer when hit by a late damage, due to its vulnerability and the time lapse for the production of the proof of the defect, as well as application of the source dialogue. Regarding the methodology, the research was conducted through the historical and analytical procedure, with deductive approach, based on the technique of indirect documentary research.

Keywords: Activity Risk. Development Risk. Late damage. Defect.

1 INTRODUÇÃO

A tutela do consumidor é um tema que se alastra ao longo dos anos, além de ser complexo na própria sociedade contemporânea e no próprio direito, cuja discussão é comumente posta em pauta em razão dos acidentes de consumo. Neste ínterim, mesmo que seja positiva a tutela do consumidor, os novos danos tornam nebulosa a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento.

Nesse sentido, torna-se necessário discorrer sobre as espécies de

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: fpuntel05@hotmail.com.

² Mestre em Direito, Professora da UCEFF Itapiranga/SC. E-mail: leticia@uceff.edu.br.

responsabilidade constantes pela teoria do risco da atividade, além dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, assim como diferenciá-las da responsabilidade civil pelo risco do desenvolvimento.

Partindo do pressuposto de responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, este que afeta diretamente a incolumidade física e psíquica do consumidor, ainda que por um dano tardio, mostrando-se necessária a verificação acerca da disposição do ônus da prova do defeito, seja pelo Código de Defesa do Consumidor, seja pelo Código Civil, a partir do diálogo das fontes.

2 O RISCO DA ATIVIDADE

Até a admissão da responsabilidade civil do fornecedor e introdução de uma lei que visasse a proteção do consumidor, houve uma longa trajetória percorrida pelos ditames civilistas. As relações consumeristas, da outorga da Constituição de 1988 até março de 1991, eram disciplinadas pelo Código Civil (CC), o qual possuía como escopo principal a regulamentação das relações entre iguais.

Ao direcionar sua concentração na defesa do consumidor, o Código De Defesa do Consumidor (CDC) vigeu como direito privado, ao lado do CC, em razão do diálogo das fontes. O diálogo das fontes permite a superação de possíveis conflitos entre o CDC e o CC, os quais surgiram de micro codificações, tendo a Constituição dado base fundamental.³

Isso revela a tentativa de aplicação conjunta entre as duas leis de direito privado, não apenas superando a colisão de paradigmas, mas permitindo a convivência, harmonia, aplicação conjunta ou subsidiárias e coordenação entre os sistemas do ordenamento, fazendo surgir a possibilidade de comunicação entre ambos.⁴

Assim, a Constituição, ao adotar como direito fundamental a defesa do consumidor, reconhecendo-o como sujeito vulnerável e motivando sua proteção em face do fornecedor⁵, permitiu que o direito privado vestiu uma nova roupagem, com

³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-31

⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-31

⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 176-177.

uma visão mais social, solidária e indisponível.⁶

Ao ser guiado por essa ótica protecionista, o Código estatui os integrantes da relação de consumo (consumidor e fornecedor⁷) e o elemento objetivo (produto e serviço⁸), sendo aplicado somente quando presente tais elementos, além de disciplinar as espécies de responsabilidade civil, que, diferente do CC, adotou como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Fruto da teoria do risco, o CDC adotou como base de sua sistemática normativa o risco da atividade, implicando àquele que cause danos à outrem, por meio da atividade desenvolvida, o dever de reparar⁹. No risco da atividade o fornecedor responde pelo fato e/ou pelo vício do produto ou serviço, sem maiores intempéries.

Essa responsabilização decorre da posituação expressa do CDC (arts. 12 e 14) e também no CC (art. 927, parágrafo único), incumbindo ao fornecedor o dever de informação sobre os usos e riscos normais (socialmente suportáveis) dos produtos de acordo com a natureza da atividade e da própria fruição e gozo.¹⁰

Para se atingir a noção de responsabilidade, salienta-se, em síntese, que sua verificação dar-se-á somente quando presente seus pressupostos, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.¹¹ Assim, estando presentes os elementos

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42-43.

⁷ A definição de consumidor padrão está expresso no art. 2º do CDC (toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza bens e serviços como destinatário final) sendo complementado pelas outras três formas (parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29 do CDC). Embora nestes três casos não há um ato de consumo em si, equiparam-se a consumidor a vítima do acidente de consumo, toda a coletividade de pessoas que tenha intervindo na relação de consumo ou expostas à ela, o que permite a incidência do CDC. Já a definição de fornecedor está expressa no art. 3º, sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira e antes despersonalizados. O aludido artigo menciona que é necessário o desenvolvimento atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de seus produtos ou prestação de serviços. (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [Livro Digital] p. 156).

⁸ Os produtos estão definidos pelo § 1º do art. 3º do CDC, dispondo que produtos poderão ser bens móveis ou bens imóveis e materiais ou imateriais. Já os serviços, o § 2º do art. 3º do CDC traz a definição legal e delimita a abrangência do fornecedor, mencionando que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as de caráter trabalhista. (GARCIA, Leonardo De Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 11. ed. Editora JusPODIVM, 2015. p. 40).

⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 194-195.

¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 11, n. 42. p. 49-85. Abr./jun. 2002.

¹¹ Os elementos da responsabilidade civil, também chamados de pressupostos, são indispensáveis para se imputar ao fornecedor o dever de reparação. A caracterização da conduta impende que seja

da relação jurídica de consumo, havendo um dano e este esteja ligado a atividade do fornecedor, responde este pelo fato ou vício do produto ou serviço.

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço consiste em imputar ao fornecedor defeitos dos produtos ou serviços, determinando o dever de indenizar pela violação do dever de segurança que legitimamente espera o consumidor. A pedra toque dessa modalidade de responsabilidade é visualização de um fato ou defeito (sinônimos), que atinge a incolumidade física ou psíquica do consumidor.¹²

O defeito é um mal tão grave que compromete a segurança no produto ou serviço e incute no patrimônio mais amplo do consumidor, seja o material, moral, estético e ou a imagem, cujo critério de identificação é a falta de capacidade do fornecedor em eliminar os riscos sem comprometer a utilidade do produto.¹³

Os defeitos são tratados no § 1º do art. 12 e § 1º do art. 14 do CDC e denotam-se como conceitos jurídicos indeterminados, pois aduzem que o produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele se espera, levando-se em consideração a sua apresentação, o fornecimento, o uso, o resultado, os riscos razoavelmente esperados e a época em que foram colocados em circulação.¹⁴

Assim, os defeitos, seja nos produtos ou serviços, podem ser classificados em defeitos de projeto ou fabricação¹⁵ (montagem e manipulação)¹⁶, concepção ou execução (idealização, design, fórmulas e matéria-prima)¹⁷ e comercialização ou

humana e voluntária, ativa ou omissiva. Já o dano, indispensável para o dever de reparação, pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, mas deve ser certo, deve ter, de fato, ocorrido uma violação para buscar a reparação. No que tange ao nexo de causalidade, para sua verificação, não basta que a vítima tenha sofrido um dano ou que o agente tenha cometido uma conduta ilícita, é necessário que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita, existindo uma relação entre eles, ou seja, um liame entre causa e efeito. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 42-65).

¹² NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 230.

¹³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 230.

¹⁴ BRASIL. **Lei 8.078 – Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de setembro de 1990, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 30 de set. 2019.

¹⁵ Nos serviços, mesmo que a rigor estes não possam ser fabricados, há defeito de fabricação/projeto quando, ao ser executado, o fornecedor distancia-se da qualidade ou segurança fixados inicialmente.

¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 126-127.

¹⁷ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 656-657.

informação (falta ou insuficiência de informação, instruções, modo de utilização, contraindicação ou menção de seus componentes)¹⁸.

Dessa forma, havendo um defeito no produto ou serviço prestado ou posto no mercado de consumo, é responsável o fornecedor por meio da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço, seja pelos defeitos de concepção, comercialização ou informação, de maneira objetiva.

No que tange a responsabilidade pelo vício, ainda que seja o defeito o principal coadjuvante da pesquisa, é importante esclarecer que o vício é circunscrito e intrínseco no próprio produto ou serviço causando o mau ou o não funcionamento, não adequando-se ao fim destinado¹⁹.

Devido ao caráter de inerente, o vício pode ser, em alguns casos, pressuposto para o defeito, de modo poderá haver um produto ou serviço apenas com o vício, mas jamais haverá um produto ou serviço apenas com o defeito.²⁰

Em ambos os casos, seja por defeito ou vício, a responsabilidade objetiva do fornecedor facilita o crivo da justiça distributiva e proteção ao consumidor. É a máxima compreensão de que este não pode assumir os riscos da relação de consumo, não sendo cabível a necessidade de comprovação de culpa, apenas do defeito e do dano.²¹

Em razão do risco da atividade, impõe-se o dever de suportar os prejuízos nas mãos do fornecedor devido ao circuito lógico das atividades de comercialização e consumo. Essa sistemática se dá porque o fornecedor é o possuidor do conhecimento e técnicas de fabricação e comercialização, sendo nestas estruturas a possível origem dos defeitos e vícios.²²

A imposição da responsabilidade objetiva e gradual perda de magnitude da culpa garante efetivamente (ao menos na teoria) a reparação dos danos como forma de compensar à vítima em primeiro lugar, dando uma nova roupagem ao direito (de

¹⁸ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 659.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. [Livro Digital]. p. 241.

²⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 230.

²¹ TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 89.

²² SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 525-526.

danos) e impondo a perspectiva de amparo aos consumidores nos casos dos infortúnios da relação de consumo.²³

Os danos, seja causados por vícios, seja por defeitos, encontram-se cada vez mais lesivos, inevitáveis e anônimos²⁴, afetando a segurança e expectativa legítima esperada pela coletividade. Sob esse crivo, a expansão de danos expande também a tutela que deve ser aplicada, os interesses da coletividade atinentes aos direitos básicos que garante o CDC, sejam individuais ou supra individuais, devem ser considerados dignos de proteção.²⁵

Considerando esse remate, tendo por base a teoria objetiva, os riscos, as espécies de responsabilidade do CDC e os novos danos, é imprescindível a discussão do que seria chamado de dano tardio ou defeito do desenvolvimento, passando-se análise.

3 OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Sujeita a inúmeras críticas, a teoria dos riscos do desenvolvimento carece de unanimidade desde sua conceituação até a sua alocação no direito brasileiro, visto que não adotado pela legislação pátria. A alocação desses riscos surge do silêncio que mantém o CDC e a posição dos tribunais, além do aumento gradativo dos produtos e serviços postos em circulação e dos riscos que eles representam.

A expressão “riscos do desenvolvimento” é vista, para alguns autores, como uma expressão não muito feliz. A ciência que busca eliminar tais riscos não é, tecnicamente, uma forma de risco, mas sim próprios avanços²⁶, tornando-a imprescindível para verificação de defeito nessa espécie de responsabilidade.

Wesendonck define os riscos do desenvolvimento como:

[...] “aqueles não cognoscíveis pelo mais avançado estado de ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que

²³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 78-83.

²⁴ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 496-497.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-85.

²⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 171.

só vem a ser descoberto após um período de uso do produto em decorrência do avanço dos estudos científicos”. Eles estão ligados a determinadas características do produto ou do serviço que são desconhecidas no momento de sua inserção no mercado e somente poder “ser identificados com o avanço do estado da técnica”.²⁷ (Grifos da autora)

Nesse sentido, torna-se possível compreender os riscos do desenvolvimento a partir do dano tardio causado ao consumidor. O dano é considerado “tardio”²⁸ porque apresenta seus efeitos de forma mediata, atingindo o consumidor após um certo período de uso/tempo, embora tenha sido o produto lançado como sendo seguro.

A emergência dos riscos do desenvolvimento se dá em razão da potencialidade e caráter futuro dos danos, além do total desconhecimento sobre eles. Estes riscos são responsáveis por deixarem marcas catastróficas na sociedade, atingindo uma ou mais gerações.²⁹

A inevitabilidade dos riscos e seus efeitos, sendo um deles os defeitos do desenvolvimento, é explicada pela criação da sociedade de risco. O discurso da sociedade de risco advém do contexto pós-industrial para elucidar – ou para avisar-nos - um futuro insurgente e temeroso, do qual já se anuncia no presente, cuja civilização é uma ameaça para si mesma.³⁰

Nesse contexto, os defeitos do desenvolvimento são determinados a partir do grau de incerteza que se direciona ao futuro e se essa incerteza existe na atualidade dos produtos disponibilizados, haja vista os danos tardios podem, a qualquer tempo, revelar as inseguranças contidas em épocas pretéritas.³¹

A ideia de que eliminar todas as inseguranças presentes nos produtos ou serviços é uma missão impossível, nada além do óbvio. A segurança de um produto, por ser um conceito relativo, induz ao direito apenas agir quando ela se distanciar dos

²⁷ WESENDONCK, 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. 172-173.

²⁸ WESENDONCK, 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. 172-173.

²⁹ WESENDONCK, 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. 166.

³⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 8-9.

³¹ WESENDONCK, 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. 173.

“limites razoáveis” que se espera, ou seja, quando resultarem na existência de um defeito.³²

Por conseguinte, não se deve confundir os defeitos constantes no CDC com os defeitos do desenvolvimento. Enquanto não há dúvidas em relação a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, por positivação expressa, os riscos do desenvolvimento possuem um caminho mais difícil.

O defeito tardio não é detectável e não é identificável pelo fornecedor de imediato, necessitando de um lapso temporal para que seja possível a aferição, a partir dos avanços científicos e tecnológicos e conhecimentos não existentes até então³³. Já no risco da atividade, o produto será defeituoso a partir do fato do produto, não necessitando de novas técnicas para detecção, pois inerente a atividade do fornecedor.

A adoção expressa da responsabilidade objetiva do fornecedor segue a mesma linha das decisões judiciais, que reconhece os acidentes de consumo e atribui ao fornecedor a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, diverso dos riscos do desenvolvimento, pois os poucos julgados que existem são falhos e confusos.

Ainda que ainda não haja um consenso, é certo que o defeito é um dos fatores mais determinantes para distinguir as espécies de responsabilidade e possibilitar a responsabilização do fornecedor, perquirindo-se sobre a imprescindibilidade de sua prova e, na hipótese de ser, a quem cabe o ônus de prova-lo.

4 (IM)PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DO DEFEITO

Como estudado, a responsabilidade civil objetiva presente no CDC é definida pelo defeito e pelo vício. Por esse motivo, quando se fala em risco do desenvolvimento, este é inarredável do ótica do defeito, ainda que a doutrina seja dividida por aceita-lo como um novo defeito ou uma espécie dos defeitos já existentes no CDC, afastando-se a ideia de vício do desenvolvimento, salvo os casos que esteja incutido no próprio defeito.

³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [Livro Digital]. p. 117.

³³ WESENDONCK, 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. 173.

Essa noção advém da própria nomenclatura adotada no CDC, de modo que a responsabilidade pelo fato/defeito é o acontecimento externo que gera o dano, e esse ocorre a partir de um defeito no produto ou no serviço.³⁴

O pressuposto essencial, seja pela responsabilidade adotada no CDC seja pelos riscos do desenvolvimento, é que o produto seja defeituoso ou que apresente riscos potenciais e reais de causar o dano, pois sem o defeito, inexistente, em tese, responsabilidade do fornecedor.³⁵

Assim, pelas regras do CDC, para haver a responsabilidade do fornecedor, a questão central está na presença dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, nexo e dano) acrescido do caráter defeituoso do produto, havendo aceitações e refutações sobre a existência de defeito nos riscos do desenvolvimento.

Sem maiores intempéries, diante do já explanado, o risco do desenvolvimento aduz um defeito no produto ou serviço, ora porque a responsabilidade é objetiva, ora porque o lapso temporal entre sua ocorrência e sua aparição não lhe retira o caráter defeituoso, atingindo e afetando a incolumidade física e psíquica do consumidor tardiamente.

Existem diversas posições que permeiam os riscos do desenvolvimento como um quarto defeito, diverso dos já inseridos no art. 12 do CDC³⁶, bem como aqueles que afirmam ser um dos defeitos pelo fato do produto, principalmente no que tange ao defeito de concepção, conjecturando-se que nesse caso o defeito decorreria da carência de informações sobre os riscos em relação a uma nova tecnologia.³⁷

A discussão sobre como impô-lo na legislação consumerista é profunda, precipuamente por não adota-lo expressamente. Ainda que a melhor opção seria vê-lo como uma nova hipótese de defeito e não como espécie do fato, pouco importa, neste momento, em qual das hipóteses se imporá os riscos do desenvolvimento.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. [Livro Digital]. p. 240.

³⁵ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **Responsabilidade civil por danos aos consumidores causados por defeitos dos produtos**: a teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 213.

³⁶ WESENDONCK, 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. 202.

³⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 209.

Aqui, é relevante não restar dúvidas quanta a existência do defeito, pois havendo o defeito pelo risco do desenvolvimento, há responsabilidade do fornecedor. A problemática permeia quando, em razão do lapso temporal, não puder o consumidor fazer prova do defeito advindo do desenvolvimento.

Neste momento, é possível questionar-se que, não sendo possível a prova do defeito por parte do consumidor, ficaria este desprotegido, não sucedendo o dever de indenizar do fornecedor? Entende-se que não. Em sendo provado o dano e o nexo causal, a prova do defeito poderia ser feita pelos ditames do CC.

Constante infere-se do art. 931 do CC, seria possível enquadrar a responsabilidade civil objetiva com base no CC, o qual dispõe que “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.”³⁸

Ao invés de seguir as regras relativas ao direito de empresa, na qual fazem distinção ao empresário individual as empresas, esse dispositivo da atenção a atividade desenvolvida, indiferente da pessoa que a exerce.

Importa, desde logo, conjecturar que esse artigo pende para o descuido do legislador, justamente por seu foco estar na atividade e não na pessoa, ainda que mais favorável ao consumidor, limitando-se somente a produtos, não abrangendo serviços, e não esclarece se a intenção foi proteger o destinatário final ou as demais formas de consumidor equiparado.³⁹

A disposição constante no art. 931 do CC não repetiu o art. 12 do CDC, pois este responsabiliza a pessoa que realiza a atividade (fabricante, produtor, construtor e incorporador, salvo o comerciante), se houvesse o CC disposto sobre o elemento subjetivo e objetivo de forma exauriente, seria uma cópia do dispositivo do CDC.

O sistema adotado pelo CC, ao adotar empresário e empresa, aduz não haver a subsidiariedade que há no CDC, abrindo as portas para a regra de solidariedade e não subsidiariedade.

³⁸ BRASIL. **Lei 10.406 – Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 de set. 2019.

³⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v.21, p. 53-94, (jan./mar. 2005). p. 59.

Por adotar a teoria do risco do empreendimento, e não o risco da atividade, responsabiliza-se o empresário ou a empresa pelos produtos postos em circulação se estes causarem um dano a outrem, independente se a relação for de consumo ou não.⁴⁰

A cláusula geral de responsabilidade objetiva detida pelo art. 931 do CC, considerando os riscos que o exercício de empresa pode gerar para a sociedade, evidentemente, retrata e busca proteger a coletividade⁴¹. Nesses moldes, sendo uma relação de consumo, aplicar-se-ia o dispositivo tanto ao consumidor padrão, quando ao consumidor por equiparação (art. 17 e 29 do CDC).⁴²

É importante conjecturar que o sistema de proteção do art. 931 responsabiliza objetivamente pelos produtos postos em circulação, não condicionando sua aplicação a existência de um defeito. Essa orientação possui a positividade de dificultar o fornecedor de se esquivar da responsabilidade⁴³, além de ressaltar a diferença entre os dois institutos.

Enquanto o CDC, torna imprescindível a existência de um defeito, para o art. 931 do CC, deve ser o dano decorrente da atividade empresarial, pouco importando a existência ou não de um defeito, o que tornaria prescindível sua prova por parte do consumidor.⁴⁴

Essa conclusão torna-se importante porque se o produto causa um dano, em tese ele é defeituoso, mas não se põe em discussão a sua ocorrência e nem a modalidade na qual ele se insere⁴⁵. A aplicação do art. 931 do CC se torna possível,

⁴⁰ WESENDONCK, 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. 123.

⁴¹ WESENDONCK, 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. 126-127.

⁴² CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v.21, p. 53-94, (jan./mar. 2005). p. 59.

⁴³ WESENDONCK, 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. 137-139.

⁴⁴ Ressalta-se que as decisões judiciais tem admitido a responsabilidade dos fornecedores mesmo sem a existência de defeito, em razão da dificuldade da prova de sua existência. Quanto aos riscos do desenvolvimento, a existência do defeito é, por ora, necessária, devido à falta de positividade e posições diversas sobre sua aceitação no ordenamento.

⁴⁵ WESENDONCK, 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. 139.

quando havendo um risco do desenvolvimento e sendo impossível a prova, pela base adotada no CDC, moldes protecionistas sob a ótica de vulnerabilidade do consumidor.

O Enunciado 43 da I Jornada de direito Civil, ensina, no mesmo sentido, que a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do CC, inclui os riscos do desenvolvimento.”⁴⁶. Ainda que não possua força vinculante, o enunciado eleva a necessidade de observância dos riscos à ser imputado aos fornecedores, mesmo que na figura de empresário ou empresa.

A possibilidade de aplicação desse dispositivo em uma relação de consumo porque é cristalizada pelo diálogo das fontes, o que permite a análise dos requisitos essenciais da responsabilidade civil, do CDC e aos atribuídos ao art. 931 do CC. Ainda que o CDC seja norma geral, nada impede ou prejudica que o dispositivo seja aplicado no sentido de proteger o consumidor.

Essa percepção pode ser complementada pelo Enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil, no qual ensina que “[...] o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.”⁴⁷

O art. 931 do CC abre a possibilidade do mesmo acontecer no CDC, nos casos em que a prova do defeito for impossível ou dificultosa ou quando convir ao caso concreto, atentando-se, porém, aos pressupostos estabelecidos pelo próprio dispositivo e regra do CDC.

Assim, para que a prova do defeito seja prescindível para responsabilizar o fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, é necessário se utilizar do diálogo das fontes e imputar a responsabilidade pelo art. 931 do CC, em conjunto com o art. 12 do CDC.

Na hipótese dos riscos do desenvolvimento atingirem um serviço, não poderá o consumidor se favorecer do art. 931 do CC e nem dos enunciados trazidos à baila, pois só é possível a aplicação a produtos. No mesmo sentido, ainda que haja um produto, se o empresário ou a empresa não realizarem as atividades dispostas no art.

⁴⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados**. In: Ministro Ruy Rosado do Aguiar Júnior (Coord). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. [Livro Digital]. p. 21.

⁴⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados**. In: Ministro Ruy Rosado do Aguiar Júnior (Coord). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. [Livro Digital]. p. 21.

3º do CDC, faltarão a figura subjetiva do fornecedor, aplicando-se somente o CDC e, aplicando-se esta lei, torna-se imprescindível a demonstração do defeito.

Não se pode deixar de mencionar que essa atribuição poderia resultar na verificação do nexo causal de forma objetiva, haja vista que, sendo dificultosa a prova do defeito, seria dificultosa, por óbvio, a demonstração do nexo causal, nas mesmas senão maiores proporções.

É de se afirmar, estreme de dúvida, que a ótica da teoria objetiva, pelo risco da atividade e risco do desenvolvimento, principalmente neste, exige flexibilidade, o que permite tais discussões mesmo que sem uma solução prévia. Essa flexibilidade e indefinição de qual teoria usar, qual dispositivo usar, serve muito mais como possibilidade de reparação às vítimas do que ao contrário, cuja finalidade quase sempre é garantir a reparação do dano causado.⁴⁸

Essa posição e flexibilização de demonstração do defeitos caminha lado a lado com os ditames do CDC e do CC, cuja vigência se deu em total atenção a axiologia impregnada pela Constituição, verificando-se o nascimento de uma conscientização pautada na responsabilização pelo resultado e não por sua causa. Essa premissa se impõe pela necessidade de garantir a reparação pelo dano, ainda que tardio, de maneira que o consumidor não os suporte exclusivamente, pois elemento vulnerável da relação de consumo.⁴⁹

5 CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é a lei norteadora para garantir a proteção e defesa dos vulneráveis na sociedade de consumo, principalmente quando tangencia a figura do consumidor, cuja essência decorre da superação da dicotomia entre público e privado e aplicação dos direitos fundamentais nas relações de consumo.

Não obstante a regulamentação irradiada pelo Código, é fato que o direito não alcançará dos todos acontecimentos danosos da sociedade de consumo. Admitir que

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55-56.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29-30.

o consumidor deve ser o responsável por demonstrar o defeito oriundo tão somente da conduta do fornecedor, que não garantiu a segurança e legitimidade esperada, é refutar os próprios princípios e direitos básicos lançados ao consumidor, o que não se pode permitir.

A utilização do Código Civil como possibilidade de responsabilizar o fornecedor, tornando prescindível a demonstração do defeito no caso dos riscos do desenvolvimento, emerge do diálogo das fontes, cujo defeito é consequência dos produtos postos em circulação, risco imputado ao fornecedor. A atribuição de responsabilidade objetiva nos riscos do desenvolvimento caracteriza-se como um meio possível para traçar caminhos no árduo problema dos danos tardios suportados pelo consumidor.

Adotar medida diversa da desta possibilitaria a utilização do consumidor final como ratos de laboratórios dos fornecedores, próprias cobaias dos produtos postos em circulação, medida que não deve ser aceita. O consumidor em situações normais de consumo já se verifica vulnerável em face do fornecedor, sendo inegável que essa posição se encontrará em proporções ainda maiores quando os danos forem oriundos dos riscos do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados**. In: Ministro Ruy Rosado do Aguiar Júnior (Coord). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. [Livro Digital].

_____. **Lei 8.078 – Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de setembro de 1990, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. **Lei 10.406 – Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 de set. 2019.

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

_____. Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v.21, p. 53-94, (jan./mar. 2005).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. [Livro Digital].

_____. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

GARCIA, Leonardo De Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 11. ed. Editora JusPODIVM, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [Livro Digital].

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 11, n. 42. p. 49-85. Abr./jun. 2002.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **Responsabilidade civil por danos aos consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

WESENDONCK, 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.